

Universidad CEU San Pablo
CEINDO – CEU Escuela Internacional de Doctorado

PROGRAMA en DERECHO Y ECONOMÍA



CEU

*Escuela Internacional
de Doctorado*

EL DELITO DE TRAICIÓN MILITAR

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

MANUEL MIGUEL GAVILÁN FERRER

Dirigida por: CARLOS PÉREZ DEL VALLE

MADRID
Año 2021

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I. ESTUDIO HISTÓRICO	14
1.1 INTRODUCCIÓN.....	14
1.2 DERECHO ROMANO	16
1.2.1 INTRODUCCIÓN.....	16
1.2.2. DELITOS	17
1.2.3 PROCESOS	25
1.2.4 PENAS.....	26
1.3 DERECHO GERMÁNICO-VISIGÓTICO	29
1.3.1 INTRODUCCIÓN.....	29
1.3.2 DELITOS	36
1.3.3 PENAS.....	37
1.3.4 ÁMBITO MILITAR.....	39
1.4 LA ALTA EDAD MEDIA	42
1.5 BAJA EDAD MEDIA	48
1.5.1 INTRODUCCIÓN.....	48
1.5.2 EL FUERO VIEJO DE CASTILLA.....	49
1.5.3 EL FUERO REAL.....	51
1.5.4 EL ESPÉCULO	52
1.5.5 LAS PARTIDAS.....	54
1.6 EL ANTIGUO RÉGIMEN	66
1.6.1 INTRODUCCIÓN.....	66
1.6.2 EL ORDENAMIENTO DE MONTALVO.....	67
1.6.3 LA NUEVA RECOPIACIÓN.....	68
1.6.4 LAS ORDENANZAS MILITARES	68
1.6.5 LA ILUSTRACIÓN. LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN	75
1.7 ÉPOCA DE LA COFICICACIÓN	81
1.7.1 INTRODUCCIÓN.....	81
1.7.2 EL CÓDIGO PENAL DE 1822.....	81
1.7.3 EL CÓDIGO PENAL DE 1848.....	84
1.7.4 EL CÓDIGO PENAL DE 1870.....	86

1.7.5 EL CÓDIGO PENAL PARA EL EJÉRCITO DE 1884	87
1.7.6 EL CÓDIGO PENAL DE LA MARINA DE GUERRA DE 1888	89
1.7.7 EL CÓDIGO PENAL DE 1928	93
1.7.8 EL CÓDIGO PENAL DE 1932	96
1.7.9 EL CÓDIGO PENAL DE 1944	100
1.7.10 EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945	101
1.7.11 EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 1985	105
1.8 CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS HISTÓRICO	109
CAPITULO II. EL DERECHO PENAL MILITAR	115
2.1 EL FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL MILITAR	115
2.2 EL DELITO MILITAR	120
2.3 CONCLUSIONES SOBRE DERECHO PENAL MILITAR	125
CAPITULO III, EL DELITO DE TRAICIÓN	132
3.1 EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO-POLÍTICO DE LA SANCIÓN PENAL DE LA TRAICIÓN ..	132
3.1.1 TRAICIÓN, FIDELIDAD Y CONJURA EN MAQUIAVELO	132
3.1.2 HOSTILIDAD Y TRAICIÓN AL SOBERANO EN HOBBS	142
3.1.3 LOCKE: FIDELIDAD Y ENTREGA DEL PUEBLO	149
3.1.4 VOLUNTAD GENERAL Y TRAICIÓN EN ROUSSEAU	159
3.1.5 LA TRAICIÓN Y EL ENEMIGO: CARL SCHMITT	168
3.2 A MODO DE EXCURSO. LA ESCUELA DE KIEL Y EL CONCEPTO DE TRAICIÓN	177
3.3 CONCLUSIONES	185
CAPITULO IV, LOS DELITOS MILITARES CONTRA LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL	191
4.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS MILITARES CONTRA LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL	191
4.2 LA INSUFICIENCIA DE LA TEORÍA DE LOS BIENES JURIDICOS	198
4.3 EL DEBER DE GARANTE Y LA LEALTAD DEL MILITAR	204
4.4 EL DELITO POLÍTICO	211
4.5 EL DELITO DE REBELIÓN MILITAR	216
4.5.1 EL DESARROLLO DE LOS TIPOS PENALES DE REBELIÓN MILITAR	217
4.5.2 ALGUNOS ASPECTOS DE LA TIPICIDAD DEL DELITO	226
4.5.3 LA ESENCIA DE LA REBELIÓN Y EL ESTADO DE SITIO	231
4.5.4 REBELIÓN Y TRAICIÓN	235
4.6 EL DELITO DE SEDICIÓN MILITAR	237
4.6.1 EL DESARROLLO DE LA SEDICIÓN MILITAR	237

4.6.2 LOS TIPOS PENALES DE SEDICIÓN MILITAR.....	240
4.6.3 SEDICIÓN Y TRAICIÓN.....	243
CAPITULO V, EL DELITO DE TRAICIÓN MILITAR.....	247
5.1 INTRODUCCIÓN.....	247
5.2 LA CUESTIÓN DEL SUJETO ACTIVO.....	248
A) MILITARES PROFESIONALES.....	251
B) RESERVISTAS.....	257
C) ALUMNOS.....	259
D) ASIMILADOS.....	262
E) CAPITANES, COMANDANTES Y MIEMBROS DE TRIPULACIÓN.....	265
F) PRISIONEROS DE GUERRA.....	267
5.3 ¿ES RELEVANTE LA DETERMINACIÓN DE UN SUJETO PASIVO?.....	272
5.4 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	279
5.5 LA TIPICIDAD DE LA TRAICIÓN: EL RELIEVE DEL CONCEPTO DE ACCIÓN.....	283
5.6 LOS TIPOS PENALES DE LA TRAICIÓN.....	291
5.6.1 COACCIONES PARA LA RENDICIÓN.....	291
5.6.1.1 LA CONDUCTA TÍPICA.....	292
A) TIPO OBJETIVO.....	292
B) TIPO SUBJETIVO.....	296
5.6.2 LA FUGA DE FILAS.....	301
5.6.2.1 LA CONDUCTA TÍPICA.....	302
A) TIPO OBJETIVO.....	302
B) TIPO SUBJETIVO.....	304
5.6.3 DERROTISMO.....	304
5.6.3.1 LA CONDUCTA TÍPICA.....	307
A) TIPO OBJETIVO.....	307
B) TIPO SUBJETIVO.....	308
5.6.4 SABOTAJES, OBSTRUCCIÓN DE OPERACIONES BÉLICAS Y QUEBRANTO A LOS MEDIOS DE LA DEFENSA MILITAR.....	309
5.6.4.1 LA CONDUCTA TÍPICA.....	310
A) TIPO OBJETIVO.....	310
B) TIPO SUBJETIVO.....	312
5.6.5 ESPIONAJE COMO TRAICIÓN.....	313
5.7 LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCUSA EN LOS DELITOS DE TRAICIÓN.....	318

5.7.1 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	318
A) LEGÍTIMA DEFENSA.....	319
B) ESTADO DE NECESIDAD	321
C) OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO	322
5.7.2 CAUSAS DE EXCUSA.....	324
A) ERROR DE PROHIBICIÓN INEVITABLE	325
B) ESTADO DE NECESIDAD COMO EXCUSA	326
C) MIEDO INSUPERABLE.....	327
D) EXCUSAS ABSOLUTORIAS	329
5.8 CULPABILIDAD Y MEDIDA DE LA PENA.....	331
A) CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	332
B) CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.....	334
5.9 ACTOS PREPARATORIOS Y TENTATIVA DE TRAICIÓN.....	335
5.10 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	339
5.11 CONCURRENCIA DE LEYES PENALES.....	343
5.12 DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	347
5.13 CONCLUSIÓN PARCIAL: EL TIPO PENAL DE TRAICIÓN Y EL ÁMBITO MILITAR.....	349
CAPITULO VI, CONCLUSIONES.....	351
BIBLIOGRAFÍA.....	365
JURISPRUDENCIA.....	389

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

a.C	antes de Cristo
AENA	Aeropuertos españoles y aeronavegación aérea
cit.	Citado
CE	Constitución española
CESEDEN	Centro de Estudios Superiores de la Defensa
Cfr.	confróntese
cía	compañía
Coords	Coordinadores
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
Cth.	Codex Theodosianus
D.	Digesto
d.C	después de Cristo
DEF	Defensa
EME	Estado Mayor del Ejército
etc	etcétera
F.	Fuero
Fasc	fascículo
Ibidem	allí mismo
núm.	número
LO	Ley Orgánica
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
pp.	páginas
p.e	por ejemplo
S.	Siglo

ss.	siguientes
s.e	sin editorial
s.l.i	sin lugar de impresión
T.	tomo
TOL	Tirant on line
v.e	vuestra excelencia
v.g	por ejemplo
Vid.	véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

Las Fuerzas Armadas constituyen una de las instituciones fundamentales del Estado y como tal se hallan profusamente reguladas por diversas normas. Debe mencionarse de forma especial que el artículo 8 de la Constitución española otorga a la institución una serie de relevantes responsabilidades como puede ser, a modo de ejemplo, la garantía de la soberanía e independencia de España, circunstancia por lo que el “ordenamiento jurídico militar” no debería ser cosa baladí, hecho este que choca con la escasa existencia de estudios al respecto.

Dicho ordenamiento jurídico abarca diversos campos que incluso trascienden, y más hoy día, el ámbito nacional, como por ejemplo las normas de ámbito internacional que regulan los conflictos armados o las distintas operaciones en el exterior, lo cual se ve nutrido además con las cada vez más frecuentes actuaciones de diversas naciones en el exterior.

Por otro lado, en el plano interno, que es el que aquí nos va a ocupar, encontramos una extensa regulación de carácter administrativo que configura los contornos del militar como servidor público, a lo que debe sumarse la normativa punitiva ya sea penal, ya disciplinaria, la cual en el ámbito militar cobra, en ocasiones, mayor relevancia que el aspecto penal.

En cualquier caso, el objeto del presente estudio se centra en el ámbito del derecho penal militar, y más concretamente, en el delito de traición militar, figura jurídica de la que, tras un examen de la bibliografía existente, se puede predicar que se halla prácticamente huérfana de atenciones, salvando las obras específicas de Iglesia Ferreiros de marcado carácter histórico, o la de Blecua Fraga que data del, ya lejano, año 1983, y escasas referencias en manuales de carácter más general, lo cual incide en

la dificultad de la “empresa” ya que la falta de asideros dogmáticos, si bien espolea los ingenios, también, a menudo, traba los mejores ánimos. Así, partiendo de la realidad precitada, y de la importancia del delito, se puede afirmar que la citada carestía en torno a un ilícito de esta magnitud llama la atención, circunstancia que para este autor ha sido el fundamento principal del presente estudio.

En otros términos, ciertamente, a la hora de ocuparse del ilícito mencionado no debe obviarse la “traición común” ya que, en esencia, la diferencia esencial con la militar viene determinada por el sujeto, elemento este que debe considerarse como presente y estructural de la obra.

Sobre los basamentos indicados, la investigación se va a centrar, en primer lugar, en relatar el ámbito histórico del delito que se muestra como esencial para la comprensión del mismo, considerando, en todo caso, que desde la más remota antigüedad, e independientemente del ámbito político existente, la idea de la traición ha existido y se ha perseguido, castigando al traidor con la máxima severidad, si bien el ilícito según el devenir de los tiempos ha tenido el foco en la protección de intereses diversos.

En segundo lugar, resulta obligado reparar en el derecho penal militar, teniendo en consideración sus especificidades, así como su fundamento, que se encuentra en la existencia de la “sociedad” castrense, amén de considerar en elemento central del particular derecho penal que no es sino el delito militar.

En tercer lugar, resulta muy relevante examinar los fundamentos del ilícito para lo cual se considerarán las ideas de insignes pensadores del ámbito político que se encuentran íntimamente unidas a nuestro delito, concretamente, se procederá a un examen de las ideas de Maquiavelo, Hobbes, Locke, Rousseau y Carl Schmitt, finalizando con un

excurso dedicado a la llamada escuela de Kiel que introdujo, como se verá, un particular concepto de la traición.

En cuarto lugar, es menester considerar la idea del bien jurídico, por cuanto el Estado como ente cobra aquí vital importancia, no sin recoger también una crítica a la llamada teoría de los bienes jurídicos al ser aquí dicho bien un tanto difuso, igualmente este delito requiere una visión de figuras colindantes como la rebelión y la sedición militar que siendo claramente distintas guardan ciertas relaciones con la traición.

En quinto lugar, resulta obligado situarse sobre el tipo concreto que regula la traición que se encuentra en el artículo 24 del texto penal castrense, examinando pormenorizadamente todos los elementos de las distintas modalidades delictivas de la traición.

Por último, se arrojan una serie de conclusiones, donde se constata que no es otro elemento sino la idea de fidelidad la que aparece como central en el ilícito, considerando que el militar como servidor público no tiene, en última instancia, más rol que ser fiel a su patria, siendo expresión certera de ello en el plano normativo lo dispuesto en el pórtico de las Reales Ordenanzas cuando rezan que *“La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye el primer y más fundamental deber del militar”*, circunstancia que si bien se ha normativizado bien pudiera ser, por obvia, una mención superflua.

CAPITULO I. ESTUDIO HISTÓRICO

1.1 INTRODUCCIÓN

En primer lugar, como ya se anticipó, es menester partir casi de forma obligatoria de un estudio histórico sobre las instituciones jurídicas que ocuparán nuestras líneas, ello en aprecio a la importancia que ha de darse a la historia¹, si bien debe considerarse que el pasado más remoto carece en la mayoría de los casos de fuentes sólidas, circunstancia por la cual, se iniciara el mismo en el ámbito del derecho romano; no obstante pese a las dificultades de toda suerte existentes a la hora de hacer un estudio riguroso, existen fuentes adecuadas para hacernos una idea siquiera de carácter general sobre el objeto de nuestro estudio.

Igualmente, no se puede perder de vista que el Derecho, como otras creaciones humanas, se halla afectado por el tiempo, cada época constituye resultado de procesos anteriores, al igual que alberga el germen del cambio que vendrá en el futuro², circunstancia que necesariamente nos lleva a realizar un estudio flexible, considerando los constantes cambios que se dan en el mundo jurídico, de forma que lo que hoy constituye un ilícito, antaño quizá no lo fue, o bien el mismo era entendido como una realidad divergente de la que hoy tenemos, por ello debemos entender lo jurídico como un hecho histórico, como algo que encuentra su razón de ser en el momento y contexto en que se formula³.

¹ En este sentido es esencial la cita cervantina que reza así: «La historia es émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo porvenir» (Barrios Pintado, F, Domínguez Nafría, J.C, Maqueda, C, *Textos de historia del Derecho español*, Universitas, Madrid, 2002, p. 7).

² Vid. Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, Solana e Hijos, Madrid, 1995, p. 22; Tomas y Valiente, F, *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 36, en similares términos expone: «el derecho, como todo lo humano, es una realidad histórica».

³ Vid. García Gallo, A, «Cuestiones de historiografía jurídica», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 44, 1974, p. 745.

A lo anterior hay que unir que el objeto de nuestro estudio se conforma de una serie de delitos militares, los cuales no siempre se han entendido como un bloque de carácter independiente tal y como se hace hoy día, confundiéndose en el derecho histórico a menudo ambas categorías, hecho éste que nos conducirá necesariamente a observar ambas regulaciones indistintamente, ya que, según se ha apuntado anteriormente, a menudo los límites de las mismas son difusos.

Al hilo de lo mencionado, hay que añadir otra dificultad, cual es que ciertos conceptos capitales como la propia idea de “nación” o “defensa nacional” no han sido, obviamente, uniformes a través de los tiempos, incluso en algunos momentos pudieron ser de dudosa existencia, por lo que habrá de observarse el estudio histórico con las cautelas necesarias, amén de considerar el mismo bajo el prisma de la época que se estudie⁴. Del mismo modo, resulta obvio que ciertos delitos que hoy entendemos como independientes, históricamente o bien simplemente no existían, o bien se englobaban en el ilícito de traición, del cual si se puede afirmar que, de un modo u otro, ha sido una constante histórica, motivos estos por los que el mismo ocupara un lugar preeminente en nuestro estudio.

En suma, y pese a las dificultades que pueda entrañar, es evidente que para comprender una institución jurídica, se debe necesariamente conocer su pasado y el devenir de la misma a lo largo de los tiempos.

⁴ A este respecto es muy explicativo Peña González, J, *Derecho y Constitución*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 113, donde se recoge que «el profesor Ollero solía empezar sus explicaciones sobre el Estado advirtiendo que “cada época histórica posee un cuadro de conceptos con los cuales se pretende comprender la realidad, tanto la actual como la histórica. Evidentemente, para comprender una realidad histórica, es lógico que cada época utilice los cuadros de conceptos vigentes, Pero hay que tener cuidado, pues puede ocurrir que un concepto que en la actualidad nos es familiar, no sea apropiado para captar y definir las realidades pretéritas”».

Por último, la exposición seguirá un orden cronológico: se iniciará con el estudio del derecho romano, le seguirá un examen del derecho visigótico, pasará a la Edad Media, y posteriormente, a partir del proceso de codificación, se hará mención a las regulaciones más recientes.

1.2 DERECHO ROMANO

1.2.1 INTRODUCCIÓN

Aunque se ha señalado como inicio del estudio el derecho romano, es cierto que, ya anteriormente en el ámbito de la República de Atenas, los delitos de traición eran ya considerados como esenciales⁵. Dicho lo anterior, el derecho penal de la roma primitiva, el cual podemos meramente columbrar, se caracterizó por su naturaleza esencialmente religiosa, considerándose las conductas de mayor gravedad como atentatorias contra las relaciones de paz y amistad entre los hombres y los dioses, de modo que el delincuente quedaba sometido a venganza individual o colectiva de la sociedad. Este sistema primigenio fue relegado con la atribución de competencias jurisdiccionales en materia de parricidio y alta traición⁶, que correspondían a tribunales especiales, a saber: *duoviri perdullionis* y *quaestores parricidii*⁷.

⁵ En el derecho de la república de Atenas, los delitos que aquí tratamos eran tenidos por esenciales, *Vid.* Thonissen, J.J, *Le Droit Penal de la République Athénienne*, Bruylant-Christophe & Comp, Bruxelles, 1875, pp. 161 y ss, donde se expresa que «*la trahison était, avec le sacrilège, le plus grand des crimes*». Sobre derecho penal de la antigua Grecia véase Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Editorial Losada, Argentina, 1964, pp. 273-278, donde se recoge el proceso contra Sócrates: «Los sofistas, atacados por Sócrates, lograron su condena. El año 399 (a.C.) promovieron contra él una acusación criminal que, reconstruida a base de datos fidedignos, decía así: “Ha obrado contra las leyes, sin creer en los dioses del Estado y, por añadidura, introduciendo cosas nuevas y demoníacas; ha obrado también contra las leyes corrompiendo a la juventud”», señala el autor que el proceso fue por el delito de *asebia* relativo al atentado contra la religión; añade también la existencia del delito de *prodosia*, equivalente éste a traición a los interés del Estado o de lesa patria.

⁶ *Vid.* Fernández de Buján, A, *Derecho Público Romano*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 225.

⁷ Thomas, J.A.C, «Desarrollo del derecho criminal romano», *en Anuario de historia del derecho español*, núm. 32, 1962, p. 11.

1.2.2. DELITOS

Dicho lo anterior, partimos del sistema romano de carácter penal más antiguo conocido cual es el de las Doce Tablas, considerado como la base de todo derecho ulterior⁸, que fijó el mismo con claridad y exactitud⁹, y que, según MOMMSEN, lleva a incluir en el derecho penal cuatro clases bien determinadas de delitos, a saber: *perduellio*, *parricidium*, *furtum*, *iniuria*¹⁰. Resulta bien significativa la inclusión como categoría esencial del delito de *perduellio* en el citado cuerpo legal, lo que casa perfectamente con la idea de que la perduellión fue considerada como delito en la comunidad romana, aun antes de que se hubiese inventado la palabra para designarla¹¹, amén de revelar la importancia del ilícito en la antigua Roma. La citada Ley, contenía en su tabla novena el delito de traición, disponiendo que: “El que cometiere la traición de concitar a los enemigos contra la república o de entregarles un ciudadano sufrirá la pena de muerte”¹², si bien resulta claro que el mismo se recogía con un carácter ciertamente genérico, lo cual no es obstáculo para observar la relevancia de los ilícitos que aquí nos ocupan.

⁸ Así, es muy clarificador Molet, L, *Historia del Derecho Romano*, imprenta de Victor Berdós y Feliu, Barcelona, 1880, p. 34, «La Ley de las doce tablas puede ser considerada no tanto como un mero código de derecho privado, sino como la ley fundamental del Estado, en la que se estableció la igualdad entre patricios y plebeyos, se determinaron los límites del poder judicial, y se trazó la marcha que había de seguirse en los procedimientos. Por eso durante toda la vida del derecho romano gozó dicha ley de tan gran autoridad».

⁹ Vid. Ahrens, H, *Compendio de Historia del Derecho Romano*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1879, p. 53.

¹⁰ Vid. Mommsen, T, *El Derecho Penal Romano*, T. II, Anacleto, Pamplona, 1999, p. 6.

¹¹ *Ibidem*, p. 2.

¹² Vid. Haubold, G.H, *Tablas Cronológicas*, Nicolás de Castro Palomino, Madrid, 1848, p. 80. Asimismo D. 48.4.3. Respecto a la pena de muerte merece mención la defenestración desde la Roca Tarpeya como así recoge, por ejemplo, Pérez Carrandi, J, en *La alta traición en el Derecho Penal romano monárquico-republicano: de la perduellio a la maiestas*, Tesis doctoral, Universidad Complutense, 2018, p. 87 y ss. Asimismo, sobre la Roca Tarpeya véase Varrón, M.T, *De Lingua Latina*, 1ª edición, Antrophos, Madrid, 1990, p. 31, donde se dispone: «El lugar en el que hoy día se levanta Roma, se denominó *Septimontium* por los “siete montes” que más tarde la ciudad ciñó con sus murallas. Entre ellos, el Capitolio se llama así porque en él, cuando se estaban excavando los cimientos del templo de Júpiter, se encontró -según cuentan- una cabeza (*caput*) humana. Este monte en tiempos precedentes se denominó *Tarpeius*, derivado de *Tarpeia*, una virgen vestal a quien allí mismo los sabinos dieron muerte y enterraron bajo sus armas. Aún se conserva el recuerdo de este nombre, pues todavía hoy un roquero de esta colina se denomina Roca Tarpeya (*Tarpeium saxum*)».

Respecto a la cuestión terminológica, el delito cometido contra el Estado se designó por los romanos como *perduellio* y *crimen maiestatis imminutae*, denominándose abreviadamente *crimen maiestatis* o *maiestas*¹³; así el *perduellis* o *perduellio* se entendía como la acción del “mal guerrero”, a quien se consideraba sencillamente como el enemigo de la patria¹⁴. De esta manera que desde el punto de vista penal, el nombre abstracto de *perduellio* se resumía en el “acto de hostilidad a la patria” y como el enemigo interno de la misma, existiendo por otro lado el término *hostis* que se utilizaba más propiamente para definir al enemigo exterior¹⁵. Por otro lado, en relación al término *proditio*, encontramos que éste se conceptuaba en un sentido más específico como la exhortación a ciudad extranjera a tomar las armas contra Roma¹⁶.

En cuanto al *crimen maiestatis* no se consideraba, en esencia, como distinto de la *perduellio*, si bien hay que considerar que todo acto de hostilidad a la patria era un delito de majestad, pero no todo delito de majestad podía ser tenido por acto de

¹³ Vid. Mommsen, T, *El Derecho Penal Romano*, cit., p. 20.

¹⁴ No era en Roma la Patria asunto baladí, cobrando la misma tintes sacros. Al respecto procede traer a colación lo recogido por Arranz Hierro, C.M, *Amor conyugal y matrimonio en el Derecho romano*, Tesis Doctoral, Universidad San Pablo Ceu, 2018, p. 40, «Así, encontramos por ejemplo un verso de Virgilio en el que afirma: “A Italia me mandan los oráculos de Liciaos. En ella centro mi amor; mi patria es ella”. Valerio Máximo, por su parte, habla en estos términos del amor a la patria: “El respeto a las obligaciones ha demostrado, pues, su poder cuando está reforzado por el vínculo estrecho de la sangre. Resta ahora que lo demuestre cuando lo que se comparte es la patria. A la majestad de ésta somete sus fuerzas la autoridad paterna, tan semejante a la protección divina, y ante la patria cede voluntaria y gustosamente el cariño fraterno. Con la mayor razón, porque en caso de que tu hogar sea destruido, el estado puede mantenerse a salvo, en cambio, la ruina de la ciudad conlleva la de los hogares de todos los ciudadanos”. También Cicerón escribió mucho sobre el amor y la deuda de todo hombre para con la patria, aclarando que “nosotros llamamos nuestra patria a la de nacimiento y a la de adopción. Es necesario, con todo, que sea preferida en nuestro amor aquella patria por la que la ciudad entera tiene el nombre de república. Morir por ella, entregarnos plenamente a ella, poner en ella todo lo nuestro, y casi diría, consagrarnos a ella”. Pero quizás el autor romano que más trató en sus escritos el amor a la Patria fue el historiador Tito Livio. Él afirmaba, por ejemplo, que “en favor de una patria tan generosa nadie, mientras le quede algo de fuerzas, escatimará su cuerpo o su sangre”».

¹⁵ *Ibidem*, pp. 20-21; Igualmente se recoge la distinción terminológica en Bleucia Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, Edersa, Madrid, 1983, p. 29.

¹⁶ Vid. Arangio-Ruiz, V, *Storia del Diritto Romano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1947, p. 78. Igualmente, obsérvese, Gabriele, N, *Il Diritto Penale Romano Nelle Sue Attenze Col Diritto Penale Moderno*, G de Angelis e Figlio, Napoli, 1878, p. 88, que determina como *crimina proditiōnis*: «1° il fatto del nazionale che porti le armi contro lo Stato, 2° l'incitare il nemico a portare le armi contro lo Stato, 3° l'agevolare al nemico d'invenire contro il proprio paese, 4° il far opera affinché un popolo amico addoventi nemico, 5° il compiere atti ostili esponendo lo Stato ad una guerra».

hostilidad a la patria, de forma que el delito de majestad incluía dentro de sí a la perduelión, pero su concepto era más amplio¹⁷. El marco personal aplicable al citado delito era muy amplio, quedando sujetos al mismo todos los actos de los miembros del Estado o por cualquier individuo de los Estados que formaran parte de la Confederación, sin tener relevancia el lugar del delito¹⁸.

Siguiendo la preclara división de MOMMSEN, los delitos contra el Estado podían estructurarse en:

- I. Tratos punibles con el enemigo.
- II. Atentados a la constitución.
- III. Violación de las obligaciones de los magistrados y de los sacerdotes.
- IV. Violación de las obligaciones políticas de los ciudadanos.
- V. Violación de las obligaciones religiosas de los ciudadanos.
- VI. Ofensas personales a los funcionarios de la comunidad¹⁹.

Hecha la anterior clasificación, cabe centrar la atención en el primero de los supuestos, donde se hallan las figuras que más nos han de interesar. A grandes rasgos, en primer lugar destaca la figura del deserción, la cual se bifurcaba en dos figuras, el *transfugium* y la *emansio*, cometiendo el primero de ellos el militar que abandonaba el ejército y se pasaba al enemigo, equiparándose en el Digesto la figura del traidor y la del tráfuga²⁰; y, por otra parte, el *emansor*, que se consideraba el ausente que se presentaba voluntariamente, siendo por otro lado *desertor* aquel que era aprehendido,

¹⁷ Vid. Mommsen, T, *El Derecho Penal Romano*, cit., p. 22.

¹⁸ *Ibidem*, p. 24.

¹⁹ *Ibidem*, p. 29.

²⁰ Digesto 49.16.7.

si bien los caracteres definitorios de estas dos figuras no constituyen opinión pacífica en la doctrina²¹. En todo caso, se debe distinguir la figura del ciudadano y del soldado en relación a la deserción, juzgándose a los soldados conforme a lo dispuesto en el derecho de la guerra²².

Siguiendo con la clasificación, se halla la *proditio* o traición a la patria, entendiéndose por tal la entrega al enemigo de una plaza romana, de un campamento romano, de un cuerpo de tropas o de un ciudadano romano²³. Asimismo, toda inteligencia con el enemigo, se consideraba delito contra el Estado, cualquiera que fuera el modo en que se verificase; al igual que el provocar y fomentar una guerra contra Roma.

Llegados a este punto, para completar y definir el cuadro de los delitos es preceptivo acudir al Digesto, donde se recoge la Ley Julia relativa a la Majestad, al igual que se dispone en su Libro XLIX, Título XVI la regulación de las “cosas militares”, siendo así que en las citadas regulaciones se hallan pormenorizadamente los actos que constituían los delitos contra el Estado que nos ocupan, al igual que se dispone la especialidad de la regulación castrense, que se observa como veremos en el ámbito punitivo.

No obstante, y pese a que la *Lex Iulia* es la que mejor ha llegado hasta nosotros ya que fue condensada en el *Corpus Iuris Civilis*, no fue la única ley de majestad ya que existieron al menos otras tres, a saber: la *Lex Apuleia*, la *Lex Varia* y la *Lex Cornelia*²⁴.

La primera de ellas, se caracterizó por perseguir las violaciones de la *maiestas* cometidas por ciudadanos romanos, y, en general, cualquier acto de traición a nivel

²¹ Vid. al respecto, Millán Garrido, A, *El delito de deserción Militar*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1980, pp. 11 y ss.

²² Vid. Mommsen, T, *El Derecho Penal Romano*, cit., p. 30.

²³ D. 48.4.3.

²⁴ Vid. Ferrini, C, *Storia delle Fonti del Diritto Romano e della Giurisprudenza Romana*, Ulrico Hoepli, Milano, 1885, pp. 12-15.

interno. La segunda, si trató los aspectos de carácter exterior del crimen *maiestatis* y la tercera unificó el concepto de *perduellio* y el crimen *maiestatis*²⁵. En cuando a la Ley Julia, contenía ésta un extenso catálogo de acciones que comportaban el citado crimen, el cual se definía en el Digesto, en esencia, por ser “delito de majestad el que se comete contra el pueblo romano, o contra su seguridad”²⁶, al igual que el pórtilo de la Ley recogía que “El delito que se dice de majestad es próximo al sacrilegio”²⁷. Partiendo de este concepto, se deben exponer las modalidades delictuales, si bien nos vamos a referir a las que se hallan más relacionadas con el ámbito militar²⁸; pudiéndose resumir de la siguiente forma:

- I. El formar dolosamente designio para que sin orden del Príncipe se vayan los rehenes²⁹.
- II. Reunirse con hombres armados en Roma con ánimo hostil contra la república³⁰.
- III. El alzamiento de las armas contra la república³¹.

²⁵ Vid. De Castro-Camero, R, *El Crimen Maistatis a la Luz del Senatus Consultum de CN. Pisone Patre*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000, pp. 39-40. Asimismo, las hallamos definidas en sus líneas esenciales en De Puente y Franco, A, *Historia de las Leyes, Plebiscitos y Senadoconsultos más notables desde la fundación de Roma hasta Justiniano*, Imprenta de Vicente de Lalama, Madrid, 1840, pp. 16-40.

²⁶ D. 48.4.1.1.

²⁷ D.48.4.1; De Castro-Camero, R, *El Crimen Maistatis a la Luz del Senatus Consultum de CN. Pisone Patre*, cit., p. 26, que cita a Cicerón, «quien identificaba la *maiestas* con la dignidad y grandeza del pueblo romano».

²⁸ A este respecto, se debe considerar la dicotomía existente en las leyes de traición, existiendo por una parte las categorías jurídicas relacionadas con la seguridad del Estado, tales como acciones armadas, sediciones, traición en el campo de batalla; y por otro lado, el grupo que abarcaría injurias o profanación de imágenes del emperador. Vid. Santos Yaguas, N, «Acusaciones de alta traición en Roma en época de Tiberio», *Memorias de historia antigua*, núm. 11-12, 1990-1991, p. 167. A este respecto Vid. D.48.4.6: «Los que hubieren deshecho estatuas o imágenes del Emperador ya consagradas, o hubieren hecho alguna otra cosa semejante, están sujetos a la Ley Julia sobre la majestad». A lo que hay que unir D. 48.4.7.4: «El delito de lesa majestad por hecho, o por violación de estatuas o de las imágenes, se agrava mucho más tratándose de militares».

²⁹ D. 48.4.1.1.

³⁰ D. 48.4.1.1.

³¹ D. 48.4.1.1.

- IV. Enviar mensajero o carta a los enemigos del pueblo romano, dar señal, u obrar con dolo malo, para que los enemigos del pueblo romano sean favorecidos en sus designios contra la república³².
- V. Concitar o solicitar a los militares para que se haga sedición o tumulto contra la república³³.
- VI. Desertar del Ejército, o siendo particular, pasarse a los enemigos³⁴.
- VII. El que hubiere huido de la batalla, abandonado fortaleza o entregado campamentos al enemigo³⁵.

³² D. 48.4.1.1. Merece aquí mención el caso recogido por Pérez Carrandi, J, en *La alta traición en el Derecho Penal romano monárquico-republicano: de la perduellio a la maiestas*, cit., pp. 165-170, que procedemos a resumir: «En el 111 a.C. el tribuno C. Memio solicita ante el pueblo que se abra juicio contra una serie de distinguidos romanos, tales como Bestia o Escauro, quienes bajo el pretexto de proteger los intereses del Estado y con el respaldo del Senado y el pueblo, en una embajada oficial llevada a cabo en el 117 a.C habrían hecho gestiones con el rey Yugurta, más que con el mencionado fin, con el mero objeto de enriquecer sus propios bolsillos dejando a un lado los intereses y la seguridad de Roma. El tribuno cree que se han cometido delitos gravísimos en tierras africanas, tales como peculado (*peculatus aerari fastus est*) o extorsión de los aliados (*per uim sociis ereptae pecuniae*). Pero estas acusaciones se quedan pequeños cuando Memio habla también de *proditio: Hosti acerrimo prodita senatus auctoritas, proditium imperium uostrum est: domi militaeque re publica uenales fuit*. [entregada ha sido a nuestro más enconado enemigo la autoridad del Senado, entregado ha sido vuestro imperio; en el interior y en la guerra ha sido puesta en venta la República]. [...] Estamos ante un *iudicio pro populo* en el que éste tiene la última palabra sobre la propuesta de Memio, que no es otra que llamar a declarar al monarca africano, un hecho que el tribuno consigue enviando al pretor Lucio Casio Longio en busca del mismo Yugurta. Con esta declaración dice Salustio que Memio no buscaba tanto la inculpación del rey, sino que a resultas de la misma Yugurta incriminase a Escauro y a otros individuos por su actuación en África, verdaderamente nociva. De hecho, el autor señala que por entonces -el momento de la declaración de Yugurta- Lucio Calpurnio Bestia, sobre el que volveremos, había dejado su ejército en África para que, siguiendo el ejemplo de su general, realizase multitud de actos ignominiosos. Las tropas de Bestia habrían entregado a Yugurta elefantes, además de desertores del rey, y por su fuera poco, robaban a gentes con las que Roma estaba en paz. [...] A todo esto, hemos de decir que Yugurta, si bien llega a Roma para comparecer, no llegará nunca a declarar porque, siempre según Salustio, previamente habría sobornado a uno de los tribunos, Cayo Bebio, quien cuando el númera se disponía a hablar le ordenó que callase por lo que se suspendió el acto: la negación del tribuno y la consiguiente suspensión del proceso solo nos están describiendo una cosa, la *intercessio* de Bebio como tribuno, [...]. La plebe abandonó el recinto airada, enojada por la tropelía que se acababa de cometer con esta oportuna *intercessio*. Había un caldo de malestar popular que iba a permitir que lo que no se había logrado mediante una declaración generosa de Yugurta, pudiese alcanzarse en cambio por otras vías judiciales. Tras la acción fallida de Cayo Memio de abrir proceso por alta traición a Escauro y otros a quienes acusaba de venalidad en sus tratos con Yugurta, otro individuo volverá a emprender la misma empresa. Se trata de Cayo Mamilio Limetano, tribuno que el 109 a.C instituirá un tribunal especial, *questio Mamilia*, para juzgar a Escauro y al resto de romanos que habían participado en una embajada enviada por el Senado a Numidia y presidida por Lucio Opimio, la cual tenía por objetivo lograr la estabilización del reino frente a las guerras sucesorias.

³³ D. 48.4.1.1.

³⁴ D. 48.4.2.

³⁵ D. 48.4.3.

- VIII. El que sin orden del Príncipe hubiere hecho la guerra, hecho leva o reunido ejército, y el que se le hubiese dado sucesor en una provincia y no entregó el Ejército a su sucesor³⁶.
- IX. Provocar con dolo malo una emboscada al Ejército del pueblo romano o su entrega a los enemigos³⁷.
- X. Impedir que los enemigos del pueblo romano sean sometidos³⁸.

Hasta aquí se han recogido las actuaciones que encajan mejor en el ámbito castrense, a lo que se debe añadir que no se alberga duda sobre la posibilidad de que los militares cayeran bajo acusaciones de la naturaleza expuesta, lo cual se infiere de un texto de Modestino, situado en el Digesto, en el que se señala que los militares pueden ser juzgados por los ilícitos mencionados, “[...] porque los que velan por la paz, han de ser con más razón admitidos a esta acusación”³⁹.

Respecto a la regulación específicamente militar, se encuentra la misma resumida en el Digesto en el Título XVI “de re militari”, el cual *ab initio* dispone que “los delitos o los hechos de los militares son o propios de ellos, o comunes con los demás; por lo cual, también su persecución es o propia, o común. Es delito propio militar el que alguno comete como soldado⁴⁰, a lo que hay que unir el siguiente concepto general del delito “Es delito militar todo lo que se hace de otro modo que como exige la disciplina común, por ejemplo, el delito de pereza, o de contumacia o de desidia” expuesto este por Arrio Menandro⁴¹.

³⁶ D. 48.4.3.

³⁷ D. 48.4.4.

³⁸ D. 48.4.4.

³⁹ D. 48.4.7.1.

⁴⁰ D. 49.16.2. Distinción esta que señala, entre otros, Giuffrè, V, *Testimonianze sul Trattamento Penale dei “Milites”*, Jovene, Napoli, 1989, p. 17, «L’articolazione dello scritto menandro parte dalla distinzione tra “delitum commune” e “propium militare delictum”, che è quello che si può commettere soltanto “uti miles”».

⁴¹ D. 49.16.6.

En cuanto a las figuras que se incardinan en el citado Título XVI, se observa una regulación muy profusa sobre la deserción, la cual debió constituir una acusada preocupación de las armas de Roma, sobre todo en los últimos tiempos⁴². La deserción fue en Roma un ilícito de primer orden, ya que, como resulta obvio, esta figura atacaba un elemento primordial, cual era garantizar el caudal humano necesario para el progreso de las armas romanas. Por ello la culpa del desertor era más grave que la del adversario de guerra y con dificultad era indultado, aplicándose regularmente la pena de muerte en sus formas más crueles⁴³.

Respecto a la regulación de la misma, tal y como se apuntó, se debe diferenciar la figura de aquel que cometía deserción para escapar del servicio, de aquel que lo hacía para pasar al enemigo denominado éste *transfugae*⁴⁴, delito que era interpretado como una traición a Roma⁴⁵, en ese sentido debe tenerse en cuenta que los soldados de Roma se hallaban vinculados bajo juramento o *sacramentum*, de manera que el quebrantamiento del mismo constituía un sacrilegio, considerándose que el violador había roto un compromiso sagrado y por lo tanto cualquiera podía matarlo⁴⁶. Por otro lado, se encontraba el emansor que se define en el Digesto como “el que habiendo

⁴² Resulta muy revelador al respecto Blanch Nougés, J.M, «Una visión histórica y jurídica sobre el ejército romano», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 44, 2011, p. 42: «Por último, en época postclásica no basto con soldados profesionales para cubrir las necesidades del ejército con lo que se tuvo que proceder por un lado a incorporar a soldados germánicos -cuando no a regimientos enteros mandados por jefes autóctonos- y, por otro, a realizar reclutamientos forzosos de ciudadanos romanos poco motivados o a disponer que en general los hijos varones de los militares (CTh. 7,22,6 y 10) o de los veteranos (CTh. 7,22,2) debían -salvo que no tuviesen las cualidades físicas requeridas- enrolarse necesariamente en el ejército bajo la amenaza de penas severas, e incluso se tuvo que echar mano de esclavos con la promesa de concederles su libertad (CTh. 7,13,16)». En similares términos Cañizar Palacios, J.L, «Posibles causas de deserción en el ejército romano vistas a través del “Codex Theodosianus”: Problemática bajo Constantino a partir de la segunda mitad del siglo IV d.C.», *Studia Histórica. Historia Antigua*, núm. 16, 1998, p. 230.

⁴³ Vid. Mommsen, T, *El Derecho Penal Romano*, cit., p. 30.

⁴⁴ Cañizar Palacios, J.L, «Posibles causas de deserción en el ejército romano vistas a través del “Codex Theodosianus”: Problemática bajo Constantino a partir de la segunda mitad del siglo IV d.C.», cit., p. 220.

⁴⁵ Vallejo Girvés, M, «Violación del Sacramentum y Crimen maiestatis: la cobardía en el ejército de roma», *Habis*, núm. 28, 1997, p. 172.

⁴⁶ Burgos Nadal, T, «Concepto de “sacramentum” en Tertuliano», *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, Tomo X, núm. 31-33, 1959, pp. 229-231.

vagado largo tiempo vuelve a los campamentos⁴⁷. Igualmente, se regulaba la deserción en masa⁴⁸, y también existían figuras muy próximas a la misma, tales como la cobardía que cristalizaba en el abandono de las filas: “el que en batalla se dio primero a la fuga a la vista de los soldados ha de ser castigado por causa del ejemplo con pena capital⁴⁹, castigo que era practicado a la vista de todos como advertencia; y la propia cobardía en masa, aplicándose aquí la *decimatio* respecto a los soldados, y la decapitación o azote a los jefes de la unidad⁵⁰; así como a los soldados rasos que, por miedo a los enemigos, simularan enfermedad, señalándose que la posición de éstos era próxima a la del traidor⁵¹.

Por lo demás, el Digesto incluye el delito de sedición militar⁵², el maltrato a los jefes⁵³, al igual que la deslealtad⁵⁴, y respecto al ilícito de espionaje se dispone que: “los exploradores que hubieren comunicado cosas secretas a los enemigos son traidores y sufren pena capital”.

1.2.3 PROCESOS

El ámbito procesal de estos delitos corrió paralelo con el desarrollo del derecho romano sustantivo, de manera que tras tiempos en los que la venganza privada era la práctica esencial, se pasó paulatinamente con la Ley de las Doce Tablas a un sistema, donde el Estado asumió como propia la competencia en el ámbito penal, hecho que se

⁴⁷ D. 49.16.3.2.

⁴⁸ D. 49.16.3.9: «Si por primera vez hubieren desertado muchos al mismo tiempo, y después hubieran vuelto dentro de cierto tiempo, habrán de ser distribuidos, degradados, en diversos lugares; pero se ha de perdonar a los soldados bisoños, quienes, si hubieran vuelto a hacer esto, son castigados con la pena correspondiente».

⁴⁹ D. 49.16.6.3.

⁵⁰ Vallejo Girvés, M, «Violación del Sacramentum y Crimen maiestatis: la cobardía en el ejército de roma», cit., p. 175.

⁵¹ Vid. D. 49.16.6.5; igualmente Vallejo Girvés, M, «Violación del Sacramentum y Crimen maiestatis: la cobardía en el ejército de roma», cit., p. 172, que señala «la cobardía [...] debe también ser analizada desde esa misma perspectiva de traición a Roma en tanto en cuanto se aplican al cobarde los mismos castigos (pena de muerte a través del azote) a que se hacen merecedores los traidores a Roma».

⁵² D. 49.16.3.19.

⁵³ D. 49.16.6.1.

⁵⁴ D. 49.16.3.15.

unió a la distinción en época republicana entre los delitos públicos y privados, y asimismo, comenzó a utilizarse la distinción terminológica entre *delictum* y *crimen*, considerándose los crímenes como los ilícitos cuya persecución se encauzaba con un proceso penal, iniciado con el ejercicio de una “acción penal pública”, ello en atención a su relevancia ya que se consideraban perjudiciales para toda la comunidad⁵⁵.

Respecto a los delitos de alta traición, el magistrado competente (*duoviri perdullionis*) podía imponer pena de muerte, si bien, la misma podía ser apelada ante el pueblo (*provocatio ad populum*), siendo competente para decidir sobre ello el *comitiatus maximus*, esto es, el comicio centuriado. No obstante, el plano militar constituía una excepción ya que, aunque se admitía la apelación de los soldados en los conflictos con sus superiores jerárquicos, en el caso de delitos esencialmente castrenses, primaba el *imperium militae* del jefe militar, y no era posible la apelación ante la Asamblea, y esta circunstancia concurría en los delitos de rendición, abandono de puesto, desertión o el de traición⁵⁶. Sin embargo, con el tiempo, se impusieron progresivamente límites a la arbitrariedad de los magistrados, señalando DE MARTINO la posibilidad de que “también los soldados tuviesen su legislación en el campo penal y que los grandes juristas de época de los Severos se preocupasen por introducir en este campo el principio de legalidad”⁵⁷.

1.2.4 PENAS

Respecto a las penas de los militares, indica Modestino las siguientes: las vaquetas, la multa pecuniaria, la imposición de cargos, el cambio de milicia, la privación del grado y el licenciamiento ignominioso, asimismo señala que no serán condenados a las minas

⁵⁵ Vid. Fernández de Buján, A, *Derecho Público Romano*, cit., pp. 225-226.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 227-228; se recoge también este particular en Mommsen, T, *Compendio de Derecho Público Romano*, Anacleto, Navarra, 1999, p. 391.

⁵⁷ Así citado por Blanch Nogués, J.M, «Una visión histórica y jurídica sobre el ejército romano», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 44, 2011, p. 44.

ni serán atormentados⁵⁸, a las que hay sumar, obviamente, la pena capital, la cual era la pena esencial para los traidores.

GIUFFRÈ expone que sobre los procesos militares (*della castrensis iurisdictio*) existe poca o nula información, circunstancia que no concurre en el ámbito de las penas ya que a través de las fuentes literarias se conoce más acerca de las mismas. La pena capital era ejecutada fuera del campamento (*extra vallum*) y era infligida con la decapitación (*decollatio*) o con la fustigación (*fustuarium*): en el primero de los casos se conducía al condenado desnudo al lugar del suplicio y previamente a ser decapitado con la espada o con un hacha era fustigado; en el caso de la fustigación, el condenado era “tocado” por el tribuno con su bastón de mando para que seguidamente sus conmilites lo fustigaran o lo lapidaran hasta la muerte⁵⁹.

En cuanto a la expulsión del ejército era precedida de la disolución del juramento (*exauctoratio*), y de la privación de las armas, partiéndose la lanza simbólicamente; a la expulsión que era infamante podía seguir la aplicación de una pena común.

Por otro lado, se halla la pena corporal de la *castigatio* que no implicaba la muerte, y consistía en la fustigación con un sarmiento de uva por parte del centurión por un número limitado de veces. La pena de la mutilación era excepcional (*crurifragium*), cortándose las piernas o las manos al condenado. Otras penas consistían en servicios de fatiga extraordinaria, tales como excavar fosas o fortificaciones.

Existía, asimismo, la pena pecuniaria (*condemnatio*) que consistía en la retirada de la soldada, también de la privación de la parte correspondiente del botín de guerra, o bien de la confiscación de sus bienes por parte del tribuno o del prefecto. Otra sanción era

⁵⁸ D. 49.16.3.1.

⁵⁹ Vid. Giuffrè, V, *Testimonianze sul trattamento penale dei “Milites”*, cit., p. 17-18; Santalucia, B, *Diritto e proceso penale nell’antica Roma*, Giuffrè editore, Milano, p. 20.

el cambio de formación (*militiae mutatio*) que implicaba siempre degradación, pudiendo incluso llegar la misma hasta dejar al condenado en el estado de soldado raso⁶⁰.

Respecto a las sanciones de naturaleza disciplinaria⁶¹, podían consistir en privar al sancionado de su tienda, a pernoctar fuera del campamento, a coger los alimentos con los pies o a ser privado de los alimentos destinados para los soldados. También era ordinario el castigo consistente en estar de pie sin las vestiduras en una posición humillante, en el punto denominado *principia* (en el frente del campamento junto a la bandera) a la hora del cambio de guardia⁶².

⁶⁰ La gran mayoría de los delitos militares, amén de las penas, en esencia, fueron conservadas en el Derecho Penal Militar Bizantino, que tras la caída de Occidente tomó el testigo de roma, hallándose, entre otros, la figura del militar que entrega un castillo o ciudad, el que se pasa al enemigo, el que turba la paz o el que revela designios al enemigo; Vid. Verri, P, «*Le leggi Penale Militari dell'Impero Bizantino nell'Alto Medioevo*», *Rassegna della Giustizia Militare Supplemento al núm. 1-2*, Roma, 1978, pp. 68-71.

⁶¹ Sobre la disciplina en el Ejército romano, véase Mommsen, T, *Historia de Roma, libros I y II, desde la fundación de roma hasta la reunión de los estados itálicos*, Epublibre, s.l.i., 2013, pp. 622-623, «La disciplina continuó siendo lo que antes: severa en extremo. En la actualidad, como en los tiempos pasados, el jefe del ejército tiene derecho de pasar por las armas a todos los que están a sus órdenes. Hace apalea al oficial superior lo mismo que al simple soldado; dispone el suplicio del hombre vulgar o del criminal ordinario, el del oficial que ha faltado a la consigna dada y el de la división que se ha dejado sorprender, o ha vuelto la espada al enemigo». También, procede observar la ya conocida decadencia de las armas romanas, al respecto se expresa el autor en *Historia de Roma, libro III, desde la reunión de Italia hasta la sumisión de Cartago y Grecia*, Epublibre, s.l.i., 2013, p. 499-500, «La guerra se fue degenerando de este modo en una empresa de botín, y así la disciplina y el espíritu militar también se relajaron, hecho que se ve claramente siguiendo los detalles de la expedición contra Perseo. La cobardía se apoderó de los corazones, tal y como se manifestó lastimosamente durante la insignificante guerra de Istria en el año 576. En ella, en el estruendo de un combate, estruendo abultado por el miedo, emprendieron la huida tanto el ejército de tierra y escuadra de los romanos, como los italianos del país. En una de sus más rudas alocuciones, Catón echó en cara a sus soldados su pusilanimidad. La juventud fue la primera que se precipitó por esta funesta pendiente. Durante la guerra de Aníbal, al formar los censores las listas de los caballeros, tuvieron que ensañarse contra la incuria y flojedad de los sujetos al servicio militar. Al fin del período que vamos historiando (574), y con el único fin de obligar a los hijos de las familias nobles a marchar con el ejército, una ley exigió, como condición indispensable para tener acceso a las funciones civiles, el haber permanecido diez años bajo las banderas». Por último, también es muy descriptivo Mommsen respecto a la decadencia en *Historia de Roma, libro IV, La Revolución*, Epublibre, s.l.i., 2013, p. 96, «La antigua organización militar imponía al ciudadano una carga pesada, pero era también el más sólido fundamento del poder de Roma; pues bien, hoy se la mina y destruye. Se disuelve la armada y va decayendo de un modo increíble todo el aparato de guerra continental. Al súbdito se le encarga la ruda tarea de guardar las fronteras asiáticas y africanas; y cuando no pueden hacerlo, cosa que sucede en Italia, en Macedonia y en España, se defienden miserablemente del bárbaro que llama a las puertas del Imperio. Las clases altas comienzan a huir del servicio militar, hasta el punto de que cuesta gran trabajo llenar los cuadros de los oficiales para la guarnición de España».

⁶² Giuffrè, V, *Testimonianze sul trattamento penale dei "Milites"*, cit., pp. 18-19.

1.3 DERECHO GERMÁNICO-VISIGÓTICO

1.3.1 INTRODUCCIÓN

Deben comenzarse estas líneas atisbando la esencia de la época medieval, y concretamente de su sociedad que fue, en palabras de GROSSI una sociedad sin Estado, donde, debido a la permanencia de ese vacío político, el Derecho vio sublimada su función, se colocó en el centro de lo social, y representó la constitución duradera más allá del carácter episódico de la política más elemental⁶³; así se erigieron como elementos centrales del derecho la “tierra”, la “sangre” y el “tiempo”, al igual que el individuo pasó a considerarse como un ser irrelevante, el cual no podía conseguir la plenitud por sí mismo, siendo esencial la idea del grupo⁶⁴. Igualmente, se produjo la feudalización de la sociedad, lo que conllevó el nacimiento de una serie de instituciones jurídicas que constituyeron el tejido jurídico de la misma, tales como la inmunidad, el régimen señorial, el precario, el beneficio, la clientela, el séquito, el vasallaje y el feudo⁶⁵.

Centrándonos en el mundo Germánico, se halla que la irrupción de los pueblos bárbaros, y su ulterior establecimiento en el mundo romano, constituyó un fenómeno de larga duración y de muy complejas causas⁶⁶. En nuestro caso particular, dos de esos pueblos se establecieron en la Península Ibérica, el Suevo y el Visigodo, permaneciendo como entidades políticas diferenciadas hasta el año 585, en el que el rey visigodo Leovigildo, los unifica bajo el poder visigótico⁶⁷, poder que no tardará mucho en extinguirse tras la irrupción en el año 711 del Islam⁶⁸. No obstante, la etapa

⁶³ Grossi, P, *El Orden Jurídico Medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 52.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 61-93.

⁶⁵ Pérez-Prendes, J.M, *Instituciones medievales*, Síntesis, Madrid, 1997, pp. 45 y ss.

⁶⁶ Vid. Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, Madrid, 1995, p. 173.

⁶⁷ Vid. Pérez-Prendes, J.M, *Breviario de Derecho Germánico*, Beramar, Madrid, 1993, p. 15.

⁶⁸ Cabe traer a colación a Orlandis que se expresa en los siguientes términos: «El siglo VII presencié en España un notable florecimiento cultural, cuyo máximo exponente fue San Isidoro de Sevilla. Ese siglo

visigoda se caracteriza por el concepto de unidad; se hable del régimen político y jurídico, de la Iglesia, del arte o de las distintas manifestaciones culturales, la referencia a lo visigodo tiene siempre un sentido unitario y homogéneo, al contrario de lo que ocurrirá con la España medieval de la Reconquista, que surge como consecuencia de la ruptura de esa unidad⁶⁹, si bien la existencia de un “Estado” visigodo es discutible⁷⁰.

En cuanto a la idiosincrasia jurídica de estos invasores se articulaba en una comunidad política formada por grupos familiares integrante de la llamada *Sippe*⁷¹, la cual tenía alcances decisivos en diversas facetas, tales como la económica, religiosa, armada y jurídica, al igual que aseguraba a sus miembros defensa para sus derechos, constituyendo un círculo cerrado de protección penal, y así la muerte de uno de sus miembros legitimaba a los restantes para ejercer la venganza de sangre, o para reclamar la composición económica que habría de ser distribuida entre sus miembros⁷².

Descendiendo al ámbito militar, es necesario examinar la figura del rey y de los duques. En cuanto al rey, se halla que éste era el caudillo militar y jefe supremo del

revistió también extraordinaria importancia desde el punto de vista constitucional, con la institucionalización de la Monarquía electiva; eclesiástico, por la reunión de la célebre serie de concilios toledanos; y jurídico, por la promulgación de un gran código de legislación civil. Pero, por debajo de esas brillantes apariencias, una larvada crisis minaba el reino visigodo español, que se derrumbó súbitamente en el año 711 ante el ataque del Islam, en una de las catástrofes políticas más fulgurantes que registra la historia del mundo» (Orlandis, J, *Historia del Reino Visigodo Español*, Rialp, Madrid, 2003, p. 19). Asimismo, en este sentido Menéndez Pidal, R, *Primera Crónica General de España*, Tomo I, Gredos, Madrid, 1965, pp. 312 y ss.

⁶⁹ Vismara, G, *Estudios Visigóticos I*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Sucesores de Rivadenayra, Roma-Madrid, 1956, p. 15.

⁷⁰ A este respecto existen diversas posturas, encontrando una postura afirmativa en Dahn, Roth o en Torres, quien sostiene la idea de la *publica utilitas* en el ámbito visigodo, *Vid.* Torres, M, «*El Estado Visigótico*», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 3, 1926, pp. 474-475.

⁷¹ A la *Sippe* también podían añadirse personas libres mediante la llamada fraternidad artificial, formalizada por juramento y por mezcla simbólica de sangre; al respecto *Vid.* Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 175.

⁷² *Ibidem*, p. 175. Obsérvese también Von Liszt, F, *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, 1995, Granada, p. 55, «La pena primitiva entendida de forma mediata como el resultado del instinto de conservación de la especie tuvo que comportar un carácter social desde un principio. [...] La primera forma de la venganza primitiva, la venganza de sangre, no es una venganza privada, sino una venganza de familia o de estirpe».

ejército, al igual que convocaba a las huestes, y también acudía personalmente a la guerra, ello sin perjuicio de encomendar el mando de las unidades a duques y nobles⁷³. Respecto a los duques, estos se encuadraban en la jerarquía de oficiales del rey, teniendo amplias atribuciones políticas, judiciales y militares, estando al frente de la provincia, hallándose además en una posición de cierta autonomía que a menudo derivó en rebeliones y alzamientos⁷⁴.

En cuanto a la prestación del servicio militar, fue entre los germanos un deber esencial de todo hombre libre, a lo que hay que unir el carácter predominantemente militar de la organización política visigoda⁷⁵, de manera que sólo los guerreros eran elementos activos de la comunidad política. El ejército se entendía como el pueblo en armas y no era en el ámbito hispano-godo un cuerpo armado permanente, exceptuando la guardia real y ciertas milicias fronterizas⁷⁶. En cuanto a su composición, se halla que en sus

⁷³ *Ibidem*, p. 253; Señala Dahn como derechos propios de los reyes en el ámbito germánico ciertas funciones sacerdotales, la convocación y presidencia de las asambleas populares, la ejecución de las sentencias de los tribunales en su propio nombre, la imposición de multas por desordenes, el mando del ejército, el nombramiento de capitanes, así como las negociaciones con otros pueblos; *Vid.* Dahn, F, *Historia Universal. Los pueblos Germánicos y Romanos*, Tomo X, Montaner y Simón, Barcelona, 1934, pp. 474-475.

⁷⁴ Muy ilustrativa al respecto resulta la rebelión del duque Paulo contra Wamba en el año 673; así el duque había sido destinado por el rey a combatir la sedición de Hilderico y sus compañeros, pero simulando que va a combatir a los rebeldes se apodera de Narbona y rechaza su juramento al rey y declara que ha de elegirse uno por el pueblo. Uno de los conjurados propuso como rey al mismo Paulo que fue aclamado y jurado; *Vid.* Vismara, G, *Estudios Visigóticos I*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, cit., pp. 28 y ss; Menéndez Pidal, R, *Primera Crónica General de España*, tomo I, Gredos, 1968, Madrid, pp. 288 y ss.

⁷⁵ *Vid.* A este respecto a Zeumer que señala que en los primeros momentos los visigodos no tenían otra organización que la militar, así mientras los visigodos fueron un pueblo trashumante, estaban organizados únicamente como ejército, formando grupos personales unidos en torno a sus jefes militares, que eran al mismo tiempo sus jueces, y les bastaba, en general, el viejo derecho consuetudinario de su nación; así citado por Gallegos, F, *El ejército visigodo: el primer ejército español*, Reflexiones sobre poder, guerra y religión en la historia de España, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, pp. 22-23.

⁷⁶ *Vid.* Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 254; Valdeavellano, L, *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*, Ediciones Castilla, Madrid, 1968, p. 214.

filas había tanto godos como romanos, si bien no es posible fijar desde que fecha estos últimos se incorporaron al ejército de manera regular⁷⁷.

El servicio militar obligó a todos los súbditos, teniendo lugar el reclutamiento a través de unos agentes (*compulsores exercitus*⁷⁸), dicha tarea a menudo no resultó fácil siendo cada vez más frecuente la evasión y el ocultamiento de los llamados⁷⁹, agudizándose el problema especialmente en el siglo VII, dando lugar a una Ley de Wamba que reiteró la obligación del servicio militar, fijando gravísimas penas, y posteriormente a una Ley de Ervigio que suavizó la dureza de las penas, pero dejó a salvo la obligación de asistir al ejército a todos los súbditos⁸⁰.

Por último, en relación a la organización militar, se observa que los cuerpos militares se estructuraban mediante un sistema decimal, cuya unidad mayor era la *thiupha*, dirigida por un jefe o *thiuphadus*, constando esa estructura superior de mil hombres⁸¹.

Por otro lado, debe señalarse que los grandes propietarios territoriales acudían a la

⁷⁷ Al respecto existen defensores de la tesis de que los romanos se incorporaron desde el primer momento de forma regular al ejército visigodo, ello es sostenido por Dahn, Oldenburg o Torres López, en el signo contrario se halla Sánchez-Albornoz que sostiene la incorporación de manera ocasional a partir del siglo VI, *Vid.* Pérez Sánchez, D, *El Ejército en la Sociedad Visigoda*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1989, pp. 64-65; Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 255.

⁷⁸ *Vid.* Pérez-Prendes, J.M, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, cit., p. 224, quien señala que el *compulsor exercitus* «era un funcionario sometido a un régimen jurídico especial de protección en sus bienes y en sus actividades durante el cumplimiento de su misión».

⁷⁹ Si bien deben considerarse las palabras de Dahn: «la virtud más prominente, la única que salvó a los germanos de los romanos, y que luego les entregó el imperio del mundo, era aquel incomparable heroísmo, aquella afición a la lucha y a los peligros y aquel deleite con que daban muestras de su valor [...]. Furor teutónico y otras expresiones por el estilo para pintar el furor, la rabia, la embriaguez y pasión por la lucha, usan con frecuencia los autores extranjeros cuando describen el empuje con que los guerreros germánicos se precipitaban sobre el enemigo contentos de morir, saltando y bailando, literalmente riendo y cantando de júbilo, aun cubiertos de heridas y blandiendo sus armas (Dahn, F, *Historia Universal. Los pueblos Germánicos y Romanos*, cit., p. 426).

⁸⁰ *Vid.* Pérez-Prendes, J.M, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 223.

⁸¹ Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 256; García Moreno, L.A, *Historia de España Visigoda*, Cátedra, Madrid, 1989, p. 314.

guerra con sus siervos y clientes armados (*buccellarii*) que sustituían el deber público de combatir en el Ejército por un servicio de armas privado⁸².

Dejando ya atrás la organización militar, enunciada a grandes rasgos, se debe analizar el derecho penal visigodo, para posteriormente examinar los ilícitos que aquí nos ocupan. De esta forma, nos situamos en el ámbito del derecho penal germánico, cuyo objetivo fundamental es la defensa de un orden dado, limitándose, como todos los sistemas primitivos, a ser un sistema represor eficaz, siendo las piezas esenciales por un lado la figura de la “carencia de la paz”, cuya pérdida acarrea la situación de enfrentamiento real entre el delincuente, su víctima y los grupos de parentesco a que cada uno pertenecía⁸³, y por otro la ya señalada “venganza de la sangre” (*bluetrache*), la cual usualmente se ejecutaba con el incendio de la casa del declarado “enemigo”, con él y sus familiares dentro⁸⁴.

A los pilares esenciales mencionados debe sumarse la concepción del delito basada en la responsabilidad por el resultado, como señala ORLANDIS⁸⁵, propio de los sistemas penales escasamente desarrollados, donde el elemento objetivo, esto es, el daño, constituye el elemento central, de manera que el delito se define como la producción

⁸² Vid. Valdeavellano, L, *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*, Alianza, Madrid, 1986, p. 215; Vid. Pérez Sánchez, D, *El Ejército en la Sociedad Visigoda*, cit., pp. 65 y ss, quien señala la problemática en torno a los diversos regímenes jurídicos que podían coexistir en atención a los distintos grupos de personas que componían el ejército visigodo.

⁸³ Vid. Pérez-Prendes, J.M, *Breviario de Derecho Germánico*, cit., pp. 83-84; señala el mismo autor que la «declaración formal de carencia de la paz hecha por las “Sippen” en la asamblea general, establecía la “Faída” o enemistad, con la proscripción o doble efecto de privar de protección al inculpaado y de abrir contra él una persecución general que puede concluir con su muerte, exenta de venganza contra quien la realice, siempre que se ejecute en forma que no vulnere ni elimine el principio de publicidad (Pérez-Prendes, J.M, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p.173).

⁸⁴ Vid. Pérez-Prendes, J.M, *Breviario de Derecho Germánico*, cit., pp. 84-85.

⁸⁵ Vid. Orlandis, J, «Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta edad media», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 16, 1945, pp. 114-115.

antijurídica de un resultado dañoso, siendo por tanto un sistema de responsabilidad causal, no por culpa, presumiéndose la intención lesiva⁸⁶.

Otro de los elementos fundamentales del “derecho penal germánico”⁸⁷ era la llamada “composición”, que era un acuerdo recíproco entre el causante del daño y la víctima para la conservación de la paz, lo que se lograba a través del pago de un precio (*Busse*)⁸⁸, del cual una parte, si se había dado lugar a actuaciones judiciales, iba a parar al conjunto social. Por otro lado, la progresiva tendencia al predominio del sector público en el ámbito penal dio lugar a la configuración de la *Busse* como una multa⁸⁹.

Las anteriores ideas han de apuntalarse necesariamente con el concepto de fidelidad godo, que se muestra como un elemento previo de carácter esencial, el cual conforma el sustrato sobre el que se van a erigir las instituciones penales que protegen el “Estado”, señalando ESCUDERO que “El rey presta juramento de guardar la fe católica, proteger a la Iglesia, defender el reino y gobernarlo justamente [...]”⁹⁰. Tras el juramento del rey, el pueblo debía a su vez jurar fidelidad⁹¹. Así, tal y como se observa la sociedad se articulaba a través de un vínculo de *fidelitas*⁹² que tenía un carácter obligatorio, siendo el incumplimiento de aquélla objeto de severas penas⁹³. En cuanto

⁸⁶ Vid. Pérez-Prendes, J.M, *Breviario de Derecho Germánico*, cit., p. 87.

⁸⁷ Vid. Brunner, H, *Historia del Derecho Germánico*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, pp. 21-28.

⁸⁸ A lo que debe unirse el concepto de *Wergeld* o “precio de la persona” que variaba según la condición social de la víctima; Vid. Sánchez-Albornoz, C, *Estudios Sobre las Instituciones Medievales Españolas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1965, pp. 43-44, donde señala las teorías de Maurer, Dahn, Wilda, Hinojosa y Brunner sobre las diferencias de cuantía de *Wergeld* entre nobles y plebeyos godos.

⁸⁹ Vid. Pérez-Prendes, J.M, *Breviario de Derecho Germánico*, cit., p. 87.

⁹⁰ Téngase en cuenta el principio isidoriano «*Rex eris si recte facias, et si non facias non eris*», expuesto, entre otros, por Vismara, G, *Estudios Visigóticos I*, cit., p. 12.

⁹¹ Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 225.

⁹² Vid. D’Ors, A, *Estudios Visigóticos II, El Código de Eurico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Sucesores de Rivadeneyra, Roma-Madrid, 1960, pp. 84 y ss, donde se observa como desde los primeros tiempos la “fuga del reino” constituía un acusado problema, atentando ello lógicamente contra los vínculos esenciales de la comunidad.

⁹³ Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 225.

al citado juramento, se debe considerar que se prestaba al monarca debido a que la fidelidad surge únicamente entre personas, pero se entendía que los efectos del mismo se extendían a favor del pueblo y de la patria⁹⁴. Igualmente, el concepto de fidelidad tenía un evidente componente religioso, de manera que los concilios establecieron que el violar la fe prometida al monarca no era una mera inobservancia de un pacto sino que era un sacrilegio ya que se ofendía a Dios, puesto que en su nombre se prestaba el juramento de fidelidad⁹⁵.

Finalmente, cabe recoger las conclusiones de los padres conciliares⁹⁶, las cuales resume IGLESIA FERREIROS señalando que “No se puede vivir sin fidelidad, porque ¿qué esperanza tendrá el pueblo que no es fiel frente a sus enemigos? La fidelidad es necesaria incluso en la guerra y, con tanta mayor razón, en la paz, en la comunidad política goda. El triunfo de la fidelidad no supone sólo la posibilidad de la vida en común, sino también la gracia divina. El pueblo infiel no escapará a la venganza de Dios. No podrá sobrevivir a su ruina. La concordia sólo es posible donde reina la fidelidad”⁹⁷.

⁹⁴ Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, Universidad de Santiago de Compostela, Burgos, 1971, p. 59.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 67-68.

⁹⁶ No puede obviarse el protagonismo eclesiástico en los asuntos públicos, *Vid.* Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 231, que señala que «Además de tratar de los asuntos religiosos y eclesiásticos, los concilios se ocuparon de muchos otros de naturaleza diversa. Determinaron así las condiciones necesarias para la elección del monarca o la forma en que ella debía llevarse a cabo, velaron por el cumplimiento del juramento del rey y de los súbditos [...], y dictaron, en fin, las pautas a las que había de ajustarse la marcha del Estado o la conducta de los monarcas». En similares términos, Vismara, G, *Estudios Visigóticos I*, cit., p. 12; De Ureña y Smenjaud, R, *La Legislación Gótico-Hispana*, Idamor Moreno, Madrid, 1905, p. 435. Por otro lado, es menester citar la excepcional obra de Lasso Gáite, J.F, *Crónica de la codificación española*, codificación civil núm. 4, Vol. I, p. 23 y ss, pudiéndose traer a colación a modo de ejemplo estas certeras palabras del autor: «El Fuero Juzgo es el primer monumento legal, hispano-godo, en el que se esbozan las líneas fundamentales de nuestro derecho; subordinación a la justicia divina; valor primario de la honra y dignidad de la persona humana; unidad de la fe; prevalencia de la moral, etc».

⁹⁷ Ello en relación al Cuarto Concilio de Toledo, Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 68.

1.3.2 DELITOS

Entrando en los delitos contra el “Estado”, se halla en el Fuero Juzgo (*liber iudiciorum*)⁹⁸, una especial protección de la figura del rey, girando gran parte de los ilícitos en torno a su persona, lo cual está en línea con la organización política visigoda⁹⁹, y con la idea de vínculo de fidelidad que se ha expuesto. De esta manera, se castigaba con diversas disposiciones el “conspirar” por el trono, hallándose en la Ley VII del exordio castigo para el que “intente ser Rey viviendo el Rey contra su voluntad”, así como la Ley V que “prohíbe con pena de descomunión a quien presuma ser Rey, si no fuere primero legítimamente elegido por los Godos y Pueblo”, en este sentido incluso la Ley VI llegaba a establecer “Que nadie consulte los adivinos sobre la muerte del Rey con intento de haber el Reyno para sí, ni ayunte gente para ello”.

Respecto al delito de “traición”, una de las formas de incurrir en el mismo eran las injurias al monarca, de manera que se consideraba roto el juramento de fidelidad por medio de ataques verbales¹⁰⁰, y dichos ataques eran castigados con la pérdida de la mitad de la hacienda si el ofensor era persona de categoría o quedando a merced del rey si no lo era; pero también era protegida la memoria del monarca fallecido, castigándose con 50 azotes a aquellos que “dixéren mal del Rey despois de su

⁹⁸ Nos remitimos a esta obra por su carácter unificador y por su indudable relevancia, siendo el texto más completo y extenso de los surgidos en los reinos de filiación germánica, amén de constituir la base de la legislación patria durante muchos siglos, al respecto Del Rosal, J, *Principios de Derecho Penal Español*, Tomo I, Casa Martín, Valladolid, 1945, pp. 292-294; Coronas González, S.M, *Manual de historia del derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 94 y ss.

⁹⁹ Considérese aquí a De Hinojosa Rodríguez, E, *El elemento germánico en el Derecho Español*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1915, pp. 9 y ss, quien señala el esfuerzo de la legislación visigoda en desterrar las costumbres germánicas de derecho civil, penal y procesal que contradecían las ideas del Cristianismo y la soberanía del Estado, lo cual pese al empeño de la Monarquía e Iglesia no fue eficaz, debiendo tenerse en cuenta que la *Lex Visigothorum*, considerada como un triunfo del derecho romano y de la influencia eclesiástica sobre el derecho consuetudinario germánico, no llegó a aplicarse en muchos casos, subsistiendo así la influencia germánica, mostrándose la misma a partir del siglo IX con sorprendente vigor.

¹⁰⁰ Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 75; Zeumer, K, *Historia de la Legislación Visigoda*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1944, p. 153.

muerte”¹⁰¹. Asimismo, como extensión de la figura del rey, se protegía a su familia, y concretamente cristaliza esta protección en las leyes XVI y XVII del exordio, que perseguían: la primera las injurias a la mujer, hijos, o familia del rey; y la segunda dando una protección más amplia aun si cabe, de manera que se castigaba a todo aquel que haga fuerza o daño en las personas o bienes de la reina viuda o de sus hijos¹⁰².

La Ley IX del exordio prevé el delito de traición, en referencia a la figura del monarca, con una prolija exposición del delito y de sus consecuencias, observándose que la sentencia se halla repetida hasta en dos ocasiones, debido ello a los padres conciliares, quienes temieron que no bastase declarar en una sola ocasión la misma¹⁰³. El delito viene a proteger no sólo la figura del rey sino también a la patria y gente goda, si bien se pone un especial acento en la figura del rey, con un papel cada vez más relevante, y se muestra la necesidad de atender primero a los negocios del rey que a los del pueblo¹⁰⁴.

En cuanto al delito, se comete éste por no guardar el reino, a la gente goda, por buscar la muerte del Rey, o por tomar el reino por la fuerza, conductas todas que encuentran su esencia en el quebrantamiento de la fe y del juramento que se hacía al rey.

1.3.3 PENAS

Respecto a las penas, trascienden lo terrenal¹⁰⁵, expresándose así la antedicha Ley: “Sea primeramente culpado contra Dios, é sea hechado de la Iglesia de los Christianos,

¹⁰¹ F. Juzgo 2,1,7.

¹⁰² La Ley XVII del exordio, castiga el ilícito disponiendo «Se dálgon home quebrantar esta nostra sentença; o non la quisier guardar, sea descomongado por siempre; é sea raydo del Regno celestial; é sea penado en ó infierno con el diablo, é con sos companeros». Asimismo véase la Ley XIV «Los hijos del Rey deben ser respetados, y amparados de los Súbditos, de manera que de nadie reciban daño alguno», y la Ley XV «Los hijos del Rey deben ser honrados por el Pueblo, y sus cosas guardadas», ambas del exordio.

¹⁰³ Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 60.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 61.

¹⁰⁵ *Vid.* De Ureña y Smenjaud, R, *La Legislación Gótico-Hispana*, cit., p. 435, quien señala el aseguramiento de la ley por medio de penas espirituales.

porque la ensuzó, é perjuro: é toda la compañía de los Christianos; é sea condenado ánte Dios el padre, é ante todos los Angelos, con todos sos parcioneros: ca conveniente cosa es que aquel sea penado que es compañero en el facer el yerro”¹⁰⁶, igualmente debe destacarse el alcance de esta Ley, la cual según dispone la misma, sería de aplicación tanto a los godos como al resto de población¹⁰⁷, al igual que no sólo se castiga a los autores propiamente dichos sino también a cuantos partícipes hubiere.

La Ley XI del exordio tiene el siguiente título: “Que el delito de traycion y del que la favorece debe ser castigado con rigor, y los traydores pierden la dignidad que tuvieren, y quedan por siervos del rey, y asimismo todos sus bienes; sin que en ellos puedan tener parte sus hijos”, de esta manera se establece aquí la pena de pérdida de dignidad quedando el criminal bajo la servidumbre del rey, al igual que se dispone la pérdida de sus bienes.

Por otro lado, es menester referir que la pena general para los traidores, ya fuera por haber huido con el enemigo, haber atentado de alguna forma contra la tierra o gente goda, o contra la persona del rey, no era sino la de la muerte y el despojo de sus posesiones que quedaban a disposición del rey; no obstante, quedaba en manos de este

¹⁰⁶ Como se ha mencionado la Ley IX del exordio expone minuciosamente el delito, de manera que lo expuesto se debe completar con las dos descripciones restantes del delito y sus penas que rezan así: «Que todo home de nuestra gente, ó de los Pueblos de toda Espana que quebrantar el Sacramento, que es de susodicho, ó lo probar de quebrantar en qual manera, ó en qual arte quier, ó probar de tomar el Regno por forcia, sea hechado fuera de la compañía de los Christianos, e non sea recebido en Santa Eglisea, porque la endució perjurándose, é sea condepnado ánte Dios el Hijo, é ánte los Apóstolos, é sea condepnado con todos sos parcioneros el dia del joizo, ca derecho es, que aquellos que son parcioneros de tal yerro, que sean parcioneros en tal pena. E esto mesmo dicemos la tercera vez: Que todo home de Espana ó de nostra gent, que quebrantar este Sacramento, ó el prometimiento que ha fecho al Rey, por tener la paz del Pueblo, é por la salud del Príncipe, é de la gent de los Godos: é todo home que quisier tomar el Regno por forza, sea departido de la compañía de los Christianos, é echado de Santa Eglisea porque se perjuro, é depois sea descomongado ánte Dios el Espíritu Santo, é ánte los Santos Martires, é non haya compañía con los Justos; mas sea condenado en á pena del Infierno, é con diablo, è con sos Angelos, el, é aquellos que lo quisiéren ayudar; por tal que hayan aquellos equal pena que fueron companeros en una maldade».

¹⁰⁷ Vid. García Gallo, A, «Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 13, 1936, pp. 249 y ss, que manifiesta el indudable carácter territorial del *Liber Iudiciorum*.

último la posibilidad del perdón¹⁰⁸, conmutándose en este caso la pena de muerte por la de ceguera¹⁰⁹.

Por lo demás, puede constatarse que los diversos pueblos germánicos, en menor o mayor medida, regulaban los delitos contra el “Estado”, y recogían ciertos supuestos de “traición”¹¹⁰. Así, a modo de ejemplo se encuentra que los ostrogodos consideraban como delito de majestad el testimonio o acusación contra el señor; los bávaros en su *lex Bajuvariorum* castigaban con pena de muerte el llamar al enemigo para invadir el territorio, o la conspiración para la entrega de alguna ciudad, y la *lex longobardorum* castigaba la ayuda o incitación del enemigo a la invasión, o al que daba acogida a un espía o víveres al enemigo¹¹¹.

1.3.4 ÁMBITO MILITAR

En el plano estrictamente militar, hemos de dirigirnos al Título II, del Libro IX, que reza de manera elocuente “de los que van a oste, e de los que fuen dela”, donde se regula el ámbito castrense. En primer lugar, se observa que se castiga al Capitán que consiente al Soldado dejar la milicia, ya sea a cambio de precio o no¹¹², y también se prevé el castigo de la “cobardía” disponiéndose que el que manda a los hombres de la hueste en la batalla y los abandona debe ser “descabezado”¹¹³. La deserción, también se halla prevista en la Ley IV, cuyo título es “de los desertores”, y se castiga allí, por

¹⁰⁸ Debe aquí considerarse que las penas sufrieron diversas modificaciones, siendo relevantes las ervigianas, de manera que si al acusado no se le imponía la pena de muerte o de ceguera era decalvado y recibía 100 azotes, sufriendo estricta y perpetua prisión, Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 44.

¹⁰⁹ Zeumer, K, *Historia de la Legislación Visigoda*, cit., p. 139.

¹¹⁰ Vid. Tácito, C, *De vita Iulii Agricolaie, De origine et moribus Germanorum*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 37, quien ya señala la pena de horca para los traidores y los tráfugas «*proditores et transfugas arboribus suspendum*».

¹¹¹ Al respecto, véase el detallado estudio de Teruel Carralero, D, «Evolución legislativa de los delitos contra el Estado», en *Revista española de derecho militar*, núm. 15, 1963, pp. 21 y ss; y Blecua Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 35.

¹¹² F. Juzgo 9,2,1.

¹¹³ F. Juzgo 9,2,3.

un lado, la ausencia de quien ha de mandar la hueste; y por otro, la de aquel que, una vez “contando” en la misma, o bien no se incorpora, o bien regresa a su casa¹¹⁴. Se sanciona el primer caso con una pena de carácter pecuniario que podía variar por diversas circunstancias, y se castiga el segundo con 100 azotes ejecutados públicamente y pena económica. Asimismo, se establece que habrá de informarse al rey, debiendo éste repartir la suma de la pena entre la compañía que el desertor dejó.

También se hallaba castigo para los que daban licencia a los soldados para abandonar el ejército recibiendo a cambio algún tipo de dádiva¹¹⁵; y para los que no surtían de víveres a las huestes debiendo hacerlo, castigándose dicho supuesto en proporción a los días en que se hubiere retrasado el aprovisionamiento¹¹⁶.

Seguidamente, es necesario poner el acento en la Ley VIII, de Wamba¹¹⁷, que constituye por sí misma un “tratado” de derecho militar, y regula el deber de concurrir a la hueste, las penas para los que no lo hicieran, las causas que justifican la ausencia y como han de probarse, así como lo que se debe llevar a la hueste. Esta ley, que data del año 673, reformó lo legislado en materia militar y dispuso, con carácter general, que los duques, condes, vicarios, tiufados y gardingos, o cualquier súbdito, debían acudir sin excusa ni demora alguna a cumplir su obligación militar y¹¹⁸, de no hacerlo, en caso de tratarse de un “Rico ome”, perdía todos sus bienes y era desterrado; y en

¹¹⁴ F. Juzgo 9,2,4: «Si el que ha de mandar diez omes en la oste finca en so casa, é es sano; e non quier ir en la oste, ó se torna de la oste pora so casa, peche al Senor de la tierra onde es, diez moravidis: é si fizo dalgun ruego que lo dexasen, peche cinco moravidis; é el Senor lo faga luego saber al Rey que aquellos dineros sean partidos por mano del Rey entre aquella compana que dexó; é si algún ome (depois que ye contando en á oste entre mi é entre quinientos; ó entre ciento, ó entre diez) sen mandado daquel que ha de mandar estas companas fincó en sia casa, é non quier ir á oste, ó si torna de la oste para so casa, resecha cien tazones ó mercado, ante todos, é peche diez moravidis».

¹¹⁵ F. Juzgo 9,2,5.

¹¹⁶ F. Juzgo 9,2,6.

¹¹⁷ Sobre la actividad legislativa de Wamba, véase Zeumer, K, *Historia de la Legislación Visigoda*, cit., pp. 92 y ss.

¹¹⁸ Vid. Pérez-Prendes, J.M, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, cit., p. 223, señala que la única excusa para la prestación militar era la enfermedad.

caso de tratarse de un hombre “de menor guisa”, se le castigaba con 200 azotes y multa¹¹⁹.

Por otro lado, se dispone como un deber fundamental de todo hombre que concurra a la hueste, el de hacerlo con la mitad de sus siervos que tuvieren una edad comprendida entre los 20 y los 50 años, amén de llevar a estos últimos debidamente equipados para la guerra¹²⁰.

Como aditamento a la anterior disposición, se estableció por Wamba la obligación de la defensa de la patria invadida por el enemigo, ya hubiera llamamiento por parte del rey o se tuviera noticia del ataque, de manera que todo hombre que se hallare próximo al lugar del ataque, incluso los eclesiásticos, debía partir al combate “con todo su poder para defender el Regno”, de forma que el que así no lo hiciera perdía toda dignidad y pasaba a ser siervo del rey, quedando así bajo la voluntad de éste¹²¹.

Asimismo, se observa que existía una “jurisdicción militar”, que se reservaba para los jefes de las diversas unidades, siendo ejercida la misma principalmente por el *thiufadus* que un principio habría sido un mero oficial del ejército y, posteriormente, vio incrementadas sus funciones como juez¹²².

¹¹⁹ Vid. Valdeavellano, L, *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*, cit., p. 215.

¹²⁰ F. Juzgo 9,2,8.

¹²¹ F. Juzgo 9,2,9. Vid. Gallegos Vázquez, F, «El Ejército Visigodo: El Primer Ejército Español», en *Reflexiones sobre poder, guerra y religión en la Historia de España*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, pp. 52 y ss, señala que de forma común el rey convocaba a la hueste mediante una orden “*regalis ordinatio*”, pero ésta en ocasiones no era necesaria, ya que cuando el reino era atacado por enemigos o se producía una revuelta no había que esperar al llamamiento regio, pues el “dux” de la provincia atacada debía reunir al ejército, teniendo obligación de acudir todo aquel que se encontrase en un radio de 100 millas de donde se producía la agresión o la revuelta. Igualmente, sostiene que esta obligación debió incumplirse ya que Wamba, tras sofocar el levantamiento del Duque Claudio en la Septimania, tuvo que dictar leyes muy duras al respecto, pero tampoco esto solucionó el problema ya que su sucesor Ervigio optó por suavizar las penas en vista de los efectos de las mismas.

¹²² Vid. Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 248.

Por último, para cerrar al ámbito de los pueblos germánicos, procede traer a colación las conclusiones expresadas por IGLESIA FERREIROS, que compilan certeramente las líneas maestras del periodo, “Los germanos parecen haber agotado, en sus tiempos más antiguos, la protección a la comunidad en los delitos militares. Los delitos contra la comunidad entre los germanos, al menos tras las emigraciones, y quizás mucho antes, se presentan como delitos contra el monarca. La protección al monarca se configura sobre la idea de violación de fidelidad debida al mismo. Los germanos no parecen haber conocido el *crimen maiestatis*, en el sentido de haberlo utilizado para la protección del rey. La extensión de la infidelidad al monarca no se ha llevado a cabo por la utilización del *crimen maiestatis*, sino gracias a la idea misma de fidelidad. Los germanos no conocieron la *proditio* como traición a la patria. Estas afirmaciones son válidas para el reino godo, pero pueden ser completadas con las siguientes precisiones: Los delitos contra la comunidad entre los visigodos se configuran con base al juramento de fidelidad prestado al monarca. Pero si la fidelidad se prestar al rey, engendra tres clases de deberes distintos: frente al rey, frente al pueblo, y frente a la tierra. La relativa autonomía de los deberes señalados, parece ir desapareciendo, al compás de la evolución del reino godo y subsumirse, los dos últimos, en los deberes frente al rey. La fidelidad es recíproca y engendra mutuos deberes”¹²³.

1.4 LA ALTA EDAD MEDIA

Iniciamos aquí otra etapa, marcada por el inicio de la Reconquista, en la cual se obviarán los elementos jurídicos musulmanes, al considerar dicha cultura como ajena, adoptando plenamente la idea de la “pérdida de España”¹²⁴; al respecto cabe considerar

¹²³ Iglesia Ferreiros, A, *La traición*, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 1966, p. 568-569.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 266, donde se recogen pasajes de la *Primera crónica general* que relatan la significación de la “pérdida de España”: «Aquí se remato la santidad et la religión de los obispos et de los sacardotes; aquí quedó et minguó el abondamiento de los clérigos que sirvién las eglesias; aquí peresció ell entendimiento de los prelados et de los homes de orden; aquí fallesció ell enseñamiento de la ley et

que en el Islam, en rigor, sólo hay una fuente del derecho que es la voluntad divina transmitida por revelación a Mahoma, circunstancia esta por la que no cabe acoger dichas normas jurídicas en nuestro estudio; y, por tanto, se seguirá con las instituciones medievales cristianas que sobrevivieron y finalmente resultaron vencedoras frente al mundo islámico, las cuales, en esencia, se basan en el ámbito germánico y en la recepción del “derecho común”.

En este periodo histórico se mezclan diversas influencias, observándose cómo la España de los primeros siglos de la Reconquista conoció tres tipos fundamentales de sistemas jurídicos, dependiendo del territorio¹²⁵, unas zonas donde era apreciable una pervivencia e influencia del *Liber Iudiciorum*, otras donde la sociedad vivía en atención a normas esencialmente consuetudinarias que en último término eran reconocidas y sancionadas por la práctica judicial y, por último, se hallan los ordenamientos jurídicos de nueva creación o fueros, que eran acordes a las necesidades de la repoblación de aquel entonces¹²⁶. En cuanto a la sociedad, se basaba esta en dos grupos naturales, la familia y el municipio, alcanzando gran predicamento el concepto de solidaridad entre sus miembros, ejerciendo ésta una marcada influencia en el sistema penal de la época¹²⁷.

de la santa fe... Toda la tierra desgastaron los enemigos, las cosas hermaron, los hombres mataron, las ciudades quemaron, los árboles, las viñas et cuato fallaron verde cortaron”. Respecto a la Primera crónica véase v.g Menéndez Pidal, R, *Primera Crónica General de España*, Tomo I, Bailly-Bailliere e hijos, Madrid, 1906.

¹²⁵ El marco político de la Reconquista se funda en el Reino Astur-Leonés, Cataluña, Aragón, y Navarra, llegándose en el siglo XIII a la España de los cinco reinos: León, Castilla, Aragón-Cataluña, Navarra y Portugal; siendo notoria la existencia de diversos sistemas jurídicos. (Vid. Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 303-303; pp. 402 y ss).

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 402 y ss; señala Escudero esta clasificación patrocinada por García-Gallo, manifestando que la misma no debe ser interpretada en un sentido rígido, ya que con el paso del tiempo se entrecruzarían en un mismo ámbito geográfico los diversos sistemas.

¹²⁷ Vid. Orlandis, J, «Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta edad media», cit., pp. 154 y ss.

Siguiendo con el plano social, el cual incidirá, necesariamente, en el derecho vigente, se encuentra que el rasgo evidente que configura la época es el “conflicto”, no debiendo obviarse que España, en aquellos momentos no era sino una -debe interpretarse en sentido usual- “nación” en pie de guerra¹²⁸, donde la militarización de toda la sociedad, era una necesidad para la mera supervivencia, pudiendo afirmarse que en los primeros siglos de la Reconquista la obligación de ir en hueste alcanzaba a todos los ciudadanos y era inexcusable¹²⁹. A ello se debe unir que el uso de armas por aquel entonces era esencial, no sólo por la situación social general, sino también por la carencia de seguridad personal, que obligaba en muchas ocasiones a los ciudadanos a erigirse en defensores materiales de su vida y sus derechos, así como también incluso en garantes de la tranquilidad social, dada la falta en muchas ocasiones de “autoridad pública”¹³⁰.

Este rasgo básico va a suponer que en los instrumentos legales más representativos de la época, estos son los “fueros”¹³¹, se hallen regularmente disposiciones dedicadas a la milicia, dedicadas fundamentalmente a regular el deber de concurrir al ejército; asimismo se debe señalar que, de forma paralela a la regulación de lo militar en el ámbito público, coexistían los lazos “vasalláticos” de índole privada, muy significativos por aquel entonces.

¹²⁸ Blecua Fraga, R, *El delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 38. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta la pluralidad de reinos y sistemas legislativos, por lo que no debe entenderse, en este caso, el concepto de nación en términos modernos.

¹²⁹ Martínez de la Vega y Zegri, J, *Legislación militar de España en la Edad Media*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, 1912, p. 22.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 31-32.

¹³¹ *Vid.* Du Boys, A, *Historia del Derecho Penal de España*, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1872, pp. 6 y ss, resume los Fueros municipales en dos especies, la primera eran aquellos basados en costumbres orales que los vecinos de la localidad recogían y redactaban por escrito, y cuya sanción pedían al monarca, la segunda eran privilegios que los reyes otorgaban a las ciudades, de las que habían sido arrojados los moros, y que se habían quedado desiertas, o territorios recientemente conquistados. Los privilegios de los fueros tenían por objeto atraer habitantes a las poblaciones y crear colonias militares en las fronteras.

En cuanto al ámbito penal, este tiempo presenta una mixtura de elementos romanos y derecho germánico, en la que cobraban un especial vigor las instituciones de esta última clase, hallándose que el género de vida de los cristianos independientes favoreció la pervivencia de las costumbres germánicas, especialmente intensas en León, Castilla y Portugal¹³².

Respecto a la traición, sostiene IGLESIA FERREIROS que resulta sencillo relacionar la misma desde el punto de vista etimológico con el termino latino *traditio*, y se cuestiona la causa de que sea ésta última y no la *proditio* la que sirva de base a la traición. Al respecto señala que se presenta con gran fuerza la posibilidad de que la causa sea la idea de “entrega” que late en la *traditio*, siendo el traidor aquel que rompía la fidelidad y entregaba a su “señor”¹³³.

Hecha la anterior observación, se halla en este periodo que el concepto de traición se amplía notablemente: existe una traición contra la figura del Rey¹³⁴, pero también una traición entre iguales, en íntima relación con diversas figuras de la sociedad de la época, de manera que había diversos delitos que por su extrema gravedad se hallaban comprendidos dentro del círculo de la traición¹³⁵. Esto sucedía en relación con los homicidios ocasionados violando treguas, fianza de salvo, una paz especial y la muerte del “inimicus” por la parte ofendida, después que la reconciliación hubiera puesto

¹³² De Hinojosa Rodríguez, E, *El elemento germánico en el Derecho Español*, cit., p. 11.

¹³³ Vid. Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., pp. 85 y ss, donde se realiza un estudio pormenorizado del concepto de “traición”.

¹³⁴ «Las penas con que se castigaba este delito, igual que en la época visigoda, eran la muerte y la confiscación de los bienes, quedando la suerte del delincuente al arbitrio regio, que podía perdonarle la vida» (Blecua Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 39); Vid. Teruel Carralero, D, «Evolución legislativa de los delitos contra el Estado», cit., pp. 37-38, donde se expone que los delitos contra el Rey eran considerados siempre traición, citando el Código de Tortosa que castigaba las maquinaciones contra la vida del monarca.

¹³⁵ Orlandis, J, «Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta edad media», cit., p. 125.

término al estado de enemistad¹³⁶. La consecuencia de estos delitos era la pérdida general de la paz, lo cual en la práctica era una pena de muerte, a lo que se unía la destrucción de la casa y la confiscación de bienes¹³⁷. Se consideraban también traidores a aquellos que atacaban a sus parientes próximos y a su señor¹³⁸, al igual que a los que violaban la paz de la casa al cual se le consideraba con mucha frecuencia como “traydor”¹³⁹.

En el plano castrense, señala MARTÍNEZ DE LA VEGA que “el instinto de la propia conservación, muy amenazada en aquel tiempo de perennes luchas y los sentimientos caballerescos heredados de los germanos, hacen que se repunte al traidor como al mayor de los criminales”¹⁴⁰. Los diversos fueros reconocieron la especial gravedad del ilícito, que consistía en la entrega de fortaleza al enemigo, o en la actividad “traidora” por parte de vigías y centinelas, acciones para las cuales se imponía el descuartizamiento y el ahorcamiento respectivamente.

Otro género de traición estaba constituido por la acción de llevar armas a tierras de moros, ya que restaba elementos para la propia defensa y los facilitaba al enemigo, ello se castigaba con multa y en caso de insolvencia con la horca. No obstante, cuando el contrabando de armas no se realizaba con el enemigo, la multa era menor, y no se castigaba con la muerte en ningún caso. Respecto al tráfico de armas, se observa que se prestó especial atención a ello, toda vez que se llegó a prohibir el simple hecho de

¹³⁶ Igualmente, es menester observar la clasificación realizada por García González, J, «Traición y Alevosía en la Alta Edad Media», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 32, 1962, pp. 339-342.

¹³⁷ *Ibidem*. pp. 126 y ss; Vid. De Hinojosa Rodríguez, E, *El elemento germánico en el Derecho Español*, cit., pp. 70 y ss.

¹³⁸ Vid. Blecua Fraga, R, *El delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 40, donde se recoge lo dispuesto al respecto en el Fuero de Soria.

¹³⁹ Vid. Orlandis Rovira, J, «La Paz de la Casa en el Derecho Español de la Alta Edad Media», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 15, 1944, pp. 112 y ss.

¹⁴⁰ Martínez de la Vega y Zegri, J, *Legislación militar de España en la Edad Media*, cit., p. 73.

sacar armas, de hierro o madera, de la ciudad, si bien esta actividad no constituía delito de traición, sino únicamente tráfico ilícito de mercancías¹⁴¹.

Encontramos también una modalidad especial de la traición, que consistía en la violación de tregua concertada por el monarca. Así el Fuero de Teruel, castigaba con gran severidad el quebrantamiento de la tregua del Rey o del Concejo, siendo la pena la horca, o si el reo no podía ser habido la confiscación de todos sus bienes¹⁴².

Respecto al espionaje, se preveía esta actividad en los fueros, que castigaban el envío de datos militares o mensajes a tierra de moros, no siendo un delito extraño, sino que parece que fue bastante común en la época, ya que incluso se premiaba a aquellos que entregaban a los espías vivos o muertos. La primera Crónica General nos describe a los anteriores como aquellos “omes malos... que van a descubrir a los moros lo que los cristianos puedan fazer”¹⁴³. Señala DE MOXÓ que la información subrepticia era una cosa frecuente, refiriéndose los fueros a aquellos que eran enviados al campo enemigo a “prender lengua”, es decir, a adquirir noticias a tierras de moros, a los cuales había de recompensar con parte de lo ganado en la operación militar, por lo que no debía ser extraña la existencia de tráfugas merodeando por las zonas fronterizas, resultado útiles a los jefes militares por la información que suministraban de los movimientos del enemigo.

En relación a este delito, se tomaban diversas medidas para evitarlo, entre ellas, se ejercía una estrecha vigilancia por parte de los mandos de la hueste, de forma que una

¹⁴¹ De Moxó, S, «El Derecho Militar en la España Cristiana Medieval», en *Revista española de derecho militar*, núm. 12, 1961, p. 36.

¹⁴² Vid. Martínez de la Vega y Zegri, J, *Legislación militar de España en la Edad Media*, cit., pp. 73 y ss, donde realiza un detallado estudio sobre los delitos militares, en particular, de los que se hallan en el Fuero de Teruel, el cual contiene diversos preceptos al respecto; De Moxó, S, «El Derecho Militar en la España Cristiana Medieval», cit., p. 37.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 38.

vez que llegaban las fuerzas al lugar donde habían de pernoctar, se recorrían las posadas y se tomaba nota de las armas, bestias y hombres aposentados, ya que de esta manera si alguno robaba y después huía o salía con algún mensaje para los moros, era buscado con facilidad¹⁴⁴. Igualmente, se establecía una presunción de complicidad y encubrimiento, ya que si el espía se fugaba de noche sufrían la pena del mismo sus compañeros de alojamiento, considerándose que era imposible la comisión del delito sin el conocimiento de los que convivían con él en la expedición, esta medida se tomó también para dificultar el espionaje y propiciar que los soldados se vigilasen entre sí¹⁴⁵. Para evitar este delito y otros atentados contra la seguridad pública se mandaba ahorcar a los desconocidos que se encontraran vagando por las calles sin llevar luz, sufriendo también castigo si el que lo cometía era un vecino de la ciudad¹⁴⁶.

Las penas de los espías consistían en el esquilamiento en cruces, el corte de las orejas y la pérdida del botín que le correspondiera¹⁴⁷.

1.5 BAJA EDAD MEDIA

1.5.1 INTRODUCCIÓN

Entramos aquí en una etapa que, según LOPEZ-AMO, constituye el punto de partida del Derecho Penal Español, configurándose el mismo en torno a tres influencias principales: la del Derecho germánico, la del Derecho romano y la de la Iglesia. La principal característica de esta etapa fue la coexistencia de instituciones de derecho

¹⁴⁴ Vid. Palomeque Torres, A, «Contribución al Estudio del Ejército en los Estados de la Reconquista», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 15, 1944, pp. 252-253.

¹⁴⁵ De Moxó, S, «El Derecho Militar en la España Cristiana Medieval», cit., p. 39.

¹⁴⁶ Refiriéndose al Fuero de Teruel, Martínez de la Vega y Zegri, J, *Legislación militar de España en la Edad Media*, cit., p. 75; Palomeque Torres, A, «Contribución al Estudio del Ejército en los Estados de la Reconquista», cit., p. 243.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 74.

penal popular con un derecho penal oficial del Estado, el cual fue ganando terreno en dos direcciones esenciales: la primera, en la imposición de un sistema de penas de derecho público que sustituyó paulatinamente a la venganza de la sangre, entendiéndose la pena como una necesidad para que el Derecho pudiera cumplir su fin; y la segunda, fue la conquista de un procedimiento penal inquisitivo, pudiéndose perseguir los delitos a instancia del ofendido, por acusación de cualquier hombre y de oficio por la propia autoridad judicial¹⁴⁸.

1.5.2 EL FUERO VIEJO DE CASTILLA

Se siguen estas líneas con el Fuero Viejo de Castilla, aunque el citado Fuero no realiza una regulación específica de los delitos contra el Estado¹⁴⁹, sino que han de inferirse de su propia regulación, siendo así que las conductas más graves se constituyen, en esencia, por los actos que atenten contra la esfera jurídica del Rey, constituida ésta por las “pertenencias del Rey”: la Justicia, la Moneda, Fonsadera y sus Yantares, todas ellas de su titularidad por razón del señorío natural¹⁵⁰. De esta manera, se aprecia una construcción del delito de traición en torno, casi exclusivamente, a la figura del monarca.

Siguiendo con DU BOYS, cabe señalar en el Fuero Viejo de Castilla, ciertas actividades como constitutivas del delito de alta traición que serían el abandono o la entrega al enemigo de los castillos que un noble castellano recibía de la corona, el saqueo de los palacios y edificios reales, y la deserción¹⁵¹.

¹⁴⁸ Vid. López-Amo y Marín, A, «El Derecho Penal Español de la Baja Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 26, 1956, pp. 337 y ss.

¹⁴⁹ Teruel Carralero, D, «Evolución legislativa de los delitos contra el Estado», cit., p. 38.

¹⁵⁰ Vid. Muro Martínez, J, *Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes de Estilo y Ordenamiento de Alcalá*, Imprenta de Caviria y Zapatero, Valladolid, 1874, p. 21, donde se expone que el tributo de la fonsadera era aquel que se pagaba por eximirse de ir personalmente a trabajar en los fosos o a otros servicios para la guerra, y los yantares era lo necesario para la manutención del mismo Rey.

¹⁵¹ Vid. Du Boys, A, *Historia del Derecho Penal de España*, cit., pp. 91-92.

Respecto a los castillos y a su defensa, se observa que en aquella época, obviamente, constituían un activo militar de primer orden, pues servían para acciones ofensivas, así como para refugio de la población ante cualquier ataque, al igual que se erigían como auténticos jalones de la “reconquista”, por lo que su entrega o rendición, se consideraba como una verdadera traición. Esta circunstancia expuesta se clarifica con lo dispuesto en el Libro I, Título II, Ley I, del Fuero Viejo de Castilla respecto a la posesión de castillos, que reza: “El que fuese nombrado por el Rey para la custodia de un Castillo, debe ser posesionado por medio de un Portero del mismo Rey. El que esté en el Castillo, entregará a este á dicho Portero segun Real mandato, y el Portero, después de sacar de la mano á todos los que estén dentro, y de cerrar las puertas á presencia de testigos, volverá á abrirlas, é introducirá en el Castillo al nombrado, diciéndole al entregárselo: Yo vos dó este Castiello por mandado del Rey, e vos entrego de él, así que fagades de él guera é paz. La persona así posesionada defenderá el Castillo, muriendo á la puerta de él antes que entregarlo”.

Por lo demás, figuran con especial gravedad el allanamiento de castillos y sitios reales, y su ultraje, al igual que el allanamiento del Palacio del Rey, pues se castiga el quebranto o la deshonra del palacio del monarca, tanto si este último se hallaba en el él como si no lo estaba¹⁵². En último lugar, la deserción se fija en el Libro I, Título III, Ley I disponiéndose que: “Todo Hidalgo que reciba de su Señor soldada buena y cumplida, debe servirle tres meses en la hueste, pero si el Señor no se la paga del modo indicado, no está obligado a este servicio. Si toma la soldada cumplida, y no quiere

¹⁵² Al respecto dispone el Fuero Viejo en su Libro I, Título II, Ley III, lo siguiente: «Incurrer en la pena de seis mil sueldos, el que quebrante Castillos lo deshonre el Palacio del Rey, aunque este no se halle en él, en la de tres mil, el que hiciese igual deshonra al Portero de Casa Real, y en la de quinientos, el que haga deshonra o fuerza en era, cabaña, monte o huerto, y el que se la haga o mate al Merino del Rey que tuviese jurisdicción. Todos estos sueldos serán par el Rey, y se podrá escusar su pago entregando doce hombres. El que quebrante el mandato del Sayon del Rey, incurre en la pena de sesenta sueldos».

servir, deberá devolverla doble. Si hubiese recibido caballo y loriga, debe también devolverlo, y no haciéndolo, el Señor puede tomar prenda, y acusarle ante el Rey”.

1.5.3 EL FUERO REAL

La siguiente regulación que es preciso examinar es la dispuesta en el Fuero Real, en el cual, como imponían aquellos tiempos, se índice especialmente en la protección de la figura del Rey, lo que unido a su estilo, refleja una clara influencia de las leyes visigóticas¹⁵³. El texto recoge, en sus primeras líneas, la obligación esencial de que “Todo Cristiano crea firmemente en los artículos de la Fé Católica, y en lo demás que guarda, y manda guardar la Iglesia Romana [...]”¹⁵⁴, de manera que todo aquel que contravenga ello en alguna cosa, sea declarado hereje”.

Seguidamente, se observan una serie de prescripciones sobre cómo ha de ser el comportamiento hacia el Rey. Este deber de fidelidad hacia la persona del rey implica que se le ha de temer, amar y guardar, a él, a su señorío y a todas sus cosas, y por ello se ha de proteger su vida y su salud, y se ha de velar por su honra. Este mismo deber de fidelidad determina una serie de prohibiciones, a saber: ir contra el rey o su señorío, rebeliones o sediciones contra el monarca o contra el reino y el unirse al enemigo o prestarle ayuda¹⁵⁵.

¹⁵³ Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 152.

¹⁵⁴ F. Real 1,1,1.

¹⁵⁵ Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 152; F. Real 1,2,1: «Cuiden todos de guardar á porfia la vida y salud del Rey, y el aumento de su honra y su Señorío. Nadie sea osado de ir contra él no contra su Reino, por obra, palabra ni consejo; ni hacer levantamiento ni alboroto contra el Reino mismo, dentro ó fuera de él; ni detenerse ante los enemigos, ni darles armas ni ninguna otra ayuda. El que haga ó intente hacer alguna de estas cosas muera por ello; y si el Rey le persona, sea con tal que le saquen los ojos, para que no vea el mas que quiso hacer. El Rey disponga del culpado y de sus bienes como quisiere; y ni él ni sus sucesores puedan darle nada de ellos, y solo sí otros, hasta la vigésima parte del valor de aquellos mismos. No valga cualquiera enagenacion ó contrato, que sea por escrito ó ante testigos, hiciere el delincuente, fraudulenta ó engañosamente, con el fin de que el Rey no pueda haber dichos bienes».

En cuanto a la traición, en un primer momento, el Fuero Real no establece una regulación concreta como sería deseable, sino que sólo aparece en una ocasión el término: “ninguno pruebe traycion, no otro mal fecho ninguno contra la persona del rey. Otrosi, no queremos sufrir que ninguno lo maldiga, ni lo retraya ningún fecho de lo que ficiere”¹⁵⁶, como se ve, existen unos límites muy difusos del ilícito de traición, generándose dudas sobre los actos constitutivos del delito, lo cual no es óbice para la existencia de unas penas muy severas, como eran la muerte y la confiscación de los bienes¹⁵⁷.

Más claro al respecto se muestra el Fuero Real en su Libro IV, Título XXI, Ley XXIV, donde declara expresamente quienes han de ser reputados como traidores:

- I. Quien mata, hiere, o prende al rey.
- II. Quien realiza esos comportamientos contra el heredero del señor natural.
- III. Quien yace con la mujer del rey o está en consejo para que otro lo haga.
- IV. Quien deshereda a su rey.
- V. Quien entrega castillo o villa murada¹⁵⁸.

1.5.4 EL ESPÉCULO

Siguiendo con la obra de Alfonso X, se debe reparar en el Espéculo, que tuvo un limitado alcance pese a que fue proyectado como una obra de carácter oficial y vigencia general, al igual que quedó como una obra inconclusa, pero se puede considerar este texto legal como el germen de las partidas, residiendo ahí su

¹⁵⁶ Continúa el F. Real 1,2,2 expresando que el que conociere algún mal del monarca, debía decírselo a éste en secreto, guardando silencio y sigilo sobre ello, por si el rey quería enmendarlo y que no se diera publicidad a lo acaecido.

¹⁵⁷ Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 155; F. Real 4,21,25: «Todo traidor muera por la traicion que haga; y aunque tenga hijos legítimos, ó nietos ó descendientes, pierda sus bienes, y sean para el Rey».

¹⁵⁸ Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 156.

relevancia¹⁵⁹. Esta obra establece en su Libro III, Título V, una serie de disposiciones relativas a la milicia, situando el ámbito castrense en un plano central, de manera que se señala en el citado título con carácter general que “[...] debemos todos guerrear contra herejes, e con moros, e con todos los otros que son enemigo de santa iglesia, o que non son de nuestra fe [...]”. En consonancia con la obligación general expresada, se regula la obligación de ir a la hueste cuando los enemigos entran en la tierra (Ley II) y la obligación de concurrir al llamamiento del rey para socorrer villa o castillo cercado por los enemigos, disponiéndose en la Ley III la condición de traidor del que no concurriese a la defensa.

Igualmente, se halla en la Ley IV la obligación de todos los vasallos de concurrir en auxilio del rey cuando entre en el reino otro rey u otras gentes para hacerle la guerra, debiendo morir como traidor aquel que siendo vasallo no hubiera acudido a la defensa de su rey, ello en caso de que el monarca hubiera caído preso, vencido o muerto en la batalla, en caso de que el rey no hubiera sufrido daño el que no concurrió perdía sus bienes y era expulsado del reino. Unido a lo anterior, se establece la obligación de concurrir a la hueste para realizar ataques ofensivos, siendo considerado traidor el que no fuese a la misma, si el rey encontrase muerte, fuere herido o cayera preso, al igual que tal consideración recibía aquel que hubiera dejado la hueste sin mandato del señor (Ley V).

¹⁵⁹ Vid. Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 446; García-Gallo de Diego, A, «*La obra legislativa de Alfonso X, hechos e hipótesis*», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 54, 1984, p. 100-110.

Castiga también como un hecho la huida en batalla con la seña del rey, cometiendo el que huye con la misma una gran traición¹⁶⁰, no sólo contra el monarca sino también contra el reino, al igual que se penaba a aquel que desamparaba las señas en la batalla.

Por lo demás, se observa que el orden y la disciplina en la hueste aparecía bien resguardada normativamente, según se aprecia en el Título VI del Libro III, castigándose, entre otros hechos, el de matar, herir o deshonorar al caudillo de la cabalgada, siendo el autor considerado como traidor¹⁶¹.

1.5.5 LAS PARTIDAS

Las Siete Partidas constituyen el siguiente punto a tratar, ya que es considerado como el cuerpo legal más importante de la historia del derecho español, siendo aquellas el fundamento de la constitución política y civil del reino de España¹⁶², al igual que representan la recepción en Castilla del derecho común¹⁶³. La conclusión de las mismas data el año 1265, tras casi nueve años de trabajos, y recogen tanto derecho público como privado, y en lo que aquí nos atañe, se debe examinar el contenido de la

¹⁶⁰ Espéculo 3,5,18: «[...] E queremos primero hablar de la seña del rey, e dezimos que el que fuye con ella, que faze una de las grandes trayciones que puede fazer, ca desanpara su señor. E demás porque la seña del rey con que él fuye da achaque a los otros que fuyan, e fuyendo con las señas mete muchas vezes desmayamiento en los omes, porque an de foyr. E por esto dezimos que faze traycion al rey e al regno. Onde qui tal traycion como esta faze, debe perder el cuerpo, e quanto que oviere, e devenle derribar las casas, e nunca deven ser otra vez fechas por señal de escarmiento. E qui fuye con la seña de otro señor de batalla, es traydor e debe morir por ello, e perder la meatad de lo que oviere, e si aver nol pudieren, pierda quanto oviere, e vaya por traydor. E quien fuye de batalla con seña de conceio, debe otrosi aver tal pena como quien fuye con seña de su señor, que non fuese rey».

¹⁶¹ Espéculo 3,6,10: «En todas las cosas que diximos en este titulo, e en otras muchas, que non podemos todas nombrar, deven ser mandados e acabdellados todos los que van en las huestes e en las cabalgadas, primeramente por el rey que es señor sobre todos, e desi por los otros señores que ovieren, o por los cabdiellos. Ca pues que por ellos se deven acabdellar e fazer su mandado en logar de señores, los an a tener que guardarlos e onrarlos. Onde dezimos, que cualquier que su cabdiello feriese o matase, que faze traycion, e debe morir por ello. E quil desonrase faze aleve, e debe ser echado del regno por alevoso».

¹⁶² Du Boys, A, *Historia del Derecho Penal de España*, cit., p. 160.

¹⁶³ Vid. Torres Aguilar, M, *Manual de Historia del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 142.

partida segunda¹⁶⁴, la cual se ocupa de la figura del monarca y establece diversas obligaciones militares, y de la partida séptima que recoge el derecho penal.

Señala IGLESIA FERREIROS que en las partidas la idea de traición gira alrededor de la deslealtad cometida al monarca, ya que se entendía que los súbditos de manera natural tenían el deber de amar al señor, servirle, honrarlo, proteger su vida y sus bienes¹⁶⁵, observándose así como la lealtad constituía unpreciado bien en la época¹⁶⁶ y un elemento primordial que se colocaba incluso por encima del linaje.

Debe tenerse en cuenta que el vínculo de lealtad no sólo era de los súbditos con el monarca, sino que éste último también estaba fuertemente obligado respecto a su pueblo, y se constatan en la Partida Segunda muchas expresiones de dicho deber; es significativo el Título X de la Ley II, que expresa que el rey debe mostrar amor al pueblo haciéndoles bien cuando entendiere que es necesario, teniéndoles piedad y doliéndose de ellos cuando les hubiere de dar alguna pena con derecho, y teniéndoles misericordia para perdonar a veces la pena que mereciesen por algún delito ya que se señala que la justicia, es buena en sí misma, pero en ocasiones puede tornarse cruel sino es templada con misericordia. La primera “obligación” aparece específicamente regulada en el Título XI, donde se dice cómo el rey debe amar a su tierra¹⁶⁷, cómo debe honrarla¹⁶⁸ y cómo debe guardarla¹⁶⁹. Unido a lo anterior, se debe considerar que las Partidas censuran la tiranía, y entienden como tirano al señor cruel que se ha apoderado

¹⁶⁴ Vid. Gárate Córdoba, J.M, *Espíritu y Milicia en la España Medieval*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1967, p. 271, donde se señala que: «[...] la Partida Segunda no sólo constituye nuestras primitivas ordenanzas, sino, mucho más que eso, un primer código de filosofía y deontología castrense. Por ello cabe calificar al Rey Sabio de tratadista militar».

¹⁶⁵ Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 178.

¹⁶⁶ Al respecto, Partidas 2,13,5, que establece la obligación del pueblo de decir la verdad al rey y guardarse de mentirle: «[...] Et por ende el pueblo á semejante de esto, segunt dixieron los sabios, debe siempre decir palabras verdaderas al rey, et guardarse de mentirle llanamente et de decirle lisonja, que es mentira compuesta [...]».

¹⁶⁷ Partidas 2,11,1.

¹⁶⁸ Partidas 2,11,2.

¹⁶⁹ Partidas 2,11,3.

de algún reino o tierra por fuerza, engaño, o por traición; con aquéllos de tal naturaleza que tras haberse apoderado de la tierra, aman más su provecho que el de la tierra; y se dispone que aunque hubiese ganado el señorío del reino por alguna forma legítima¹⁷⁰, las gentes están legitimadas para llamarlo tirano, considerándose que el señorío que era justo se ha tornado en injusto.

Las figuras con las que se describe la traición son significativas: la traición se consideraba como uno de los mayores yerros en que los hombres podían caer, semejante a la lepra, dañando la fama del hombre, corrompiéndola de manera que nunca se puede enderezar, mancillando la fama y linaje del traidor, de forma que sus descendientes aun sin tener culpa quedaban marcados por la misma¹⁷¹, siendo, en suma, la más vil y peor cosa que podía existir en el corazón de los hombres, actuando el traidor contra Dios¹⁷², contra su señor natural y contra todos los hombres.

La regulación de la traición en las Partidas es ciertamente extensa, y se hallan multitud de casos en la Ley I, Título II de la Partida VII, los cuales se pueden estructurar de la siguiente manera:

I. Buscar la muerte del rey, o que éste pierda su honra o dignidad.

¹⁷⁰ Se regulan en las Partidas 2,1,9, las distintas maneras de ganar el reino derechamente, disponiéndose que es llamado rey aquel que con derecho gana el señorío del reino, relatándose cuatro posibles maneras que son las siguientes: la primera por herencia; la segunda por conformidad de todos los del reino que lo escogen por señor, no habiendo pariente que deba heredar el señorío del rey finado; la tercera razón por casamiento con señora que sea heredera de reino; y la cuarta es por otorgamiento del papa o del emperador cuando alguno de ellos pueda hacer reyes en aquellas tierras en las que tengan dicho derecho.
¹⁷¹ Partidas 7,2.

¹⁷² Vid. Du Boys, A, *Historia del Derecho Penal de España*, cit., p. 241, éste señala que «la majestad real era en la Edad Media la imagen y el reflejo de la majestad divina. Según las Partidas, los reyes son “vicarios de Dios cada uno en su reino, puestos sobre las gentes para mantenerlas en justicia é en verdad, quanto en lo temporal”. Toda queja, toda difamación que se dirigiera a disminuir esta majestad suprema, toda mala conversación que sembrara con ella la desafección y el odio, es asimilada a una traición manifiesta».

- II. Guerrear junto con el enemigo para hacer mal al rey o al reino¹⁷³, ayudar a los enemigos con hechos o consejos, así como darles información para lograr sus fines.
- III. Alzar a las gentes contra el rey.
- IV. Impedir que un señor de al rey obediencia o tributos.
- V. Rebelarse en posesión de castillo, villa o fortaleza contra el rey, así como ceder los mismos a los enemigos¹⁷⁴.
- VI. Desamparar al rey en la batalla, huyendo de la misma, marchándose a cualquier lugar o con los enemigos. Igualmente, el desertar de la hueste sin el mandato del rey y sin haber expirado su tiempo de servicio, así como compartir información con los enemigos del rey para ir en su contra.
- VII. El conspirar contra el rey, levantando cofradías de caballeros o villas contra el monarca, si resultase daño para el rey o para la tierra.
- VIII. Matar a los adelantados mayores del rey, a los consejeros de éste, a los caballeros que lo guardan, o a los jueces que tienen el poder de juzgar por su mandato.

¹⁷³ Respecto a la guerra en sí misma, y no siendo menester extendernos al respecto, debemos hacer mención a la regulación dispuesta en la Partida II, Título XXIII, donde se exponen aspectos jurídicos, materiales e incluso filosóficos sobre la misma.

¹⁷⁴ Al respecto, obsérvese Partidas 2,18,12: «Sabidores fueron mucho los antiguos de España para guardar su lealtad, et por ende catando todas las cosas por que los castiellos fuesen mejor guardados de manera que los señores non los perdiesen, et catando todo aquello por que esto se feciese meior, posieron que aquellos que estodiesen en los castiellos feciesen dos cosas: la una defenderlos con ardimiento et con esfuerzo et la otra con sabidoria et con cordura: et la que ha de ser con ardideza et con esfuerzo es que deben defender el castiello muy ardidamente firiendo et matando los enemigos lo mas de recio que podieren, de manera que los non dexen llegar á él, ca en esto non deben popar á padre nin á fijo, nin á señor que ante hobiesen habido, nin á otro home del mundo que del otro cabo fuese que viesen que el castiello les quisiese facer perder; porque mucho serie cosa sin razón et contra derecho de guardar home á aquel quel feciese traydor. Otrosi deben haber grant esfuero en sofrir todo miedo et todo trabajo que les hi avenga, tambien en velar como en sofriendo sed, et fambre, et frio et dodo otro trabajo que hi prísiesen, ca pues que el castiello non han á dar sinon á su señor, meester es que tomen esfuero en sí porque lo puedan facer et non cayan po su culpa en pena de traycion: et por ende muerte nin otro peligro que es pasadero, non deben tanto temer como la mala fama que es cosa que fincarie para siempre á ellos et á su linaje, si non feciesen lo que debiesen en guarda del castiello [...]».

- IX. Matar o herir a los hombres o a las gentes de un lugar al que el rey haya dado seguridad.
- X. Matar o dejar huir a los rehenes del rey.
- XI. Ayudar a la fuga de un acusado de traición.
- XII. La rebeldía de los oficiales que hayan sido sustituidos y no quieran dejar su puesto, entregar fortaleza y demás cosas de su cargo, ni tampoco recibir al designado sustituto por el rey.
- XIII. Destruir, dañar o derribar maliciosamente retratos para honrar al rey.
- XIV. Falsificación de moneda o de los sellos del rey.

Por último, la disposición recogida, se refiere al concepto de traición, aclarando que existe la misma cuando alguno de los yerros citados es hecho contra el rey, contra su señorío o contra provecho comunal de la tierra, se denomina propiamente como traición, y concurre alevosía cuando los ilícitos se hayan dirigido contra otros hombres¹⁷⁵.

No obstante, no se agotan con la antedicha enumeración los casos de traición, pues a ellos se unen los ataques contra la reina, las infantas, y las hermanas del rey; en el primer caso se iguala la figura del rey con la de la reina, debiéndose guardar y honrar a ésta como al rey mismo, ello al considerarse a ambos como una unidad, entendiéndose también la especial protección dispensada en atención a la descendencia, ya que ésta será la llamada a heredar el reino¹⁷⁶. En el caso de las

¹⁷⁵ Partidas 7,2,1.

¹⁷⁶ Partidas 2,14,1: «[...] Et demás de todo esto farien á ella perder la honra que ante habie, llegándola al peor denuesto que mujer puede haber; et aun á los fijos que della nasciesen farien á ella perder la honra que ante habie, llegándola al peor denuesto que mujer puede haber; et aun los fijos que della nasciesen farien muy grant mal, metiéndolos siempre en dubda, et faciéndolos siempre vergonzar del fecho de su madre. Onde por todas estas razones la posieron los antiguos por una de las mayores trayciones que pueda ser fecha al rey, et mandaron que los que la feciesen o la consejasen facer que hobiesen tal pena como si matasen al rey mismo. Et en todas las otras cosas deben guardar et honrar á la Reyna como al rey; ca non podrien facer á él complidamente las cinco cosas que desuso diximos, si á ella non guardasen: e qui se atreviese á facer contra ella alguna de las cosas que desuso son defendida que non deben facer contra el rey, lo uno por honra dél, porque ámbos son como una cosa, et lo al

infantas y de las hermanas del rey, se castiga también en general cualquier ultraje a las mismas, poniéndose en ambos casos especial énfasis en la gravedad de la pérdida de la honra¹⁷⁷.

En relación a la milicia, la Partida II regula detalladamente multitud de aspectos, constituyendo una suerte de tratado de derecho militar, donde se exponen los distintos tipos de guerra, cómo la hueste debe ser seleccionada, e incluso se observa regulación en torno a los galardones que deben recibir los hombres que se hayan destacado en las contiendas.

En el aspecto penal encontramos que paralelamente a la justicia penal ordinaria, existía un derecho penal militar, disponiendo el Título XXVIII el fundamento de la regulación, el cual reside en el hecho de que los hombres delinquen de muchas maneras cuando hacen la guerra¹⁷⁸, unido ello a la especial gravedad de los ilícitos militares en razón al lugar en que eran cometidos.

porque los fijos que dellos nascen son luego señalados por señores que deben heredar los regnos; por ende farien traycion conoscida los que lo feciesen, et deben haber tal pena como si lo hobiesen fecho contra el rey mismo».

¹⁷⁷ Partidas 2,14,2: «[...] establecieron los antiguos de España que qualquier que deshonorase fija del rey, ó su hermana ó otra su parienta faciéndole facer maldat de su cuerpo porque le tirarie buena fama, et le darie mal precio et le farie perder casamiento, por ende debe morir tambien como si la matase; et si non le podieren fallar debe perder lo que hobiere et ser echado del regno para siempre; et los et los que consejasen tal cosa como esta, débenles sacar los ojos et tomarles quanto hobieren [...]. Et si alguno con grant atrevimiento de locura pasase por la fuerza á alguna dellas en qual quier logar que fuese, este farie traycion conoscida por que debe morir si lo podieren haber; et si non, ser echado del regno para siempre et demás perder todo lo que hobiere».

¹⁷⁸ Partidas 2,28, preámbulo, expresa el particular así: «Yerran los homes en muchas maneras quando andan en guerra; et porque los yerros que hi facen son mas peligrosos que los que son fechos en otros logares, porque non se pueden bien emendar; por ende pusieron los antiguos que hobiesen mayor escarmiento, ca de otra guisa non seria la justicia derecho como desuso diximos, si los malos non hobiesen escarmiento del mal que ficiesen, asi como los buenos gualardones por el bien. Et sin todo esto son muy dañosos los yerros que los homes facen en las guerras; ca asaz abonda á los que en ellas andan de haberse de guardar del daño de los enemigos, quanto mas del que les viniese por culpa de los suyos mesmos. Onde pues que en las leyes del título ante deste se muestra cuáles gualardones deben los homes haber por los buenos fechos que facen en las guerras; queremos agora decir en este de cómo se deben castigar y escarmentar los que errasen en ellas: et primeramente diremos qué cosa es castigo et escarmiento: et á qué tiene pro: et por qué razones debe ser fecho: et quién lo ha de facer et en qué tiempo: et qué pena merescen los que embargasen la justicia que non se ficiese, ó que non guardasen las posturas que hobiesen puesto entre sí.

Comienza la regulación distinguiendo entre el “castigo” y el “escarmiento”: el primero es un ligero amonestamiento de palabra o una herida con un palo que hacia el caudillo a aquellos que cometían hechos de poca entidad, por lo que por su naturaleza se puede fijar como un correctivo meramente disciplinario; por otro lado se halla que el “escarmiento” significaba la aplicación de una pena análoga al ámbito común¹⁷⁹.

En el ámbito militar existían diversos actos que se pueden considerar como constitutivos de traición¹⁸⁰, siendo, en esencia, los siguientes:

- I. Dar sabiduría a los enemigos.
- II. Unirse al enemigo.
- III. Unirse al enemigo para guerrear contra su pueblo.
- IV. No unirse a la hueste.

Junto con los citados comportamientos que indudablemente constituían traición, se encuentran otros que tenían menor gravedad, tales como las riñas entre los componentes de la hueste, los hurtos o el gastar la vianda antes de tiempo. Los castigos a los que se enfrentaba el traidor eran lógicamente muy severos, siendo común el desmembramiento o la decapitación¹⁸¹.

De vuelta al ámbito ordinario, respecto a la penalidad en las Partidas, se dispone en las mismas un concepto de pena, definiéndose ésta como una enmienda de pecho (pago)

¹⁷⁹ Partidas 2,28,1: «Castigo es ligero amonestamiento de palabra ó de ferida de palo que face el cabdiello contra algunos quando le fuesen desmandados, ó non fuesen sabidores de las cosas que se han de guardar en la guerra: et escarmiento es pena que manda dar el cabdiello contra los que errasen como en manera de juicio [...]».

¹⁸⁰ Vid. Gárate Córdoba, J.M, *Espíritu y Milicia en la España Medieval*, cit., pp. 314-316.

¹⁸¹ Partidas 2,28,2: «Pena muy grande pusieron los antiguos á aquellos que descubrien á los enemigos fecho de los de su parte: et esto hicieron con grant derecho, porque este mal se levanta de grant deslealtad et es traycion conocida: ca bien asi como lo serie, si lo ficiesen en uno solo, quanto mas si fuese fecho en muchos; ca algunas veces acaesde que por tales fechos como estos son muertos, ó presos ó desbaratados los de las hueste ó los de las cabalgadas[...]. Et esto ficieron porque si fallasen que alguno de su compañía era ido á los enemigos, et sopiesen que les habie llevado sabidoria dellos, que luego que le cogiesen en mano que lo matasen de cruel muerte por ello rastrándolo et desmenbrándolo [...]».

o escarmiento que es dado según la ley por los yerros (delitos) que se hicieron; al igual que se recoge que el fin de la pena por un lado tiene que ser el propio escarmiento del delincuente, es decir, la mera retribución, como también la prevención general, de manera que todos los que lo vieren y oyeren, no delincan por miedo a la pena¹⁸². En relación a la pena, SERRA RUIZ manifiesta que en las Partidas las acciones delictivas provocan una pena pero ello ocurre mediante una previa explicación, a través de un por qué y un para qué, interponiéndose, desmenuzándose en el tipo penal, entre el hecho y la consecuencia, entre el delito y pena, una explicación de la finalidad del castigo, haciéndose referencia frecuentemente a la motivación del legislador; observándose el extraordinario avance que implican las Partidas en la situación jurídico-positiva precedente, y siendo el cuerpo legal un conjunto de legislación penal positiva pero también un cuerpo de doctrina jurídica¹⁸³.

La clasificación de las penas se halla dispuesta en la Partida VII, Título XXI, Ley IV, donde se señalan siete tipos, correspondiendo cuatro a los “yerros mayores” y tres a los menores, así se hallan las siguientes:

- I. Pena de muerte o pérdida de miembro.
- II. Estar en hierros para siempre, cavando en los metales o labrando labores del Rey, o sirviendo a los que las hicieren.
- III. El destierro para siempre en una isla o lugar apartado, tomándole todos sus bienes.
- IV. Estar siempre en hierro, en cárcel u otra prisión.
- V. El destierro sin privación de bienes.

¹⁸² Partidas 7,31,1.

¹⁸³ Vid. Serra Ruiz, R, «Finalidad de la pena en la legislación de Partidas», en *Anales de la Universidad de Murcia*, núm. 21, 1963, p. 202.

- VI. Dañar la fama, juzgándole por infamado o privándole del oficio hasta cierto tiempo o para siempre.
- VII. Ser azotado o herido secretamente, o ponerle en deshonra en la picota o desnudarlo, haciéndolo estar al sol untado de miel para que lo coman las moscas.

Siguiendo con la punición, las Partidas, establecen que los hombres no deben recibir pena por el mal pensamiento, sino que deben existir actos exteriores, de forma que cualquier hombre que se arrepienta del mal pensamiento antes de comenzar a obrar, no merece pena alguna, porque los primeros movimientos de las voluntades no están en poder de los hombres; no obstante, si después hubieren comenzado a obrar, aunque no hubiesen finalizado sus actos, caerían en culpa y serían merecedores de escarmiento¹⁸⁴.

La pena en las Partidas encuentra influencias de derecho romano, germánico, canónico, y reminiscencias de derecho antiguo, de carácter expiatorio, junto con elementos de contenido humanitario. En ocasiones se observa individualización, personalidad, y benevolencia en la aplicación de la pena como aparece el talión o la infamia; en cualquier caso este cuerpo legal dispone una serie de principios penológicos muy desarrollados¹⁸⁵. La pena también se establece como un mal

¹⁸⁴ Partidas 7,31,2. En relación a la traición debemos remitirnos a la Partida 7,2,5, la cual reza así: « porque los primeros movimientos que mueven el corazón del ome non son en su poder, según dixeron los Filósofos; por ende, si en la voluntad de alguno entrase de fazer trayción con otros de consumo, en ante que fizzesen jura sobre el pleito de la trayción, lo descubriesse el Rey, decimos, quel deue ser perdonado el yerro que fizo de consentir en su corazón de ser en tal fabla. E demás tenemos por bien, quel den aun galardón por el bien que fizo en descubrir el fecho; porque deue omo asmar, que non fue este en la fabla con entención de cumplir el yerro mas por ser sabidos dél, porque pudiesse mejor deuiarlo, que non se cumpliesse; o que ouo tanto de bien en su corazón, que se arrepintió e apercibió al Rey, en tiempo que se pudiesse guardar della. Esí por aventura lo descubriesse después de la jyra, en ante que la traycion se cumpliese; porque pudiera ser, que fuesse cumplida, si el non la descubriesse, debe ser perdonado el yerro que fizo, mas non deue auer galardón ninguno; pues tanto anduuo adelante en el fecho; e lo tardó tanto que lo non descubrió».

¹⁸⁵ *Vid.* Serra Ruiz, R, «Finalidad de la pena en la legislación de Partidas», cit., pp. 230 y ss.

necesario, debiéndose el Rey dolerse de aplicarla a sus súbditos¹⁸⁶, siendo además preferible el dejar sin castigo un delito que dar pena a quien no la merece¹⁸⁷. La pena se muestra como la vía para hacer justicia, y es la consecuencia inmediata del delito, teniendo un sentido retributivo, se debe basar en pruebas ciertas e indubitadas y no en meras sospechas, amén de ser individualizada, teniéndose en cuenta las distintas circunstancias del delito: sujeto¹⁸⁸, tiempo y lugar¹⁸⁹.

En cuanto a los procedimientos judiciales, no eran estos un elemento de menor relevancia, ya que la pena como se ha expresado debía de ser fundamentada sobre sólidas pruebas, disponiéndose en la Partida VII, Título I, Ley XXVI que “La persona del ome es la mas noble cosa del munco; e porende dezimos, que todo Judgador que ouiere conocer de tal pleito sobre que pudiesse venir muerte, o perdimiento de miembro, que deue poner guarda muy afincadamente, que las pruebas que recibiere sobre tal pleito, que sean leales, e verdaderas, e sin ninguna sospecha, e que los dichos, e las palabras, que dixeren firmando sean ciertas, e claras como la luz, de manera, que non pueda sobre ellas venir dubda ninguna¹⁹⁰”.

Para llegar a las certezas requeridas en el seno de los procedimientos judiciales se preveía la posibilidad de someter al reo a tormento, lo cual se regula en el Título XXX de la Partida VII; así, el mismo se dispone como un medio para escudriñar y saber la

¹⁸⁶ Partidas 2,10,2.

¹⁸⁷ Partidas 7,31,9.

¹⁸⁸ Para la imposición de la pena era necesaria la imputabilidad del sujeto, observándose esta circunstancia en las Partidas 7,8,3: «[...] Otrosi dezimos que si algund ome que fuesse loco, o desmemoriado, o moco que non fuesse de edad de diez años e medio, matasse a otro, que non cae porende en pena ninguna, porque non sabe, nin entiende el yerro que faze».

¹⁸⁹ Partidas 7,9,20.

¹⁹⁰ Lo que debe completarse con lo dispuesto en las Partidas 7,31,7: «A los fazedores de los yerros, de que son acusados ante los Judgadores, deuen dar pena despues que les fuese prouado, o despues que fuere conocido dellos en juyzio: e non se deuen los Juzgadores rebatar, a dar pena a ninguno por sospechas nin por señales, nin por presunciones; como quier que por algunas destas razones los pueden tormentar, en las maneras que de suso digimos. Mas devenlo fazer según que las razones de amas partes fueren tenidas e averiguadas ante ello; é esto deven guardar, porque la pena, despues que es dada en el cuerpo del ome, no se puede tirar nin emendar magüer que entienda el juez que erró en ello».

verdad de los delitos cuando no podían ser conocidos ni probados por otra manera¹⁹¹. Este medio judicial requería de mandato del juez y de la existencia de presunciones o sospechas sobre los delitos del acusado, al igual que encontraba límites también por razón de las personas, y no era posible someter a tormento a los menores de catorce años, los caballeros, los maestros de leyes o de otros saberes, los consejeros del rey o de los señores de ciudades o villas, ni los hijos de los mencionados. Tampoco a las mujeres embarazadas hasta que pariesen, ya que la criatura que se hallaba en su vientre no merecía mal¹⁹².

En relación a los procedimientos judiciales, resulta de interés la figura del *riepto*¹⁹³, cual era la acusación que se hacía por un hidalgo a otro delante de la corte echándole en cara la traición o la alevosía que hizo. La capacidad de “retar” residía en todo hombre hijodalgo por daño o deshonra por traición o alevosía que le hubiera hecho otro hijodalgo, pudiéndolo hacer por el mismo mientras estuviera vivo; si hubiese muerto dicha capacidad pasaba a los padres, hijos o hermanos, y en caso de no existir ninguno de estos al pariente más cercano; igualmente podía retar el vasallo por el señor y éste por el vasallo¹⁹⁴. El reto¹⁹⁵ requería de la aprobación del monarca, el cual si finalmente prosperaba se decidía en una lid, previo señalamiento de aquel de la fecha, las armas y de los fieles (testigos)¹⁹⁶. Para finalizar el presente estudio, se debe señalar

¹⁹¹ Vid. Serra Ruiz, R, *Finalidad de la pena en la legislación de Partidas*, cit., p. 253.

¹⁹² Partidas 7,30,2.

¹⁹³ Sobre la naturaleza jurídica del *riepto* véase Torres López, M, «Naturaleza Jurídico-Penal y Procesal del Desafío y Riepto en León y Castilla en la Edad Media», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 10, 1933, pp. 167-168.

¹⁹⁴ Partidas 7,3,2.

¹⁹⁵ Vid. Otero Varela, A, «El Riepto en los Fueros Municipales», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 29, 1959, pp. 155 y ss, señala que junto a la figura del *riepto* de los Hidalgos, existía el *riepto* municipal que era esencialmente un simple medio de prueba en juicio para evidenciar la inocencia o la culpa de ciertos reos mediante la intervención de la divinidad.

¹⁹⁶ Partidas 7,4,2.

que se castigaba con la muerte toda traición, sin considerar el grado de autoría, así como la pérdida de sus bienes, quedando sus hijos varones infamados para siempre¹⁹⁷.

Continuando con el análisis histórico, nos situamos en el año 1348, fecha en la que las Cortes de Alcalá bajo el reinado de Alfonso XI promulgan el libro jurídico llamado Ordenamiento de Alcalá, cuyo título XXVIII establece en su ley primera el orden general de prelación de fuentes¹⁹⁸. Poniendo énfasis en la necesidad de que existan leyes ciertas para las contiendas y pleitos. Queda así sancionada la aplicación del propio Ordenamiento de Alcalá en primer lugar, y en su defecto de los fueros municipales en cuanto no fueren contra Dios, la razón y las leyes. En tercer lugar, si leyes y fueros carecen de norma adecuada, debe hacerse uso de las Partidas. La importancia de este cuerpo legal reside en su dilatadísima vigencia, habida cuenta que la prelación fijada, recogida luego por las recopilaciones de la Edad Moderna, se mantuvo vigente hasta la promulgación del Código Civil en el siglo XIX, al igual que significó el pleno reconocimiento de las Partidas como texto legal y vigente en determinados supuestos, ya que tanto el libro alcalaíno como los fueros municipales eran textos de corto alcance en muchos casos, por lo que era necesario acudir a la obra monumental del rey sabio¹⁹⁹.

En cuanto al contenido del Ordenamiento de Alcalá, se debe reparar en su Título XXXI que regula la prestación del servicio de las armas, estableciendo la obligación a todos

¹⁹⁷ Respecto a la pena, se observa que de la pérdida de los bienes se exceptúan la dote de su mujer y las deudas que tuviere hasta el día que se inició la traición; al igual que se dispone que las hijas pueden heredar hasta la cuarta parte de los bienes de sus padres. Partidas 7,2,2.

¹⁹⁸ Ordenamiento de Alcalá 28,2: «Por ende queriendo poner remedio conveniente a esto, establecemos e mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos falláremos que se debe mejorar e enmendar, e en lo que son contra Dios e contra razón o contra las leyes que en este libro se contienen. Por las quales leyes deste nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos civiles e criminales; et los pleitos e contiendas que se non podieren librar por las leyes deste nuestro libro e por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de las Siete Partidas.

¹⁹⁹ Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., pp. 453-455.

los vasallos con carácter general, regulando los casos de ausencia y castigándose severamente a aquellos que se incorporasen ocho días después del plazo establecido a la hueste.

La Ley V del título XXXII dispone las distintas maneras que hay de traición, observándose una regulación muy semejante a la dispuesta en las Partidas, donde una vez más el delito se centra, esencialmente, en la figura del monarca, describiéndose hasta nueve supuestos distintos.

1.6 EL ANTIGUO RÉGIMEN

1.6.1 INTRODUCCIÓN

Se sigue aquí con un dilatado periodo de tiempo que se puede fijar aproximadamente desde el fin del reinado de los reyes católicos hasta comienzos del siglo XIX, y que tiene como rasgos principales, por un lado, el de la existencia de una sociedad estamental y por otro el de una Monarquía absoluta²⁰⁰.

Así, en el derecho penal se reflejan los caracteres de la sociedad, en la que los hombres tenían un estatuto jurídico dependiente del estamento al que pertenecieran, diferenciación que también se daba en el ámbito penal, toda vez que éste se muestra como una expresión de la estructura sociopolítica de una época y constituye un instrumento para la conservación de la misma.

Otro elemento determinante de la etapa histórica será la creciente relevancia del poder real, que se plasmará en la existencia de un Derecho Penal real, significando ello que los reyes tienen poder para en sus leyes penales definir qué actos son delictivos y que pena merecen sus autores, además implica que hay instituciones dependientes del poder real que van a aplicar el *ius puniendi*. Este poder no tuvo una fácil implantación, en primer término por la pervivencia de los Fueros municipales, y una vez que los

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 619; sobre las distintas clases sociales jerarquizadas véase pp. 669-679.

ordenamientos locales perdieron influencia, las leyes reales no serán interpretadas de modo uniforme en todas partes, sino que la práctica del lugar y la decisión judicial, producirán abundantes fenómenos localistas²⁰¹.

En cuanto al delito, se compone en esta época de tres elementos básicos, el religioso o moral (pecado), el social (daño común) y el de la ofensa personal. Todos estos elementos se hallaron en un difícil equilibrio durante tres siglos, fluctuando la importancia de los dos primeros elementos, y no hallándose una noción abstracta, clara y estática sobre el delito, sino más bien una creencia viva y dinámica del mismo²⁰².

Buen reflejo de lo dicho lo encontramos en el propio delito de traición que sirvió a la Monarquía absoluta en España y en el resto de los países europeos para defenderse no sólo de rebeldes o sediciosos sino también contra quienes falsificaban moneda, documentos o sellos reales; existiendo un casuismo ciertamente exagerado que algunos autores del siglo XVI y XVII trataron de limitar, elaborando un concepto unitario de estos delitos²⁰³.

1.6.2 EL ORDENAMIENTO DE MONTALVO

En cuanto a los cuerpos legales destaca en primer lugar el Ordenamiento de Montalvo, éste consta de ocho libros que contienen las leyes de Cortes, pragmáticas y ordenanzas dictadas desde Alfonso XI, junto con algunas disposiciones del Fuero Real de Alfonso X. La parte penal aparece principalmente en el libro VIII y se compone de ocho libros. Debe considerarse que la obra no tuvo explícita sanción oficial, aunque su reconocimiento se puede desprender del hecho de que los monarcas ordenaron a todas

²⁰¹ Tomás y Valiente, F, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 24-25.

²⁰² *Ibidem*, p. 243.

²⁰³ *Ibidem*, p. 272.

las villas que dispusieran del libro y que por él se enjuiciaran los pleitos²⁰⁴. Este Ordenamiento recoge las formas de caer en traición en su parte dedicada al derecho penal situada en el Libro VIII, Título VII, Ley I, disponiéndose nuevamente una casuística en línea con las leyes castellanas precedentes, y sobre todo inspirada en las Partidas; se pone el acento en la extrema gravedad y en la vileza de quien obra con traición, destacando los actos contra el rey, entendidos éstos en un sentido amplio, y los encaminados a prestar ayuda al enemigo para hacer daño al rey o al reino ya se verificasen con hechos o con meros consejos²⁰⁵. La pena se resume en la pérdida de toda la hacienda del traidor y en quedar a merced del monarca²⁰⁶.

1.6.3 LA NUEVA RECOPIACIÓN

El siguiente texto de importancia es la *Recopilación de las leyes destos reynos*, más conocida como la Nueva Recopilación que fue promulgada por pragmática de 14 de marzo de 1567 y se publicó en 1569 sobre la base del Ordenamiento de Montalvo. Este texto se considera como el gran cuerpo legal de los siglos XVII y XVIII, sin embargo, con el advenimiento de la época ilustrada resultó anacrónico e insuficiente, al ir despertando poco a poco las ideas codificadoras al estilo moderno²⁰⁷. La traición aparece regulada en su Libro VIII inspirándose la misma en la regulación de las Partidas, sin hallarse grandes cambios al respecto.

1.6.4 LAS ORDENANZAS MILITARES

En esta época el Estado se encuentra en franca evolución en muchos órdenes, estableciéndose las bases de las estructuras modernas; uno de los instrumentos de

²⁰⁴ Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 684.

²⁰⁵ Ordenamiento de Montalvo 8,7,1.

²⁰⁶ Ordenamiento de Montalvo 8,7,2.

²⁰⁷ Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 685.

poder que no quedaría fuera de los grandes cambios sería el Ejército, que se transformaría en permanente e iría cristalizando en un auténtico ejército nacional. Debe considerarse que el concepto de la institución castrense de hoy ciertamente no sería aplicable a aquel entonces, en cuanto a que no existía un reclutamiento racionalizado y regular, descansando la idea de “permanencia” en la fijación de estructuras organizativas, consolidándose cuadros de mandos y expertos, junto con el establecimiento de una economía paralela al ejército para nutrir a éste de los medios necesarios.

La paulatina importancia que fue cobrando la institución armada, tuvo entre sus causas principales la existencia de innumerables conflictos bélicos que tuvieron como escenario habitual el Mediterráneo, los Países Bajos y el Atlántico, llegando a contar España con la mayor fuerza armada de Europa con más de cien mil hombres durante el reinado de Felipe II. Posteriormente, bajo la monarquía borbónica, este proceso de militarización creció imparable, llegando a ser las instituciones militares el instrumento incomparablemente más fuerte de la administración.

Esta gran maquinaria requería necesariamente de una estructura rectora o de una administración que apareció de forma paralela a la civil, aunque según expresa DOMINGUEZ NAFRÍA mucho más poderosa y organizada, con sus instituciones gubernativas: Secretarías del Despacho de Guerra y Marina, el Consejo de Guerra, el Consejo del Almirantazgo, e inspectores y directores de armas y cuerpos. Así como existía una organización industrial propia, un sistema de enseñanza, administración financiera, sanitaria e incluso eclesiástica²⁰⁸.

²⁰⁸ Vid. Domínguez Nafría, J.C, «Recopilación y Codificación del Derecho Militar en el siglo XVIII: La colección General de Ordenanzas Militares de José Antonio Portugués», en *El Ejército y la Armada en el Noroeste de América: Nootka y su Tiempo*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, pp. 211-214.

Como cualquier realidad de la complejidad de la estructura militar, era preciso un marco regulatorio, que tuvo su expresión en las Ordenanzas Militares, que durante esta etapa tuvieron un especial protagonismo.

Las Ordenanzas Militares contenían un compendio del saber de la época, recogiendo una síntesis de lo que el profesional de las armas necesitaba conocer para ejercer su actividad con eficacia. Generalmente, se constituían como un tratado completo de táctica, organización, contabilidad, administración, leyes penales, honores, y deberes y derechos de cada empleo. Desde los primeros momentos las Ordenanzas tuvieron además el carácter de código disciplinario que se mantuvo hasta el siglo XIX ya que hasta 1884 no se publicó el primer Código Penal para el Ejército. Por estos motivos, el uso de estos “códigos” era habitual, pues la consulta frecuente de los mismos constituía una necesidad para concretar penas y correctivos a imponer para el mantenimiento de la disciplina, cobrando pleno sentido la antigua expresión militar “le aplicaron la Ordenanza”²⁰⁹.

Las Ordenanzas, como era lógico venían muy determinadas por los distintos escenarios bélicos o la situación de las armas en un momento determinado, por lo que existió una verdadera multiplicación de dichas disposiciones²¹⁰, las cuales incluso tuvieron su expresión en el seno de la conquista de América con las Ordenanzas de Hernán Cortes que fueron redactadas en Tlaxcalteque el 22 de diciembre de 1520, siendo éste el primer código militar publicado en América.

El texto de estas Ordenanzas refleja el fin de las mismas cual era el conveniente ejercicio de la guerra al igual que van teñidas del profundo espíritu religioso que

²⁰⁹ De Salas López, F, *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, Mapfre, Madrid, p. 19.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 43; siguiendo al autor precedente, éste nos señala que el Rey Felipe V aprobó las siguientes ordenanzas militares: 1701,1702,1704,1705,1706,1707,1708,1710,1712,1716,1718,1719 y 1728.

recubría la empresa americana y que tenía su autor²¹¹; tanto era así que en las propias Ordenanzas se castigaba la blasfemia “Que ninguna persona, de cualquier condición que sea, no sea osado de decir ‘no creo en Dios’, y lo mismo se entiende de Nuestra Señora y de todos los otros santos, so pena que además de ser ejecutadas las penas establecidas por las Leyes del Reino contra los blasfemos, la persona que en ello incurriere pague quince castellanos de oro, la tercera parte para la primera Cofradía de Nuestra Señora que en estos territorios se hiciese, otra tercera parte para el Fisco de Su Majestad, y otra tercera parte para el Juez que lo sentenciara”²¹².

En cuanto a las conductas perseguidas destacan el juego, el echar mano a espada, puñal u otra arma contra un español, el abandono de puesto por los vigilantes y la deserción, de forma que el español al oír el tambor de su compañía estaba obligado a acompañar a su bandera con todas las armas, siendo en caso contrario sancionado con la pena pecuniaria de 20 castellanos. También se cuidaba el orden en las filas, castigándose a aquel que las abandonara con la pena de 20 pesos de oro y al que comenzara el ataque

²¹¹ *Ibidem*, pp. 30-32; es menester para mejor ilustración recoger extractos de las referidas Ordenanzas, expuestas por De Salas López: «Por ello, yo Hernán Cortes, Capitán General y Justicia Mayor de esta Nueva España del Mar Océano, por el muy alto y poderoso Señor Selecto Rey de los Romanos, Futuro emperador, siempre Augusto Rey de España y de otros muy grandes Reinos y Señoríos, considerando todo lo dicho y que es necesario y conveniente seguir y observar toda la mejor costumbre y orden que nos sea posible, tanto en lo que toca al servicio de Dios Nuestro Señor y de la Cesárea Católica Majestad, como por tener por enemigos a contrarios de la más belicosa y astuta gente en guerra que ninguna otra generación, especialmente por ser tantos, que no tiene número, y nosotros tan pocos y tan apartados y desprovistos de todo humano socorro, viendo ser muy necesario y conveniente al servicio de Su Cesárea Majestad y utilidad nuestra, mandé hacer e hice las Ordenanzas que irán firmadas con mi nombre, y el del escribano infraescrito en la manera siguiente:

Primeramente: [...] Por ello, con toda justicia que puedo y debo, “exhorto” y ruego a todos los españoles que en mi compañía fueren a esta guerra, que al presente vamos, y a todas las otras guerra y conquistas que en nombre de Su Majestad, y bajo mi mando hubieran de ir, que su principal motivo e intención sea apartar y desarraigar de dichas idolatrías a todos los naturales de estas partes, y reducirlo, o al menos desear su salvación y que sean reducidos al conocimiento de Dios y de su Santa Fe Católica, porque si con otra intención se hiciera dicha guerra sería inaceptable y todo lo logrado debería ser restituido, y Su Majestad no tendría razón de mandar gratificar a los que en ella sirvieron; y sobre ello encargo las conciencias de los españoles, y desde ahora, en nombre de Su Católica Majestad, declaro que mi principal intento y motivo de hacer esta guerra y las otras que hiciere, es por traer y reducir a los naturales al conocimiento de Nuestra Santa Fe y creencia, y después para sojuzgarlos y supeditarlos bajo el yugo y dominio imperial Real de Su Cesárea Majestad, a quien jurídicamente pertenece el Señorío de todas estas partes».

²¹² *Ibidem*, p. 32.

a los enemigos por propia iniciativa sin haber recibido previamente la orden de hacerlo, amenazándose a éstos con la muerte si se trataba de un capitán, 100 pesos de oro si fuese hidalgo, y 100 azotes si no lo fuese²¹³. Expuestas brevemente estas Ordenanzas que resultan de indudable interés²¹⁴, llama la atención que los castigos contenidos en ellas son de indudable gravedad; pero siendo ello cierto, se observa que la mayoría de penas tienen un carácter económico, y que se reservaban los castigos físicos y la pena de muerte para supuestos muy concretos. Por esta razón, cabe sino concluir que las disposiciones buscaban ante todo cierto pragmatismo, combinando la represión de las faltas con la conservación del ejército, atisbándose esta circunstancia en las propias palabras de Cortés, que describe la situación general en los fundamentos de las Ordenanzas así: “[...] por tener por enemigos a contrarios de la más belicosa y astuta gente en guerra que ninguna otra generación, especialmente por ser tantos, que no tiene número, y nosotros tan pocos y tan apartados y desprovistos de todo humano socorro [...]”.

Siguiendo en el ámbito de las ordenanzas, se deben citar las de Alejandro de Farnesio bajo el reinado de Felipe II, siendo estas de 15 de mayo de 1587 “sobre el ejército y administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo ejército” y de 22 de mayo del mismo año relativa al “oficio de preboste”, las cuales establecieron la jurisdicción que era de aplicación a los soldados²¹⁵. A ello siguieron diversos intentos para unificar

²¹³ *Ibidem*, p. 34.

²¹⁴ Se ha hecho aquí referencia a las citadas Ordenanzas a modo de ejemplo y por su carácter primigenio; no obstante, cabe recordar que nos hallamos ante una verdadera rama especial del Derecho castellano que abarcó desde el siglo XV al siglo XIX y que se ha venido a denominar como Derecho Indiano (*Vid. Pérez-Prendes, J.M, Historia del Derecho Español*, Universidad Complutense, Madrid, 2004, pp. 926-940).

²¹⁵ Expone Domínguez Nafría que «las Ordenanzas de Farnesio son un compendio de valores sobre la justicia y quienes la administran, que se intentan compatibilizar, no sin dificultades con la idea de *sumariedad*, al tiempo que sustraen al soldado de la jurisdicción ordinaria, incluso frente al principio de nacionalidad y territorialidad, dando lugar a la consolidación del *fuero militar*. De esta forma las mencionadas ordenanzas establecen su propia y especial jerarquía normativa a aplicar dentro de su jurisdicción: En el juzgar [los auditores] se conformarán con las leyes y derecho común y las órdenes, bandos, costumbres, privilegios y constituciones de la guerra, son atarse a ningunas leyes municipales

bajo las Ordenanzas la distinta normativa militar, como por ejemplo las de Felipe III de 1611 y de Felipe IV de 1632, proyectándose bajo el reinado del antedicho monarca una recopilación de Derecho militar, por orden de 7 de marzo de 1652 que finalmente no llegó a concluirse, a lo que debe unirse la intensa actividad normativa desarrollada por Felipe V²¹⁶; pero el culmen de la labor codificadora se halla indudablemente en las Ordenanzas de Carlos III del año 1768²¹⁷, las cuales por su interés se van a analizar en los aspectos que más interesan en nuestro propósito.

Las Ordenanzas de Carlos III fueron fruto de los trabajos de una Junta que llevó a cabo los designios de su majestad durante cuatro años de trabajo bajo la dirección del Conde de Aranda, aunque los trabajos no se limitaron a la mera recopilación y redacción de disposiciones, sino también fue menester responder a diversas cuestiones formuladas por el Rey sobre cuestiones concretas²¹⁸.

El título X de la obra trata sobre los crímenes militares y comunes y sobre las penas que a los mismos corresponden, y se contienen allí multitud de figuras delictivas. Por su proximidad a la traición, debe considerarse especialmente la regulación que se hace de la sedición, de la cual se dispone que “los que emprendieren qualquiera sedición,

[imperiales], costumbres ni constituciones particulares de ningunas provincias y lugares, a los cuales los soldados no están sujetos, porque los soldados que están debajo de sus banderas a qualquier parte que vayan han de ser siempre las mismas leyes, costumbres y privilegios, que no es razón que por andar de una provincia a otra ayan de mudar a cada paso de leyes ni costumbres, ni tampoco conviene a la autoridad de la disciplina militar que los soldados estén sujetos a las leyes y costumbres de la provincia en que hacen la guerra» (Vid. Domínguez Nafría, J.C, «Consejo de Guerra y Desarrollo de las Estructuras Militares en Tiempos de Felipe II», en *Las Sociedades Ibéricas y el Mar a Finales del Siglo XVI*, Sociedad Estatal Lisboa, 1998, pp. 464-472).

²¹⁶ Debe hacerse referencia, aunque sea de soslayo, a las Ordenanzas de la Armada de 1748 que nacieron bajo el reinado de Fernando VI. Este cuerpo legal en su Tratado Quinto, Título Cuarto reza así: «De los Crímenes que deben examinarse en Consejo de Guerra, y Penas que le corresponden»; destacando la profusa regulación que se da a la figura de la desertión.

²¹⁷ Vid. Domínguez Nafría, J.C, «Recopilación y Codificación del Derecho Militar en el siglo XVIII: La colección General de Ordenanzas Militares de José Antonio Portugués», cit., pp. 215-219.

²¹⁸ A este respecto recogemos a De Salas López, F, *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, cit., p. 77, que expone una consulta del Rey Carlos III, la cual reza así: «Excmo. Sr., el Rey quiere que en la Junta de Ordenanzas se trate y examine si conviene, como S.M. lo cree, uniformar la Infantería extranjera a los toques de guerra de la española, exceptuando los suizos como cuerpo de capitulación. Avísolo V.E para que, comunicándolo a la Junta, proponga a S.M lo que estimare conveniente. Dios guarde a V.E muchos años. San Lorenzo 6 de Noviembre de 1767 [...]».

conspiración, ó motin, ó induxeren à cometer estos delitos contra mi Real Servicio, seguridad de las Plazas, y Países de mis Dominios, contra la Tropa, su Comandante, ú Oficiales, serán ahorcado, en qualquiera numero que sean; y los que huvieren tenido noticia y no lo delatasen luego que puedan, sufrirán la misma pena”, Esta proximidad es mayor si se considera que la traición, como tal, no estaba prevista como delito y, por tanto, puede concluirse que muchas conductas de traición se entendían comprendidas en la sedición²¹⁹.

El espionaje se recoge de la siguiente manera “Los Espías de ambos sexos serán ahorcados; y si lo fuere algún Paisano, (de cualquiera calidad, y estado que sea) se le aplicará por la Jurisdicción Militar (con inhibición de la que dependa) la pena de muerte, procediendo para el conocimiento de su Causa el Comandante Militar, con dictamen del Auditor, ò Asesor, si alli lo huviere”. Respecto a los desertores se establece también la pena de muerte, manifestándose ello de la forma siguiente: “Los que desertaren en Campaña saliendo de los limites, que para consumir la desercion prescribieren los Vandos del Exercito, sufrirán la pena de muerte, en el modo que estos señalaran, y en qualquiera numero que sean; no debiéndose entender esta pena solo para los que se hallen en el Exercito de Campaña, sino tambien para todos los que deserten de Plazas, ò Puestos dependientes de él”. Pero también se incluyen “Los que estando en Guarniciones, Quarteles, ù otros destinos en mis Dominios desertaren en tiempo de Guerra, serán pasados por las Armas; pero con estos tendrá lugar, y se observará en su caso el sorteo que se prescribe en el Artículo ciento y cinco de este Titulo²²⁰”. Comprende también la deserción las conductas de aquellos que buscan huir

²¹⁹ Sí encontramos regulada la alevosía como totalmente independiente de la traición: «El que de caso pensado matáre, ó hiriere gravemente à otro, será ahorcado. El que hiriere con ventaja, ò alevosía, no resultando muerte, será desterrado a Presidio por diez años» (Reales Ordenanzas de Carlos III 8,10,64).

²²⁰ Reales Ordenanzas de Carlos III 8,10,105, «En caso de procesarse à un mismo tiempo en algún Regimiento diferentes Desertores comprendidos en pena capital por la calidad de simple desercion, que vâ prevenida en los Artículos noventa y dos, y ciento y tres de este Titulo, sortearán entre sí, para

a territorio extranjero, lo cual en el contexto de la época constituía una verdadera traición. Las disposiciones al efecto se expresan así: “Los que desertando à Paisés Estrangeros, sea en tiempo de Guerra, ò Paz, fueren aprehendidos en Territorio de mis Dominios, à distancia de media legua del confin con el estraño, serán pasados por las Armas en qualquiera numero que se aprehendan”. La norma sigue con la “especialidad” en ciertos territorios y los que se van “a los Moros”: “Los Presidios de Africa, líneas de Gibraltar, Plazas confinantes con Dominios estraños, y Puestos de la raya, exigen regla distinta de la que explica el antecedente Artículo, para graduar la consumación de la fuga a Paisés Estrangeros; por lo que, para declarala tal, se estará á los limites señalados por los respectivos Comandantes Genenrales, para imponer à los Desertores la pena de muerte, en qualquiera numero que sean”, “Los que desertaren à los Moros bien sea hallandose de Guarnicion en Presidio, ò yendo embarcados, sufrirán la pena de muerte, executada en horca, en qualquiera numero que sean, aunque se aprehendan despues de ser rescatados”.

Por último, cabe destacar que las Ordenanzas regulan el consejo de guerra ordinario, que tenía lugar contra cadetes, sargentos, cabos, tambores y soldados, y el consejo de guerra de oficiales generales, que era el destinado a juzgar los crímenes militares en que incurrieran los oficiales²²¹.

1.6.5 LA ILUSTRACIÓN. LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

Una vez analizada a grandes rasgos la regulación ordenancista que por sí misma pudiera ocupar todo nuestro estudio, se muestra adecuado salir al marco conceptual del periodo, dado que nos hallamos en la Ilustración, produciéndose por aquel entonces

que uno de cinco sea pasado por las Armas; de modo, que à proporción del numero padecerán esta pena, de diez dos [...]».

²²¹ De Salas López, F, *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, cit., pp. 126-134.

grandes avances de los cuales el derecho penal no resulto cautivo. Fue aquel el tiempo de nuevos postulados, llegados de grandes figuras como Montesquieu o Beccaria, entre otros muchos, destacando la obra del último mencionado *Dei delitti e delle pene* (1764), que tuvo un éxito extraordinario en toda Europa, y propugnaba la reforma del Derecho procesal penal, el Derecho penal y la práctica penitenciaria, así como de los criterios de defensa social ante el delito, con base a una normativa que naciese de la combinación de una serie de principios básicos de racionalidad, legalidad, publicidad, ejemplaridad, proporcionalidad, prevención del delitos y la eliminación de la pena de muerte²²².

La influencia de Beccaria en España fue temprana pero ello no significó un cambio radical en la práctica penal, y, en este sentido, TOMAS Y VALIENTE que afirma: “España fue de los países que más tardaron en sensibilizarse a la influencia de Beccaria al menos en la esfera legislativa. Hubo un nutrido grupo de españoles ilustrados (Jovellanos, Meléndez Valdés en sus Discursos forenses editados ya en 1821; M. de Lardizábal, Valentín de Foronda, Sempere y Guarinos, y en todo menor y sólo parcialmente Forner y Segarra, y Vizcaíno Pérez) que acogieron con entusiasmo las ideas de Beccaria y las hicieron suyas en gran parte. Pero hubo también un grupo de defensores acérrimos del Derecho penal vigente, de la tortura, de la pena de muerte, que atacaron agria y violentamente a Beccaria y sus seguidores. Entre ambas tendencias, la monarquía de Carlos III y Carlos IV optó por la pasividad y los intentos de reforma legal fracasaron por completo antes del período liberal de las Cortes de Cádiz”²²³.

²²² Pérez-Prendes, J.M, *Historia del Derecho Español*, cit., p. 1773.

²²³ *Ibidem*. pp. 1773-1774. Una vez recogida la opinión de Tomas y Valiente, nos apunta al respecto Pérez-Prendes: «Estos hechos son indiscutibles. Cabría únicamente suponer que bajo esa realidad la práctica judicial diaria hubiese aplicado las viejas leyes con arreglo al espíritu de los reformistas, pero aun cuando pudo haber sido así en más de algún caso concreto (ésta es la tesis de J.A Antón Oneca, al estudiar y editar en 1966 el Discurso sobre las penas de Manuel de Lardizábal y Uribe, de 1782,

Nos situamos en la siguiente fecha de interés, cual es la del año 1805, cuando se promulgo la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, bajo el reinado de Carlos IV. Esta recopilación consta de doce libros y no incluyó ninguna cláusula derogatoria, lo que significó que la *Nueva Recopilación* siguiera vigente en defecto de aquella. Manifiesta ESCUDERO que “el gran defecto de la Novísima Recopilación fue no estar a la altura de su tiempo, reiterando el tradicional sistema recopilador cuando ya se había publicado en Francia, con arreglo a modernos principios el Código Civil napoleónico. Además, en sí misma considerada, la Novísima abundó en insuficiencias y contradicciones: omitió algunas leyes, repitió otras, citó a los autores sin la debida exactitud, etc²²⁴”.

Descendiendo a la regulación, se halla la materia penal en el Libro XII, y se trata de “los traidores” en el Título VII, conteniéndose la siguiente cita “Traición es la mas vil casa que puede caer en el corazón del hombre; y nascen della tres cosas que son contrarias de lealtad, y son estas; mentira, vileza y tuerto: y estas tres cosas hacen al corazón del hombre tan flaco, que yerra contra Dios y su Señor natural, y contra todos los hombres, haciendo lo que no deben hacer, y tan grande es la vileza y maldad de los hombres, y de mala ventura, que tal yerro hacen [...]”.

Respecto a los comportamientos típicos, se recoge en primer lugar el más grave y que según el texto debe ser escarmentado de la manera más cruel que es la que atañe a la figura del rey, persiguiéndose no sólo los ataques contra el monarca sino también contra la reina, contra la hija del rey o contra el infante heredero²²⁵.

reeditado en 1828), la documentación de fines del siglo XVIII, no parece indicar demasiado progreso en la forma tradicional de proceder en estas cuestiones. En todo caso no debe olvidarse el Discurso sobre la tortura de Juan Pablo Forner, en 1792».

²²⁴ Vid. Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, cit., p. 686.

²²⁵ Novísima Recopilación 12,7,1: «la primera y la mayor, y la que mas cruelmente debe ser escarmentada, es la que atañe a la Persona del Rey, así como si alguno se trabajase de le matar, ó lo hiriese o lo prendiese, o le hiciese deshonorra, haciendo tuerto con la Reyna su mujer, o con su hija del

Sigue el texto relatando otros ocho comportamientos constitutivos del delito, y sobresalen entre los mismos el que se puede considerar como paradigmático de la traición, cual es la de prestar ayudas a los enemigos, sea para guerrear contra el rey o el reino, así como también verá castigo cualquier tipo de ayuda a aquellos, pudiendo verificarse ésta por hechos o por meros consejos, asimismo se pena a aquel que transmita por carta u otros medios información de la que puedan aprovecharse para hacer mal al rey o a la tierra²²⁶.

Se debe traer a estas líneas la pena de los traidores, situada en la Ley II y que se nos muestra así: “El traidor es mal hombre, y apartado de todas las bondades: y todo hombre que caya en tal caso, todos sus bienes son para nuestra Cámara, y el cuerpo á la nuestra merced. Y de la traición se levantan muchos males y ramos, [...]”. Como es notorio, se sigue aquí la tradición de confiscación total de los bienes del delincuente, al igual que queda a merced del monarca, que disponía la suerte del *vil traidor*. Se castiga también al que acoge en su casa al traidor, obligándose a la entrega del mismo y de no hacerlo el anfitrión del delincuente, se decreta la pérdida de la mitad de sus bienes, siendo un tercio de ellos para el juez, otro para el acusador y el otro tercio para la cámara del rey (Ley III). Por último, se observa una medida garantista en la Ley IV que dispone la “Audiencia de los despojados de sus bienes y oficios por razón de traición”, relatándose la necesidad de oír al supuesto traidor, salvo que los hechos sean notorios.

La deserción, encuentra una acusada regulación en el texto que se trata, ocupándose de ella el Título IX a lo largo de seis leyes que pasamos, siquiera sucintamente, a exponer.

Rey, no siendo ella casada, ó se trabajase por le hacer perder la honra de su Dignidad que tiene: y otrosí, qualquier que hiciere estos yerros susodichos al Infante heredero, caería en este mismo caso [...]».

²²⁶ En esencia, la Novísima Recopilación recoge la regulación del Ordenamiento de Alcalá, que establecía hasta nueve supuestos constitutivos de traición.

La Ley I se muestra como definatoria del ilícito, narrando además la realidad social que circundaba a la deserción y poniéndose también de manifiesto la naturaleza del comportamiento que choca directamente con la *fidelitas* debida. La norma expresa los citados extremos de la manera que sigue: “Considerando que la frecuente deserción, que se experimenta en mis Tropas, depende en la mayor parte de la omisión de las Justicias, que disimulan y consienten en Ermitas, Iglesias, Conventos, mesones, ventas, cortijos, caseríos y otros parages de sus territorios á sujetos desconocidos y sospechosos, que por su porte y conducta indican ser desertores, toleran la permanencia de los naturales al abrigo de sus parientes, y dexan transitar con la mayor libertad por los pueblos y caminos de sus jurisdicciones á esta clase de delinquentes con su propio uniforme o parte de el, o con señales claras de ser militares, como sucede con los que, desde los destinos mas distantes, llegan sin embarazo alguno á presentárseme diariamente: y hecho cargo tambien, de que son obstáculo al remedio oportuno de este daño el indiscreto escrúpulo y culpable compasión con que algunos Eclesiasticos, personas de distincion, hombres del campo y mujeres procuran dirigir y ocultar a los fugitivos, hasta darles ropa de paisanos para que se pongan en salvo, cooperando por un hecho injusto al quebrantamiento de las leyes, y á los perjuicios que se siguen á mi Real servicio y á la causa pública, favoreciendo á unos hombres, que con poco temor á Dios y á la Justicia, despues de haber abandonado mis Reales banderas, faltando al juramento de fidelidad que han prestado, infestan los caminos, acumulando delitos á delitos para subsistir á esfuerzos de la violencia, sin que hayan sido bastantes á desterrar tan pernicioso abuso las penas establecidas en las ordenanzas militares y en varios Reales decretos; he resuelto que, para que ninguna persona de qualquier estado, clase y condición que sea, ignore las obligaciones en que todos están constituidos, ni la responsabilidad que les resultará en el caso de alguna contravención,

se haga saber á todas las Justicias de estos mis Reynos quanto para la constante persecución y aprehensión de los desertores, y para su descubrimiento y conducción está prevenido en la ordenanza general del Exército, cuyo tenor es como sigue [...]”.

Se observa pues, claramente, que los desertores eran tenidos no sólo como criminales sino que constituían en diversas ocasiones un verdadero problema de orden público.

La Ley V viene a solucionar el frecuente problema de choque de jurisdicciones, ya que, como se ha señalado, resultaba frecuente que el desertor se dedicase a delinquir como forma de vida, de manera que se establecían las reglas siguientes: la primera establecía que si el soldado después de desertar, cometía en cuadrilla de cuatro hombres o más, robo, homicidio o cualquier otro delito era castigado por la justicia ordinaria. La segunda dispone que en caso de no ser penados por la jurisdicción ordinaria o que la pena impuesta no fuera la de muerte, se les ponía a disposición del ámbito militar para ser castigados. Respecto a la tercera regla se halla exclusivamente referida al soldado desertor que cometía delito sin compañía de otros, siendo aquí la entrega a la justicia militar el modo de proceder, para ser juzgado por todos sus delitos.

Finalmente, la Ley VI se refiere a los casos de deserción en tiempo de guerra, cuando el desertor se marchaba con el enemigo, lo cual constituía una verdadera traición²²⁷.

²²⁷ Novísima Recopilación 12,9,6: «Deseoso de que se guarde en los castigos el órden gradual que exige la Justicia, para que se logren los saludables fines de su establecimiento, he resuelto por punto general para los tiempos de guerra, que á los que desertaren de los Exércitos, que se hallan en campaña, con direccion á los enemigos, y se les aprehenda, consumada la deserción según los bandos, se les imponga precisamente la pena afrentosa de muerte en la horca, en qualquier número que sean: que los que desertaren de los mismos Exércitos hácia los dominios de España, incurran en la de seis carreras de baquetas por doscientos hombres y diez años de galeras: que los que verifiquen su desercion á los mismos dominios desde las plazas, quarteles y puestos separados, pero dependientes de los Exércitos de campaña, de sus acantonamientos próximos, ó en marcha para ellos, sufran la de quatro carreras de baquetas en la dicha forma y ocho años de arsenales; y la de seis años de arsenales los que desertaren de las plazas, quarteles y puestos que no tengan dependencia alguna de los Exércitos de campaña».

1.7 ÉPOCA DE LA COFICICACIÓN

1.7.1 INTRODUCCIÓN

Entramos aquí en lo que se ha venido a denominar “época de la codificación”, donde se halla que el derecho penal tuvo un papel principal, ya que fue de las primeras ramas del ordenamiento jurídico en conocer una reforma, que aparecía técnicamente por el pensamiento ilustrado. Gracias a la Constitución de 1812²²⁸, se pudo avanzar rápidamente en la idea de codificar la legislación penal, lográndose, pese a los avatares políticos, que las propias Cortes de Cádiz promulgaran algunos decretos reformadores de la vieja legislación aboliendo penas infamantes como la horca, la mutilación o los azotes y humanizando el procedimiento penal con la supresión del tormento²²⁹.

1.7.2 EL CÓDIGO PENAL DE 1822

Aunque la legislación humanitaria de Cádiz se truncó por el Decreto de 4 de mayo de 1814, el espíritu de reforma pervivió, y reapareció en el trienio liberal (1820-1823), momento en el que cobró forma el Código penal de 1822. El 20 de agosto de 1820 las Cortes nombraron una Comisión para que procediese a la elaboración de un proyecto de Código penal; formando parte de la misma, CALATRAVA, MARTÍNEZ MARINA y FLORES ESTRADA, entre otros. Tras diversas vicisitudes, fue decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822 y mandado promulgar el 8 de julio siguiente. El Código constaba de un título preliminar, de una parte primera sobre los delitos contra la sociedad y una segunda dedicada a los delitos contra los particulares²³⁰. Indica TOMAS y VALIENTE que se halla en él notoria influencia de BECCARIA, de

²²⁸ Recuérdese que el artículo 258 de la Constitución dice así: «El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

²²⁹ Coronas González, S.M, *Manual de historia del derecho español*, cit., pp. 474-475.

²³⁰ Vid. Baró Pazos, J, «El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 83, 2013, p. 107, donde se señala que el Código, pese a su escasa y simbólica vigencia, tuvo una notable incidencia a nivel doctrinal, constituyendo además el modelo e imagen del Código de 1848, al igual que fue adoptado en algunos países iberoamericanos.

FIANGIERI y del francés BEXON, pero por encima de todos estos autores quien más influjo operó sobre su contenido fue BENTHAM²³¹.

En lo que interesa a nuestro estudio, es preciso situarse en lo que en el Código rubrica como “Delitos contra la sociedad”, que contiene un primer título que se ocupa de los “Delitos contra la Constitución y el orden político de la monarquía” y un segundo título que versa sobre los “Delitos contra la seguridad exterior del Estado”. En todo caso, llama la atención la prolija regulación orientada a la defensa de la nación, hecho que muy probablemente trae su causa en las amargas horas históricas que España hubo de sufrir en los tiempos inmediatamente anteriores.

El Capítulo primero se denomina “De los delitos contra la libertad de la Nación”, y establece en su regulación un concepto de traidor amplio, sirviendo exponer aquí los cuatro primeros artículos que abren el citado capítulo. El artículo 188 establece que “Toda persona de cualquiera clase que conspirare directamente y de hecho á trastornar ó destruir ó alterar la Constitucion política de la Monarquía Española, ó el gobierno monárquico moderado hereditario que la misma Constitucion establece, será perseguida como traidor, y condenada á muerte”. El artículo 189 reza así: “Cualquiera que impidiere ó conspirare directamente y de hecho á impedir la celebración de Córtes ordinarias ó extraordinarias en la épocas y casos señalados por la Constitucion, ó hiciere alguna tentativa para disolverlas, ó embarazar sus sesiones y deliberaciones, es tambien traidor, y sufrirá la pena de muerte”. En el artículo 190 se indica que “asimismo es traidor, y sufrirá la propia pena, el que hiciere alguna tentativa para disolver la diputación permanente de Córtes, ó para impedirle el libre ejercicio de sus funciones”, y que “cualquiera que aconsejare ó auxiliare al Rey en cualquiera tentativa

²³¹ Tomas y Valiente, F, *Manual de Historia del Derecho Español*, cit., pp. 496-497.

para alguno de los actos espresados en los tres artículos precedentes es también traidor, y sufrirá la pena de muerte”.

Como principal avance, cabe resaltar que el concepto de traición gira decididamente hacia “la Nación”²³², aunque se mantiene el concepto de traidor para los que atentaren contra el Rey, pero esta modificación resulta ciertamente decisiva en el devenir histórico. Igualmente, se halla que la religión del Estado va a verse cobijada bajo la égida de la figura de la traición, siendo determinante al respecto el artículo 227 que dispone que “todo el que conspirare directamente y de hecho á establecer otra religión en las Españas, ó á que la Nación Española deje de profesar la religión católica apostólica romana, es traidor, y sufrirá la pena de muerte”²³³.

Además de las conductas señaladas, la traición se recoge en el ámbito de los delitos contra la seguridad del exterior del Estado, que se sitúan en los artículos 249 y siguientes, siendo necesario destacar las siguientes:

- I. El tomar las armas para servir en el ejército de los enemigos en tiempo de guerra o de hostilidades (art. 250).
- II. El que, por medio de emisarios, correspondencia, o cualquier otro medio, induce a potencia extranjera a emprender la guerra u otras hostilidades contra España (art. 251).

²³² El concepto es el pilar fundamental de la Constitución de Cádiz de 1812, abriéndose la regulación de la misma con la Nación Española, que se define como la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios, siendo libre e independiente, y no pudiendo ser patrimonio de ninguna familia ni persona, amén de residir en ella la soberanía (art. 3). *Vid.* sobre la idea de España como Nación, Peña González, J, *Historia Política del Constitucionalismo Español*, Prensa y Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1995, pp. 82-84.

²³³ Sigue el Código Penal relatando multitud de actos contra la religión, tales como la propagación de doctrinas o máximas contrarias a los dogmas de la religión católica apostólica romana (art. 229), la distribución de libros contrarios a la religión (art. 231), o la apostasía (art. 233) en cuyo relato se deja ver la fuerza de la religión por aquel entonces: «El español que apostatare de la religión católica apostólica romana perderá todos los empleos, sueldos y honores que tuviere en el reino, y será considerado como no español; pero si volviere voluntariamente al seno de la Iglesia, recobrará su consideración y honores, y podrá obtener otra vez sus empleos y sueldos si el Gobierno quisiere conferirselos».

- III. La comunicación a los enemigos de España de información para que hagan la guerra de forma ventajosa (art. 252).
- IV. El facilitar a los enemigos la entrada en territorio de España, así como la entrega de ciudad, pueblo, plaza de arma, castillo, puesto fortificado, buque, o fábrica de municiones (art. 253).

Respecto a la enumeración expuesta hay que precisar que el sujeto activo de los delitos señalados debe ser necesariamente un español, salvo que se tratare de un extranjero al servicio de España (art. 255)²³⁴.

Por último, merece atención la figura de aquellos que sirvieren de espías a los enemigos de España o a sus aliados, los cuales van a sufrir la pena de muerte, amén que de ser españoles, serán considerados también como traidores (art. 256).

1.7.3 EL CÓDIGO PENAL DE 1848

El siguiente Código penal en el cual se deben reparar atenciones es el del año 1848, dedicándose el Capítulo I del Título II a los delitos de traición, castigándose en primer término la tentativa para destruir la independencia o la integridad del Estado (art. 139). Seguidamente, se debe señalar que los delitos contra la religión fueron mantenidos y castigados con severas penas²³⁵, pero el concepto de traición se aleja en este Código de los mismos, ello a diferencia del relativo al año 1822, que como se expuso consideraba traidores a los enemigos de la religión.

²³⁴ Vid. Bleuca Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 57.

²³⁵ Sirva traer a colación el artículo 128 del Código Penal de 1848 que dispone: «La tentativa para abolir ó variar en España la religión católica, apostólica, romana, será castigada con las penas de reclusión temporal y extrañamiento perpetuo, si el culpable se hallare constituido en Autoridad pública y cometiere el delito abusando de ella. No concurriendo estas circunstancias, la pena será la de prisión mayor; y en caso de reincidencia la de extrañamiento perpetuo».

Por otro lado, se halla que este texto legal suprimió la figura del espionaje, siendo preciso tener en cuenta que pese a obviarse en la legislación común, en el ámbito militar si se hallaba penado con la horca²³⁶.

Respecto a los comportamientos que se recogen, destacan la inducción a potencias extranjeras a declarar la guerra a España (art 140), y el tomar las armas contra la patria bajo banderas enemigas. Merece la atención el artículo 142 que realiza una enumeración de actos relativos a la traición, siendo estos los más destacables:

- I. El facilitar la entrada al enemigo en el reino, el progreso de sus armas o la toma de alguna plaza o puesto militar.
- II. El suministrar a las tropas enemigas medios para hostilizar a España.
- III. El suministrar planos de fortalezas o terrenos u otras noticias.
- IV. El seducir tropa española para que se pase a filas enemigas.

Por último, llama la atención en este código una punición más relajada respecto al delito de traición, desterrándose relativamente la pena de muerte, e imponiendo un marco penal donde cabía una condena a cadena perpetua o a la pena de cadena temporal.

Llegamos a denominada Constitución Democrática de la Nación Española, promulgada el 6 de junio de 1869, la cual, como en otras ocasiones de la historia de España, obligó a reformar el Código penal con gran rapidez, e incluso en este caso nos hallamos que, por disposición de la Ley de 10 de junio de 1870, hubo de elegirse Rey,

²³⁶ Vid. Blecua Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 59, donde expone el parecer de Pacheco, siendo éste el siguiente: «De seguro se ha considerado al verdadero espionaje como delito militar y ha dejado su especial castigo para las Ordenanzas».

tarea que culminó el 16 de noviembre de 1870, cuando Amadeo de Saboya, a la sazón duque de Aosta, fue elegido Rey de España²³⁷.

1.7.4 EL CÓDIGO PENAL DE 1870

Una vez realizada esta brevísima introducción, se pueden resumir los objetivos de la reforma de 1870, los cuales, según ANTÓN ONECA eran los siguientes: en primer lugar, proteger penalmente la Constitución de 1869 tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales. En segundo lugar, humanizar el Código conforme a ideales mitigadores de los partidos representados en las Cortes, cuyas ideas en materia penal procedían de la Ilustración, y en tercer lugar, corregir algunos preceptos que aparecían defectuosos técnicamente considerados y aún en el común sentir de las gentes²³⁸.

El Código reguló la traición en los artículos 136 a 143, con un esquema ciertamente similar al del código al cual sucedió, incorporando como principales novedades lo preceptuado en su artículo 140 que incluye al extranjero residente en territorio español como posible sujeto activo del delito de traición; en el artículo 141 sobre la comisión de los delitos contra una potencia aliada de España, y en el artículo 142 donde se realiza una remisión al artículo 74 de la Constitución de 1869²³⁹, y se castiga con cadena perpetua o muerte a los ministros de la Corona que enajenen, cedan o permuten

²³⁷ Señala Peña González que: «La Constitución recoge en su Título Primero una amplísima Declaración de Derechos, que supera ampliamente las de otras constituciones anteriores. Además en este terreno podría equipararse, e incluso superar, a la mayor parte de las de su tiempo» (Peña González, J, *Historia Política del Constitucionalismo Español*, cit., p. 210).

²³⁸ Vid. Antón Oneca, J, «El Código Penal de 1870», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, p. 237.

²³⁹ El artículo 74 de la Constitución de 1869 dispone lo siguiente «El rey necesita estar autorizado por una ley especial: Para enagenar, ceder ó permutar cualquier parte del territorio español. Para incorporar cualquiera otro territorio al territorio español. Para admitir tropas extranjeras en el Reino. Para ratificar los tratados de alianza ofensiva, los especiales de comercio, los que estipulen dar subsidios a una potencia extranjera, y todos aquellos que puedan obligar individualmente a los españoles. En ningún caso los artículos secretos de un tratado podrán derogar los públicos. Para conceder amnistias é indultos generales. Para contraer matrimonio y para permitir lo contraigan las personas que sean súbditos suyos y tengan derecho á suceder en la Corona según la Constitución. Para abdicar la corona».

cualquier parte del territorio nacional, admitan tropas extranjeras en el reino, o ratifiquen tratados de alianza ofensiva que produzcan la guerra de España con otra potencia. Para completar este precepto de conformidad con lo dispuesto en el texto constitucional, se añade el artículo 143 que, con menor pena, castiga a los ministros de la corona que ratifiquen tratado de alianza ofensiva que no hayan producido la guerra de España contra otra potencia, y a los que hayan ratificado tratados en que se estipule dar subsidios a una potencia extranjera. Por último, debe considerarse aquí que la figura del rey era inviolable por lo que no podía cometer los citados delitos, desplazándose la responsabilidad, tal y como se dispone en el Código Penal, al ministro de la corona que autorice los actos mencionados²⁴⁰.

1.7.5 EL CÓDIGO PENAL PARA EL EJÉRCITO DE 1884

Siguiendo en el ámbito estrictamente castrense, resulta obligado hacer referencia al Código penal para el Ejército de 1884, el cual recogía en su Libro II, Título I, la regulación de los delitos contra la seguridad del Estado. “Los delitos de traición”, como reza el texto, se contenían en diversos artículos, abriéndose la regulación en el número 94, que dispone hasta siete comportamientos típicos y establece en su encabezamiento la pena de los traidores, siendo ésta la de muerte con degradación. Se considera, que son de destacar los siguientes aspectos:

- I. Se incluye como traidor al que “se levantara en armas para desmembrar alguna parte del territorio nacional”. Asimismo, en este caso concreto la pena para los soldados que no fueran jefes ni promotores del delito se ve reducida a “cadena temporal á perpétua”.
- II. Se estima como traición tanto el pasar a las filas enemigas (art. 94.1), que cabe entender como el comportamiento paradigmático, como también la

²⁴⁰ Blecua Fraga, R, *El delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 62.

mera fuga en dirección al enemigo, si bien se deberá en este caso “traspasar las líneas avanzadas” (art. 94.6).

- III. Cualquier relación con el enemigo, ya sea directa o indirecta, sobre las operaciones de la guerra se considera traición (art. 94.7), por lo que cabe considerar ciertamente reiterativo lo dispuesto en el artículo 95 cuando se castiga el facilitar al enemigo datos o noticias que puedan favorecer sus operaciones o perjudicar las del Ejército nacional.
- IV. Encontramos que la “deslealtad” con los mandos cobra naturaleza de traición, castigándose a “El militar que diere á sus Jefes maliciosamente noticias contrarias á lo que supiere acerca de las operaciones de la guerra”, requiriéndose el citado ánimo por parte del autor.
- V. Los actos contra el material de guerra, y en general contra todo bien susceptible de ser útil en la contienda, son calificados como traición²⁴¹.
- VI. El derrotismo se halla incluido aquí como traición, de suerte que incurre en prisión mayor a temporal aquel que “propalare en el territorio de las operaciones de la guerra noticias que infundan pánico, desaliento, ó desorden en el Ejército.
- VII. Cabe resaltar también la exención de pena de aquel que “complicado en el delito de traición lo revelare antes de comenzarse a ejecutar”.

La otra regulación relevante en el Título dedicado a la seguridad del Estado se halla en su Capítulo II, que versa sobre los delitos de espionaje. Aquí la pena difiere si el

²⁴¹ En este sentido, establece el artículo 95.4: «El que en campaña ó territorio declarado en estado de guerra, inutilizare caminos, vías férreas ó telegráficas, canales, puentes, obras de defensa, material de guerra, ó interceptare convoyes ó correspondencia, ó que de cualquier otro modo malicioso pusiere entorpecimientos materiales á las operaciones del Ejército, ó facilitare las del enemigo»; sigue el punto quinto disponiendo: «El militar que en campaña inutilizare de propósito sus armas ó municiones, cualquiera otro material de guerra ó los víveres para el aprovisionamiento del Ejército».

hecho es protagonizado por un militar, en cuyo caso se incurre en la pena de muerte con degradación, y en caso de no tener el autor dicha condición podría ser condenado “únicamente” a cadena perpetua. Se castigan, entre otros comportamientos, la entrada subrepticia en plaza de guerra o puesto militar, los reconocimientos del terreno de las operaciones militares o el que dejare de llevar a su destino los pliegos que se le confíen sobre las operaciones de guerra.

1.7.6 EL CÓDIGO PENAL DE LA MARINA DE GUERRA DE 1888

Posteriormente, cabe reparar en el año 1888 cuando surgió el Código penal de la Marina de guerra de 24 de agosto, que estuvo vigente desde 1889 hasta 1945, y que también dedicó un espacio a los delitos contra la seguridad del Estado, disponiéndose en el mismo, en esencia, una regulación muy semejante a la dispuesta en el antedicho código de 1884.

El código penal de la Marina establecía una serie de comportamientos, como se ha señalado, ciertamente paralelos a los del cuerpo legal de 1884; pero, por motivos evidentes, el sujeto activo pasa a ser “el marino”, y los objetos de las acciones son elementos navales, ya sean los propios buques, o los distintos bienes materiales que intervienen en las operaciones náuticas. En este Código hallamos la regulación relativa al delito de traición en los artículos 116 a 122, y la concerniente al delito de espionaje en los artículos 123 a 125. Como se ha afirmado, lo dispuesto en el código es una traslación del Código de 1884, modificando la norma para adecuarla a la especial idiosincrasia de la Marina. Como ejemplo de ello se pueden traer a colación varios supuestos de traición como “La entrega al enemigo de cualquier buque al servicio de la Armada del puesto en que tuviere destino, ó de la bandera del Cuerpo” (art. 116.4), o el supuesto de “El marinero que facilite al enemigo provisiones de boca ó guerra, el santo, seña, contraseña, los planos de fortificación, arsenales, plazas de guerra, puertos

ó radas, pliegos de instrucciones, explicaciones de señales, estados de fuerzas, el secreto de una expedición ó negociación ú otros recursos, datos ó noticias que puedan favorecer las operaciones del mismo ó perjudicar las de las fuerzas nacionales ó aliadas” (art. 117.1).

En el ámbito del espionaje baste mencionar el artículo 123.1, donde se observa meridianamente el objeto del delito; siendo espía, entre otros, “el que en tiempo de guerra se introdujere subrepticamente ó con disfraz y sin objeto justificado á bordo de los buques de la Armadas, ó en convoy, arsenal ó establecimiento de la Marina ó entre las tropas en operaciones de campaña”, o “el que mantenga correspondencia ó inteligencia con el enemigo con el fin de favorecer de algún modo sus miras” (art. 123.5).

El siguiente cuerpo legal sobre el que poner el acento es el Código de Justicia Militar de 1890, aprobado por Real Decreto de 27 de septiembre, y que regula minuciosamente los delitos de traición y espionaje.

El Título V se anuncia como el relativo a “delitos contra la seguridad de la patria”, recogiendo en su seno los delitos antes mencionados, a lo que hay que sumar los delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo. Llama la atención la denominación que se utiliza, claramente distinta a la establecida en el Título VI que reza sobre “delitos contra la seguridad del Estado y del Ejército” y que contiene los delitos de rebelión, sedición e insulto a centinelas, salvaguardias y fuerza armada. Así, se observa claramente que para el legislador del Código aquí tratado, la vida misma de la patria era puesta en peligro por medio de los delitos que nos ocupan.

Señalado lo anterior, se halla que el delito de traición se regula con detalle en los artículos 222 a 227, castigándose con pena de muerte y la previa degradación²⁴², una suerte de actividades que se pueden resumir así:

- I. El abandono de las banderas, entrando a formar parte al ejército enemigo.
- II. La inducción a una potencia extranjera a declarar la guerra a España.
- III. El levantamiento en armas para desmembrar una parte del territorio nacional²⁴³.
- IV. El que con intención de favorecer al enemigo, le entregue la fuerza que tenga a sus órdenes, la plaza, puesto, la bandera, las provisiones, u otros medios o recursos.
- V. El seducir tropa española, o que se halle al servicio de España, para que pase a filas enemigas o deserte de sus banderas en tiempo de guerra.
- VI. La fuga en dirección al enemigo en acción de guerra²⁴⁴.
- VII. El mantener de forma directa o indirecta relaciones con el enemigo sobre las operaciones de la guerra.

Sigue el Código destacando otra serie de comportamientos de menor entidad para los que reserva la posibilidad de pena de cadena perpetua, entre aquéllos cabe destacar la

²⁴² Las penas principales se establecían en el artículo 177 disponiéndose lo siguiente: «Las penas que los Tribunales militares pueden imponer como principales por los delitos comprendidos en esta ley, son de dos clases: unas militares y otras comunes. Las militares, según los grados de su gravedad respectiva son las siguientes: muerte, reclusión militar perpetua, reclusión militar temporal, prisión militar mayor, pérdida de empleo, prisión militar correccional de tres años y un día a seis años, separación del servicio, prisión militar correccional hasta tres años [...]». Respecto a las penas accesorias son tratadas en el artículo 178, figurando entre ellas la degradación militar.

²⁴³ Respecto a la tropa, en atención a sus funciones y la responsabilidad que cabe predicar de los mismos, se dispone una penalidad atenuada, de la siguiente forma: «Los individuos de las clases de tropa que no siendo Jefes ó promovedores incurran en este delito, sufrirán la pena de cadena temporal á perpetua».

²⁴⁴ En este supuesto se establece una presunción en detrimento del reo ya que se dispone que: «Se considerará que la fuga se ha verificado con dirección al enemigo, cuando el acusado no justifique que el delito cometido fue otro distinto».

entrega al enemigo de órdenes, planos, o datos que puedan favorecer al enemigo, la malversación de caudales del ejército en campaña, o el sabotaje²⁴⁵.

Por lo demás, se considera que el militar por su posición tiene que informar de la posible comisión de un delito de traición, de manera que, si tuviere conocimiento de que se intenta cometer tal delito, y no de parte a sus superiores, resulta condenado como si lo hubiese cometido. Asimismo, se condena la conspiración y proposición para el delito de traición.

Pasando al delito de espionaje, encontramos éste en los artículos 228 a 230, castigándose al militar que lo realizare con pena de muerte con previa degradación, y al civil con cadena perpetua o pena de muerte²⁴⁶. En cuanto a los actos constitutivos de espionaje, el Código sólo recoge cuatro, rezando así los mismos:

- I. “El que subrepticamente, ó con disfraz se introduzca sin objeto justificado en plazas de guerra ó puestos militares, ó entre las tropas que operen en campaña.
- II. El que conduzca comunicaciones, partes ó pliegos del enemigo, no siendo obligado a ello, ó, caso de serlos, no los entregue a las Autoridades ó Jefes del Ejército al encontrarse en lugar seguro, ó no los inutilice ú oculte para que no le sean ocupados.
- III. El que en tiempo de guerra, sin la competente autorización, practique reconocimientos, levante planos ó saque croquis de las plazas, puestos

²⁴⁵ El artículo 223.6 se expresa así: «El que en campaña ó territorio declarado en estado de guerra, inutilice de propósito caminos, vías férreas, comunicaciones telegráficas ó de otra clase y sus aparatos, cause averías que interrumpan el servicio, destruya canales, puentes, obras de defensa, armas, municiones ó cualquier otro material de guerra ó víveres para el aprovisionamiento del Ejército, intercepte convoyes ó correspondencia, ó de cualquier otro modo malicioso ponga entorpecimientos á las operaciones del Ejército o facilite las del enemigo».

²⁴⁶ Nótese la diferencia con la traición, donde no se hace esta diferenciación respecto al sujeto activo.

militares, puertos, arsenales ó almacenes que pertenezcan á la zona de operaciones militares, cualquiera la forma en que lo ejecute.

IV. El que deje de llevar á su destino, pudiendo hacerlo, los pliegos que se le confíen sobre operaciones de la guerra”.

1.7.7 EL CÓDIGO PENAL DE 1928

Otro punto a tratar constituye el Código Penal de 1928, trasunto de una etapa de la historia muy breve, que fue la dictadura del General Miguel Primo de Rivera; tomando este texto el punto de partida en la Real Orden de 12 de marzo de 1926 a través de la cual se encargó a la Sección Tercera de la Comisión general de Codificación, dedicada al ámbito penal, que, en un término que no excediera de seis meses, redactara un Proyecto de nueva edición del Código en el que: “[...] se refundan todos los preceptos legales que han ido modificando, supliendo y adicionando los de aquel por diversas leyes especiales con las reformas que la experiencia haya aconsejado en éstas, aprovechando la ocasión para introducir otras reformas claramente indicadas, de no difícil aplicación, que reconocen el actual Código y le hagan adaptable al tiempo en que vivimos, mientras con el reposo necesario se prepare, discuta y confecciones un nuevo Código tan científico como deba serlo [...]”²⁴⁷.

Respecto a Comisión general de Codificación encargada de la antedicha tarea, cabe destacar que se compuso de juristas de gran relevancia, hallándose, entre otros, a Juan de la Cierva y Peñafiel, César Silió, Quintiliano Saldaña o Eugenio Cuello Calón,

²⁴⁷ Así citada la Real Orden de 12 de marzo de 1926, publicada en la Gaceta de Madrid el 13 de marzo de 1926; por Cobo del Rosal, G, «El Proceso de Elaboración del Código Penal de 1928», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 82, 2012, p. 571.

quien se incorporó tras la renuncia de Jiménez de Asúa, gran detractor del Código de 1928²⁴⁸.

Tras un difícil proceso de elaboración, el nuevo texto fue aprobado por Real Decreto firmado por el Rey y por el Ministro de Gracia y Justicia, el 8 de septiembre de 1928, entrando en vigor el 1 de enero de 1929. Cabe mencionar que, previamente a la entrada en vigor del Código, se publicó un Real Decreto-Ley de indulto de 13 de septiembre de 1928, a través del cual se ejercitaba el Derecho de Gracia y se establecían algunas

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 579-580. Se recoge aquí por Cobo del Rosal, G, la carta dirigida por Jiménez de Asúa al Señor Ministro de Gracia y Justicia, la cual se procede a reproducir, ya que la misma constituye una sintética radiografía del sistema legislativo y penal de aquellos tiempos: «Excmo. Señor Ministro de Gracia y Justicia. Por el comunicado que me traslada V.E. conozco mi nombramiento de vocal de la Sección Tercera de la Comisión general de Codificación, contenido en la Real Orden del 7 de los corrientes. Debo, ante todo, rendir a V.E. las más finas gracias por la distinción que se me ha hecho, atribuyéndola al cargo universitario que desempeño mas que a motivos personales, y cumplido este indispensable trámite de cortesía suplico encarecidamente a V.E. que admita la renuncia del expresado nombramiento por las siguientes razones que sucintamente expongo: A) La Comisión general de Codificación fue un organismo técnico encargado de preparar los trabajos que después habrían de someterse al Parlamento y discutirse en ambas Cámara. La Constitución vigente establece que la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey. Solo, pues, de la cooperación de esos factores legislativos puede originarse constitucionalmente una Ley penal. Disueltas las Cámaras y atribuida tácitamente al Rey y al Poder ejecutivo la potestad de hacer las leyes, toma la Comisión codificadora un papel más trascendental que el que hasta el 13 de Septiembre de 1927 había tenido. Las leyes y Códigos compuestos por esa Comisión pasan directamente a la Gaceta, después de aprobados por el Gobierno y por el Rey, sin que las Cámaras debatan y refrenden la faena de los técnicos. Sin juzgar los principios del Gobierno, deseo dejar constancia de mi disconformidad, oriunda del respeto a la Ley fundamental del Estado español. Convencido de las excelencias del Parlamento deseo apartarme de un sistema que legisla a espaldas de las Cortes y no puedo cooperar en empresas legislativas que van a ser sustraídas al conocimiento de las Cámaras. B) Repetidamente he escrito en diarios y Revistas nacionales y extranjeros, que la tarea de componer el Anteproyecto de Código penal debe ser confiada, no a la Comisión codificadora existente, sino a un Comité de Profesores de Derecho penal, magistrados, pedagogos y psiquiatras. Aceptar ahora un cargo en la Comisión de Códigos sería una incongruencia y una claudicación. C) Con la misma insistencia, he postulado en mis trabajos impresos en España y en el Extranjero, que la reforma del Código debe condicionarse a la formación de una nueva magistratura más técnica y científica y, sobre todo, a un sistema penitenciario más moderno y reformador. Estoy convencido que la cultura de nuestros jueces va dilatándose; pero en orden al progreso carcelario este momento es de franca regresión. La Escuela de Criminología, en la que con ejemplar desinterés desempeñábamos cargos algunos profesores universitarios, expira con el año, por supresión del modestísimo presupuesto que la sustentaba. Todo el camino penosamente recorrido se pierde, y otra vez el cabo de vara mandará nuestros presidios. Un Código moderno que no tenga aplicación fiel por los magistrados y una práctica inteligente en los establecimientos penales será letra muerta. Y los que, como yo, proclaman que es preferible una Ley vieja y retrógrada con avanzados sistemas penitenciarios, a un Código moderno y de perfecto tipo con presidios anacrónicos y empleados ayunos de vocación y formación, harán mal en aceptar puestos en Comisiones codificadoras de las que saldrá una ley acaso de correcto perfil, pero de vigencia facticia y nula eficacia. Estoy cierto que V.E. estima como una de las cualidades más recomendables en los nombres, la continuidad de la conducta y que, por ello, se servirá admitir la renuncia del cargo que tan insospechadamente me ha sido conferido. Dios guarde a V.E. muchos años. Madrid 11 de diciembre de 1926».

disposiciones de Derecho transitorio, si bien estas liberalidades no fueron extensivas a los delitos más graves tales como los relativos a la seguridad exterior del Estado, los delitos contra los Poderes públicos y contra la Constitución y los delitos contra el orden público²⁴⁹.

Los delitos objeto de estudio se incardinan en el Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Primero que establece los “delitos contra la Patria”, siguiéndose con la terminología castrense. Abre la regulación el artículo 215 donde se castiga la inducción de español a una Potencia extranjera a declarar la guerra a España. Siguen los artículos 216 y 217 relatando el grueso de los comportamientos constitutivos de traición que pueden resumirse en: facilitar al enemigo la entrada en territorio español o la toma de plaza, puesto militar o base; seducir tropa española para que pase a filas enemigas; reclutar en España gentes para hacer la guerra a la Patria bajo las banderas de potencia enemiga; el suministrar a una potencia enemiga caudales, armas u otros medios para hostilizar a España²⁵⁰.

A partir del artículo 222 se observan los comportamientos relativos al espionaje, llamado la atención la escasa pena que los mismos merecen, lo cual contrasta con la severidad que con históricamente se trataron los actos de dicha naturaleza. En relación a las actividades ilícitas destaca el levantamiento de planos, dibujos, o fotografías de establecimientos militares o de otros lugares análogos; o la comunicación en tiempo de guerra con un país enemigo que se establece en el artículo 225, la cual si tiene el propósito de servir al enemigo era considerada traición.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 597.

²⁵⁰ En cuanto a los extranjeros el artículo 218 dispone que: «El extranjero residente en territorio español que cometiere alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, será castigado con la pena inmediatamente inferior a la señalada en éstos, salvo lo establecido por tratados o por el Derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos».

Merece atención el precepto situado en el artículo 227 que podría calificarse como una traición simbólica, rezando el mismo así: “el español que acepte condecoraciones, honores, pensiones o alguna otra merced de una Potencia que se halle en guerra con España será castigado con la multa de 1000 a 5000 pesetas”.

1.7.8 EL CÓDIGO PENAL DE 1932

Los siguientes cuerpos legales a los que nos hemos de referir se hallan en una etapa histórica convulsa, lo cual, lógicamente tuvo su huella en el derecho penal, ya que éste es un fiel reflejo de la sociedad que regula. El primer Código que se debe tratar fue el de 1932²⁵¹ que tuvo como referencia directa al de 1870, hablándose en la propia exposición de motivos de la “legítima vigencia” del antedicho texto, al igual que se hace especial hincapié en la derogación del “Código gubernativo de 1928”²⁵². El nuevo cuerpo legal, realizó una serie de modificaciones impuestas por la nueva Constitución de 1931²⁵³, destacando como es natural, la modificación de los preceptos relativos a la monarquía, y también se observaron como necesarias ciertas subsanaciones técnicas del Código de 1870. Entre los principales fines de la reforma figura la de la “humanización” y “elasticidad” del Código, haciéndose referencia a la necesidad esencial de ensanchar las eximentes y atenuantes, suprimir determinadas penas, rebajar los castigos y hacer un hueco más amplio al arbitrio de los juzgadores. Al hilo de lo anterior, cabe destacar la introducción del trastorno mental transitorio o la sordomudez de nacimiento o desde la infancia como circunstancias que eximen de responsabilidad

²⁵¹ Según su Disposición Transitoria Primera, entró en vigor el 1 de diciembre de 1932.

²⁵² La exposición de motivos del Código de 1932 en su parte I comienza expresando lo siguiente: «Por Decreto de 6 de mayo del pasado año, el Gobierno provisional de la República creó la Comisión Jurídica Asesora, en reemplazo de la vetusta Comisión general de Codificación existente desde el 10 de mayo de 1875. Uno de los cometidos que la nueva Junta de técnicos había de cumplir con harta prisa era la reforma del Código penal. El Gobierno republicano, apenas exaltado al Poder por aclamación pública, cuidó del restablecimiento de la legalidad punitiva, y el 15 de Abril de 1931, anuló el “Código gubernativo” de 1928. El Decreto de 15 de Abril se limitó a esta empresa de restitución de la legítima vigencia del Código de 1870».

²⁵³ Vid. Peña González, J, *Historia Política del Constitucionalismo Español*, cit., pp. 360 y ss.

criminal, también el sometimiento de los menores de 16 años a las normas de la Ley de Tribunales tutelares de la infancia. Igualmente, en el ámbito de las atenuantes se introdujo la posibilidad de que todas las eximentes imperfectas pudieran convertirse en causas de atenuación cuando faltaren algunos de sus requisitos, y el catálogo de agravantes se vio reducido de veintitrés a quince, debiéndose acentuar la eliminación de la relativa a “ser vago y culpable”. Otro punto especialmente reformado fue el referente a las penas, destacando particularmente la abolición de la pena capital²⁵⁴, la cual fue sustituida por la llamada reclusión mayor, cuya duración era de veinte años y un día a treinta años, suprimiéndose asimismo las penas de carácter perpetuo.

En relación a los delitos objeto de estudio, se observa que la traición se regula en los artículos 123 al 130, siguiéndose en el Código, en esencia, la estructura del Código penal de 1870. Se observan, respecto a aquel, únicamente pequeñas diferencias entre ambos, algunas operadas por motivos obvios, como por ejemplo la que se halla en el artículo 124.1º donde se hace referencia a la nueva forma política del Estado²⁵⁵: “Será castigado con la pena de reclusión mayor: El español que facilitare al enemigo la entrada en la República, la toma de una plaza, puesto militar, buque del Estado o almacenes de boca o guerra del mismo”. En similar línea el artículo 129 proscribía ciertas actividades al Presidente de la República disponiendo la reclusión mayor en caso de que con infracción del artículo 77 de la Constitución²⁵⁶, firmare Decreto: “1º.

²⁵⁴ Al respecto señala la exposición de motivos en su punto V que: «Son múltiples las razones que nos han inclinado a suprimirla; pero no es esta coyuntura propicia para hacer un despliegue de citas y de estadísticas extranjeras. Baste apuntar que en Inglaterra, uno de los países más tradicionales, se agita en esta hora una corriente por demás favorable al abolicionismo [...]. Pero no es preciso ser zahorí para profetizar el ocaso de la pena de muerte en el mundo. Su pretendida fuerza intimidatoria no existe y su evidente carácter eliminador sería invocable si se practicara la última pena en grande escala; pero es un argumento sin poder suasorio si se piensa en el escaso número de reos ajusticiados y en que la sensibilidad contemporánea no permite hacer de ella más largo empleo».

²⁵⁵ La Constitución de 1931 en su artículo 1 rezaba que: «España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y de justicia [...]».

²⁵⁶ El artículo 77 de la Constitución de 1931 disponía: «El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, y sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los

Declarando la guerra sin las condiciones previstas en el Pacto de la Sociedad de Naciones y sin agotar previamente los medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos establecidos en los Convenios internacionales de que España fuere parte. 2º. Declarando la guerra sin haberse autorizado por una ley”;

finaliza el precepto imponiendo la misma pena para los ministros que refrendaren el Decreto.

Por lo demás, el Código republicano, como es bien conocido, no fue excesivamente longevo, al igual que el régimen que lo sustentaba, y así una vez finalizada la guerra civil, se promulgó el Código penal de 1944 como cuerpo punitivo esencial, aunque, con anterioridad, también merece una mención la Ley para la seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, que surgió como una ley transitoria tal y como se reconoce en la misma²⁵⁷, motivada según la exposición de motivos por “la imperfección con que nuestras leyes, plagadas de los prejuicios propios del momento legislativo en que fueron promulgadas, sancionan cuando no olvidan muchos de los delitos contra el prestigio y la seguridad del Estado, requiere una mediata revisión de sus preceptos, singularmente en aquellas formas de la delincuencia que por sus repercusiones públicas y sociales, harto desatendidas en anteriores regímenes merecen la atención preferente del nuevo Estado”.

procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de que España fuere parte, registrados en la Sociedad de las Naciones. Cuando la Nación estuviera ligada a otros países por Tratados particulares de conciliación y arbitraje, se aplicarán éstos en todo lo que no contradigan los Convenios generales. Cumplidos los anteriores requisitos, el Presidente de la República habrá de estar autorizado por una ley para firmar la declaración de guerra».

²⁵⁷ Reza la exposición de motivos: «La misma fecha del Código vigente explica con sobrada elocuencia el atraso de sus leyes penales en relación con los imperativos y realidades de nuestro momento. Constituye por ello preocupación del Gobierno la promulgación oportuna de un nuevo Código penal que, recogiendo las esencias del régimen vigente, sepa concertar, en adecuadas fórmulas, los progresos de la ciencia penal y los principios fundamentales de nuestras tradiciones jurídicas. Mas no es posible que en tanto se promulga ese nuevo Código, pueda el Estado permanecer inerte en la carencia de aquellas previsiones penales que si, por un lado, tienden a salvaguardar su autoridad, constituyen por otro un postulado esencial del orden en toda sociedad regularmente organizada».

Esta ley, pese a su marcado carácter temporal, entró de lleno, como era natural en la coyuntura histórica, en la regulación de los delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado y contra el gobierno de la nación. Respecto a la traición, como también pudo resultar necesario, se amplió su concepto fuera del clásico encorsetamiento, siendo así que el artículo 1 reputaba como traidor al español que tomara las armas contra la Patria bajo banderas separatistas, al igual que al español que dentro o fuera del territorio nacional reclutara gentes, suministrase armas u otros medios eficaces para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas, sediciosas o separatistas. Es decir, se asimiló claramente al enemigo exterior con el separatista, atendándose así fundamentalmente a los fines de dichos enemigos que, en esencia, eran ciertamente similares, lo cual genera cierto confusiónismo entre los ilícitos²⁵⁸. Asimismo, cabe mencionar el artículo 7 que aseguraba una completa cobertura penal disponiendo que: “Los que en forma diversa de la prevista en el artículo primero en sus párrafos segundo y tercero atentaren contra la integridad de la Nación española o la independencia de todo o parte de su territorio bajo una sola representación de su personalidad como tal Nación, serán castigados con la pena de cinco años de prisión a quince de reclusión”.

Por último, con relación al cuerpo legal cabe mencionar, aun siendo una obviedad, que las penas se caracterizan por su dureza, siendo la pena de muerte la más común, de

²⁵⁸ Al respecto véase Blecua Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 68, «El capítulo primero abraza todos estos delitos, rompiendo el molde clásico de una diferente regulación para aquellos ataques provenientes del exterior, que pueden desembocar en una guerra internacional, diferente de los disturbios internos, que constituirían el delito de rebelión y sedición. Así, el delito de traición venía entendiéndose como una colaboración con el enemigo, en el sentido de potencia extranjera; sin embargo, el artículo primero alude a tomar armas contra la Patria bajo banderas separatistas y al reclutamiento de gente, suministro de armas y otros medios eficaces para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas, sediciosas o separatistas. Se están considerando en pie de igualdad tanto los ataques procedentes del exterior como interiores, con el consiguiente confusiónismo entre las figuras de traición, rebelión y sedición, además de los delitos contra la forma de gobierno».

manera que la reclusión tomó un carácter más excepcional²⁵⁹. Asimismo, resulta interesante reparar en el protagonismo de la jurisdicción militar dispuesta en el artículo 69, el cual rezaba “Mientras no se disponga lo contrario, todos los delitos comprendidos en esta Ley serán juzgados por la jurisdicción militar con arreglo a sus propios procedimientos”, siendo así que a partir de 1945 cobrará especial relevancia el Código de Justicia Militar de 17 de julio.

1.7.9 EL CÓDIGO PENAL DE 1944

Retomamos el Código penal de 1944 que fue aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1944, y que según se dispone en la exposición de motivos “no es una reforma total, ni una obra nueva, sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de Leyes Penales que, en su sistema fundamental, y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1848”²⁶⁰.

Entre los objetivos del texto se hallaban el de insertar disposiciones posteriores a 1870, establecidas o aceptadas por el “nuevo Estado”; la depuración de erratas, antinomias y errores técnicos; la definición de delitos nuevos como las calumnias proferidas contra el Movimiento Nacional, la blasfemia y la infracción de las Leyes del trabajo que ocasionen quebranto grave a la salud de los obreros. Por supuesto, otro objetivo fue el de la supresión de las alusiones al régimen republicano que se hallaban en el texto

²⁵⁹ Entre otros, de ello nos ilustra el artículo 4: «Salvo lo establecido en los tratados, el extranjero que cometiere alguno de los delitos comprendidos en los artículos ciento veintitrés, ciento veinticuatro y cierto veinticinco del Código Penal común, o el delito previsto en el párrafo tercer del artículo primero de esta Ley, si se hallare en España o se hubiere conseguido su extradición, será castigado con la pena de quince a treinta años de reclusión. En casos de excepcional gravedad podrá imponerse la pena de muerte».

²⁶⁰ Sigue la exposición de motivos manifestando los aspectos generales que deben de reflejarse en la legislación penal, expresando que: «toda reforma de la legislación represiva mira a tres sectores, que de su exacta compenetración depende la justicia y eficacia de la nueva Ley de delitos y penas, y que son: la parte técnica, inspirada por la aplicación judicial de los principios científicos; la parte política, que responde al concepto de Gobierno y a las líneas esenciales del instrumento de defensa general que significa la Ley punitiva, y la parte social, que es la consagración por el legislador del acervo de cultura y sentimientos de la Nación que ha de regir».

penal de 1932, siendo reemplazadas, como es obvio por otras ajustadas a la organización del nuevo Estado.

Respecto a los delitos de traición, se regulaban en los artículos 120 a 125, en los cuales se recogen los comportamientos clásicos, destacando por su redacción el artículo 123 que dispone como delito “los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con pena de prisión menor; y si tuvieran lugar con publicidad, con la de prisión mayor”.

1.7.10 EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945

Llegamos aquí al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, significando este texto legal la unificación de la normativa aplicable a los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire²⁶¹. Asimismo, el cuerpo legal contenía tres tratados, siendo el primero de ellos dedicado a la organización y atribuciones de los Tribunales Militares, el segundo a las leyes penales, y el tercero a los procedimientos militares. Se debe destacar la amplia competencia de que gozaba la Jurisdicción Militar, dispuesta en el artículo 6, conociendo aquella, entre otros, de los procedimientos que se instruían contra cualquier persona por los delitos comprendidos en el Código, y a los que las leyes especiales atribuían a la Jurisdicción militar²⁶². Igualmente, cabe recordar brevemente la figura del Consejo de guerra, del que existían tres modalidades, a saber: el ordinario²⁶³, el de oficiales generales y el Consejo Supremo de Justicia Militar; siendo

²⁶¹ El artículo 1 del Código de 1945 dispone: «Los preceptos de este Código son aplicables a la jurisdicción militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire».

²⁶² El artículo 5 establece que la competencia de la jurisdicción militar se determina en materia criminal por razón del delito, por el lugar en que se cometa y por la persona responsable.

²⁶³ La composición del Consejo de Guerra ordinario era la siguiente: un presidente Coronel o Teniente Coronel, tres vocales de rango Capitán y un vocal ponente Capitán Auditor, o en su defecto, de la categoría inmediata superior, del Cuerpo Jurídico-Militar. La falta de asistencia de este último era causa de nulidad.

el primero el encargado comúnmente de conocer las causas atribuidas a la justicia militar.

Una vez realizadas las pinceladas anteriores, se debe acudir al Tratado Segundo, donde se ubica el catálogo de delitos y, en el Título octavo, los delitos contra la seguridad de la patria. El delito de traición se prevé en los artículos 258 hasta el 271, en los que asistimos a una regulación ciertamente minuciosa del ilícito en cuestión, tal vez porque el contexto histórico que requería de un marco penal pormenorizado en torno a los delitos contra la Patria y el Estado.

La pena en el caso de los comportamientos más graves establecidos en el artículo 258 es la de muerte con la previa degradación, y en los casos menos graves como los dispuestos en el artículo 259 se establece la pena de treinta años de reclusión, también con la posibilidad de degradación. Igualmente, cabe destacar que el sujeto activo se establece como “el español”, esto es, no sólo los militares, por lo que lógicamente la degradación no operaba sobre todos los sujetos activos.

Los comportamientos de mayor gravedad, como se ha señalado, se compendian en el artículo 258, pudiéndose resumir de la siguiente manera:

- I. El abandono de las banderas, entrando a formar parte del ejército enemigo.
- II. El levantamiento en armas para desmembrar alguna parte del territorio nacional.
- III. El facilitar la entrada del enemigo a territorio español, la toma o destrucción de plaza, puesto, o puerto militar.
- IV. La entrega al enemigo, con ánimo de favorecerle, de plaza, puesto, o establecimiento militar, cualesquiera que fuesen las consecuencias que para las operaciones militares tuviere el hecho.

- V. El que en plaza sitiada promueva algún complot o seduzca alguna fuerza para obligar al que la manda a rendirse.
- VI. El que para favorecer al enemigo, le entregue la bandera, armas, vehículos, municiones, o medios ofensivos o defensivos de importancia.
- VII. El mantener directa o indirectamente relaciones con el enemigo sobre las operaciones de la guerra.
- VIII. El seducir tropa española o al servicio de España para que pase a servicio del enemigo.
- IX. El reclutar en territorio español o de su protectorado gente para hacer la guerra a la Patria.
- X. El arriar o mandar arriar la bandera de España en buque nacional en ocasión de combate sin orden de su jefe.
- XI. Impedir de cualquier modo el combate o el auxilio de fuerzas nacionales o aliadas.

En un escalón inferior hallamos en el artículo 259 los siguientes comportamientos relatados aquí de forma resumida:

- I. Tomar las armas contra la Patria bajo banderas enemigas.
- II. Facilitar al enemigo contraseñas, planos, u otras noticias que puedan favorecer al enemigo o perjudicar a los Ejércitos nacionales.
- III. Malversar caudales o efectos de los Ejércitos en campaña.
- IV. Suministrar a tropas enemigas medios para favorecer el progreso de sus armas.

Sigue el artículo 260 donde se observa un duro castigo para el derrotismo, estableciéndose la posibilidad de pena de muerte para el que hallándose en operaciones

propale noticias, o ejecute actos que produzcan pánico, desaliento o desorden en las tropas.

Cabe destacar la diferenciación entre el extranjero que se encuentre en territorio español o de su Protectorado y el extranjero que pertenezca a los ejércitos nacionales o de Protectorado, o por cualquier motivo percibiese sueldo del Estado o Corporación pública nacional; considerándose a efectos penales al segundo como español.

Por último, en relación a la traición merece mención el precepto que cierra su regulación, relativa a los prisioneros de guerra, siendo así que “incurrirá en la pena de reclusión a muerte el prisionero de guerra que falte a la palabra empeñada de no volver a tomar las armas contra el Ejército nacional”, y llama aquí la atención la segunda parte del tipo, en cuanto que establece el particular elemento descriptivo de “faltar a la palabra empeñada”.

En relación al espionaje se observa la clara diferenciación entre los actos realizados en tiempo de guerra o en tiempo de paz, siendo obvio que los realizados en el marco temporal de periodos de conflicto son merecedores de mayor reproche penal. Se establece, en el artículo 272, la pena de treinta años de reclusión a muerte, en caso de ser el autor militar. Los comportamientos perseguidos, que deben acaecer en tiempo de guerra, son los siguientes:

- I. El introducirse subrepticamente o con disfraz y sin objeto justificado en las zonas o plazas de guerra, buques, establecimientos o puestos militares.
- II. El buscar, apoderarse, divulgar o comunicar documentos, informes u objetos reservados relativos a la defensa nacional.
- III. El organizar, instalar o emplear subrepticamente medios de correspondencia o transmisiones para comunicar o recibir señales o noticias.

IV. El establecer armamentos, pertrechos o realizar construcciones que puedan ser utilizadas en provecho de una potencia extranjera.

V. El usar nombre supuesto o utilizar documentos falsos con fines de espionaje.

Se constata en el texto del Código una especial preocupación por la figura del espionaje siendo apuntalada la misma con la dedicación de otros seis preceptos, destacando por su amplitud y cierta indefinición el artículo 274 que castiga a “el que mantuviese inteligencia o relación de cualquier género con potencia extranjera, asociación u organismo internacional para facilitar datos o noticias que, aun no siendo reservados ni militares, puedan referirse a la defensa nacional, y el que proporcione dichos datos o noticias será castigado con la pena de prisión, en tiempo de paz, y con la de reclusión en tiempo de guerra, pudiendo imponerse la de muerte en este último caso ante hechos de notoria gravedad²⁶⁴”.

1.7.11 EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 1985

En este punto, ya se van atisbando los cuerpos legales más modernos, los cuales iniciamos con el texto refundido de 1973, entendiendo que a partir de aquí se sucederá la relevante reforma de 1983, también la “Ley puente” 14/1985, la cual se examinará brevemente, y se finalizará el análisis histórico con el reciente, pero ya pretérito, Código Penal Militar de 1985.

²⁶⁴ Respecto al marco penal Millán Garrido sostiene que: «Especial reproche merecen en el Código de Justicia Militar las penas compuestas cuando se fijan en tal extensión que no comportan un límite efectivo al arbitrio judicial. Así ocurre en los artículos 261, 263 (seis meses y un día de prisión a muerte), 246, 273 (seis meses y un día de prisión a treinta años de reclusión), 289 (seis meses y un día de prisión a veinte años de reclusión), 384 (seis meses y un día de prisión militar a muerte) o 388 (seis años de prisión militar a muerte). En tales supuestos estamos ante penas realmente indeterminadas, en cierto modo arbitrarias, en las que resulta afectado el principio de legalidad». (Millán Garrido, A, «Estudio sobre la regulación de las penas en el vigente Código de Justicia Militar», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 1985, pp. 103-104).

En primer lugar, respecto al Código Penal, texto refundido de 1973²⁶⁵, y la reforma de 1983, se debe considerar que no añadieron, como es fácil intuir, ninguna novedad ni modificación en los delitos de traición, respetándose la estructura y redacción de lo dispuesto en el Código Penal de 1944.

Como anteriormente se ha señalado, se debe hacer referencia a la Ley Orgánica 14/1985, cuya razón de ser se justificaba en la Exposición de Motivos de dicha norma de la forma siguiente: “La próxima aprobación del Código Penal Militar hará desaparecer de su contenido determinados tipos delictivos que venía recogiendo hasta el presente el Código de justicia militar. En consecuencia, a fin de evitar que se produzca la discriminación de estas conductas que merecen reproche, y que serán competencia de la jurisdicción ordinaria, es necesario que hasta tanto se apruebe el futuro Código penal, que las recoge sin duda, se incorporen con carácter transitorio al vigente Código penal”. De esta manera, mediante la que se puede denominar como “Ley puente”, se trasladaron al Código penal una serie de delitos, teniendo aquí interés el del delito de traición mediante el espionaje, el cual fue integrado a través del artículo 122 bis, rezando éste así: “El español que con el propósito de favorecer a una potencia extranjera se procurare, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar, susceptibles de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o revelase información legalmente clasificada susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, a potencia extranjera,

²⁶⁵ Éste fue impulsado por la disposición final de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que estableció que «El Gobierno, en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, publicará un texto refundido de Código Penal».

asociación u organismo internacional, será castigado, como traidor, a la pena de prisión mayor”.

Por lo demás, la reforma de 1985 incluyó varios tipos relativos al descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional²⁶⁶, así como otros dedicados a los atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional²⁶⁷.

Para finalizar y como culmen de esta primera parte dedicada al recorrido histórico de nuestra figura delictiva hemos de fijar atenciones en el Código Penal Militar de 1985, que pervivió hasta el 15 de enero del año 2016, fecha en la que entró en vigor el Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre. El texto de 1985 recogió en su Libro II, Título I, los delitos contra la seguridad nacional y la defensa nacional, siguiendo con la tradición de enumeración de todos los supuestos que habrían de estimarse como una traición, de tal modo que en el artículo 49 se tipificaban hasta diez comportamientos, castigados con la pena de prisión de veinte a veinticinco años, respecto al militar que:

- I. “Indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertase con ella para el mismo fin.
- II. Tomare las armas contra la Patria bajo banderas enemigas.

²⁶⁶ Cabe destacar el artículo 135 bis a) que dispone que: «El que sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas de seguridad empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión menor.

²⁶⁷ En cuanto a los atentados contra los medios de la defensa nacional sobresale el artículo 135 bis e), que incluye un tipo básico y otro agravado: «El que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armada, será castigado con la pena de prisión mayor. Si estos hechos fueren cometidos mediante incendio, explosión, naufragio, derribo, descarrilamiento, inundación, voladura, derrumbamiento o cualquier otro medio capaz de ocasionar graves estragos, comportaren un peligro para la vida o integridad de las personas o hubieran comprometido el potencial o capacidad bélica de la Nación, serán castigados con la pena de reclusión mayor».

- III. Con el propósito de favorecer al enemigo, le entregase plaza, puesto, establecimiento, instalación, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate.
- IV. En plaza o puesto sitiado o bloqueado, buque o aeronave o en campaña, ejerciere coacción, promoviere complot o sedujere fuerza para obligar a quién ejerce el mando a rendirse, capitular o retirarse.
- V. Sedujere tropa española o al servicio de España para que se pasen a filas enemigas o reclutare gente para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas.
- VI. Se fugare de sus filas con propósito de incorporarse al enemigo.
- VII. Con el propósito de favorecer al enemigo, ejecutare actos de sabotaje o, de cualquier otro modo efectivo, entorpeciere gravemente las operaciones bélicas.
- VIII. Propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas, con la intención manifiesta de favorecer al enemigo²⁶⁸.
- IX. Con el ánimo de favorecer al enemigo, causare grave quebranto a los recursos económicos o a los medios y recursos afectos a la defensa nacional.
- X. De cualquier otra forma, colaborase con el enemigo, prestándole un servicio con el propósito de favorecer el progreso de sus armas”.

Como meridianamente se observa, el legislador, en aras de la protección del elevado bien jurídico, quiso desarrollar una extensa casuística, seguramente con el objeto de

²⁶⁸ Como complemento de la conducta se observa el artículo 64 donde se recoge el Derrotismo en los siguientes términos: «El que, declarada o generalizada la guerra, con el fin de desacreditar la intervención de España en ella, realizare públicamente actos contra la misma o contra las Fuerzas Armadas españolas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión o con la de confinamiento o destierro. Con la misma pena será castigado el que en igual forma y circunstancias divulgare noticias o informaciones falsas con el fin de debilitar la moral de la población o de provocar la deslealtad o falta de espíritu entre los militares españoles. En ambos casos, si el culpable fuere militar se impondrá la pena en su mitad superior. La defensa de soluciones pacíficas a los conflictos no será considerada derrotismo bélico a los efectos de este artículo».

no descuidar ningún comportamiento y que ello pudiera dar lugar a una laguna penal. Esta preocupación, se ve también sofocada por el punto décimo del precepto, que como cláusula de cierre, permitiría, si fuera menester, castigar un amplio abanico de hechos colaborativos con el enemigo, siempre que se hallase presente el *animus* de “favorecer el progreso de sus armas”.

El artículo 50 trataba sobre el espionaje constitutivo de traición²⁶⁹, castigando a “el español que en tiempo de guerra realizare actos de espionaje militar, conforme a los previsto en el capítulo siguiente, será considerado traidor y condenado a la pena de veinte a veinticinco años de prisión”; igualmente, en caso de que dichos actos se verificasen en tiempo de paz eran castigados, pero con la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Cerrando estos delitos aparece el artículo 51, donde se castiga, como sucede en otros delitos de especial gravedad, al militar que teniendo conocimiento de la comisión del delito de traición, no emplee los medios a su alcance para impedir su comisión. No obstante, quedaba exento de pena el que implicado en un delito de traición o espionaje militares, lo denunciaba a tiempo de evitar sus consecuencias.

1.8 CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS HISTÓRICO

I. La primera conclusión a la que sin duda cabe llegar es que la *fidelitas* siempre ha sido a lo largo de la historia un preciado bien, digno de protección, preocupándose

²⁶⁹ El espionaje militar propiamente dicho se disponía en el artículo 52, estableciéndose que: «El extranjero que, en tiempo de guerra, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o de los medios técnicos o sistema empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de quince a veinticinco años de prisión. La tentativa se castigará con las mismas penas privativas de libertad establecidas para el delito consumado».

todos los sistemas a través de los tiempos de procurar, en mayor o menor medida, que la sociedad mostrase esa lealtad al orden y a “los suyos”.

En los tiempos primigenios el foco se situó sobre la divinidad y sobre el líder social, ya fuera el emperador, el rey, o el caudillo militar, para llegar en tiempos más modernos a otro tipo de organizaciones políticas, pero como hemos apuntado, siempre se ha buscado en los sistemas normativos que la lealtad fuera un valor preponderante, siendo además ello necesario en atención a la propia supervivencia del sistema. Lógicamente, el concepto de fidelidad se desplazó desde el monarca hacia la nación según la evolución de la estructura política lo requirió. A ello, indudablemente debe sumarse el aspecto religioso ya que la lealtad trascendía lo terrenal para entrar dentro de dicho ámbito, siendo así que el desleal no sólo atentaba contra la organización social sino que su delito se hallaba proscrito en el terreno de lo divino, teniendo ello especial trascendencia en ciertos periodos históricos como el medieval donde lo expresado se recoge en lo manifestado por IGLESIA FERREIROS en torno a las conclusiones de los padres conciliares cuando de forma meridiana expresan que “ [...] El pueblo infiel no escapará a la venganza de Dios. No podrá sobrevivir a su ruina. La concordia sólo es posible donde reina la fidelidad”²⁷⁰.

Igualmente, la figura del traidor o desleal ha sido siempre perseguida históricamente con especial dureza, siendo hasta tiempos muy recientes la pena de muerte la aplicable para aquellos.

II. Enlazando con el primer párrafo propuesto, se debe llegar a una conclusión que no por obvia debe ser desechada, y es la de que indudablemente nos encontramos con una figura penal que trasciende el derecho meramente positivo y que hay que unir con el

²⁷⁰ Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, cit., p. 68

ámbito del derecho natural, ya que tras un análisis de los sistemas jurídicos más remotos a los más recientes, se observa la persecución al traidor como sujeto que pone en peligro el bien máspreciado que es la vida de la comunidad cualquiera que sea la forma política que esta adopte.

Así, trayendo a colación un pasaje de *Ética a Nicómaco* de ARISTOTELES que reza: “En el derecho político una parte es natural, y la otra es legal. Es natural lo que, en todas partes, tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres, es legal todo lo que en principio, puede ser indiferente de tal modo o del modo contrario, pero que deja de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto”²⁷¹, podemos vislumbrar que la figura penal de la traición puede tenerse como una institución de derecho natural²⁷², que goza del principio de universalidad, ya que ha acompañado al hombre en su vida política siempre y en todo lugar, posee un carácter objetivo que el hombre reconoce pero no crea o establece y tiene un carácter necesario, no estando sujeto a la mutabilidad de las opiniones en función de los tiempos y las circunstancias²⁷³.

Debe sumarse a lo anterior, la circunstancia de la importancia de las instituciones naturales para la supervivencia del Estado, observándose ello claramente en ROUSSEAU que sostiene que: “La constitución de un Estado puede resultar sólida y duradera cuando las conveniencias son de tal suerte observadas, que las relaciones naturales y las leyes están siempre de acuerdo, no logrando éstas, por así decirlo sino

²⁷¹ Así recogido por Gallego García, E, *Fundamentos para una Teoría del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 50.

²⁷² Vid. Jean Jacques, R, *El Contrato Social*, Altamira, Madrid, 1983, p. 68; donde se dispone: «Lo que es bueno conforme al orden, lo es por naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia procede de Dios, El es su única fuente; pero si nosotros supiésemos recibirla desde tan alto, no tendríamos necesidad ni de gobierno ni de leyes. Sin duda, existe una justicia universal emanada de la sola razón, pero ésta, para ser admitida entre nosotros, debe ser recíproca».

²⁷³ Gallego García, E, *Fundamentos para una Teoría del Derecho*, cit., pp. 50-51.

asegurar y rectificar aquellas. Pero si el legislador, equivocándose en su propósito toma un camino diferente del indicado por la naturaleza de las cosas, es decir, dirigido el uno a la esclavitud y el otro a la libertad; [...]; uno a la paz y otro a las conquistas, podrá verse cómo las leyes se debilitan insensiblemente, la constitución se altera y el Estado se agita sin cesar hasta que, destruido y modificado, la invencible naturaleza recupera su imperio²⁷⁴”.

Pues bien, una vez visto lo anterior, se puede concluir que una regulación que no castigue la traición en su justa medida llevará indefectiblemente a una disociación entre el derecho natural y las leyes del Estado, enfermando este último y poniendo en riesgo su propia continuidad; siendo así que, en suma, no hay posibilidad de comunidad política sin deber de lealtad a los principios de la misma.

III. Por último, realizadas esas conclusiones generales, y descendiendo al plano regulatorio, ha existido también a través de la historia una duplicidad, a veces ciertamente indeseable, regulándose la figura penal en un ámbito civil y en el militar, habiendo muy a menudo una acusada confusión sobre las normas o cuerpos legales de aplicación en cada caso, a lo que debe sumarse la problemática de una distinta penalidad para conductas semejantes.

Unido a lo anterior, otra característica que no puede pasar inadvertida es, pese a la estable regulación a lo largo del tiempo, la indeterminación del concepto de traición que se ha visto tipificado en los distintos cuerpos legales a base de largas enumeraciones, las cuales en ocasiones pecan, en mi opinión, de exceso. Esto implica un claro defecto de técnica legislativa sostenido en el tiempo; y se podría afirmar que

²⁷⁴ Jean Jacques, R, *El Contrato Social*, cit., pp. 91-92

la acusada preocupación por regular debidamente la traición ha deformado los contornos de la misma.

En cuanto a la figura del espionaje o la deserción, no han sido ajenas a la problemática expuesta, considerándose en ocasiones como figuras paralelas a la traición y en otras equiparándose a la misma formando una mixtura, por lo que esa inestabilidad conceptual, lógicamente, ha generado una inseguridad jurídica, que en la mentalidad actual, sería inasumible para el sistema penal.

CAPITULO II. EL DERECHO PENAL MILITAR

2.1 EL FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL MILITAR

El derecho penal militar, como indica parte de la doctrina que se va a recoger a continuación, se incardina dentro del Derecho militar general, entendiendo este último como la categoría más amplia bajo cuya égida se hallan una multitud de normas de muy diversa naturaleza, las cuales van desde el derecho internacional²⁷⁵ hasta el derecho disciplinario que por su relevancia y naturaleza tiene, como no podía ser menos, una intensa aplicación en la milicia, constituyendo un grado inferior al ámbito penal.

Así, se puede hablar de un orden jurídico militar, el cual se compone por las normas dictadas por el Estado con la finalidad de la tutela de la sociedad militar que en él está constituida, asegurándose los especiales fines que tienen las instituciones armadas; de manera que cuando tales normas, tienen carácter penal surge la idea del Derecho penal militar, el cual estaría constituido por aquellos preceptos que, provistos de las correspondientes sanciones penales, prohíben determinadas conductas atentatorias de los intereses militares tutelados por los primeros²⁷⁶.

Respecto a la sustantividad del Derecho militar, se puede afirmar que viene hoy avalado por la propia Constitución española, ya que la misma ha categorizado a la

²⁷⁵ Vid. Jiménez y Jiménez, F, *Introducción al derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 52-61.

²⁷⁶ Vid. La síntesis que realiza de Núñez Barbero, R, «Derecho penal militar y Derecho penal común», en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo 24, Fasc/Mes 3, 1971, p. 714, donde recoge que para Manzini «las normas jurídicas que están dirigidas a asegurar el logro de las finalidades especiales de las instituciones militares constituyen, en su conjunto, un orden jurídico particular del Estado: el orden jurídico militar» (Commento ai Codici penali militari, Milano, 1916, p. 1). Igualmente, se señala que Lo Cascio afirma que «dentro de la esfera del ordenamiento jurídico penal militar, que –junto con el derecho disciplinario militar– constituyen el orden jurídico militar. Y puesto que todos los preceptos de índole militar, provistos de sanciones penales o disciplinarias, son leyes en sentido amplio, constituyen en su conjunto, el derecho objetivo militar» (Diritto penale militare, Milano, 1958, p. 8). Para finalizar trae Núñez Barbero a colación que en la doctrina alemana suele definirse el *Wehrrecht* como el conjunto de normas jurídicas que se dirigen a reglamentar la organización de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y en tiempo de guerra; con relación a ello vid. Herbert Arndt: *Wehrstrafrecht. Grundriss*, 2ª edic., München, 1966, pp. 16 y ss (las citas de Núñez Barbero son de la primera edición, de 1958).

institución castrense como una Institución del Estado²⁷⁷ que tiene como fin específico la defensa militar del Estado²⁷⁸, expresado ello en el conocido artículo 8 que establece la misión fundamental de “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”²⁷⁹, dichos fines hacen, obviamente, que nos encontremos ante una institución de todo punto singular, circunstancia que refuerza el propio edificio constitucional en diversos preceptos, tales como el artículo 117 que recoge una especialidad jurídica muy destacada, cual es la de la existencia de una jurisdicción militar²⁸⁰.

Siguiendo con la sustantividad de la materia, no debe pasarse por alto que diversos juristas de peso tales como GROIZARD, SALCEDO Y RUIZ, QUEROL, JIMÉNEZ DE ASÚA, RIAZA o COLOMBO, se mostraron decididamente partidarios del

²⁷⁷ Respecto a la idea de las Fuerzas Armadas como institución véase a Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., «Los Principios Generales del Código Penal Militar», en *Boletín de Información nº 196-X del CESEDEN*, noviembre 1986, pp. 1-6, donde se realiza un breve pero completo estudio de las distintas corrientes doctrinales al respecto; deben destacarse, a nuestro juicio, los siguientes autores según se citan por Rodríguez-Villasante; así Querol afirma que los Ejércitos constituyen no solamente un organismo o realidad social, sino también una institución del Estado y han de estar sujetos a la regulación normativa del Poder público de que depende; por otro lado Rodríguez Devesa afirma que, pese a que se halla extendida la idea de que las Fuerzas Armadas son una sociedad perfecta dentro del Estado, dotada de autonomía en los órdenes legislativos, ejecutivo y judicial, el centro del derecho penal militar no es hoy el militar, sino el potencial bélico del Estado: la eficacia de las Fuerzas Armadas no es un bien jurídico privativo de los ejércitos, sino un interés estatal. Para finalizar cabe traer a colación a Casado Burbano que entiende a las Fuerzas Armadas como un conjunto organizado de medios personales y materiales al que el Estado encomienda la defensa armada de la comunidad. Como cuerpo social, las fuerzas armadas reúnen aquellas notas de objetividad, ordenamiento específico, organización, estabilidad y fin que caracterizan a toda institución.

²⁷⁸ Vid. Venditti, R., *Il diritto Penale Militare nel sistema penal italiano*, Guiffré Editore, Milán, 1985, pp. 2-5, que señala que: «hay una intrínseca instrumentalidad de la institución militar respecto de la institución estatal, que se muestra obviamente en la legislación penal militar, evidenciando su complementaridad respecto de la legislación común e insertándola en el cuadro general de la legislación estatal»; así citado por Jiménez y Jiménez, F., *Introducción al derecho penal militar*, cit., 26-27.

²⁷⁹ Con relación al plano constitucional de las Fuerzas Armadas, véase al respecto la minuciosa tesis doctoral de Cotino Hueso, L., *El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 1999.

²⁸⁰ Al respecto Lostau Ferrán, F., que sostiene que: «Se ha defendido el Derecho militar basándose en la propia misión de las Fuerzas Armadas, para el cumplimiento de cuyos fines se exige una estructura peculiar apoyada en conceptos tan evidentes como la jerarquía y la disciplina, y sustentada en valores tradicionales de unidad, sentido del honor y el patriotismo, lealtad, etc., para defensa de todo lo cual se exige una normativa y una jurisdicción especial, ejemplar, rígida y profesionalizada. En defensa de esta sustantividad se han esgrimido los conocidos elementos de competencia, persona, lugar y delito, sin los cuales se ha estimado que no quedan suficientemente protegidos los intereses, las necesidades, las funciones y la eficacia de los Ejércitos. Se arguyen, a favor de una Justicia militar e independiente, razones de orden histórico, filosófico, sociológico y práctico» (Vid. Introducción en Blecua Fraga, R.; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988, p. 22).

particularismo del Derecho militar; si bien como afirma RODRÍGUEZ DEVESA debe sostenerse que la existencia de una Ley penal militar no significa la existencia de un Derecho penal de distinta naturaleza que el Derecho común, no debiendo considerarse al Derecho penal militar como un derecho de excepción, corporativo, o disciplinario²⁸¹; es decir, parece necesario plantearse que estamos ante un derecho penal especial pero no autónomo.

Apunta NUÑEZ BARBERO que el término especial puede ser utilizado con varias acepciones, a saber: en una primera viene a significar la existencia de una ley que, aun no estando contenida en el Código penal común, lo integra o modifica, teniendo aquí “lo especial” el sentido de complementario; en una segunda acepción suele distinguirse entre Derecho penal común y especial, según se aplique a todos los ciudadanos o solamente a un círculo determinado de personas por las particulares condiciones jurídicas en que se encuentran; y, finalmente, es considerada como especial aquella ley que constituye la especie respecto del *genus* (ley general) y que contiene respecto de este último los elementos generalizadores sin los que se aplicaría la norma general²⁸². Así, dispone el autor que “ciertamente, la ley penal militar contempla especiales hechos criminosos y dirige sus mandatos, conminando con penas, a una determinada categoría de personas. Es, en consecuencia, una ley especial, en cuanto trata de una materia diversa de la común y toma en consideración el *status* del militar. Si bien la especialidad de la ley penal militar ha de ponerse en relación directa con la materia y no solamente con la especialidad de la condición de aquellos a quienes va dirigida²⁸³.

²⁸¹ Así recogido en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 122-123.

²⁸² Núñez Barbero, R, «Derecho penal militar y Derecho penal común», cit., pp. 718-719.

²⁸³ *Ibidem*, pp. 718-719.

Como conclusión de lo expuesto, se puede acudir a las que fueron recogidas en las jornadas Internacionales de Derecho penal militar de 1980²⁸⁴, que exponen de manera sencilla las bases del derecho penal militar:

- I. Las leyes penales militares forman parte del ordenamiento jurídico del Ejército y éste a su vez del ordenamiento jurídico del Estado. En consecuencia, obedecen a los principios de éste y sirven para la tutela jurídico penal de los fines que se asignen al Ejército, básicamente por la Constitución vigente y la naturaleza de las Fuerzas Armadas.
- II. Las leyes penales militares tienen carácter de especialidad respecto de las penales comunes, asumen sus principios generales y contienen todos los particularismos que les sean propios y resulten necesarios para el cumplimiento de sus fines, según cada país y momento, especialmente en tiempos de guerra y excepción.
- III. Sólo se contraen al aspecto penal tratado por los Tribunales militares, dejando fuera lo que pueda considerarse materia disciplinaria, propia del Mando militar.
- IV. Se constata una gran influencia internacional en las citadas normas, tanto en cuanto acogen delitos contra las leyes y usos de la guerra, como en cuanto traten de coordinar los ordenamientos jurídico-penales de diversos países, tanto los aliados entre sí como aquellos que presentan notables similitudes por pertenecer a la misma familia jurídica.

Expuesto el diverso andamiaje del ámbito jurídico militar en el aspecto penal, no es asunto a obviar el de ofrecer un concepto de derecho penal militar ya que por motivos expositivos, es un elemento esencial del que partir; y siendo ello así, procede traer a colación diversos autores, los cuales nos resume JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, destacando

²⁸⁴ Jiménez y Jiménez, F, *Introducción al derecho penal militar*, cit., pp. 24-25.

que “en la doctrina germánica se subraya la dependencia del ordenamiento jurídico-militar respecto del común del Estado, entendiéndolo como la exposición sistemática de las modificaciones impuestas a éste por la naturaleza y por el fin político del Ejército”. Indica asimismo que HERBERT ARNDT define el derecho penal militar como una parte del Derecho penal que fija penas criminales y medidas de seguridad como consecuencias del injusto, ello en relación con una conducta contraria a los intereses de las Fuerzas Armadas; porque el fin del derecho penal militar es, según entiende, el mantenimiento de la disciplina que exige la eficacia de las Fuerzas Armadas²⁸⁵. En otro ámbito, señala la definición de VITTORIO VEUTRO que define el Derecho penal militar como aquella rama del Derecho penal que, dentro del cuadro general de la conservación y desarrollo de la comunidad social, asegura las condiciones esenciales para que las Fuerzas Armadas vivan, sean ordenadas y eficientes, operando estrictamente en el ámbito de los fines del Ejército. En último lugar, se señala la definición de RODRÍGUEZ DEVESA, para el cual la esencia del derecho penal militar es “que está constituido por aquellos preceptos que, provistos de las correspondientes sanciones penales, prohíben determinadas conductas atentatorias a los intereses militares tutelados por los primeros, debiendo recoger solamente aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro esos intereses jurídicos, bien que ello dependa también, y en gran parte, del grado de intervención que las Fuerzas Armadas tengan en la vida del país, y es por tanto consecuencia de la solución de otros problemas que se plantean y deben ser resueltos previamente en terrenos ajenos al Derecho penal”²⁸⁶.

²⁸⁵ Arndt: *Wehrstrafrecht. Grundriss*, cit., p. 19.

²⁸⁶ *Ibidem*, pp. 19-21.

2.2 EL DELITO MILITAR

Como resulta evidente, el objeto central del derecho penal militar está constituido por el delito militar, pudiendo iniciarse la breve exposición que ello nos ha de ocupar por la definición más simple que es la contenida en el derecho positivo y que actualmente se halla en el artículo 9 del Código penal militar. Dicho artículo conceptúa el delito desde la limitada óptica que cabe esperar de un texto legal, así “son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código”, siendo ello el reflejo de lo establecido en el artículo 10 del Código Penal.

A este respecto, y en un plano más general se debe considerar que la definición que del delito da la ley punitiva es un dato de nacimiento que generalmente el orden punitivo vigente establece, y que suele sustanciarse en que el delito es “una acción u omisión voluntaria penada por la ley”²⁸⁷; pero siguiendo a DEL ROSAL encontramos esta definición como sumamente inexpresiva, ello en esencia, por su formalismo, pues con la definición “típica” siguen en pie las inquisiciones básicas, cuales son, entre otras, ¿por qué estas acciones han llegado a ser delictivas, ¿cuáles son, en verdad, las razones que tuvo el legislador para inscribirlas en el código?, ¿qué criterio emplea para distinguir las penales de las no punitivas?; todo ello obliga, si se quiere tener una

²⁸⁷ En cuanto a la definiciones legales, véase Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Editorial Losada, Argentina, 1951, pp. 66-68, donde se sostiene la inutilidad de definir el delito en los siguientes términos: “En los Códigos deben rechazarse las definiciones generales en nombre de la exactitud y de las garantías, pues éstas se satisfacen mediante una precisión tan minuciosa que exigen la fijación de cada uno de los elementos genéricos del delito en la parte general, y la descripción de cada una de las figuras específicas en la parte especial. Luego, una de dos, o la definición universal del delito es causa de que el legislador, descansando en ella, olvide la precisión de las demás, o si se cumplen estos requisitos en ellas, el concepto genérico es superfluo, y, en todo caso, servirá por la misma vaguedad a que le obliga su concesión, de laberinto de dudas para los comentaristas e intérpretes y de escudo contra la ley para los abogados defensores”; trae también a colación al profesor Rodolfo Rivarola, que destacó las dificultades para definir el delito en cualquier plano, ya fuera el filosófico o natural, observando que los Códigos no deben encerrarse en una concreta doctrina o escuela, indica como colofón que “la cosa debe preexistir a la definición y no ser creada por la definición misma”.

compresión enteriza del hecho penal, a vislumbrarla desde diferentes puntos de vista²⁸⁸.

Apuntado lo anterior, bien merecen “las varias definiciones” alguna atención, y también, tras ello, si fuere posible, se debe tomar posición sobre si alguna interesa particularmente al estamento castrense, ya que como apunta ANTOLISEI “la ciencia jurídica no puede eximirse de dar del delito una definición sustancial, ya que es necesario para comprender su efectiva naturaleza y también como medio de orientación de la interpretación de la ley”²⁸⁹.

Las primeras definiciones sobre el delito son las meramente negativas, que se sustancian en señalar el delito como lo contrario a la ley, siendo pecado de éstas, la simplicidad, y como afirma JIMÉNEZ DE ASÚA el incurrir en una evidente tautología. Se encuentran nutridos ejemplos de esta visión en la doctrina italiana, señalando CAYETANO FILIANGIERI que “el delito es un hecho humano contrario a la ley”, y en la misma línea encontramos a CARMIGNANI que nos habla de “la infracción de las leyes del Estado protectoras de la seguridad privada y pública, mediante un hecho humano cometido con intención directa y perfecta”. Por último, cabe añadir la definición de MANZINI que dispone que: “el delito considerado en su noción formal, es el hecho individual, con que se viola un precepto jurídico provisto de aquella sanción específica de coerción indirecta, que es la pena en sentido propio”²⁹⁰.

²⁸⁸ Vid. Del Rosal, J, *Lecciones de Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1954, pp. 294 y ss.

²⁸⁹ *Ibidem*. p. 295.

²⁹⁰ Vid. Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 24-26, donde se recogen las definiciones señaladas, a las que hay que sumar la de Alimena que nos dice que “una vez escrita la ley es delito todo hecho prohibido bajo la amenaza de una pena”; la de B. Paoli siendo el delito “una acción calificada como dañosa para la seguridad de los ciudadanos y prohibida bajo pena”.

Siguen las nociones de corte filosófica, donde las más ambiciosas conciben el delito como el quebranto de la justicia, otras se centran en la violación de un deber, para algunos es lo opuesto a la voluntad de todos o de los fines humanos y sociales, e incluso ello que atenta contra la seguridad o la libertad, también ciertas posiciones se centran en el ataque al régimen social²⁹¹.

Por la conexión con la materia objeto de estudio nos hemos de referir a la concepción del delito como quebranto de la seguridad, bajo la cual se halla al magistrado francés EUGENIO MOUTON que lo estima como “la violación de aquella parte de seguridad y de fe pública que en una sociedad civilizada dispensa al hombre de la eterna vigilancia y de la defensa continua a que se vería obligado si fuera salvaje”, o la de EMILIO BRUSA siendo delito “una acción u omisión moralmente imputable al hombre, con la que se infringe el derecho garantizado con pena por la ley jurídica promulgada para la seguridad general de los ciudadanos”; CARRARA, que en opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA constituye el culmen de la concepción jurídica del delito, dice que el delito civil se define como “la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”²⁹².

Por lo demás resulta de interés la dicotomía de las definiciones naturalistas y sociológicas, donde la diferencia estriba en la existencia de un delito “natural”, y de un delito “legal” o de creación política, así los delitos perturbadores de la tranquilidad del Estado son calificados por GAROFALO como de mera creación legal, siendo todas aquellas infracciones que apoyan su razón de existencia en un acto legislativo²⁹³.

²⁹¹ *Ibidem.* p. 29.

²⁹² *Ibidem.* pp. 32-39.

²⁹³ *Ibidem.* p. 43, donde se recoge que para Garofalo los delitos legales o de creación política son: «Primeramente las acciones que van contra el Estado, como las que pueden provocar la guerra entre las potencias, insurrecciones, sediciones, gritos subversivos, etc.; después las acciones que atacan al poder social sin fin político, como la resistencia a los agentes de la ley, la usurpación de títulos, de dignidades

Dicho autor mantuvo que “el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad”.

En suma, se evidencia que la concepción de lo que debe tenerse por delito dista mucho de ser una opinión pacífica por la doctrina, empezando por la mera conveniencia de que el mismo aparezca definido. En el ámbito militar, se halla que los distintos Códigos históricos ya sea el de Justicia Militar de 1890, el Código penal de la Marina de guerra, o más modernamente el Código de Justicia Militar de 1944, han definido el delito, encontrando en este último dicha definición en el artículo 181 que disponía “Son delitos y faltas militares las acciones y omisiones penadas en este Código” a lo que se añadía “lo son igualmente los comprendidos en los Bandos que dicten las autoridades militares competentes”.

Ciertamente, se puede observar que la definición legal de los delitos militares bien poco se refiere a la esencia o naturaleza subyacente de los mismos, pero igual de cierto resulta el hecho de que el concepto de “seguridad jurídica” obliga al establecimiento de una definición de aquella naturaleza. RODRÍGUEZ DEVESA afirma que la adopción del principio de legalidad predetermina todo el sistema, de manera que una vez se ha pronunciado el *nullum crimen sine lege*, no es posible dar un concepto de delito en términos absolutos filosóficos, comportando dicha opción una relativización

o funciones, sin propósito de lucro ilícito, negación de un servicio que se debe al Estado, el contrabando, etc.; luego las acciones que atacan la tranquilidad pública, a los derechos políticos de los ciudadanos, al respeto debido al culto o al pudor público, como las violaciones de domicilio, las riñas, y los duelos en público, el ejercicio arbitrario de un derecho por la fuerza, las falsas noticias alarmantes, la evasión de prisioneros, el falso nombre dado a las autoridades, las intrigas electorales, las ofensas a la religión o al culto, las detenciones arbitrarias, los actos obscenos en público, el alejamiento del sitio de la relegación; por último, las transgresiones de la legislación particular de un país, como usar armas prohibidas sin autorización, la prostitución clandestina, las contravenciones a las leyes de ferrocarriles, telégrafos, higiene pública, estado civil, aduanas, caza, pesca, montes, aguas; a los reglamentos de orden público, etc».

del concepto de delito, igualmente sostiene que una vez que se ha admitido el axioma inconcuso que sin ley no hay delito y que las conductas que quedan fuera de la ley penal son impunes, entonces sólo se puede averiguar lo que es delito interrogando a la ley misma, es decir, no queda otra posibilidad que la de un concepto legal²⁹⁴.

En cualquier caso, el Código penal militar contiene el concepto de delito en su artículo 9, conteniéndose en dicho precepto la concepción “clásica” expuesta al comienzo del presente punto, al igual que a ello se añade un punto segundo donde se observa que son delitos militares “cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como: a) Delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil; b) Delito de Rebelión, en caso de conflicto armado internacional”²⁹⁵.

En suma, se debe señalar que, como se ha manifestado *supra* no estamos ante un concepto de delito distinto al común, es decir, se sigue la estructura básica habida en

²⁹⁴ Rodríguez Devesa, J.M, *Derecho Penal Español Parte General*, Ediciones Castilla, Madrid, 1970, pp. 259-261, añade el autor que la más importante de las consecuencias que tiene supeditar el concepto de delito a la ley es que con ello todas sus características vienen penetradas por la idea del deber jurídico, pues la ley penal opera siempre mandando o prohibiendo una conducta. Así, la ley penal es de tipo imperativo, pretende que se realicen unas acciones y se omitan otras, bajo la amenaza de la pena (*Vid.* a favor del carácter imperativo del Derecho penal: Bettiol, Carnelutti, Engisch, Gallas, Jescheck, Armin Kaufmann, Kraus, Mayer, Oehler, Ranieri, Welzel, entre otros).

²⁹⁵ Indica Rodríguez-Villasante que «el concepto de delito militar, que contempla el artículo 9 del CPM en sus apartados 1 y 2, ha sido objeto de una valoración positiva en el informe del Consejo General del Poder Judicial (Pleno de 15 de octubre de 2013) que, después de extensas consideraciones sobre el ámbito estrictamente castrense de la Jurisdicción Militar, estima que «[...] ninguna objeción puede hacerse al artículo 9.2 [...], al considerar delitos militares en los apartados a) y c), conductas previstas en el CP común pero que infringen bienes estricta o esencialmente militares (defensa y seguridad nacional y Administración militar), que son cometidos por militares y que, además con abuso de sus facultades o la infracción de sus deberes profesionales, suponen una especial afectación a los intereses, servicio y eficacia de la organización militar...» (Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 53).

el Código Penal, sólo debiendo añadirse, en su caso, alguna especialidad del ámbito castrense, pero debiendo respetarse en todo caso el concepto formal de delito habido en la legislación general.

Para concluir podemos tomar el esquema sobre los delitos militares propuesto por RODRÍGUEZ-VILLASANTE, quedando la situación así:

- I. Delitos militares tipificados en el Código Penal Militar.
 - A. Tipificación completa y señalamiento de una pena en el Código Penal Militar (ejemplos: Desobediencia, deserción o cobardía).
 - B. Remisión al tipo del Código Penal y establecimiento de una pena en el Código Penal Militar (Acoso sexual, daños, amenaza o injurias).
 - C. Remisión completa (tipo y pena) al Código Penal (atentados contra los medios o recursos, revelación de secretos e informaciones o tráfico de drogas).
- II. Remisión integral al Código Penal de familias delictivas completas, cuando se cumplen determinadas condiciones según el artículo 9 apartado 2²⁹⁶.

2.3 CONCLUSIONES SOBRE DERECHO PENAL MILITAR

I. El presente capítulo, a la vista de lo expuesto, permite una serie de conclusiones ciertamente tópicas, pero que no por ello dejan de tener cierta relevancia. En cualquier estudio ya sea de ámbito penal, civil, constitucional, o a otra parcela del derecho fijar el “campo de actuación” sentando las bases sobre las que se va a desarrollar un tema particular no es, en caso alguno, tarea superflua, más aun hallándonos aquí ante una temática ciertamente especializada y hoy casi privativa de la institución castrense. También, no es menester obviar que pese al evidente retroceso de la milicia, ello no

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 54.

deja de ser un hecho histórico que, según el devenir de las circunstancias, puede dar lugar a un rejuvenecimiento y el subsiguiente impulso del “aparato” bélico y con todo ello de su compendio normativo anejo inseparable de dicha realidad.

Así, una primera evidencia se funda en que el derecho penal militar corre paralelo al derecho penal común, y se funda en las mismos principios esenciales del ámbito penal, como el principio de legalidad que hallamos implícito en el artículo 9 del Código penal castrense, que dispone: “son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código”, circunstancia que se recoge en el ámbito común en el artículo 1 del Código penal común, “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”, a lo que cabe unir el claro artículo 5 que dispone “no hay pena sin dolo ni imprudencia”. Es evidente, que el principio de legalidad como elemento fundamental del sistema se halla presente en el ámbito militar.

Dicho lo cual, cabe sostener que, a día de hoy, no hay mayores obstáculos para afirmar que el derecho penal militar es un derecho especial, aunque en ningún caso ajeno o estanco de los principios rectores del ordenamiento, sino participando vivamente de los mismos, elemento éste que se advierte por el artículo 9 del precitado texto legal, por cuanto establece: “Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas”.

II. En segundo lugar, se puede concluir que la norma penal castrense se halla fuertemente condicionada, o si se prefiere unida a los fines militares; esto es, ante la misión esencial que recae en las Fuerzas Armadas, el derecho penal no puede ser ajeno, y debe ser, de alguna manera, un cauce normativo que coadyuve no sólo al

mantenimiento de la estructura castrense sino también al firme cumplimiento de sus objetivos corrigiendo cualquier desviación normativa²⁹⁷, lógicamente, de entidad que se de en los componentes de la misma.

Al hilo de ello, deben traerse a colación las palabras de JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, quien manifiesta que “la palabra ordenamiento cuadra bien a la institución armada, que es ante todo, ordenación compacta de medios en una estructura sólida y bien jerarquizada, destinada a la defensa potencial o real de la comunidad nacional [...]. Se configura así el Ejército como el núcleo esencia y más activo del potencial bélico del país, como una expresión de la fuerza del mismo de la que ninguna nación prescinde, sin duda porque es tan necesaria para su conservación y desenvolvimiento como el propio Estado lo es para la realización ordenada de la vida social. Y a su vez el Derecho juega en la esfera social un papel regulador del uso de esa fuerza defendiendo la disciplina, regla que da vida a una organización muy jerarquizada, en la que el punto de equilibrio entre libertad y autoridad aparece, si es preciso, inclinado del lado de la Autoridad”. Asimismo, debe recordarse, nuevamente, la afirmación de VENDITTI: “hay una intrínseca instrumentalidad de la institución militar respecto de la institución estatal, que se muestra obviamente en la legislación penal militar, evidenciando su complementariedad respecto de la legislación común e insertándola en el cuadro general de la legislación estatal”²⁹⁸.

²⁹⁷ Vid. Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, Parte general*, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 2020, p. 40, «[...] La pena no deja de ser retributiva; pero el efecto de ratificación del orden jurídico se acentúa de un modo especial en el ámbito específico de vinculación al derecho que representan las Fuerzas Armadas. El CPM aprobado por LO 14/2015, de 14 de octubre, se basa en los mismos principios generales que el CP. Por este motivo, el CP es supletorio del CPM en lo que éste no prevé de forma expresa; y, sobre todo, es aplicable al Título Preliminar del CP (art. 1.2 CPM). Pero estas exigencias particulares de ratificación del orden jurídico en un ámbito específico se muestran en todo su articulado; de particular relevancia es, en ese sentido, la indicación de algunos criterios específicos de individualización de la pena en delitos dolosos en el art. 19CPM (la graduación y la función militar, la relación con el servicio o el lugar de su perpetración)».

²⁹⁸ Jiménez y Jiménez, F, *Introducción al derecho penal militar*, cit., pp. 25-26.

III. En tercer lugar, y a modo de cierre no debe obviarse que el ámbito normativo militar se incardina en el sistema general que, como en otros órdenes, tiene como norma superior a la norma constitucional a la cual debe subordinarse, al igual que la propia administración militar aparece sujeta al gobierno, según reza el artículo 97 del cuerpo legal fundamental cuando dispone “El Gobierno dirige la política interior y exterior, Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

Igualmente, en un plano superior no pueden ignorarse las normas de carácter internacional que influyen sobre la materia, como las leyes de la guerra y las de derecho humanitario, que condicionan directamente el ordenamiento jurídico penal castrense, no sólo obligándole a configurar como delitos militares las acciones u omisiones que las infrinjan, sino señalando un creciente espíritu y necesidad de coordinación de las estructuras penales de los Ejércitos aliados, pues, en esencia, los problemas de disciplina y tutela de bienes jurídicos son muy similares en las diversas Fuerzas Armadas. De esta forma se puede hablar de cierta internacionalización del Derecho penal militar, al resultar influido por diversas leyes supranacionales, que conforman el ámbito del Derecho comparado, y se puede afirmar que, en muchos casos, la renovación o creación de normativa castrense viene empujada desde “instancias” de carácter internacional, pasando el impulso nacional a un segundo plano²⁹⁹.

Asimismo, para apoyar la relevancia de lo internacional no puede dejar de hacerse una breve mención a que ese “universo” normativo se compone de una parte de lo que se viene a denominar como *ius ad bellum*, siendo este el “derecho a la guerra” que se

²⁹⁹ *Ibidem*, pp. 23-24.

ocupa de fundamentar la misma analizando si es justa o legal, y por otra parte hallamos el *ius in bello* que comprende la normativa por la cual se va a desarrollar el conflicto bélico. El primer aspecto, relativo al derecho que tiene los Estados para recurrir a la guerra, debe entenderse conectado e inmerso hoy en lo que se puede denominar como “régimen de convivencia internacional”³⁰⁰, el cual se configura como base o fuente del régimen normativo del derecho de los conflictos armados; mientras que el segundo aspecto tiene como elementos fundamentales una serie de tratados internacionales³⁰¹ de diversas cuestiones bélicas que van a tratar de encauzar normativamente las actuaciones dicha índole.

En suma, siguiendo a JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, se constata un movimiento de entrada en las legislaciones penales castrenses de principios y normas de carácter punitivo supranacional, principalmente leyes de guerra y derecho humanitario, que enriquecen el catálogo de los delitos militares tipificados en los Códigos, registrándose, por otro lado, una extensión de la protección jurídico penal fuera de los límites personales y

³⁰⁰ Al respecto cabe destacar el concepto de la acción colectiva de la fuerza, consecuencia de la prohibición de la acción individual, suponiendo ello una acción común de todos los miembros de las Naciones Unidas, cuyo principio básico se halla en el artículo 2.5 de la Carta de la organización que dispone: «Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva», lo cual cabe unir al artículo 49: «Los Miembros de las Naciones Unidas deberán prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad». Así, los Estados, desposeídos de su *ius ad bellum*, en caso de ser objeto de la utilización de la fuerza armada por otros Estados, salvo que recurran a la legítima defensa -si se dan las condiciones precisas y poseen la fuerza para ejercitarla- no tienen más solución que esperar a que el Consejo de Seguridad ponga en marcha el mecanismo de la acción colectiva, a través del cual gozarán de la ayuda de los miembros de las Naciones Unidas. Como se observa, el órgano básico es el Consejo de Seguridad, fundamentado ello en el artículo 24.1 de la Carta: «A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad» (Vid. Fernández-Flores y de Funes, J.L., *El derecho de los conflictos armados, De Iure Belli, El Derecho de la Guerra*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, pp. 114-115).

³⁰¹ Sin ánimo de exhaustividad se pueden citar, entre otros muchos, los siguientes: Convención I de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para el mejoramiento de la condición de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Convención II de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre el mejoramiento de la condición de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convención III de 12 de agosto de 1949 sobre el trato de prisioneros de guerra, Convención IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra; y Convención de la Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de la propiedad cultural en caso de conflicto armado.

territoriales de cada nación; así, por ejemplo, en relación con los crímenes de guerra, con motivo de la Segunda Guerra Mundial, se distinguió entre los crímenes de guerra mayores, sin localización geográfica especial e imputables a los principales dirigentes, los cuales se sometieron por los aliados a una represión internacional plasmada en los Tribunales de Nuremberg y Tokio; mientras que los crímenes individualizados o menores se sometieron a represión local, es decir, nacional, dentro de la esfera de su propio Derecho penal común. Se aplica así, en virtud del principio de desdoblamiento funcional, un derecho de gentes incorporado al derecho interno³⁰².

³⁰² Vid. Jiménez y Jiménez, F, *Introducción al derecho penal militar*, cit., pp. 52-61; establece además el autor entre los elementos de influencia internacional la Represión de las infracciones estructurando un Capítulo de delitos contra las leyes y usos de la guerra; la cooperación militar internacional; y la doctrina penal internacional.

CAPITULO III, EL DELITO DE TRAICIÓN

3.1 EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO-POLÍTICO DE LA SANCIÓN PENAL DE LA TRAICIÓN

Una vez finalizada la aproximación general al derecho penal militar y a los delitos relativos al mismo, se hace necesario ahondar en el delito que nos ocupa, y en primer término nos parece preciso buscar el trasfondo del ilícito, en la firme creencia de que el presente estudio no debe limitarse a un mero análisis sistemático de los preceptos penales que versan sobre la traición.

Fijado el anterior propósito, se debe poner el foco en la inagotable fuente de los pensadores de derecho político, dada la estrecha conexión de nuestro delito con el ámbito de dicha naturaleza, circunstancia de la que se espera generar una idea más amplia de nuestro ilícito, haciéndose obligado entrelazar conceptos relativos al Estado ya que el delito objeto de estudio no puede escapar a esa necesidad; en cualquier caso, este asomarnos allende de los límites de los esquemas tradicionales reportará, a buen seguro, más frutos que la ortodoxia, o cuanto menos, frutos más diversos, otorgando una perspectiva que procede acumular a los restantes esfuerzos del estudio que aquí se desarrolla.

3.1.1 TRAICIÓN, FIDELIDAD Y CONJURA EN MAQUIAVELO

Así pues, se realizará un estudio de los teóricos más insignes que se hayan ocupado de la materia, para lo que partimos -no sin pecar de cierto clasicismo- de la obra de NICOLAS MAQUIAVELO, autor que por muchos es puesto como uno de los fundadores de la teoría política o al menos responsable de la urdimbre básica sobre los que otros edificaran edificios teóricos más complejos. En cualquier caso, los aportes de MAQUIAVELO nos han de valer aquí, ya que nuestro ilícito peca, entre otras cosas, de básico y de ser una de las causas que históricamente han conjurado poderes y reinos,

por lo que nuestro autor, no encontró otro remedio que mencionarlo como causa de ruina del poder político; así como el plano militar, que en sus tiempos era forja y derribo de reinos, fue también objeto de severas atenciones, circunstancias estas que nos obligan a examinar las aseveraciones del maestro florentino.

MAQUIAVELO en su obra principal, cual es *El Príncipe*, pone el acento en la obtención del poder y en la conservación del mismo, siendo su objetivo, en suma, el ilustrar sobre cómo obtener la grandeza³⁰³. Pues bien, según el autor dichos objetivos se ven amenazados por la propia naturaleza de los hombres, quienes “siempre están dispuestos a cambiar de señor, creyendo que así van a mejorar, y esta convicción les hace alzarse en armas contra él”, por lo que parece que la traición al poder late comúnmente en las gentes, ya sea que provenga esta del pueblo llano, o de los poderosos³⁰⁴, para lo cual se aconseja que en las conquistas se debilite a estos últimos,

³⁰³ Objetivo éste que el propio Maquiavelo dispone en la introducción del Príncipe, que se muestra como un presente a Lorenzo de Médicis: «Los que desean ganarse el favor de un Príncipe suelen presentarse a él, la mayoría de veces, con aquellas de entre sus pertenencias que ellos más estiman, o que él más aprecia. De ahí que muchas veces le regalen caballos, armas, telas tejidas con oro, piedras preciosas y otros adornos semejantes, dignos de su grandeza. Por lo tanto, siendo mi deseo ofrecer a Vuestra Magnificencia algún testimonio de mi devoción hacia Vos, no he encontrado entre mis cosas nada más querido ni más estimado que mis conocimientos sobre las acciones de los grandes hombres, adquiridos a través de una amplia experiencia de las cosas modernas y una repetida lectura de las antiguas; habiéndolas examinado y considerado con gran diligencia durante mucho tiempo, las he resumido en un pequeño volumen, que enví a Vuestra Magnificencia. Y aunque considero que esta obra es indigna de seros presentada, confío no obstante en que por Vuestra benevolencia la aceptaréis, dado que no podría haceros mejor regalo que el de ofreceros la posibilidad de aprender, en poquísimos tiempo, lo que a mí me ha costado tantos años y tantas dificultades, y peligros llegar a conocer [...]. Reciba, pues, Vuestra Magnificencia este pequeño regalo con el mismo ánimo con que yo lo enví; un obsequio en el que, si lo leéis y lo consideráis atentamente, podréis reconocer uno de mis mayores deseos: que lleguéis a alcanzar toda la grandeza que la suerte y vuestras cualidades os prometen. Y si alguna vez Vuestra Magnificencia, desde la cumbre de su poder, dirige sus ojos a este humilde lugar, se dará cuenta de cuán indignamente tengo que soportar los continuos y duros ataques de una suerte adversa» (Maquiavelo, N, *El Príncipe*, Espasa Calpe, Madrid, 1995, pp. 33-34).

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 51, respecto a la fidelidad de los poderosos: «En los reinos gobernados por nobles como el de Francia, ocurre todo lo contrario: puedes entrar fácilmente ganándote el apoyo de alguno de los nobles, porque siempre hay alguno que está descontento o que quiere cambiar, y que por las razones que ya hemos dicho, puede abrirte el camino para entrar en el estado y facilitarte la victoria. Pero luego esta victoria, cuando quieres mantener tu posición, trae consigo infinitas dificultades, tanto con los que te han ayudado como con los que has oprimido».

se defienda a los menos influyentes y que en ningún caso se permita que un extranjero iguale el poder del conquistador³⁰⁵.

No es ajeno el autor a los medios nefandos para la obtención de poder, entre los cuales se encuentra la traición, que parece ser uno de los medios principales para obtener por la vía del delito un principado, así el medio delictuoso es mostrado con diversos ejemplos, donde sobresale el de Agatocles de Sicilia, el cual siendo pretor de Siracusa “una mañana reunió al pueblo y al Senado, como si tuviese que deliberar asuntos de estado, y, a una señal suya previamente concertada, hizo que sus soldados asesinaran a todos los senadores y a los ciudadanos más ricos, tras lo cual ocupó y conservó el cargo de príncipe de la ciudad sin tener que enfrentarse a ninguna oposición interna”³⁰⁶. No obstante, este medio no es alzado por MAQUIAVELO como ejemplar que censura el mismo por el hecho de matar al pueblo, traicionar a los amigos, y no tener palabra, ni piedad, afirmando que por el citado medio bien se podrá obtener el poder, pero no se podrá obtener la gloria³⁰⁷.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 43, igualmente se señala que: «Los romanos observaron bien estas reglas en los estados que ocuparon: establecieron colonias, se ganaron a los menos fuertes sin dejar que creciera su poder, debilitaron a los poderosos, y no dejaron que ningún extranjero se volviera influyente».

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 72.

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 71-72, a propósito de Agatocles: «de Sicilia, hombre no sólo de privada condición, sino de origen humilde e innoble, llegó a ser rey de Siracusa. Hijo de alfarero, llevó a lo largo de toda su existencia una vida delictuosa, pero acompañó a sus delitos con tanta energía de cuerpo y de espíritu que, tras entrar en el ejército, llegó, a través de los grados de la carrera militar, a ser pretor de Siracusa [...]. Y aunque por dos veces fue derrotado y posteriormente asediado por los cartagineses, no sólo consiguió defender la ciudad, sino que, habiendo dejado una parte de sus hombres para hacer frente al asedio, se lanzó con los restantes al asalto de África, y en muy poco tiempo liberó Siracusa del asedio y llevó al borde de la derrota a los cartagineses que tuvieron que pactar con él, y conformarse con quedarse con África, dejándole a él Sicilia. Si se consideran las acciones y la vida de este hombre no hay nada o casi nada que se pueda atribuir a la suerte, puesto que, como hemos dicho antes, no llegó al principado por el favor de nadie, sino mediante los cargos militares que él mismo se ganó con mil sufrimientos y peligros, y luego lo conservó gracias a sus valientes y arriesgadas resoluciones [...]. Porque, si se consideran la capacidad de Agatocles para entrar y salir de los peligros, y la fortaleza de su ánimo para soportar y superar las adversidades, no se ve por qué habría que juzgarle inferior a cualquier otro excelentísimo general; sin embargo, su feroz crueldad y su carácter inhumano, junto con los numerosos crímenes que cometió, no nos permiten aclamarlo entre los grandes hombres. Por tanto, no se puede atribuir ni a la suerte ni a la virtud lo que Agatocles consiguió sin la una y sin la otra».

Otra circunstancia que no obvia MAQUIVELO es, según se desprende de sus escritos, la de la relevancia del plano militar, que es central en su obra, esencialmente por los belicosos tiempos que vivió; así, en base a esta inclinación a lo castrense como palanca del poder, el autor describe en diversas ocasiones la traición acompañada del poder militar³⁰⁸, y dispone además que las traiciones y crueldades, deben de guiarse por “una buena utilización del delito”, siendo este el que se hace en momentos concretos en aras de asegurar la propia posición, sin volver a insistir reiteradamente en el crimen, amén de intentar, en la medida de lo posible, obtener provecho para los súbditos.

Por otro lado, se insiste en que, en caso de llegar al poder por medios delictuosos, conviene hacer los ultrajes todos a la vez, para que, al saborearse menos, la ofensa sea menor, amén de para mantener la fidelidad de los hombres, ya que, en caso contrario, quien actué de otro modo, siempre tendrá que tener la espada lista y nunca podrá

³⁰⁸ *Ibidem*, pp. 73-74, donde se relata una traición directamente arropada por la espada: «En nuestros tiempos, bajo el pontificado de Alejandro VI, Oliverotto da Fermo, huérfano desde su infancia, fue criado por un tío suyo por parte de madre, llamado Giovanni Fogliani, y en los primeros años de su juventud fue enviado a servir como soldado bajo el mando de Paolo Vitello, para que, cuando fuera un experto en la disciplina militar, llegase a alcanzar algún cargo importante en el ejército. Tras morir Paolo, militó a las órdenes de su hermano Vitellozzo, y en muy poco tiempo se convirtió por su ingenio y su gallardía de ánimo y de cuerpo, en el primer hombre de su compañía. Pero estar a las órdenes de otro le parecía una cosa servil, por lo que planeó ocupar Fermo, con la ayuda de algunos ciudadanos que apreciaban más la esclavitud que la libertad de su patria, y con el favor del Vitelli. Así escribió a Giovanni Fogliani, diciéndole que, tras haber pasado muchos años lejos de su casa, quería volver a verle y a ver la ciudad, y valorar cuáles eran sus bienes; y puesto que había dedicado todos sus esfuerzos a conseguir honores, quería llegar como un hombre distinguido, acompañado por cien caballeros, amigos y servidores suyos, para que sus conciudadanos viesen que no había perdido el tiempo en vano. Le rogaba que se complaciera en ordenar a los habitantes de Fermo que lo recibieran con solemnidad, lo cual no representaba un honor sólo para él, sino también para el mismo Giovanni, puesto que era su pupilo. Giovanni, por tanto, no pasó por alto ningún detalle para agasajar a su sobrino, y tras hacer que los de Fermo lo recibieran solemnemente, le dio alojamiento en su casa; allí, después de algunos días, y habiendo dispuesto todo lo necesario para el crimen que planeaba, Oliverotto organizó un gran banquete, al que invitó a Giovanni Fogliani y a todos los hombres importantes de Fermo. Cuando hubieron terminado todos los manjares y los demás entretenimientos característicos de tales convites, Oliverotto, dolosamente, llevó la conversación a temas serios, hablando de la grandeza y de las empresas del papa Alejandro y de su hijo César. Giovanni y los demás respondieron a sus argumentos, y entonces, de repente, se puso en pie, diciendo que eran temas que había que tratar en un lugar más apartado, y se retiró a una habitación donde le siguieron Giovanni y todos los demás ciudadanos. Apenas se habían sentado cuando de unos lugares secretos en la habitación salieron soldados que los mataron a todos [...]. Cuando hubo asesinado a todos los que, por estar descontentos, podían perjudicarle, reforzó su situación con nuevas disposiciones civiles y militares de forma que, en el plazo de un año, no sólo se encontraba seguro en la ciudad de Fermo, sino que se había hecho temible para todos sus vecinos».

confiar en sus súbditos, ya que éstos, no podrán estar tampoco seguros a causa de los continuos ultrajes³⁰⁹.

Como reverso de la traición MAQUIAVELO muestra gran preocupación por la fidelidad, señalando que “un príncipe tiene que tener al pueblo de su parte, o de lo contrario no tendrá salvación en los momentos de peligro”, elemento que con ciertas cautelas aplica a los poderosos, a los cuales, si se muestran sin ambición habrá de premiarse pero si piensan más en su gloria que en la ajena, el gobernante deberá guardarse de ellos y tenerlos como enemigos, ya que en los momentos de adversidad colaborarán en su ruina³¹⁰. En cuanto al modo de garantizarse la fidelidad, dispone que el príncipe debe ganársela, y el modo es haciendo que los ciudadanos siempre le necesiten a él o al Estado, tanto en los buenos como en los malos tiempos³¹¹. La elección de consejeros tampoco se muestra como tema baladí, debiendo demostrar el gobernante una gran prudencia en la elección de los mismos, siendo ello además muestra de inteligencia del príncipe dependiendo de quien prefiere verse rodeado, en cualquier caso, deberá elegirlos capaces y fieles, porque de no ser así habrá cometido el primer error³¹².

Como hemos afirmado el ámbito militar cobra honda relevancia en MAQUIAVELO, hasta el punto que afirma que: “los fundamentos principales de todos los estados, ya sean éstos nuevos, viejos o mixtos, son las buenas leyes y los buenos ejércitos³¹³;

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 75.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 79.

³¹¹ *Ibidem*, p. 81.

³¹² *Ibidem*, p. 147.

³¹³ Cfr. Maquiavelo, N, *Del Arte de la Guerra*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 15-17, donde se recoge la conversación sobre la guerra entre Cosimo Rucellai y Fabrizio Colonna, manifestando este último que: «[...] tratándose de un oficio con el que nadie pudo vivir honradamente sólo le corresponde su ejercicio a una república o a un reino; ninguno de ellos, si estaba bien organizado, consintió jamás a un súbdito o ciudadano ejercerlo por su cuenta, ni nunca un hombre de bien lo convirtió en su medio de vida. Nunca se considerará bien a quien ejerza una función que, para ser provechosa, le obligue a ser rapaz, fraudulento, violento, y a tener otras muchas cualidades que forzosamente lo hagan malo. Quienes se valen de ella, sean grandes o pequeños, no pueden ser de otra manera, porque ese oficio no los alimenta

puesto que no puede haber buenas leyes donde no hay buenos ejércitos, y donde hay buenos ejércitos conviene que haya buenas leyes”, es decir, se observa como la idea de “orden” ya sea por medio de las leyes o de las armas³¹⁴, es fundamental, pero, ciertamente no sirve cualquier tipo de legislación, al igual que se insiste mucho por el autor en la naturaleza de las armas; así pues, la tipología del ejército se muestra como un asunto que ha de incidir directamente en los pilares del estado, y tanto es así que algunos de ellos, se caracterizan por la falta de lealtad, por ejemplo, los ejércitos mercenarios y los auxiliares se juzgan inútiles y peligrosos, porque están desunidos, son ambiciosos, carecen de disciplina, y no tienen temor ante Dios ni lealtad ante los hombres³¹⁵, observándose en el polo opuesto a los ejércitos propios que se componen

en la paz; de ahí que se vean obligados a desear que no la haya, o a lucrarse en época de guerra lo suficiente para seguir subsistiendo en tiempo de paz. Ninguno de estos propósitos puede admitirlo un hombre de bien. Porque, de ese querer acumular medios de vida para todo tiempo, nacen los robos, la violencia y los asesinatos que tales soldados cometen tanto contra sus enemigos como contra los amigos. Y de no querer la paz provienen los engaños con que los jefes militares urden contra quienes los contratan, para que la guerra dure; y, si llega la paz, sucede frecuentemente que los jefes, privados de sueldo y de medios de vida, enarbolan descaradamente una bandera de ventura y saquean sin piedad una provincia. [...] Desórdenes tales nacen justamente de que tales individuos se valían del ejercicio de las armas para su propio provecho. ¿No tenéis vosotros un refrán que confirma mi opinión, al decir que “La guerra hace al ladrón y la paz lo ahorca”? Porque no saben vivir más que de esa manera, y como no tienen así los mantenga ni son capaces de comportarse dignamente aun dentro de su maldad, se ven forzados por la necesidad a echarse al monte, y la justicia obligada a eliminarlos».

³¹⁴ *Ibidem*, p. 18, véase el final del discurso de Fabrizio Colonna: «En primer lugar, que un hombre de bien no puede ejercer las armas como oficio; y luego, que jamás una república o un reino bien ordenados permitieron que sus súbditos o ciudadanos las ejerciesen por su cuenta [...]. Pompeyo, César y la mayoría de los generales romanos posteriores a la última guerra púnica se hicieron famosos por su valentía, no por su honradez; sus predecesores, por el contrario, habían ganado fama por ambas cosas. Ello fue así porque éstos no convirtieron el ejercicio de las armas en oficio, y los otros sí. Mientras la república no se corrompió, jamás un ciudadano eminente se valió durante la paz del ejercicio de las armas para violar las leyes, expoliar las provincias, usurpar el poder, tiranizar a su patria y someterlo todo a su voluntad. Nadie, ni aun de ínfima condición, pensó en violar su juramento, conspirar contra el poder, despreciar al Senado o dar su apoyo a algún intento tiránico para seguir viviendo a costa de la guerra. Los generales, satisfechos de su victoria, retornaban gustosos a su vida privada; los guerreros deponían las armas con más contento que cuando las habían empuñado; y cada cual volvía al oficio en el que se había venido ganando la vida. Jamás nadie esperó medrar gracias a los botines de guerra o a las armas [...]. Una nación bien organizada reducirá la practica militar durante la paz a simple ejercicio, se valdrá de ella en la guerra por necesidad y para su gloria, pero exclusivamente bajo la dirección del gobierno, como hizo Roma. El ciudadano que persiga con ello otros fines, no es bueno; y la nación que no se gobierne así, no estará bien organizada.

³¹⁵ Respecto a los ejércitos mercenarios: «La razón de todo esto es que el único deseo y la única razón que los mantiene en el campo de batalla es recibir una pequeña paga, lo que no es suficiente para que quieran morir por ti. Están totalmente dispuestos a ser tus soldados mientras no estás en guerra, pero en cuanto la guerra llega, sólo piensan en huir o en marcharse. No debería constarme mucho convencer a nadie de esto, porque la actual ruina de Italia no se debe a otra cosa que al hecho de que durante muchos años ha estado entregada a ejércitos mercenarios» (Maquiavelo, N, *El Príncipe*, cit., p. 92). En cuanto

de súbditos, ciudadanos o favoritos, que defenderán fielmente el principado frente a las adversidades³¹⁶.

Respecto a la figura del soberano en la doctrina del autor, debe siempre ésta descansar en la espada, de manera que la fama del poderoso debe nacer de su propia fuerza, no debiendo tener el príncipe otra preocupación ni misión que la llevanza de la guerra, siendo su importancia de tal magnitud que ello no sólo sirve para mantener en el poder a los que han nacido príncipes, sino que en muchas ocasiones hace que hombres de humilde condición se hayan alzado como gobernantes. El estar desarmado sólo conlleva diversos males, amén del desprecio, siendo ésta una de las infamias de las que debe guardarse el gobernante, asimismo, el hallarse armado conlleva obediencia, y por tanto fidelidad, no existiendo así ninguna comparación entre un príncipe armado y otro desarmado³¹⁷.

Siguiendo con la figura del príncipe, MAQUIAVELO sostiene que su crueldad es una herramienta imprescindible para guardar la unidad y la fidelidad de los súbditos, crueldad que no debe llevar al odio de los gobernados, aunque en todo caso es mejor ser temido que amado, ya que los hombres son, en general, “ingratos, inconstantes, falsos, fingidores, cobardes ante el peligro y ávidos de riqueza, y mientras les beneficios son todo tuyos”³¹⁸. Dicha crueldad resulta como imprescindible en el plano

a las auxiliares: «son la segunda clase de tropas inútiles, son las que se tienen cuando se pide a alguien poderoso que venga a ayudarte y a defenderte con su ejército [...]. Estos ejércitos pueden ser útiles y buenos en sí mismos, pero casi siempre resultan perjudiciales para quien los llama, porque si pierdes acabas derrotado, y si ganas, acabas siendo su prisionero» (*Ibidem*, p. 99).

³¹⁶ «Por eso los reyes, si quieren estar seguros, deben tener su infantería integrada por hombres que, a la hora de entrar en guerra, combatan voluntariamente por fidelidad a él y, cuando llegue la paz, regresen aún más contentos a sus casas. Y así lo conseguirá si elige a hombres que tengan otro oficio. Su ideal deberá ser que, cuando llegue la paz, los grandes señores regresen a gobernar a sus súbditos, los caballeros al cuidado de sus posesiones, y la tropa a sus distintas ocupaciones; que cada uno acepte luchar para conseguir la paz, y que no trate de turbar ésta para volver a la guerra» (Maquiavelo, N, *Del Arte de la Guerra*, cit., p. 21).

³¹⁷ *Vid.* Maquiavelo, N, *El Príncipe*, cit., pp. 105-106.

³¹⁸ *Ibidem*. p. 116.

militar “porque sin ella es imposible mantener a la tropas unidas y dispuestas para cualquier operación”³¹⁹.

En otro plano, y en línea con la principal preocupación del autor, siendo ésta la de la conservación del poder en última instancia, se debe examinar lo expuesto por MAQUIAVELO sobre uno de los delitos u actividades que pueden derrocar al poderoso, siendo estas “las conjuras”, concepto este que cómodamente es asimilable en su práctica totalidad a “las traiciones”, al primero de los conceptos dedicó el florentino una de sus obras al igual que su obra principal relata en su Capítulo XIX la problemática de las mismas. Pues bien, como se ha observado, la preocupación principal del soberano ha de ser la de conservar el poder, y entre los muchos peligros que lo acechan, destacan “las conjuras”, como uno de los medios más destructivos del *statu quo* ya que no sólo van a dirigirse al derrocamiento del poderoso, sino que también, son uno de los medios que pueden cambiar la configuración social.

Las conjuras se destacan como un gravísimo mal por MAQUIAVELO, quien las señala como “cosa tan peligrosa para los príncipes y para los particulares, pues por su causa han perdido la vida y el estado más príncipes que en la guerra abierta”, ya que se señala que poder hacer la guerra abierta a un príncipe es algo reservado a unos pocos, pero cualquiera puede forjar una conjura contra él³²⁰. Igualmente, se dividen las mismas entre las que se hacen contra la patria y las que se hacen contra el príncipe,

³¹⁹ Como ejemplo, sirva Aníbal que: «teniendo un ejército grandísimo, en el que se mezclaban hombres de numerosas razas, al que había conducido a luchar en tierras extranjeras, nunca surgió ninguna disensión, ni entre los soldados ni contra el príncipe tanto ante la buena como ante la mala suerte. Cosa que no pudo nacer más que de su inhumana crueldad que, unida a muchas otras virtudes, siempre hizo que fuera venerable y terrible a los ojos de sus soldados; sin ella, sus demás virtudes no le habrían bastado para causar esa impresión» (*Ibidem*. p. 117).

³²⁰ Maquiavelo, N, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza, Madrid, 2000, p. 318.

si bien el maestro florentino añade también las que se hacen para entregar una ciudad a los enemigos que la asedian o de las que son similares a ellas.

Si se es fiel a la clasificación del autor, y al observar en primer lugar las conjuras mencionadas últimamente -es decir, las relativas a la entrega de ciudades-, no debe sorprender la importancia que les otorga a las mismas, ya que en el periodo histórico que fue cuna del autor, y en las épocas tratadas por éste, la ciudad se erigía frecuentemente como auténtica fortaleza³²¹. Respecto a estas conjuras, se puede afirmar que no eran del gusto del autor, previniendo éste de los peligros e impedimentos que las mismas conllevan, destacándose entre los mismos la posible infidelidad de aquellos a quienes se hiciera participe o sea por la dificultad de ponerla en práctica ya que requiere ponerse de acuerdo con el enemigo y con gentes con las que no está permitido hablar a no ser con algún pretexto³²².

Sigue el autor con las conjuras operadas contra el príncipe, las cuales se presentan como la causa de la ruina del conjurador y de su patria, ya que los hombres, según sentencia de Cornelio Tácito “han de honrar las cosas pasadas y obedecer las presentes, y deben desear buenos príncipes y soportarlos tal como sean”³²³. Ciertamente, se señala que el gobernante debe, en primer lugar, guardarse de ser

³²¹ Circunstancia de la que nuestra Patria bien puede dar fe tras la “pérdida de España”, y la empresa que hubo de acometerse; al respecto, por ejemplo, puede observarse a Menéndez Pidal que señala: «Lo que sí podemos asegurar es que la región castellana donde se escribió el Cantar sufrió, poco antes de la composición de éste, una fuerte influencia aragonesa y que fue territorio muy disputado por Aragón á Castilla. Poco antes lo había sido por Castilla á los musulmanes. Medinaceli continuó en poder de moros bastante después de la toma de Toledo (1085); en 1088 eran todavía los calabozos de Medina depósito de muchos cautivos cristianos. Pero cuando el Cid se hizo señor de Valencia (año 1094) y envió á Castilla por su mujer é hijas, según el juglar, estaba ya Medina en poder de Alfonso VI, como última fortaleza oriental de sus dominios, último punto donde llegaba la autoridad del portero del rey. La ciudad hubo de perderse otra vez, ya que en 1104 tuvo que ser reconquistada por Alfonso VI; aun de nuevo se perdió [...]» (Vid. Menéndez Pidal, R, *Cantar de Mio Cid*, Imprenta de Bailly-Baillière é Hijos, Madrid, 1908, p. 74).

³²² Vid. Maquiavelo, N, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, cit., pp. 300-301.

³²³ *Ibidem*, pp. 318-319.

odiado por los súbditos, y de realizar ofensas³²⁴, sobre todo las que sean contra los bienes y contra el honor, que son la primera causa de las conjuras contra el príncipe, ya que siempre le quedara un cuchillo a aquel que fue despojado de sus bienes y quiera vengarse, al igual que nadie podrá ser deshonrado hasta tal punto que no quede en él un ánimo obstinado de venganza³²⁵. Otra motivación para guiar las traiciones se presenta como el anhelo de libertad de la patria³²⁶, si bien las mismas han de guiarse con extrema cautela, sin comunicar las intenciones más que a los colaboradores más fieles, y guardando bien que cualquier información llegue a los oídos del tirano.

Por último, se tratan las conjuras que se hacen contra la patria, de las que MAQUIAVELO señala que tienen menos riesgos que las anteriores, siendo el semillero ideal de las mismas las repúblicas corrompidas, de las cuales cabe esperar que alienten a los ciudadanos a conductas torcidas, y que éstos aspiren al principado por medio de tropas propias o extranjeras, o si no cuentan con éstas por medio de engaños y de la astucia³²⁷. A lo anterior, debe unirse que el autor considera que la patria debe ser siempre defendida, y que su defensa justifica cualquier sacrificio³²⁸.

³²⁴ Vid. Maquiavelo, N, *El Príncipe*, cit., pp. 124-126, donde se dispone que: «Un príncipe no debe dar mucha importancia a las conjuraciones si goza del cariño del pueblo, pero si el pueblo está en su contra y le odia, entonces debe temer a todo y a todos. Los estados bien organizados y los príncipes sabios han procurado por todos los medios no llevar a la desesperación a los grandes y satisfacer y contentar al pueblo, ya que esta es una de las tareas más importantes del príncipe».

³²⁵ Vid. Maquiavelo, N, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, cit., p. 321, donde se dispone que la conjura individual no es propiamente tal, sino más bien la firme decisión de matar al príncipe por parte de un ciudadano. Se señala que: «Esa determinación puede nacer en el ánimo de cualquier hombre, sea grande o pequeño, noble o villano, familiar del príncipe o no, porque todos pueden hablar al príncipe alguna vez, y a quien le está permitido hablar se le da también ocasión de dar salida a sus deseos. Pausanias, [...], mató a Filipo de Macedonia cuando iba al templo rodeado de mil hombres de armas, y llevando a su lado a su hijo y a su yerno. Un español pobre y de baja extracción le dio una cuchillada en el cuello al rey Fernando de España, y aunque la herida no fue mortal, vemos que el agresor tuvo valor y facilidad para atacarle».

³²⁶ *Ibidem*, pp. 320-338, donde se describen múltiples ejemplos de ello como el de Bruto y Casio contra César, Pisón contra Nerón, o la de los Pazzi contra Lorenzo y Giuliano de Médici.

³²⁷ *Ibidem*, p. 339.

³²⁸ Al respecto se expone por Maquiavelo que: «Estaban, como decía, el cónsul y el ejército romano asediado por los samnitas; éstos habían impuesto a los romanos condiciones ignominiosas, como hacerles pasar bajo el yugo y enviarlos desarmados a Roma, así que los cónsules estaban atónitos y el ejército desesperado; entonces, Lucio Léntulo, legado romano, dijo que no le parecía oportuno rehusar

3.1.2 HOSTILIDAD Y TRAICIÓN AL SOBERANO EN HOBBS

A continuación, ha de examinarse como contempla la cuestión THOMAS HOBBS³²⁹ en el marco de su contractualismo, que nos presenta el Estado como una necesidad, siendo que “la causa final, propósito o designio que hace que los hombres -los cuales aman por naturaleza la libertad y el dominio sobre los demás- se impongan a sí mismos esas restricciones de las que vemos que están rodeados cuando viven en Estados, es el procurar su propia conservación y, consecuentemente, una vida más grata. Es decir, que lo que pretenden es salir de esa insufrible situación de guerra que [...] es el resultado de las pasiones naturales de los hombres cuando no hay un poder visible que los mantenga atemorizados y que, con la amenaza del castigo, los obligue a cumplir

cualquier medio de salvar a la patria, y que, como la vida de Roma dependía de la vida de su ejército, era preciso salvarlo del modo que fuese, y que la patria está bien defendida de cualquier manera que se la defienda, con ignominia o con gloria, pues si aquel ejército se salvaba, Roma tendría la oportunidad de vengar la ignominia, mientras que si moría gloriosamente, Roma y su libertad estarían perdidas. Y de este modo, se siguió su consejo. Esto es algo que merece ser notado e imitado por todo ciudadano que quiera aconsejar a su patria, pues en las deliberaciones en que está en juego la salvación de la patria, no se debe guardar ninguna consideración a lo justo o lo injusto, lo piadoso o lo cruel, lo laudable o lo vergonzoso, sino que, dejando de lado cualquier otro respeto, se ha de seguir aquel camino que salve la vida de la patria y mantenga su libertad» (*Ibidem*, p. 433). Asimismo, véase en la página 441 el relato en el que se dispone que el buen ciudadano debe olvidar las injurias privadas por amor a su patria: «Estaba el cónsul Marcio con su ejército en campaña contra los samnitas cuando fue herido en un combate, por lo que sus gentes quedaron en una situación peligrosa, y el senado juzgó que era necesario enviar a Papirio Cursor como dictador para suplir la falta de cónsul. Y como era necesario que el dictador fuese nombrado por Fabio, el otro cónsul, que estaba con su ejército en Toscana, temieron que quisiera nombrarlo, por ser enemigo suyo, y los senadores mandaron dos legados para que le rogasen que depusiera los odios privados, y que accediese a nombrarlo con miras al beneficio público. Y Fabio lo hizo, movido por el amor a la patria, aunque su silencio y otros signos mostraban que tal nominación le resultaba dolorosa. Y de él deben tomar ejemplo todos los que quieran ser considerados buenos ciudadanos».

³²⁹ Vid. Truyol y Serra, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Vol. 2, Alianza, Madrid, 2007, p. 219, donde el autor dispone que: «Hobbes profesa un materialismo mecanicista y determinista que reduce la realidad a sus elementos últimos y simples para explicarla únicamente por el juego de sus movimientos. El estudio del hombre se integra en esta concepción fundamental. De ahí la preocupación de Hobbes por asimilar la psicología y la política a la física y aplicarles el método matemático. La política sólo puede constituirse como ciencia si parte de un análisis objetivo del hombre tal y como es y así descubre el resorte más oculto de su obrar. Este resorte es el egoísmo. El egoísmo hace de la autoconservación el principio práctico supremo y tiene como corolario un obsesivo temor de la muerte. La tendencia más profunda del hombre es el afán de seguridad. En función de la autoconservación se define lo bueno y lo malo. De ahí la búsqueda angustiada de cuanto contribuya a preservar la vida, y en primer término, del poder bajo todas sus formas. Mas como los elementos del poder son precarios, la dinámica de la seguridad, más allá de cualquier veleidad autolimitación, impondrá incrementarlos continuamente ante el poder ajeno. El resultado, según los propios términos de Hobbes, es un deseo perpetuo e incesante de poder y más poder, al que sólo la muerte pone término».

sus convenios y a observar las leyes de naturaleza [...]»³³⁰. Siguiendo con la ominosa situación de guerra o de estado de naturaleza, esta conlleva ante todo un estado de incertidumbre perpetua, una lucha por la supervivencia de todos contra todos, un tiempo en que “cada hombre es enemigo de cada hombre, [...] en el que los hombres viven sin otra seguridad que no sea la que les procura su propia fuerza y su habilidad para conseguirla. En una condición así, no hay lugar para el trabajo, ya que el fruto del mismo se presenta como incierto; y, consecuentemente, no hay cultivo de tierra; no hay navegación, y no hay uso de productos que podrían importarse por mar; no hay construcción de viviendas, ni de instrumentos para mover y transportar objetos que requieren la ayuda de una fuerza grande; no hay conocimiento en toda la faz de la tierra, no hay cómputo del tiempo; no hay artes; no hay letras; no hay sociedad. Y, lo peor de todo, hay un constante miedo y un constante peligro de perecer con muerte violenta. Y la vida es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta»³³¹.

La situación de guerra parece encontrar su génesis en la propia naturaleza del hombre, de la intrínseca igualdad de facultades de cuerpo y alma del ser humano, ya que, aunque pueden encontrarse en ocasiones hombres más fuertes o mentalmente más ágiles que otros, considerado todo en conjunto, la diferencia entre los hombres no es tan acusada como para justificar que un individuo reclame para sí un beneficio en exclusiva que otro no pudiera también requerir con igual derecho. Ya que en lo que se refiere a fuerza corporal, el más débil -por lo común- tiene fuerza suficiente para matar

³³⁰ Vid. Hobbes, T, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, Alianza, Madrid, 2011, p. 153.

³³¹ *Ibidem*, p. 115. Asimismo, obsérvese en “Del Ciudadano”, donde con motivo de la sucesión de los reyes dispone la consecuencia del estado de guerra: «Pero si el rey antes de morir no ha declarado su voluntad respecto a su sucesor, ni por testamento ni de modo alguno, hay que suponer en primer lugar que no tiene la intención de dejar caer al Estado en una anarquía o estado de guerra, que es una confusión en la que la destrucción del pueblo es inevitable, y, por otra parte, no podría haberlo hecho sin infringir las leyes naturales que le obligarían en conciencia a procurar la paz por cualquier medio» (Hobbes, T, *Antología de textos políticos, Del Ciudadano*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 9).

al más fuerte, ya sea mediante maquinaciones secretas, o en agrupación con otros³³². Se observa aquí como la traición se halla en el germen social, debiéndose apreciar, no obstante, que aquí propiamente no se hablaría de delito porque no habría ley alguna, no teniendo cabida las nociones de lo moral y lo inmoral, de lo justo y de lo injusto, ya que donde no hay un poder común no hay ley, y donde no hay ley no habría injusticia, siendo las virtudes cardinales de la guerra la fuerza y el fraude³³³.

Así, el firme propósito de salir de la antedicha situación debe completarse con “la generación de un Estado” que se sustancia en el nombramiento de un individuo o de una asamblea que represente a todos, sometiendo las voluntades a las de los representantes, constituyéndose una verdadera unidad de todos en una y la misma persona, lo que se alcanza con un acuerdo de cada hombre con cada hombre³³⁴.

Realizado lo anterior, señala HOBBS que, de esa multitud unida en una persona, surge lo que llamamos Estado o *Civitas*, generándose ese gran Leviatán³³⁵, “ese dios mortal a quien debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y seguridad. Pues es gracias a esta autoridad que le es dada por cada hombre que forma parte del Estado como llega a poseer y a ejercer tanto poder y tanta fuerza; y por el miedo que ese poder y esa

³³² Hobbes, T, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, cit., p. 113.

³³³ *Ibidem*, p. 117.

³³⁴ *Ibidem*, p. 156, pacto que en síntesis es así: «Autorizo y concedo el derecho de gobernarme a mí mismo, dando esa autoridad a este hombre o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú también le concedas tu propio derecho de igual manera y les de esa autoridad en todas sus acciones».

³³⁵ Vid. Sánchez Estop, J.D, «El Sujeto y el Súbdito en el Leviathan de Thomas Hobbes», en *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, núm. 5, 1985, p. 254, donde señala: «Evitar lo destructivo para nuestra vida es adoptar un punto de vista que abarque el conjunto de fuerzas en presencia, capaz de hacernos ver la inestabilidad de toda fuerza privada y, por consiguiente, la necesidad de ceder nuestro derecho natural (a condición de que todos los demás cedan el suyo) a una persona superior a la de los distintos individuos y grupos, que no sea igualable por ninguno porque su poder sea el de todos. Tal es el origen y acta de nacimiento de Leviathan, el monstruo bíblico que da su nombre a la primera figura moderna del estado; Leviathan o el Estado. Leviathan o el Dios mortal y artificial del que todos somos deudos, porque es el único garante de nuestra vida. Su nombre, aplicado en la Biblia al cocodrilo, animal temido ante todos por los hebreos en su exilio y cautiverio egipcios, será para siempre el de la finitud tremenda por su inigualable enormidad. [...] Leviathan es el poder no comparable y no comprable, aquel que se sitúa por encima del mercado y de la guerra que lo caracteriza, garantizando la vida de sus súbditos por acuerdo contractual de éstos, pero contra ellos mismos.

fuerza producen, puede hacer que las voluntades de todos se dirijan a lograr la paz interna y la ayuda mutua contra los enemigos de fuera”³³⁶.

Expuesta sucintamente la génesis del Estado debemos centrar la cuestión en la importancia de la figura estatal, conectando el particular con el concepto de delito que el autor nos brinda, siendo así que HOBBS sitúa el delito como un pecado consistente en cometer, de palabra o de obra algo prohibido por la ley u omitir lo que la ley manda, siendo todo delito pecado; al igual que distingue una distinta escala de gravedad para los delitos, poniendo énfasis en los efectos de los mismos.

Se destacan por HOBBS, lógicamente, como excepcionalmente graves los delitos contra la organización estatal, ello en primer lugar por redundar en daño de muchos y en segundo lugar por causar un daño presente y también futuro. Como ejemplos de este tipo de delitos se hallan “los actos de traición contra los propios ejércitos, o revelar secretos de Estado al enemigo; también, los atentados contra el representante del Estado, ya se trate de un monarca o de una asamblea, y todos los intentos, de palabra, o de obra, que estén dirigidos a disminuir la autoridad del soberano, ya en el presente, ya en su sucesión”³³⁷. Es decir, no debe extrañarnos en absoluto la concepción hobbesiana en torno a los ilícitos, ya que todo delito que atenta contra el “sistema” es particularmente execrable a los ojos del de Westport donde la estabilidad por medio de la obediencia al Estado resulta fundamental³³⁸, siendo ello hasta tal punto esencial,

³³⁶ Vid. Hobbes, T, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, cit., p. 157, constituye figura clave la del Soberano que encarna al Estado, pudiendo alcanzarse dicho poder de dos maneras: «una, por fuerza natural, como cuando un hombre hace que sus hijos se sometan a su gobierno, pudiendo destruirlos si rehúsan hacerlo, o sometiendo a sus enemigos por la fuerza de las armas, y obligándolos a que acaten su voluntad, concediéndoles la vida con esa condición. La otra es cuando los hombres acuerdan entre ellos mismos someterse voluntariamente a algún hombre o a una asamblea de hombres, confiando en que serán protegidos por ellos frente a los demás. A esta segunda modalidad puede dársele el nombre de Estado político, o Estado por institución; y a la primera, el de Estado por adquisición».

³³⁷ *Ibidem*, p. 263.

³³⁸ Vid. Hobbes, T, *Behemoth*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 61, donde se afirma que «La virtud de un súbdito está comprendida enteramente en la obediencia a las leyes de la república. Obedecer las leyes

que los daños sobre los enemigos declarados no se califican como castigos ya que los enemigos nunca estuvieron sujetos a la ley, y por tanto, no pudieron transgredirla, sino que han de ser calificados como actos de hostilidad.

Igualmente, cuando la hostilidad resulta declarada todo daño infligido resulta legal, y no sólo ello, sino que si un súbdito declarara con palabras o hechos que niega la autoridad del representante del Estado, éste podría imponerle el daño que considerase oportuno al reputársele como traidor, ya que al negar la sujeción a la ley, el individuo niega también el castigo determinado, y, por tanto, debe sufrir las consecuencias que se derivan de ser un enemigo del Estado, es decir, en esencia se hallará a merced del Estado³³⁹. Esta consecuencia, se encuentra también declarada para los rebeldes a los cuales es lícito aplicar “la venganza” extendida incluso a sus familiares, ya que la negación deliberada del Estado establecido, es decir, la rebelión, tiene la naturaleza de renuncia a la sujeción, constituyendo ello un regreso a la condición de guerra, una renovación de dicho estado³⁴⁰.

Siguiendo con la idea de la “salida” del círculo normativo social por parte del enemigo del Estado debe considerarse también lo expuesto por HOBBS en *De Cive* donde señala que: “[...] rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho civil (estatal), sino con el derecho natural, pues lo son no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la *civitas* (estado), y no con el

es justicia y equidad, que es la ley de la naturaleza, y por consiguiente es ley civil en todas las naciones del mundo; y nada es injusticia o iniquidad salvo lo que va contra la ley. Asimismo, obedecer las leyes es la prudencia del súbdito, pues sin esa obediencia la república (que es la seguridad y protección de todo súbdito) no puede subsistir. Y aunque también sea prudencia en los hombres privados enriquecerse de forma justa y moderada, sin embargo sustraer con astucias al erario público o defraudarle la parte de su riqueza que viene exigida por la ley no es un signo de prudencia sino, de falta de conocimiento de lo que es necesario para su propia defensa».

³³⁹ Hobbes, T, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, cit., pp. 267-268.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 271, obsérvese la relevancia capital que se da a la negación de la autoridad del Estado en la extensión de la venganza a los parientes, así se establece que el castigo se dará no sólo a «los padres, sino también a la tercera y cuarta generación de descendientes suyos que aún no hubieren nacido y que, en consecuencia, son inocentes del hecho por el que tienen que padecer».

derecho del poder o de la autoridad, sino con el derecho de la guerra³⁴¹. De manera que aparecen dos órdenes jurídicos contra los que el delito puede cometerse, bien frente a las leyes del Estado, y por ello el ciudadano que se comporta como mal ciudadano es sancionado; bien frente a la ley natural que presupone la existencia del mismo Estado, de modo que el que lo comete ya no tendría la categoría de ciudadano, sino que sería enemigo del Estado contra quién se reaccionaría conforme al derecho de la guerra³⁴².

En suma, la obediencia al soberano resulta un pilar fundamental en HOBBS³⁴³, valor éste que además debe ser cultivado enseñando al pueblo a no desear un cambio de gobierno, y limitando la adhesión de las masas a cualquier hombre popular que pudiera apoderarse de la lealtad debida al gobernante. Asimismo, el pueblo debe ser informado de la gran falta -considérese como un delito- de hablar mal del representante soberano, o argüir y disputar su poder que pueda llevar al debilitamiento del mismo³⁴⁴.

Respecto al ámbito estrictamente militar no deja de ser tratado por el autor, ciertamente no en un lugar preeminente del Leviatán, pero parece que no escapa a considerar la importancia de los mandos militares, tal vez por la época de guerra civil en Inglaterra que el mismo vivió; en cualquier caso dispone que el Comandante en Jefe de un Ejército debe ser popular y, fundamentalmente, debe ser también un súbdito leal por la propia seguridad del pueblo: es preferible que el soberano sea más querido y

³⁴¹ Así citado por Pérez del Valle, C, «Sobre los orígenes del “Derecho Penal de enemigo”», *Cuadernos de política criminal*, núm. 75, 2001, p. 598.

³⁴² *Ibidem*, pp. 605-606.

³⁴³ Hobbes, T, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, cit., p. 265, define Hobbes el castigo siendo éste «un mal infligido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido algo que esa misma autoridad juzga ser una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres éste por ello mejor dispuesta a la obediencia. Véase también Hermosa Andújar, A, «La doctrina Penal de Hobbes», en *Fragmentos de Filosofía*, núm. 6, 2008, p. 90, que define la pena como «una inversión legal con la que el soberano espera obtener una renta en obediencia mayor que el beneficio esperado por el súbdito al violar la ley».

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 289.

reverenciado por su pueblo que el jefe militar, para que, llegado el caso, los soldados, de los cuales se afirma que, en general, no son tan injustos como para ponerse de parte de su capitán contra su soberano, apoyen a éste último por adhesión a la causa que el mismo defiende. Igualmente, se establece, en su caso, una condición o advertencia al jefe militar que por violencia haya suprimido el poder de su legal soberano, y es el de haberse fabricado antes algún título de autoridad³⁴⁵ para mayor acogimiento del pueblo.

Como se afirmaba, el aspecto militar no fue descuidado por el autor, anudando el mismo a la soberanía, y por ello es, un instrumento más en poder del soberano³⁴⁶, quien disfruta del derecho de hacer la guerra y la paz con otras naciones y Estados, es decir, tiene el derecho de juzgar cuando, en beneficio del interés público, debe acometerse una empresa militar³⁴⁷, así como el de exigir a sus súbditos los esfuerzos que ello requiera. Igualmente, se observa que en caso de falta de otras instituciones la *militia*

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 299, complétese con: «Tener un derecho reconocido al poder soberano es una cualidad tan popular que quien la posee no necesita de nada más para apoderarse de los corazones de sus súbditos que el que éstos puedan ver que es capaz de gobernar de modo absoluto a su propia familia, y a los ojos de los enemigos, sólo necesita mostrar que es capaz de desbandar sus ejércitos».

³⁴⁶ *Vid.* Hobbes, T, *Behemoth*, cit., p. 61, lugar donde se dispone que: «Las virtudes de los soberanos son aquellas que tienden al mantenimiento de la paz interna y a la resistencia frente a los enemigos extranjeros, La fortaleza es una virtud regia; y aunque sea necesaria en aquellos hombres privados que van a ser soldados, para los demás cuanto menos se arriesguen tanto mejor para la república y para ellos mismos. La templanza es también una virtud regia, pues aumenta el fondo público, que nunca será demasiado grande para el uso público, igual que nunca un hombre será demasiado frugal en relación con lo que se le ha confiado para el bien de otros. La liberalidad es también virtud regia, pues la república no puede ser bien servida sin una extraordinaria diligencia y entrega de los ministros y una gran fidelidad a su soberano, para lo cual se les debe estimular, especialmente a aquellos que le sirven en las guerras».

³⁴⁷ *Vid.* Hobbes, T, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, cit., pp. 282-283, no obstante, no aparece Hobbes como un entusiasta de las empresas bélicas, citando como una de las enfermedades del Estado «el insaciable apetito de ensanchar dominios, con las incurables heridas que por causa de esto se reciben muchas veces del enemigo, y los tumores de conquistas desperdigadas que muchas veces son una carga, siendo menos peligroso perderlas que conservarlas. Y también, la letargia de la inactividad, y la consunción producida por las revueltas y por el gasto inútil». Igualmente, advierte que: «cuando en una guerra, extranjera o intestina, los enemigos consiguen la victoria final, de tal manera que, al no poder las fuerzas del Estado defender ya el terreno, no hay protección de los súbditos que permanecen leales, el Estado queda disuelto, y cada hombre queda en libertad de defenderse a sí mismo utilizando los medios que su propia discreción le sugiera. Porque el soberano es el alma pública que da vida y movimiento al Estado; y cuando expira, los miembros que no están gobernados por él en mayor medida que lo está el cadáver de un hombre cuando su alma, aunque ésta sea inmortal lo abandona».

costraría especial relevancia, siendo otorgada la soberanía a aquel que poseyera su mando, si bien ello no sería lo deseable³⁴⁸.

Como conclusión de las teorías de HOBBS, en lo que nos atañe, se podría afirmar que los supuestos de hostilidad o de ataques al “sistema” ya sean cumplimentados por medio de la traición u otros ilícitos son consustanciales a la antropología del autor, que nos expone un ser humano totalmente vinculado a su deseo de poder³⁴⁹, siendo éste último aspecto el que mueve la actuación del hombre, por lo que, este elemento debe, necesariamente, canalizarse hacia un pacto social que evite la destrucción mutua pero, como en cualquier sistema, las desviaciones ocasionadas en razón a la pulsión de poder nos llevan a graves ilícitos, los cuales no van a ser combatidos de un modo ordinario, tal y como si se tratara de un delincuente “normal”, sino que todo delito que atente en última instancia contra el soberano y el pacto que éste representa va a ocasionar la expulsión social del criminal, tratándose al mismo como un verdadero enemigo del sistema que podrá ser castigado en la extensión que se crea oportuna³⁵⁰, extensión que, huelga decir, casi siempre alcanzará la muerte del individuo “extraño”³⁵¹.

3.1.3 LOCKE: FIDELIDAD Y ENTREGA DEL PUEBLO

En este punto, es menester tratar las ideas de JOHN LOCKE que se ocupó como el precitado autor del estado de naturaleza como estado primigenio del hombre, y a

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 164.

³⁴⁹ Zaffaroni, E.R, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 107.

³⁵⁰ *Vid.* Jakobs, G; Cancio Meliá, M, *Derecho Penal de Enemigo*, Civitas, Madrid 2003, p. 32, «[...] Hobbes despersonaliza al reo de alta traición; pues también este niega por principio la constitución existente».

³⁵¹ *Vid.* Hobbes, T, *Behemoth*, cit., p. 88, donde se expone una curiosa costumbre acusatoria: «¿Por qué entonces, si había traición, no le encausó el mismo rey por medio de su fiscal? ¿Cómo podría la Cámara de los Comunes, sin su mandato, denunciarle ante la Cámara de los Lores? Podrían haberse quejado al rey, si él no lo hubiera sabido antes [...] ¿Es que algún estatuto anterior lo había declarado traición? No que yo sepa; y tampoco comprendo cómo puede ser traición contra el rey algo que el rey, habiéndolo oído y conocido, no tiene por traición. Pero una pieza de la estratagema urdida por los miembros de ese Parlamento consistía en añadir la palabra *traidoramente* a cualquier cosa que se alegara contra cualquiera cuya vida pretendían eliminar».

diferencia de HOBBS no considera dicho estado como el causante de todo mal³⁵², si bien, si dispone que los hombres buscan la generación del Estado y de un gobierno principalmente para la preservación de la propiedad, ya que en el estado de naturaleza faltan muchas cosas, entre otras, falta una ley establecida, fija y conocida que sirva para dirimir las controversias entre los hombres, tampoco existe un juez público e imparcial con autoridad para resolver los pleitos que existan, y por último falta también a menudo en el estado de naturaleza un poder que respalde y dé fuerza a las sentencias justas para ejecutarlas debidamente³⁵³.

Por otro lado, se observa que el estado de naturaleza en LOCKE, conforme se ha señalado, no es negativo en todas sus facetas, pues constituye un estado de libertad e igualdad, teniendo los hombres el derecho “de regular las propias acciones y disponer de sus propiedades y personas como mejor se cree dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso o depender de la voluntad de otros”. Se trata de la clásica noción de libertad negativa, entendida como la falta de responsabilidades, una “libertad para secundar mi propia voluntad en todo, donde ninguna regla da preceptos”. Respecto a la igualdad, es esencialmente jurídica, de manera que “todo poder y jurisdicción es recíproca, nadie tiene más que nadie”, y donde no existe subordinación

³⁵² Vid. Locke, J, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza, Madrid, 1994, p. 135, donde se dispone respecto al estado de naturaleza que: «[...], la humanidad a pesar de todos los privilegios que conlleva el estado de naturaleza, padece una condición de enfermedad mientras se encuentra en tal estado; y por eso se inclina a entrar en sociedad cuanto antes. Por eso sucede que son muy pocas las veces que encontramos grupos de hombres que viven continuamente en estado semejante. Pues los inconvenientes a los que están allí expuestos (inconvenientes que provienen del poder que tiene cada hombre para castigar las transgresiones de los otros) los llevan a buscar protección bajo las leyes establecidas del gobierno, a fin de procurar la conservación de su propiedad. Esto es lo que los hace estar tan deseosos de renunciar al poder de castigar que tiene cada uno, y de entregárselo a una sola persona para que lo ejerza entre ellos; esto es lo que los lleva a conducirse según las reglas que la comunidad, o aquéllos que han sido por ellos autorizados para tal propósito ha acordado. Y es aquí donde tenemos el derecho original del poder legislativo y del ejecutivo, así como el de los gobiernos de las sociedades mismas».

³⁵³ *Ibidem*, p. 134.

o sujeción de un individuo hacia otro, donde no existe soberano común, y todos son asimismo soberanos³⁵⁴.

Así, en suma, los hombres en un primer momento gozan de un derecho a la libertad perfecta y a disfrutar sin cortapisas de todos los derechos y privilegios que le otorga la ley de la naturaleza, y ello en igual medida que cualquier otro hombre o grupo de hombres en el mundo, y tiene por naturaleza el poder de proteger su propiedad, su vida, su libertad y sus bienes frente a los daños y amenazas de otros hombres, y también el de juzgar y castigar las infracciones de la ley que cometan otros en la medida del grado que la ofensa merezca, comprendiéndose aquí incluso el poder de castigar con la pena de muerte si la atrocidad del crimen lo requiere.

No obstante, el mandato lockiano es claro en la necesidad de la transición a un estado civil, ya que ello se muestra como un requisito para la subsistencia de cualquier sociedad política, y ello principalmente para la protección de la propiedad, para lo que los distintos miembros de la sociedad habrán de renunciar a su poder natural y entregar su “cuota de poder” en manos de la comunidad, en todos aquellos casos en que no esté imposibilitado para pedir protección de la ley que haya sido establecida por la misma comunidad. De manera que, se excluye todo juicio privado por parte de los hombres, y la comunidad se convierte en la única instancia que debe de juzgar en base a las normas establecidas, imparciales, y aplicables a todos por igual, y administradas por hombres a quien la propia comunidad dota de la autoridad necesaria para para ejecutarlas³⁵⁵.

³⁵⁴ Bobbio, N, *Locke y el Derecho Natural*, Tirant, Valencia, 2017, p. 147.

³⁵⁵ Vid. Locke, J, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit., p. 102.

Esta necesidad de la transición al estado civil es esencial en LOCKE, de manera que aquellos que “están unidos en un cuerpo y tienen establecida ley común y una judicatura a la que apelar, con autoridad para decidir las controversias y castigar a los ofensores, forman entre sí una sociedad civil; pero aquellos que carecen de una autoridad común a la que apelar, continúan en el estado de naturaleza; y, a falta de otra persona, cada uno es en sí mismo juez y ejecutor, lo cual es lo mismo que decir que se halla en el más absoluto estado natural”³⁵⁶.

El autor remarca la idea de que los hombres al entrar en sociedad renuncian a diversos poderes que antes tenían, pero dicha renuncia “es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de la manera mejor, ya que no se puede suponer que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor. Y por eso, el poder de la sociedad o legislatura constituida por ellos no puede suponerse que vaya más allá de lo que pide el bien común, [...]. Y todo esto no debe estar dirigido a otro fin que no sea el de lograr la paz, la seguridad y el bien del pueblo”³⁵⁷.

De esta manera, con la generación de “un contrato original”, los hombres se desprenden de parte de sus derechos, empero, -y esto es relevante- no enajenan ni alteran la esencia de sus derechos naturales que permanecen inalienables, de manera que si el gobierno no respecta estos derechos el pueblo puede ofrecer resistencia por incumplimiento del pacto. El poder, en esencia, se presenta como un depósito, y se

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 103.

³⁵⁷ *Ibidem*, pp. 136-137, a lo que debe unirse la reflexión señalada en la página 144 que reza así: «Los hombres no abandonarían la libertad del estado de naturaleza, ni se someterían a una norma, si no fuera porque buscan con ello preservar sus vidas, sus libertades y sus fortunas, y porque quieren que su paz y tranquilidad sean aseguradas por reglas establecidas en lo concerniente a su derecho y a su propiedad».

legítima sólo por el consentimiento, por lo que además habrá de garantizar el mayor margen de actuación de libertad a los gobernados³⁵⁸.

Respecto al gobierno, dispone LOCKE que al unirse los hombres por primera vez todo el poder reside naturalmente en la mayoría, y ésta puede emplear ese poder en hacer regularmente leyes para la comunidad, y ejecutar las mismas por medio de oficiales que la propia mayoría nombra. En este caso, nos hallamos ante una democracia perfecta. Puede también depositarse el poder de hacer leyes en una serie de hombres selectos, supuesto en el que se tratará de una oligarquía, o bien finalmente el poder puede recaer en un solo hombre, el cual si recae en él y en sus sucesores será una monarquía hereditaria, pero si es elegida por el pueblo sucesivamente será electiva³⁵⁹. Asimismo, LOCKE señala que la forma de gobierno depende de dónde se deposite el poder supremo, que indiscutiblemente establece como el legislativo, al igual que el tipo de Estado dependerá de dónde se deposite el señalado poder de legislar³⁶⁰.

Siguiendo con el poder legislativo, resulta relevante que el autor recurrentemente clarifica el objetivo ineludible del mismo, que debe ser necesariamente la preservación de la sociedad y el bien público, para lo que el citado poder goza de una especial preeminencia, siendo así que no sólo es el poder supremo del Estado como se ha señalado, sino que también LOCKE califica el mismo como sagrado e inalterable una vez que ha sido entregado por la comunidad, y “ningún edicto de nadie, comoquiera que sea concebido, o cualquiera que sea el poder que lo respalda, tendrá la fuerza y la

³⁵⁸ Vid. Truyol y Serra, A, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, cit., pp. 248-249.

³⁵⁹ Vid. Locke, J, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit., p. 105, respecto a los gobiernos, censura el autor las monarquías absolutas, expresando que esta se muestra incompatible con la sociedad y excluye todo tipo de gobierno civil, ya que uno de los fines de la constitución de la sociedad es el establecimiento de una autoridad común que habrá de dirimir los conflictos sociales, circunstancia que no concurre en el ámbito del absolutismo ya que los miembros de la sociedad carecen en este caso de una figura para apelar sobre las disputas, a resultas de lo cual el monarca absoluto se hallará con respecto a sus súbditos todavía en un estado de naturaleza

³⁶⁰ *Ibidem*, pp. 138-139.

obligación de una ley, si no ha sido sancionado por los magistrados de la legislatura que el pueblo ha escogido o nombrado. Pues, sin esto, la ley no tendría lo que le es absolutamente necesario para ser ley: el consentimiento de la sociedad, sobre la cual nadie puede ostentar el poder de hacer leyes, excepto por consentimiento y autoridad recibidos de la sociedad misma”³⁶¹.

Uno de los límites infranqueables para el poder legislativo señalado por LOCKE, lo cual nos ha de servir para ir introduciendo una perspectiva de la idea de *fidelitas* en la obra del autor, es el derecho de propiedad, siendo así que el poder supremo no puede apoderarse de parte alguna de las posesiones de un hombre sin el consentimiento de éste, ya que el fin del gobierno es, entre otros, la preservación del citado derecho, siendo ello además una de las razones por las que el hombre entra en sociedad³⁶². Los hombres, así tienen el derecho a conservar sus propiedades sin que nadie les inquiete en las mismas sin su consentimiento, debiendo gozar además de la garantía de que el poder legislativo no va a despojarle de sus dominios³⁶³.

La precitada cuestión, es remarcada por LOCKE utilizando como espejo el ámbito castrense, concretamente en la disciplina militar, y añade en ese sentido que la preservación del Ejército y la del Estado, requieren de una obediencia absoluta a las órdenes de todo oficial superior; y así es justo el castigo de la pena de muerte de aquel que desobedece. Si bien, un mando militar podría ordenar a un soldado marchar hacia

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 140-141.

³⁶² Fernández Peychaux, D, «John Locke, Las posesiones o los derechos políticos como garantía de la libertad», en *Revista Colección*, núm. 20, 2009, p. 39, recoge que: «El contrato social propuesto por Locke adquiere, según esta visión, la forma de un acuerdo entre los propietarios de una sociedad anónima (Laski 1936:127). Éstos, buscando garantizar la justa posesión de sus propiedades, constituyen un Estado con un aparato político-burocrático capaz de ser intermediario en los conflictos, expresados en su mayoría en torno a la propiedad material (cfr. Nozick 1974). Así, como afirma Strauss (1952), la protección de las posesiones es el principal objetivo de la sociedad política y, por tanto, la teoría de la propiedad constituye el centro de la filosofía política lockeana».

³⁶³ Locke, J, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit., p. 146.

la boca de un cañón enemigo, o ponerse de pie en una trinchera con riesgo cierto para su vida, pero no puede, sin embargo, ordenar a ese soldado que le dé un penique de su dinero; incluso a un general, que podría condenar a muerte a un subordinado por desertar de su puesto o por desobedecer las órdenes más desesperadas, tampoco le estaría permitido arrebatarle una pizca de sus bienes. Y todo ello es así porque la obediencia ciega es necesaria para lograr el fin para el que un comandante militar ostenta su poder, a saber: la preservación del resto del ejército; más el disponer de los bienes de sus subordinados, nada tiene que ver con ese fin³⁶⁴.

Así pues, la idea de fidelidad de LOCKE se sustenta, entre otros elementos, en el inalienable derecho de propiedad de los hombres, de modo que el poder legislativo y el resto de poderes del Estado deben respetar el mismo, al igual que los restantes derechos naturales de los hombres si quieren tener la legitimidad suficiente para ser obedecidos, ya que, en caso contrario, el propio pueblo puede alzarse contra los malos gobernantes. Estos conceptos nos llevan a otro elemento que late en la obra del autor, y es que la fidelidad tiene, necesariamente, un doble sentido, el primero de los gobernantes hacia sus gobernados, y el segundo de estos últimos respecto a los primeramente nombrados; siendo así que si el soberano no guarda los derechos naturales de su pueblo puede ser depuesto³⁶⁵.

³⁶⁴ *Ibidem*, pp. 147-148.

³⁶⁵ *Vid.* Olof, P, «Locke, Las bestias salvajes y el derecho a destruirlas», en *Revista de Filosofía*, núm. 67, 2011, p. 234, donde se dispone que: «John Locke creía que los ladrones, los criminales y -lo que parecía ser su mayor preocupación- los monarcas absolutos se comportan como si fueran bestias nocivas de las cuales tenemos el derecho a defendernos, en algunos casos simplemente eliminándolas. El comportamiento bestial justifica el castigo porque no es, según Locke, un comportamiento racional. El criterio que establece el límite entre lo bestial y lo humano -entre lo irracional y lo racional- es el respecto a ciertos principios morales que en Locke reciben el nombre genérico de ley natural. Si las bestias no son como nosotros porque no son racionales, entonces, si hay alguien que se comporta como una bestia, ese alguien se comporta como si no fuera uno de nosotros -como si no fuera un igual y, por tanto, debería ser tratado de esa manera. Pero Locke creía que los seres humanos debían tratarse unos a otros como iguales, ya que son, en un sentido moral, iguales. Es justamente por esta razón que cualquier poder que una persona ejerza sobre otra y que aspire a ser un poder legítimo, debe estar debidamente justificado, es decir, voluntariamente aceptado». Asimismo, véase Edgardo Biagini, H, «El liberalismo

En relación con la idea de traición, LOCKE hace una breve referencia en el capítulo XVII del “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil”, aunque explícitamente, el autor se refiere a la idea de “usurpación”, manifestando que por una parte existe la conquista, la cual puede ser denominada como una usurpación extranjera, y por otro existe una suerte de conquista doméstica que sería propiamente la que integraría el concepto que aquí se trata. Se significa que la usurpación se da cuando alguien ha tomado posesión de algo a lo que otro tiene derecho, y que por ello el usurpador jamás puede tener el derecho de su parte, siendo ello, en suma, una suerte de traición interna hacia los príncipes y gobernantes legítimos. Además, la usurpación puede convertirse eventualmente en tiranía si conlleva un poder más allá de lo que por derecho pertenecía a los príncipes y gobernantes legítimos del Estado.

Sigue LOCKE disponiendo que: “En todos los gobiernos legítimos, la designación de las personas que han de asumir el mando es una parte tan natural y necesaria como la misma forma de gobierno, y es la que originalmente establecida por el pueblo. De aquí que el que todos los Estados con una establecida forma de gobierno, tengan también reglas para nombrar a aquéllos que tienen participación en la autoridad pública, y métodos fijos para concederles ese derecho; porque la anarquía es tanto carecer de una forma de gobierno, como acordar, por ejemplo, que sea monárquico, y luego no tener modo de saber cómo designar a la persona que ostentará el poder y será el monarca”³⁶⁶.

lockiano», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 194, 1974, p. 231, donde se afirma que: «El inveterado derecho a la resistencia en Locke no se aparta demasiado de una de las principales del golpe de Estado. Al no encarnar el balanceo de poderes una íntegra salvaguarda para impedir la vulneración del patrimonio personal, se contempla un recurso suplementario: el levantamiento contra los gobernantes que entorpezcan dicho objetivo. Levantamiento que está destinado a garantizar el cumplimiento de la ley natural que, reforzada por las normas positivas establece el deber ineluctable de preservar la propiedad».

³⁶⁶ Locke, J, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit., p. 194.

En base a lo anterior, cabe destacar que el efecto básico, según señala el autor, de la traición operada internamente y que finalmente otorgue al usurpador la conquista del poder es que, sencillamente, éste no tiene derecho a que se le obedezca ya que ha violentado las normas básicas de la comunidad para la institución de los gobernantes, y todo ello será de esta forma aunque el sistema político haya quedado intacto; no obstante, si se otorga al pueblo la decisión en libertad de dar su consentimiento al nuevo poder, el usurpador podrá ser confirmado en su puesto³⁶⁷.

Por otro lado, el autor menciona también la traición operada por parte del poder legislativo o del príncipe, y establece como tal la entrega de su pueblo a la sujeción de un poder extranjero, circunstancia ésta que implica una alteración del poder legislativo y con ello se opera la disolución del gobierno³⁶⁸, ya que se altera el fin que era perseguido por el pueblo al entrar en sociedad que era el de conservarse como un entero, libre e independiente cuerpo social y el de ser gobernado por sus propias leyes, y esto obviamente se desvanece cuando el pueblo es entregado al dominio de otro³⁶⁹; y como consecuencia de ello, cada miembro de la sociedad regresará al estado en que se hallaba antes, con libertad para valerse por sí mismo y procurar su seguridad, como mejor le parezca en otra sociedad diferente³⁷⁰.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 195.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 206; donde indica: «Quien se proponga hablar con alguna claridad de la disolución del gobierno, debe distinguir, en primer lugar, entre la disolución de la sociedad y la disolución del gobierno. Lo que crea una comunidad y saca a los hombres del desorganizado estado de naturaleza llevándolos a formar una sociedad política, es el acuerdo que cada individuo hace con los demás, con el fin de incorporarse todo y actuar como un solo cuerpo, constituyendo un Estado claramente definido. La manera más común, y casi la única, en que esta unión se disuelve, es la intromisión de una fuerza extranjera que llegue a imponerse sobre los miembros de la comunidad; pues en un caso así, al no ser éstos capaces de mantenerse a sí mismos como cuerpo único e independiente, la unión que antes juntaba ese cuerpo y le daba cohesión cesa necesariamente [...]. Siempre que una sociedad es disuelta, es seguro que el gobierno de dicha sociedad no puede permanecer. Por esa razón, las espadas de los conquistadores suelen cortar los gobiernos en su misma raíz, deshaciendo las sociedades en pedazos, y privando a la multitud vencida y dispersa de la protección que el hecho de depender de esa sociedad la había defendido contra la violencia [...]».

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 210.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 206.

Unido a lo anterior, se observa que todo ataque con fuerza, particularmente contra la propiedad, la cual como hemos visto cobra especial relevancia en la obra del autor, ya sea de los súbditos o de los ciudadanos extranjeros puede ser resistido por la fuerza, al igual que también pueden ser resistidos los ataques que provengan de los magistrados, ya que estos últimos por su especial posición en el sistema deben de velar por el mismo, por lo que sus ataques contra las leyes son aún más graves que los de los ciudadanos ordinarios, tanto por la ingratitud de los mismos, como por haber recibido más de la ley y defraudar la confianza que sus hermanos depositaron en ellos³⁷¹.

Como corolario de lo expuesto puede resumirse la idea de pacto social desarrollado por LOCKE así: “El poder que cada individuo dio a la sociedad cuando entró en ella, nunca puede revertir de nuevo a los individuos mientras la sociedad permanezca; siempre ha de permanecer dicho poder en manos de la comunidad; pues, sin eso, ni hay comunidad, ni hay Estado, lo cual es contrario a lo que se acordó en un principio. Asimismo, cuando la sociedad ha depositado el poder legislativo en una asamblea de hombres para que éstos lo mantengan y lo pasen por sucesión según las normas y la autoridad que se les ha concedido, ese poder legislativo tampoco podrá revertir de nuevo al pueblo mientras el gobierno permanezca; pues el pueblo, al haber dotado al cuerpo legislativo con el poder de perpetuarse, ha entregado su poder a la legislatura, y no puede retomararlo. Mas si el pueblo ha establecido límites en lo que respecta a la duración de dicha legislatura, y ha hecho que el poder supremo depositado en una persona o en una asamblea sea únicamente por un periodo de tiempo; o si aquellos que están en posesión de la autoridad pierden ese poder por causa de sus abusos, entonces el poder revierte a la sociedad, y el pueblo tiene el derecho de actuar con autoridad suprema, y el de asumir la legislatura; o si lo estima beneficioso, puede erigir una

³⁷¹ *Ibidem*, p. 221.

nueva forma de gobierno, o depositar la vieja en otras manos”. Es decir, los límites del gobierno se muestran claros y, eventualmente, cualquier violación de dichos contornos podría reputarse como una autentica traición a la configuración social, hallándose en todo caso en manos del pueblo un derecho de oposición o de resistencia³⁷².

Por último, debe señalarse que el concepto de “confianza” subyace en la teoría del autor sobre la sociedad civil, ya que la transgresión de la ley natural lo que hace, es romper ciertas ataduras que impiden a los hombres herirse y hacerse violencia los unos a los otros, así el rompimiento de los límites se puede interpretar como una pérdida de confianza, ya que las ataduras son, en suma, principios morales cuya función es la garantía de la paz y de la seguridad. Es razonable de esta manera depositar la eficacia de la sociedad en la confianza de que el resto de los componentes de la misma van a respetar los derechos naturales de los distintos componentes del cuerpo social³⁷³.

3.1.4 VOLUNTAD GENERAL Y TRAICIÓN EN ROUSSEAU

Siguiendo en el ámbito de las tesis contractualistas, resulta obligado reparar en JEAN JACQUES ROUSSEAU, que buscó la fórmula ideal de administración social, que expuso en su obra más relevante, cual es “El Contrato Social”³⁷⁴.

³⁷² *Ibidem*, p. 232.

³⁷³ Expuesto ello por Olof, P, «Locke, Las bestias salvajes y el derecho a destruirlas», cit., pp. 245-246, a lo que une: «Desde luego, si tuviéramos la certeza de que los demás conocen la ley natural, la entienden como efectivamente vinculante y se comportan de acuerdo con esa creencia, no sería necesaria la presencia del Estado [...]. Por otra parte, los efectos socialmente corrosivos que genera la pérdida de confianza tienen la ventaja de permitirnos entender por qué Locke cree que la trasgresión de la ley natural es contra toda la especie y no solamente contra la víctima de la trasgresión».

³⁷⁴ *Vid.* Rousseau, J.J, *El Contrato Social*, Altamira, Madrid, 1983, p. 25, que introduce su obra así: «Pretendo investigar si dentro del orden civil, y considerando a los hombres tal y como son y a las leyes tal y como pueden ser, existe alguna fórmula de administración tan legítima como segura. Trataré para ello, en este estudio, de mantener en armonía constante lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, a fin de que la justicia y la libertad no resulten divorciadas. Entro en materia sin probar la importancia de mi tema. Si se me preguntara si soy príncipe o legislador para escribir de política, respondería que no, y que precisamente por no serlo, lo hago; si lo fuera, no perdería mi tiempo en aconsejar lo que habría que hacer; lo haría o me callaría. Ciudadano de un Estado libre y miembro del poder soberano, por débil que sea la influencia que mi voz pueda ejercer en los negocios públicos, el derecho que tengo a votar me impone el deber de instruirme. ¡Me consideraré feliz tantas veces cuanto

Así, ROUSSEAU condensa su interés en hallar una forma de asociación que defienda³⁷⁵, con la fuerza común, la persona y bienes de cada asociado, y además en la que cada uno, pese a haberse unido a todos los demás, no obedezca más que así mismo, permaneciendo en libertad. Siendo así que este último concepto cobra especial relevancia en la obra del autor que dispone respecto al poder impuesto por la fuerza, que “en tanto que un pueblo está obligado a obedecer, y obedece hace bien, pero; tan pronto como puede sacudir el yugo, y lo sacude, actúa mejor todavía, pues recobrando su libertad con el mismo derecho con que le fuera escamoteada, prueba que fue creado para su disfrute. De lo contrario, no fue jamás digno de disfrutarla”³⁷⁶.

Siguiendo con la idea de contrato social, indica que el mismo debe basarse en unas cláusulas intangibles, las cuales, aunque no hayan sido formuladas formalmente, resultan en todas partes iguales, así como tácitamente reconocidas y admitidas por todos, hasta el momento que, si se produce una violación del pacto social, cada uno recobra sus derechos primitivos, recuperando su libertad natural al perder la condición por la cual había renunciado a dicha libertad. Las cláusulas, afirma ROUSSEAU, en esencia, se reducen a una sola, a saber: “La alienación total de cada asociado con sus innegables derechos a toda la comunidad. Pues, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla gravosa para los demás. Además, efectuándose la alienación

el hecho de meditar sobre las distintas formas de gobierno me procure encontrar siempre en mis investigaciones nuevas razones para amar al de mi país!».

³⁷⁵ Peña Echeverría, J, «Rousseau y la idea de comunidad política», en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 11, 1995, pp. 132-133: «Para empezar, no cabe duda de que Rousseau forma parte de la tradición contractualista, y de que ésta se asienta en presupuestos individualistas: la sociedad política resulta del acuerdo de individuos preexistentes e independientes [...]. Ante todo, ha de recordarse que la teoría contractualista de Rousseau supone un paso adelante respecto a la legitimación teológica o iusnaturalista del poder. Lejos de apelar a la voluntad de Dios o a “la naturaleza de las cosas”, el contractualismo rousseauiano funda la legitimidad del orden social en la voluntad de los ciudadanos que lo constituyen: sostiene una tesis convencionalista respecto al origen del poder».

³⁷⁶ Rousseau, J.J, *El Contrato Social*, cit., p. 27.

sin reservas, la unión resulta tan perfecta como puede serlo, sin que ningún asociado tenga nada que exigir, pues si quedasen algunos derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pudiera dirigir entre ellos y el público, cada cual, siendo hasta cierto punto su propio juez, pretendería en seguida serlo en todo; en consecuencia, el estado natural subsistiría y la asociación se convertiría fatalmente en tiránica e inútil³⁷⁷.

De esta forma, al darse cada individuo a los demás, no se da a nadie, no existiendo un asociado sobre el que no se adquiriera el mismo derecho que se cede, siendo equivalente todo lo que se pierde con la fuerza que se tiene para conservar lo que se tiene, condensándose el pacto en la idea de que: “Cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo³⁷⁸”.

Tras dicho pacto, la persona particular pasa a ser considerada como un ente colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe así su vida y su voluntad, tomando cuerpo la persona pública que se puede denominar como antiguamente Ciudad o más modernamente República, denominado finalmente como Estado o Potencia. Respecto a los asociados, éstos tomarán colectivamente el nombre de Pueblo y particularmente el de Ciudadanos como partícipes de la voluntad soberana, y también serán súbditos al hallarse sometidos a las leyes del Estado³⁷⁹; al igual que se va a producir la transición del estado natural al estado civil, produciendo ello en los hombres un notable cambio, ya que se va a ver sustituida en su conducta la justicia al instinto, al igual que sus acciones van a tener la moralidad de la que antes carecían.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 41.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 42.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 43.

Entonces, “la voz del deber” va a suceder al impulso físico y el hombre, que anteriormente no había tenido en cuenta más que a su persona, se verá obligado a obrar en base a distintos principios, consultando a su razón antes de prestar su oído a sus distintas inclinaciones. De esta manera, aún privado de muchas ventajas naturales, el hombre pasa a convertirse en un ser inteligente. Así pues, lo más relevante del logro del estado civil descansa en que, aunque se pierde la libertad natural inicial y el derecho ilimitado a todo cuanto se desee y se pueda alcanzar, a cambio se gana la libertad civil y la propiedad de lo que se posee³⁸⁰.

Acto seguido, cabe apreciar que ROUSSEAU no es ajeno a la idea de fidelidad dado que su propio “contrato” se sustancia, entre otros elementos, en una diversa obediencia a la estructura social, siendo la primera de ellas la que cabe dispensar al soberano, ya que cada individuo se halla comprometido con el resto de los contratantes, pero también con el soberano como miembro del Estado, a lo que cabe unir la idea de la absoluta necesidad de lealtad con aquel, porque si el cuerpo político, cuya legitimidad y existencia deriva exclusivamente del contrato, aliena parte de sí mismo, o se somete a otro soberano, se derogaría el acto primitivo del contrato, y ello significaría aniquilarse al haberse violado el acto por el cual existe.

Unido a lo anterior, señala que la propia construcción del contrato encierra por su propia dinámica ciertos mecanismos de adhesión, y añade que, ciertamente, cabe que

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 48, señala el autor que: «[...] es preciso distinguir la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general, y la posesión, que no es otra cosa que el efecto de la fuerza o del derecho del primer ocupante, de la propiedad, que no puede fundarse sino en un título positivo», únase respecto al derecho últimamente citado: «El derecho del primer ocupante, aunque es más real que el de la fuerza, no es verdadero derecho sino después que se establece el derecho de propiedad. Cualquier hombre tiene naturalmente derecho a todo cuanto le es necesario; pero el acto positivo que le convierte en propietario de un bien cualquiera le excluye del derecho a los demás. Adquirida su parte, debe limitarse a ella sin ningún derecho a la comunidad. He ahí la razón por la cual el derecho de primer ocupante, tan débil en el estado natural, es respetable en el estado civil. Se respeta menos en ese derecho lo que es de otros que lo que es de uno» (*Ibidem*, pp. 49-50).

el individuo pueda mostrar como hombre una voluntad contraria o desigual a la voluntad general, así como oponerse a la causa común, pero ello legitimaría al resto del cuerpo social a obligar a dicho individuo a “ser libre, pues tal es la condición que, otorgando cada ciudadano a la patria, le garantiza toda dependencia personal, condición que supone el artificio y el juego del mecanismo político, y que es la única que legitima las obligaciones civiles, las cuales, sin ella, serían absurdas y tiránica, y quedarían sujetas a los mayores abusos”³⁸¹.

En cuanto a la idea de soberanía³⁸², se entiende por ésta el ejercicio de la voluntad general, la cual debe necesariamente dirigir sus fuerzas según los fines de su institución que es, en esencia, el bien común; al igual que la misma jamás deberá alienarse y se muestra como indivisible, si bien ésta última circunstancia no siempre se cumple, ya

³⁸¹ *Ibidem*, pp. 45-47; véase Fetscher, I, «Filosofía moral y política en J.J. Rousseau», *Revista de estudios políticos*, núm. 8, 1979, pp. 29-30, «La libertad en el estado de sociedades únicamente posible allí donde surgen organismos políticos (*être moral et politique*), vivificados por la *volonté générale* y en los cuales se encuentran en vigor leyes justas (que buscan la autoconservación de la totalidad y no son más gravosas para unos que para otros); se trata aquí tanto de la libertad política (pues que todos los *citoyens* participan en la promulgación de las leyes válidas para todos, esto es, “se ordenan a sí mismos”) como de la libertad moral (pues que estos mismos ciudadanos pueden ahora actuar virtuosamente sin dañarse a sí mismos). Estas comunidades ordenadas (éticas), las repúblicas, únicamente son posibles, sin embargo, en la medida en que los individuos que se desvían (temporalmente) de la voluntad general se ven obligados a adaptar su voluntad a esta voluntad, esto es, a la ley general por medio de toda la comunidad (o de sus órganos: Gobierno, tribunales). Si no hubiera ninguna diferencia (y oposición) entre la voluntad particular y la general, las leyes no serían necesarias y no se precisería poder legislativo, ni Gobierno, ni jurisprudencia».

³⁸² En torno a la soberanía, procede traer a colación las ideas de P.J.A Feuerbach, recogidas por Pérez del Valle, así: «Desde los inicios del derecho penal liberal cambia la concepción de la antigua *perduellio* romana -cuyas bases, no obstante, permanecen- en el enfoque que requiere la idea de soberanía de los revolucionarios franceses. Para Feuerbach, el reconocimiento de la soberanía popular implicaba, necesariamente, un cambio en la construcción de los delitos de traición, y rompe con la diferenciación -hasta entonces mantenida por Kleinschrod, Grolman o Klein- de una distinción entre los hechos que pretenden socavar o destruir la esencia y la independencia del Estado, desde el exterior; y los hechos que implican un golpe de Estado y, por ello una revolución desde el interior. En esa línea, quiere subrayar que no todos los delitos que suelen calificarse de *lesa majestatis* son iguales, y que existe una diferencia sustancial entre aquellos [...] que atentan contra el “honor del regente” y aquellos que afectan a la “existencia del Estado”, que son más graves y merecen más pena porque se dirigen contra los “pactos fundamentales” por los que el Estado subsiste como Estado. Estos pactos fundamentales son tres: *pactum unionis*, *pactum subjectionis* y *pactum ordinationis* y constituyen, para Feuerbach, las bases constitucionales del Estado» (Así recogido por Pérez del Valle, C, «Rebelión y violencia, (reflexiones en torno a la aplicación del delito de rebelión en el “caso del 1 de octubre de 2017”)», en *La Ley Penal*, núm. 135, 2018, p. 3; citando a Feuerbach, P.J.A, *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*, Henning, Erfurt, 1798, pp. 7 y ss.

que la soberanía en la práctica, según ROUSSEAU, se divide en su objeto, es decir, en fuerza y voluntad, en poder legislativo y poder ejecutivo, en derecho de imponer justicia y de guerra, en administración interior o en poder de contratar con el extranjero³⁸³. Por otro lado, el alcance de la soberanía, sobre la que descansa la necesaria lealtad del cuerpo social, no es, sin embargo, ilimitada, debiendo dirigirse, como se afirmó, hacia el bien común y a la conservación de la sociedad, no siendo procedente que el cuerpo soberano exija al ciudadano más de lo que resulte trascendente y necesario para la comunidad. Esto no es obstáculo para que el compromiso que liga al ciudadano con el cuerpo social sea obligatorio, circunstancia que se extrae del hecho de que al cumplir con la voluntad general, la cual debe serlo en su objeto y en su esencia³⁸⁴, se estará trabajando tanto por los demás como para uno mismo.

La relación de fidelidad así, en el fondo, es más que provechosa para los particulares, ya que las renunciaciones operadas por éstos son ínfimas en relación con las ventajas obtenidas; ciertamente, la vida que se ha consagrado al Estado aparece constantemente protegida, “y cuando la exponen en su defensa, ¿Qué otra cosa hacen sino devolverle lo que de él han recibido? ¿Qué hacen que no hicieran frecuentemente y con más riesgo en el estado natural cuando, librando combates inevitables, defendían con peligro de

³⁸³ Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, cit., p. 55.

³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 62-63, «Debe concebirse, desde luego, que lo que generaliza la voluntad no es tanto el número de votos cuanto el interés común que los une, pues en esta institución cada cual se somete necesariamente a las condiciones que impone a los demás: admirable acuerdo del interés y de la justicia, que da a las resoluciones comunes un carácter de equidad, liberando la discusión de todo asunto particular, falta de interés general que una e identifique el juicio del juez con el de la parte. Desde cualquier punto de vista que se analice el principio, llegamos siempre a la misma conclusión, a saber: que el pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad, por la que se obligan bajo las mismas condiciones y por la que gozan de idénticos derechos. Así, por la naturaleza del pacto, todo acto de soberanía, vale decir, todo acto auténtico de la voluntad general, obliga o favorece igualmente a todos los ciudadanos; de tal suerte que el soberano conoce exclusivamente el cuerpo de la nación sin distinguir a ninguno de los que la forman. ¿Qué es, pues, propiamente un acto de soberanía? No es convenio del superior con el inferior, sino del cuerpo con cada uno de sus miembros; convención legítima, porque tiene como base el contrato social; equitativa, porque es común a todos; útil, porque no puede tener otro fin que el bien general, y sólida, porque tiene como garantía la fuerza pública y el poder supremo».

su vida lo que les servía para conservarla?”³⁸⁵. La conclusión es clara, todos tienen que combatir por la patria cuando la necesidad lo exige, pero siendo ello así, también es cierto que nadie combate por sí mismo, circunstancia que es de todo punto preferible a correr constantes riesgos en el estado anterior³⁸⁶.

Más aún, y sumado a lo dicho, la relación del particular con el cuerpo social, y más concretamente con el soberano debe reputarse como extrema, en el sentido de que puede llevar incluso a la pérdida de la vida por ser provechoso o necesario para el Estado, llegando a afirmar el autor que el soberano puede disponer el sacrificio de algún ciudadano, de manera que si es conveniente para el Estado la muerte del ciudadano, debe morir, ya que bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado”³⁸⁷.

Una vez examinadas las líneas esenciales del contrato social, de la idea de soberanía, y de la importancia de la fidelidad en torno a la teoría contractual, cabe prestar atención a la dogmática penal propuesta por ROUSSEAU, donde la idea de traición se desplaza desde una concepción particular, hacia el concepto general del delincuente como traidor a la patria. Así, los postulados de ROUSSEAU se sustancian en que: “Todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes, y le hace la guerra. La

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 64.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 65.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 66; asimismo, considérese la omnipotencia del Estado predicada por Rousseau, véase al respecto, Mosca, G, *Historia de las doctrinas políticas*, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1941, p. 178, «En este sistema escogido por Rousseau va naturalmente implícito que la voluntad del Estado es la de la mayoría de los ciudadanos, no quedándole a la minoría otro derecho que el de separarse del Estado, emigrando a playas lejanas. Por esto, en el Contrato social casi no se habla de los derechos que conservan los individuos frente a los poderes soberanos, y a propósito de estos derechos se afirma que el Estado puede imponer también una religión determinada a cuantos están sometidos a su soberanía; justificando esta imposición con el hecho de que los principios morales de todas las religiones son idénticos, no consistiendo las diferencias más que en los dogmas y las formas de culto».

conservación del Estado es entonces incompatible con la de él; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicar la pena de muerte al criminal, la patria lo hace más como a enemigo que como a ciudadanos³⁸⁸. El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que haya violado el contrato social, y, por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado³⁸⁹.

Las penas que habrán de conminar las contravenciones al pacto social son, evidentemente, severas, siendo las principales el destierro y la pena de muerte del que es tenido por enemigo público, ya que éste no es una persona moral³⁹⁰, sino un hombre, y en ese caso el derecho de guerra establece matar al vencido. En cuanto a la pena de

³⁸⁸ Vid. Pérez del Valle, C, «Sobre los orígenes del “Derecho Penal de enemigo”», cit., pp. 604-605, que indica, sobre Rousseau: «El enemigo es, precisamente, quien sigue su amor propio -no su instinto de conservación, sino su pretensión de tener mayor poder y poseer más- y no respeta las normas que han permitido establecer la sociedad. El estado de guerra es el momento inmediatamente anterior a la constitución de la sociedad en el que las infracciones eran insostenibles, precisamente porque los individuos se habían dejado de guiar por el amor de sí mismo con los límites de humanidad que ofrece la piedad y actuaban ya impulsados por ese amor propio que inspira también las infracciones en el estado civil. Lo que pretende Rousseau, por tanto, no es separar un derecho penal de enemigo de un derecho penal de ciudadanos, porque todo el derecho penal, en el sentido que Rousseau le da la las palabras, es un derecho penal de enemigos; todo el derecho penal está dirigido frente a quienes infringen las normas sociales guiados por el amor propio sin consideración a los demás y -por la misma esencia del amor propio, contrapuesto al amor de sí mismo del estado de naturaleza- sin los límites del sentimiento de piedad. Cuando Rousseau caracteriza al delincuente como enemigo que ya no es persona moral subraya, precisamente, su exclusión como tal persona moral; y al hacer mención del estado de guerra, expresa en realidad un símbolo del regreso al momento inmediatamente anterior al pacto social: la exclusión significa que el individuo es sólo un hombre; ya no es persona moral -ni ciudadano ni súbdito- tal exclusión del sujeto es la comisión de un crimen; de un delito que merece la muerte como pena o, en todo caso, el destierro cuando el autor confiesa su culpa. Pero el destierro es tan excluyente como la muerte».

³⁸⁹ Rousseau, J.J, *El Contrato Social*, cit., p. 66.

³⁹⁰ Vid. Pérez del Valle, C, «Sobre los orígenes del “Derecho Penal de enemigo”», cit., pp. 600-601, «Rousseau, en la terminología de Pufendorf, se refiere a las personas morales simples que, por oposición a las compuestas, designan individuos. Persona moral no es, por tanto, sólo una agrupación de personas, sino también los individuos en su *status*; y ese *status* en Pufendorf sólo puede ser el estado de naturaleza, el estado civil o el estado de guerra. En esa perspectiva, la visión de Rousseau implica que el individuo que comete estos “crímenes” deja de ser persona moral, y por ello, que deja de pertenecer al estado civil. Este es el significado de referencia al “mero hombre” que ya no es “persona moral”. La utilización de la palabra “hombre” en el libro I del Contrato social no deja lugar a dudas de que se trata del término en el que Rousseau se apoya para describir al individuo en el estado de naturaleza y la proximidad entre estado de naturaleza y estado de guerra son incuestionables. La persona moral privada es la construcción que permite obtener la persona pública, y por ello, cuando se alude a personas morales individuales, ha de entenderse en referencia al Estado, concebido como persona moral. El Estado es la persona pública considerada pasivamente, a cuyas leyes están sometidos los súbditos; pero estos mismos individuos asociados son ciudadanos en tanto participan activamente de la autoridad del soberano, que es la persona moral considerada activamente».

muerte es además establecida como una de las consecuencias lógicas del contrato social, en cuanto que se considera que, para no ser víctima de un asesino, se consiente en morir si uno se convierte en tal criminal³⁹¹.

En otro plano, la honda preocupación del autor por la conservación del Estado, le lleva a destacar la problemática de la usurpación del mismo, lo cual, en su parecer provoca su disolución; tal ruina puede alcanzarse primeramente cuando el príncipe no administra el Estado de acuerdo con las leyes y usurpa el poder soberano, ocurriendo entonces un cambio notable, pues, en el instante en que el gobierno usurpa la soberanía, el pacto social queda roto, y los ciudadanos recuperan por derecho su libertad natural, continuando obligados sólo en virtud de la fuerza, pero no por el deber de obedecer. En segundo lugar, cuando los miembros del gobierno usurpan por separado el poder que deben ejercer conjuntamente, hay una grave infracción de las leyes que produce mayores desordenes. En este caso resultarían tantos príncipes como magistrados, y el Estado perecerá o cambiará de forma³⁹².

³⁹¹ Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, cit., p. 67, véase, no obstante, que el propio Rousseau atempera su postura inicial punitivista, disponiendo que: «La frecuencia de los suplicios es siempre un signo de debilidad o de desidia en el gobierno. No hay malvado a quien no se pueda utilizar para algo. No hay derecho a matar, ni para ejemplo, sino al individuo que hasta cierto punto no se puede conservar sin peligro»; añade en cuanto a la faceta inversa: «En cuanto al derecho de gracia, o sea, el de eximir a un ser culpable de la pena prevista por la ley y aplicada por el juez, diré que no pertenece sino al que está por encima de aquélla y de éste; es decir, al poder soberano, y, con todo, su derecho no es perfecto, siendo muy raros los casos en que se hace uso de él. En un estado bien gobernado hay pocos castigos, no porque se concedan muchas gracias sino porque existen pocos criminales [...]. Los indultos frecuentes son indicios de que en época no lejana los delincuentes no tendrán necesidad de ellos, y ya se puede juzgar a dónde se marcha».

³⁹² *Ibidem*, pp. 136-137, añádase: «Cuando el Estado se disuelve, el abuso del gobierno, cualquiera que él sea, toma el nombre de anarquía. Distinguiendo: la democracia degenera en oclocracia, la aristocracia en oligarquía, debiendo señalarse que la monarquía degenera en tiranía». Asimismo, véase pp. 154-157, donde se ocupa sobre los medios para prevenir la usurpación del gobierno por parte de los depositarios del mismo: «[...] que el acto que instituye el gobierno no es un contrato, sino una ley; que los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus funcionarios, que puede el pueblo nombrarlos y destruirlos cuando quiera; que no es de su incumbencia adquirir, sino obedecer, y que, al encargarse de la funciones que el Estado les impone, no hacen más que cumplir con su deber de ciudadanos, sin tener derecho alguno a discutir sobre las condiciones. Cuando ocurre que el pueblo instituye un gobierno hereditario, ya sea monárquico en una familia o aristocrático en otro orden de ciudadanos, no es un compromiso el que adquiere: da una forma provisional a la administración hasta que quiera cambiarla. Es verdad que estos cambios son siempre arriesgados y que no se debe tocar el gobierno establecido mientras no resulte incompatible con el bien público; pero esta circunspección es

Por último, debe considerarse que ROUSSEAU no desdeña la utilidad de la guerra en ciertas situaciones³⁹³, como por ejemplo para sofocar posibles traiciones, así dispone en sus escritos sobre la guerra y la paz que: “El príncipe que somete su causa al azar de la guerra no ignora que corre un riesgo, pero ese riesgo le afecta menos que las ventajas que a sí mismo se promete, pues teme menos a la fortuna que a lo que espera de su prudencia; si es poderoso, cuenta con sus fuerzas; si es débil, con sus alianzas; a veces le conviene despejar el ambiente en el interior, debilitar a sus súbditos levantiscos, experimentar incluso un fracaso, y el político hábil sabe sacar partido de sus derrotas”³⁹⁴.

Hasta este punto, se ha procedido a tratar, en esencia, el pensamiento liberal y el ámbito del contractualismo, circunstancia ésta que hace aconsejable acoger otros puntos de vista que *prima facie* podrían parecer de todo punto contrarios a los postulados expuestos, pero que, como se apreciará, guardan muchas similitudes con las finalidades de las teorías que se han expuesto.

3.1.5 LA TRAICIÓN Y EL ENEMIGO: CARL SCHMITT

Dicho lo anterior, para clausurar el presente capítulo nos hemos de centrar en las ideas de CARL SCHMITT, partiendo de la idea central eje de su pensamiento político, cual fue que “la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas

una máxima política y no un principio de derecho, y el Estado no está más obligado a abandonar la autoridad civil a sus jefes que la autoridad militar a sus generales».

³⁹³ Vid. en otros términos Truyol y Serra, A, «La guerra y la paz en Rousseau y Kant», en *Revista de estudios políticos* núm. 8, 1979, pp. 48-49, donde respecto a la guerra se dispone: «Rousseau no ve en la guerra una condición natural al hombre. Como es sabido, su estado de naturaleza es un estado pacífico. “*L’homme est naturellement pacifique et craintif*”. Los hombres vivieron solitarios, en un contexto que proveía ampliamente sus necesidades y, además dotados de un sentido de compasión hacia los demás, no tenían razón alguna para combatirse unos a otros. En el peor de los casos, podrían surgir oposiciones esporádicas por la posesión de un objeto particular, sin mayores consecuencias, puesto que tal objeto era fácil de encontrarse más o menos cerca. “*Il n’y a donc pas de guerre générale d’homme à homme*”. En esta perspectiva, la guerra surgió realmente cuando el estado naturaleza fue sustituido por el estado civil *de facto* [...]».

³⁹⁴ Rousseau, J.J, *Escritos sobre la paz y la guerra*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 40-41.

las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo”, siendo el sentido de dicha distinción el marcar el grado más extremo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación³⁹⁵.

Esto es, los conceptos de amigo y enemigo como propone CARL SCHMITT se deben considerar en un sentido concreto y existencial, no debilitando a los mismos, ni entrando a conocer los mismos en términos económicos como hace el liberalismo, sino que hay que considerar que los pueblos se agrupan como amigos y como enemigos, siendo ésta una realidad inseparable de todo pueblo que existe políticamente, a ello hay que unir que el enemigo no es un competidor o adversario cualquiera, tampoco es un mero rival de la esfera privada al que se odia o se rechaza por cuestiones de mera antipatía. El “Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público”³⁹⁶.

La idea de enemigo se muestra aquí necesariamente conectada con el plano bélico, de manera que la guerra, presupone la decisión política que señale quién es el enemigo,

³⁹⁵ Schmitt, C, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991, pp. 56-57, añádase: «El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo. En último extremo pueden producirse conflictos con él que no puedan resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero “no afectado” o “imparcial”». Respecto al pensamiento político de Schmitt, téngase en consideración su frontal oposición a los postulados liberales: «El liberalismo del último siglo ha arrastrado consigo una singular y sistemática transformación y desnaturalización de todas las ideas y representaciones de lo político. Como realidad histórica que es, el liberalismo ha podido sustraerse a lo político en la misma escasa medida que cualquier otro movimiento humano de consideración, y también sus neutralizaciones y despolitizaciones (de la educación, de la economía, etc.), poseen un sentido político. En todos los países los liberales han hecho política igual que las demás personas, y se han coaligado en las formas más diversas con elementos e ideas no liberales, formando nacional-liberalismos, social-liberalismos, conservadores libres, católicos liberales, etc. En particular se han vinculado con las fuerzas de la democracia, que no son nada liberales ya que son esencialmente políticas y conducentes, incluso, a estados totales. La cuestión es, sin embargo, si del concepto puro y consecuente del liberalismo individualista puede llegar a obtenerse una idea específicamente política. La respuesta tiene que ser negativa» (*Ibidem*, pp. 97-98).

³⁹⁶ *Ibidem*, pp. 58-59.

dado que la guerra no procede sino de la enemistad, siendo la negación óptica de un ser distinto. El conflicto bélico se conceptúa así como la realización extrema de la enemistad, si bien CARL SCHMITT aclara que “no hay que entender por lo tanto que la existencia política no sea sino una guerra sangrienta, y que cada acción política sea una acción militar de lucha, como si cada pueblo se viese constante e ininterrumpidamente enfrentado, respecto de los demás, con la alternativa de ser amigo o enemigo; y mucho menos aún que lo políticamente correcto no pueda consistir precisamente en la evitación de la guerra. La definición de lo político que damos aquí no es belicista o militarista, ni imperialista ni pacifista. Tampoco pretende establecer como ideal social la guerra victoriosa ni el éxito de una revolución, pues la guerra y la revolución no son nada social ni ideal”³⁹⁷.

La citada idea de enemistad no puede sino remitirnos a la idea de traición, en cuanto que, el autor nos dispone la posibilidad de que una fuerza política o un grupo dentro de un pueblo tenga la posibilidad de realizar por sí mismo la distinción entre amigo y enemigo, y en caso de que sea necesario hacer la guerra, ello conllevará la ruina de la unidad política, la cual quedará destruida. Siendo así, que se puede concluir que la prosperidad en sus fines por parte de los traidores, como se observa, va a atentar directamente contra la estructura política y, en su caso, la va a destruir³⁹⁸.

La destrucción del ente político, en CARL SCHMITT, se presenta como especialmente execrable en base al orden jurídico que propone, ya que el autor funda el orden jurídico

³⁹⁷ *Ibidem*, pp. 63-64. Respecto a la lucha militar Carl Schmitt, sostiene que: «no es en sí misma la “prosecución de la política por otros medios” como acostumbra a citarse de modo incorrecto la frase de Clausewitz, sino que, como tal guerra, posee sus propias reglas, sus puntos de vista estratégicos, tácticos y de otros tipos, y todos ellos presupone que está dada previamente la decisión política de quién es el enemigo. En la guerra los adversarios suelen enfrentarse abiertamente como tales; incluso es normal que aparezcan caracterizados por un determinado “uniforme”, de modo que la distinción entre amigo y enemigo no sea ya ningún problema político que tenga que resolver el soldado en acción».

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 68.

en una decisión³⁹⁹, y este elemento conecta con la noción de soberanía que, básicamente, gravita sobre la competencia para decidir sobre el estado de excepción, siendo la decisión sobre lo excepcional la decisión por antonomasia⁴⁰⁰; y es más, el Estado como unidad básicamente política tiene entre sus atribuciones esenciales la del *ius belli*, que se cifra en la potestad que tiene el propio Estado para determinar quién es el enemigo y luchar contra el mismo⁴⁰¹, a lo que el autor une la competencia de disponer abiertamente de la vida de las personas, esto es, de requerir a una parte de los miembros del propio pueblo la disposición de matar y de ser muertos, y por otro lado la de matar a las personas que se encuentren en el lado del enemigo⁴⁰².

Unido a lo anterior, se observa que, al Estado, como adalid de la normalidad, no sólo le corresponde señalar y combatir al enemigo exterior o extranjero, sino que también tiene la atribución de determinar al “enemigo interior”, calificativo éste que sin duda se puede imponer al “traidor”, toda vez que entre los objetivos de este se halla el

³⁹⁹ Vid. Schmitt, C, *Teología Política, cuatro ensayos sobre la soberanía*, Struhart & Cía, Argentina, 1998, p. 27, «El orden y la seguridad pública tienen en la realidad aspecto harto diferente según sea una burocracia militar, una administración impregnada de espíritu mercantil o la organización de un partido la que decida si el orden público subsiste, si ha sido violado o si está en peligro. Porque todo orden descansa en una “decisión”, y también el concepto de orden jurídico, que, irreflexivamente, suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares del Derecho. El orden jurídico como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma».

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 23; Schmitt, C, *El concepto de lo político*, cit., p. 75, considérese asimismo que: «La aportación de un Estado normal consiste sobre todo en producir *dentro* del Estado y su territorio una pacificación completa, esto es, en procurar “paz, seguridad y orden” y crear así la situación *normal* que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general, ya que toda norma presupone una situación normal y ninguna norma puede tener vigencia en una situación totalmente anómala por referencia a ella».

⁴⁰¹ Vid. Bodino, J, *Los seis libros de la república*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 76, «[...] lo más conveniente será especificar los derechos de la soberanía, comprendidos como he dicho bajo la ley del soberano. Tal, declarar la guerra o negociar la paz, uno de los aspectos más importantes de la majestad, ya que, frecuentemente acarrea la ruina o la seguridad del estado. Su importancia fue subrayada no sólo por las leyes romanas, sino también por las de los demás pueblos».

⁴⁰² Vid. Schmitt, C, *El concepto de lo político*, cit., p. 77, donde se dispone: «La competencia para disponer de la vida y muerte de un hombre bajo la forma de una sentencia capital, el *ius vitae ac necis*, puede estar atribuida a alguna entidad distinta de la unidad política y existente en su seno, por ejemplo a la familia o al cabeza de familia, pero en tanto subsiste la unidad política, el *ius belli* o el derecho a declarar a alguien enemigo le corresponde a ella sola. Y en rigor también el derecho a la venganza de sangre entre familias o clases debería quedar suspendido en caso de guerra, si es que la unidad política ha de mantener alguna consistencia. Una asociación humana que prescindiese de estas consecuencias de la unidad política no sería una asociación política, pues estaría renunciando a la posibilidad de marcar la pauta en la decisión de quién ha de ser considerado y tratado como un enemigo».

socavar los cimientos estatales. Así pues, CARL SCHMITT recuerda que en todo Estado existe de una forma u otra lo que en derecho romano se denominaba como declaración de *hostis*, lo cual se sustancia en la proscripción, el destierro, el ostracismo, y, en suma, en poner fuera de la ley al enemigo dentro del Estado, figura que el “traidor” parece cumplir paradigmáticamente⁴⁰³. Además, se establece que, según el grado de hostilidad del enemigo del Estado, se podría incluso llegar a la situación de guerra civil, la cual amenazará la construcción estatal como unidad política organizada, internamente apaciguada y territorialmente cerrada sobre sí, decidiéndose el futuro de la unidad a despecho de cualquier atadura constitucional⁴⁰⁴.

Amenazada la entidad política, como se acaba de indicar, la norma pierde su vigor, cediendo paso a la primacía de la “decisión”, y como indica el autor: “La existencia del Estado deja en este punto acreditada su superioridad sobre la validez de la norma jurídica. La “decisión” se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta, en sentido propio⁴⁰⁵. Ante un caso excepcional, el Estado suspende el Derecho por virtud

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 76, recoge Carl Schmitt las palabras de Lorenz Von Stein: «En el estado constitucional, la constitución es la expresión del orden social, la existencia misma de la sociedad ciudadana. En cuanto es atacada, la lucha ha de decidirse fuera de la constitución y del derecho, en consecuencia, por la fuerza de las armas». En la misma página, nos brinda el autor una serie de ejemplos históricos sobre el trato a los enemigos del “Estado”: «El caso del pefisma de Demofanto es tal vez el ejemplo más famoso de la historia Griega. Esta resolución del pueblo, adoptada por los atenienses en el año 410 a.C. a raíz de la expulsión de los Cuatrocientos, declaraba que aquel que pretendiese disolver la democracia ateniense “sería un enemigo de los atenienses”», al igual que refiere la declaración anual de guerra de los éforos espartanos contra los ilotas que residían dentro del Estado (se señala al respecto Busolt-Swoboda, G, *Griechische Staatskunde*, Beck, München, 1920, pp. 231, 532).

⁴⁰⁵ *Vid.* Schmitt, C, *Teoría del partisano*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1966, pp. 61-62, donde se ejemplifica una “decisión” para la salvación nacional: «Por otro lado tenemos un manifiesto de enemistad contra Napoleón, que data precisamente, de la primavera de 1813, y que es uno de los documentos más sorprendentes de toda la Historia del partisanismo: el edicto prusiano sobre el *Landsturm* del 21 de abril de 1813. Se trata de un edicto que firmó el rey de Prusia y que fue publicado con todos los requisitos formales en la Colección de leyes prusianas [...]. Parece increíble que el nombre de un rey legítimo aparezca debajo de semejante llamada a la guerra partisana. Estas diez páginas de la Colección de leyes prusianas pertenecen, sin duda, a las más asombrosas de todos los Boletines oficiales del mundo. Cada súbdito, dice el real edicto prusiano de abril de 1813, está obligado a oponerse al enemigo invasor con armas de cualquier clase. Se recomiendan expresamente hachas, horquillas, guadañas y escopetas. Cada prusiano está obligado, no sólo a no obedecer ninguna orden del enemigo, sino a hacerle daño con todos los medios posibles. Aún cuando el enemigo quiera restablecer el orden público, nadie le debe obedecer, porque esto facilitaría las operaciones militares del enemigo. Expresamente se dice que los “excesos de la chusma desordenada” hacen menos daño que el hecho de

del derecho a la propia conservación. Los dos elementos que integran el “orden jurídico” se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo, el caso excepcional sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos -la norma y la decisión- permanecen dentro del marco del derecho”⁴⁰⁶.

En el aspecto penal, CARL SCHMITT fundamenta sus postulados en la noción de “orden concreto”, alejándose de la lógica normativa⁴⁰⁷, la cual entiende que la realización de un delito únicamente consiste en la consumación de un caso legalmente previsto. La pena se muestra como una injerencia en la esfera de libertad del criminal, y puede ser legal o ilegal, pero el normativismo no responde más acerca de la misma. El autor apunta que “el crimen, fundado en la exigencia punitivista del Estado, se reduce de modo normativista a ser el presupuesto de la aplicación de normas, y no es ya más un orden o desorden del mismo modo que no lo es la reclamación de dote basada en los esponsales de una hija. El criminal no quebranta entonces la paz o el

que el enemigo disponga libremente de sus tropas. Se promete la protección del partisano con represalias, y se amenaza al enemigo con actos de terror. En definitiva, tenemos aquí una especie de *Carta Magna* del partisanismo».

⁴⁰⁶ Vid. Schmitt, C, *Teología Política, cuatro ensayos sobre la soberanía*, cit., p. 30. Asimismo, véase Schmitt, C, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 24-25, «Una norma puede permitirse ser tan inviolable como quiera, ahora bien, rige para una situación sólo en tanto en cuanto la situación no se haya convertido en anormal y sólo hasta que el tipo concreto que se ha presupuesto como normal no haya desaparecido. La normalidad de la situación concreta, regulada por la norma, y del tipo concreto por ella supuesto, no es un presupuesto formal de la norma del que la ciencia jurídica puede prescindir, sino de un dato jurídico intrínseco para la vigencia de la norma y una determinación normativa de la norma misma. Una norma pura, sin referencia a una situación y a un tipo de hecho, sería un absurdo jurídico».

⁴⁰⁷ Sobre esa lógica normativa, a la que se refiere Schmitt Vid. Kelsen, H, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pp. 73-74, «Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito [...]. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito».

orden, él no viola en nada la norma general como regla; él, «jurídicamente pensando», no infringe propiamente nada. Solamente una paz concreta o un orden concreto pueden ser infringidos; solamente sobre la base de un orden se puede llegar a concebir la idea del delito”⁴⁰⁸.

Dicho orden concreto en el pensamiento schmittiano encuentra claros ejemplos en la administración estatal y también -y eso aquí nos es de gran interés en lo que a nuestra temática de fondo se refiere- al ejército prusiano, ya que son considerados como verdaderos órdenes y organismos vivos, que no podían ser desnaturalizados por los principios normativistas o positivistas. De esta cuestión, se pueden ver ejemplos claros en los conceptos como “poder organizativo”, “de servicio”, “de prestación” y otra serie de conceptos, lo que hoy podríamos considerar en muchos casos como conceptos jurídicos indeterminados, y que son descriptivos según el autor del pensamiento del orden, constantes e inmanentes en el derecho público de un Estado, el cual hace viable la existencia de un organismo estatal administrativo⁴⁰⁹.

Otro baluarte del “orden”, como se ha señalado, fue el ejército prusiano⁴¹⁰, que se alzó como una institución independiente de las ideas normativistas del Estado de derecho

⁴⁰⁸ Schmitt, C, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 18-19. Asimismo, dispone el autor ciertos ejemplos en los que abomina del normativismo: «La convivencia de los cónyuges en un matrimonio, los miembros de una familia, los parientes dentro de una estirpe, los miembros de una clase, los funcionarios de un Estado, los sacerdotes de una Iglesia, los compañeros de un lugar de trabajo, los soldados de un ejército no pueden quedar reducidos a una ley funcional predeterminada, ni a una regulación contractual. La mayoría de las costumbres, regulaciones y cálculos dentro de un orden pueden y deben servirle, pero no crear y agotar la esencia de ese orden. El orden interno concreto, disciplina y gloria de toda institución, mientras dure la institución, repugna cualquier intento de normación y regulación total; coloca a todo legislador y a todo el que aplica la ley ante el dilema de o bien aceptar y utilizar los conceptos jurídicos concretos que vienen dados con la institución, o, por el contrario, destruir la institución misma» (*Ibidem*, pp. 20-21).

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 57.

⁴¹⁰ Vid. Gómez Orfanel, G, «Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt», en *Revista de estudios políticos*, núm. 123, 2004, p. 252, «Schmitt considera a Prusia, y al imperio por añadidura como un Estado militar o militarista (*Soldatenstaat*), y ésta es la categoría fundamental a la que se contraponen otras como Constitución y Estado de Derecho. El Ejército, lo militar, forma parte del núcleo duro del Estado, asociado con el ámbito del Gobierno, del Poder Ejecutivo, del monarca en suma, y por tanto puede también contraponerse Estado a Sociedad, a representación popular, o si se prefiere, monarquía prusiana militar y burocrática frente a movimiento liberal y constitucionalista burgués».

liberal, y en ese sentido alude Schmitt a las contraposiciones acaecidas con ocasión de la regulación de la disciplina militar y de la justicia militar en los años 1872 y 1873 y de la orden del Káiser sobre el tribunal de honor del 2 de mayo de 1874; de manera que conceptos como el de jefatura, comandancia, orden superior, general de operaciones, o juez supremo no podían -según indica el autor- ser separados los unos de los otros sin destruir a la propia institución castrense. SCHMITT afirma que: “La necesidad de una jefatura en cada unidad y agrupación de orden concreta muestra aquí su relación interna con los conceptos de disciplina y honor”; estos conceptos sin embargo no resultan tan claros en el pensamiento constitucional normativista donde toda jurisdicción se muestra como una función “estrechamente ligada a la norma” y por tanto separada de la jefatura. Dicha idea de “líder” o de “jefe” se muestra ajena al precitado ideal normativo, en cuanto se exige el juramento a la ley de leyes, esto es, a la Constitución que a la sazón se halle vigente, en vez de a un líder; asimismo, cobra primacía la teoría de la división de poderes, separándose la justicia y la administración, haciéndose necesaria una mayor separación entre jurisdicción militar, jurisdicción de honor y jefatura militar.

Frente a ello, el profesor de Plettenberg es meridianamente claro al respecto: “Para el rey de Prusia, por el contrario, cada sentencia del tribunal de honor y cada nombramiento de un juez militar eran del mismo modo una competencia de su jefatura militar, como lo era una orden general sobre un juicio de honor y sus principios. Para la conciencia jurídica de un rey prusiano que piensa en el orden concreto del ejército prusiano era evidente que es jurídicamente imposible e impermisible separar la jefatura

militar, el ejercicio de la disciplina, la cualificación de los oficiales y las cuestiones del tribunal de honor”⁴¹¹.

Bajo los principios expuestos, CARL SCHMITT nos expone la relevancia de la traición militar, ya que la idea de fidelidad en su dogmática es nuclear, idea que aparece inseparable a los conceptos como disciplina, honor y mando militar. Se afirma, que la nueva comunidad de vida ha revitalizado el pensamiento de orden concreto⁴¹², siendo así que “el movimiento” jura una inquebrantable fidelidad al “líder”, lo cual conllevará que la deserción o la traición no sea un delito sin más, sino que nos encontremos presentes ante una “esencial injusticia”, “un crimen de perjurio e infidelidad”⁴¹³.

Otro elemento muy relevante en SCHMITT es el evidente debilitamiento del clásico aforismo *nulla poena sine lege* tan característico del ámbito liberal, alzándose el delito en sí mismo como una verdadera traición a la comunidad, al orden de convivencia y en suma al “orden concreto” subyacente⁴¹⁴, conceptos éstos que tuvieron cumplida aplicación en el derecho penal de aquel entonces.

⁴¹¹ Schmitt, C, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 57-58.

⁴¹² Léase Alemania 1934.

⁴¹³ Schmitt, C, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 59. Vid. Asimismo, cómo relata el autor en las postrimerías de la precitada obra la situación jurídica de su patria: «En Alemania se puede ver hoy del modo más claro en qué medida ha llegado a su fin el tiempo del positivismo jurídico. En todas partes y en todos los campos de la vida jurídica penetran las llamadas “cláusulas generales” en detrimento de la “seguridad” positivista: conceptos indeterminados de todo tipo, reenvíos a medidas y conceptos extralegales como buenas costumbres, lealtad y buena fe, exigibilidad y no-exigibilidad, razón suficiente, etcétera, que suponen una renuncia al fundamento del positivismo, a saber, la decisión legal, a la vez contenida y desvinculada de la norma. Ni la legislación ni la jurisdicción podrían prescindir de ellas» (*Ibidem*, p. 67).

⁴¹⁴ Vid. De la Mora, G, *Schmitt y la Democracia*, en Negro Pavón, D (Coord), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid 1996, pp. 123-124, quien recoge las líneas maestras recogidas por Carl Schmitt en su obra *Estado, movimiento y pueblo* de 1933, entre las cuales cabe destacar las siguientes: «La Constitución de Weimar carece de validez, todo el sistema demoliberal de ideas se ha derrumbado, [...]. El canciller es ahora una magistratura distinta y superior a la prevista por el artículo 56 de la Constitución de Weimar, entre otras razones porque se ha abolido la distinción entre poder ejecutivo y legislativo [...]. En el canciller hay una unión personal entre la jefatura del Estado y la del Partido. El Estado se organiza con arreglo al principio de liderazgo y la elección desde abajo con los demás residuos del pasado electoralismo han concluido; la elección ha sido reemplazada por la selección. Acaudillar no es mandar, dictar, regir de un modo burocrático y centralizado, ni ningún tipo de dominio; es identificación del líder con sus partidarios lo que imposibilita la tiranía y la arbitrariedad».

Sobre la transformación operada en el ámbito punitivo, describe diversas notas fundamentales, siendo así que en primer lugar se destaca la desaparición del método de formación de conceptos descriptivos de tipos fácticos firmes, así como el ideal de objetividad, y la proliferación de delitos de carácter “indeterminado” como la deslealtad o la traición a la nación⁴¹⁵, amén de la incorporación de los denominados como elementos normativos del delito en oposición a los llamados elementos descriptivos⁴¹⁶.

3.2 A MODO DE EXCURSO. LA ESCUELA DE KIEL Y EL CONCEPTO DE TRAICIÓN

Rompiendo la línea del discurso precedente, pero, en relación directa con el último de los autores tratados, se considera necesario hacer una mención a la llamada Escuela de Kiel, ello por el peculiar sentido que en dicha escuela se da a la traición, que no es otro que el considerar dicho término no desde su posición como delito sustantivo, sino entendiéndolo que, en esencia, todo delito se muestra como una traición a la comunidad.

⁴¹⁵ Vid. Schmitt, C, *La dictadura*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 225-227, donde se expone la existencia de tribunales prebostales, los cuales eran tribunales militares extraordinarios que, en caso de una perturbación de la seguridad pública, sentenciaban en primera y última instancia, tanto si los criminales eran civiles o soldados. Al hilo de dicha excepcionalidad, se señala el trato dado frente a los criminales contra la patria: «Allí donde todavía está viva la representación de que mediante un determinado acto se coloca uno fuera de la ley, allí donde su autor se convierte ipso facto en proscrito, hostis, rebelde o enemigo de la patria, dicho autor es, según esta idea, un fuera de la ley, y objeto sin más de ejecución por parte de cualquiera [...]. En los siglos XVII y XVIII es proclamado el derecho de disparar inmediatamente sobre el desertor fugitivo o sobre un soldado que muestra cobardía ante el enemigo o sobre un traidor, en caso de necesidad, aduciendo que tal hombre es un “infame” y fuera de la ley. Pero con frecuencia se formula también la ficción de un fallo pronunciado inmediatamente y ejecutado inmediatamente. De cuando en cuando aparecen una junto a otra ambas declaraciones: cuando en casos extraordinarios se captura en el acto a un infame o traidor a la patria notorio y cuando el “hecho es en sí acusador y testigo”, entonces el abatimiento del culpable puede ser uno facto sentencia y ejecución, fallo y cumplimiento del mismo. El oficial, especialmente, puede abatir al traidor in flagranti».

⁴¹⁶ Schmitt, C, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., pp. 68-69, añade el autor que: «De aún mayor importancia sistemática es el cambio en las relaciones entre la parte general y especial del código de derecho penal, como ya se pone de manifiesto en el memorándum del derecho penal nacionalista de otoño de 1933, con la dirección del ministro de justicia prusiano Kerrl. En este código comienza la normativa penal, no con una parte general, sino con los distintos hechos punibles. El aislamiento de conceptos “generales” como culpa, cooperación, tentativa, del delito concreto como alta traición, robo o incendio, ya no aparecen hoy como una clarificación conceptual o como una garantía de mayor seguridad jurídica y precisión, sino, antes bien, como una abstracción artificial y absurda, desconectada de las relaciones vitales natural y realmente dadas».

La Escuela de Kiel también fue denominada Escuela fenomenológica, intuitiva o irracionalista, y fue la dirección dogmática principal durante el Tercer Reich, destacando entre sus representantes Schaffstein y Dahm⁴¹⁷.

Respecto a las líneas fundamentales de pensamiento de la escuela, se hallaba la preponderancia del principio inquisitivo frente al acusatorio liberal, la prevalencia de un derecho autoritario, la defensa de la pena de muerte, y la concepción de que el Derecho penal tenía como fin más primordial el de la defensa del pueblo⁴¹⁸. A ello, debe unirse que se concibió al pueblo como la fuente de toda concepción jurídica, incluido el Derecho penal, siendo aquel una unidad de sentido, un todo espiritual, y, en suma, una realidad concreta espacial del espíritu objetivo.

El Derecho se concibió como un orden jurídico y moral, formando una unidad, así, derecho y sano sentimiento popular fueron fuentes del conocimiento del derecho vivo. El juez, tenía por misión realizar en cada caso particular el concreto derecho y la moral popular, teniendo como horizonte la comunidad popular y el deber de fidelidad del individuo a la misma. El Derecho penal⁴¹⁹ se convirtió en uno de los medios de

⁴¹⁷ Jiménez Segado, C, «Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 62, núm. 1, 2009, p. 465; en torno a dichos autores véase Dahm, G, & Schaffstein, F, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933; Dahm, G, *Gemeinschaft und Strafrecht*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1935; Dahm, G, «Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft», in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938; Dahm, G, *Der Tatertyp im Strafrecht*, Th. Weicher, Leipzig, 1940; Schaffstein, F, «Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems», in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938; Dahm, G, *Verbrechen und Tatbestand*, Junker und Dünhaupt, Berlin, 1935.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 466.

⁴¹⁹ Vid. Fornasari, G, «Derecho penal liberal y derivas autoritarias», en *Revista Electrónica de Derecho penal y criminología*, núm. 16-01, 2014, pp. 2-3, donde recoge que: «Heinrich Henkel había condensado las líneas directrices del programa penal del nacionalsocialismo, y donde afirmaba lo siguiente: “El Estado de Derecho de estampa liberal, caracterizado por la supremacía del Poder legislativo sobre los otros dos Poderes, es reemplazado por un tipo de Estado en que el Gobierno domina al Parlamento y a la magistratura. Rotas quedan todas las razones que postulan un Código penal en que estén previstas taxativamente las acciones criminosas y las penas. También el nuevo tipo de ciudadano, que se ha venido formando en estos años, ya no requiere, para los efectos de su propia seguridad jurídica, del principio de legalidad. Analogía, costumbre, conciencia popular serán las fuentes del nuevo Derecho penal alemán. Sin embargo, dada la subordinación política del órgano judicial al órgano ejecutivo, la última fuente del Derecho penal hitleriano habrá que hallarla en la orden con que se expresa la actividad

lucha por lo que se denominaba la elevación ética del pueblo, no teniéndose además tanto en cuenta el resultado del delito como la exteriorización de la voluntad criminal⁴²⁰.

Para arrojar luz sobre esta idea, puede ser útil recordar unas palabras de KARL LARENZ⁴²¹ en aquellos momentos, en el prólogo de una obra en la que participaban Dahm y Schaffstein: “El Derecho como concreción del espíritu nacional es a un tiempo idea y realidad. Esto no debe entenderse en el sentido de que ambos momentos sean susceptibles de ser separados entre sí o de que sólo ulteriormente en el concepto del Derecho se vean unidos. La idea no ha de ser comprendida aquí como un principio abstracto o incluso como una mera representación, sino como la potencia creadora de un espíritu nacional vivo; y la realidad, a su vez, no como una existencia externa, sino como la manifestación de la idea, como concreción. Sólo de este modo puede ser comprendido el concepto de un orden concreto”⁴²².

Volviendo a la idea principal, lo que resulta relevante de esta escuela es la peculiar concepción del delito, la cual gravita en torno a la idea de que es una verdadera traición a la comunidad, al igual que también se concibe en dicha escuela que el peor crimen

de los órganos de un Estado autoritario” (Henkel, H, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934, p. 70). Asimismo, cabe señalar que las publicaciones de Henkel vinculadas al “nuevo Estado” estaban más enfocadas al ámbito procesal.

⁴²⁰ *Ibidem*, pp. 467-468.

⁴²¹ Vid. Frassek, R, «Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de posguerra», en *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, núm. 9, 2007, que recoge el siguiente manifiesto del profesor Larenz: «Es convicción común de los colaboradores de este tomo que la ciencia jurídica alemana se encuentra en un momento decisivo de su desarrollo, que la misma tiene que volver a empezar desde el principio, que, sin embargo, también está destinada a avanzar en la lucha de nuestro tiempo a favor de un pensamiento jurídico alemán acorde a la raza que sea al mismo tiempo “concreto” y “global”» (Larenz, K, *Prólogo*, en Dahm, G, Schaffstein, F, *et al.*, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker & Dünhaupt, Berlin, 1935).

⁴²² Larenz, K, *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Editorial Reus, Zaragoza, 2008, pp. 267-268.

que puede cometer un sujeto es el de la traición a la comunidad⁴²³; la lealtad conforma aquí uno de los principios fundamentales y debe ser tanto hacia el pueblo como hacia el Estado⁴²⁴.

Señala JIMÉNEZ SEGADO que: “El concepto de delito, para este Derecho penal de autor, era un concepto total y concreto (*ganzheitliches und konkretes täterstrafrecht*), en cuya definición no tenían cabida ninguno de los elementos de la dogmática tradicional (acción, antijuricidad, tipicidad, culpabilidad). Es más, en palabras de

⁴²³ Aguilar Blanc, C, «La fundamentación teórica del terror de Estado en la filosofía jurídica nacionalsocialista de Karl Larenz», *Revista internacional de pensamiento político*, Vol. 9, 2014, p. 238.

⁴²⁴ Al respecto, y teniendo en cuenta la distancia ideológica y temporal *Vid.* Fichte, J.G, *Discursos a la Nación Alemana*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 140-141, donde se sitúa el discurso octavo relativo al amor a la patria, y donde se relata en términos metafísicos la conexión del hombre y su patria, el cual reza así: «Según esto, la fe del hombre noble en la permanencia eterna de su efectividad también en esta tierra, se basa en la esperanza de la permanencia eterna del pueblo a partir del cual él mismo se ha desarrollado, y en la esperanza de su peculiaridad según aquella ley oculta, sin mezcla ni corrupción de nada extraño ni de algo que no pertenezca al cuerpo total de esta legislación. Esta peculiaridad no es más que lo eterno, a lo cual él confía su propia eternidad y la eternidad de su efectividad, el orden eterno de las cosas en que basa su eternidad; tiene que desear la permanencia, pues ella es para él el único medio liberador con que se amplía en una vida duradera el corto período de su vida aquí en la tierra. Su fe y su afán de sembrar lo imperecedero, el concepto con que comprende su propia vida como eterna, son el vínculo que le une íntimamente primero a su nación y, por medio de ella, a toda la humanidad, y que introduce en su corazón ensanchado todos los anhelos de la nación hasta el fin de los días. Este es su amor a su pueblo, ante todo el respetarle, confiar en él, alegrarse por él, sentirse honrado por tener su origen en él [...]. La vida, simplemente como vida, como continuación del ser cambiante -sin esto no ha tenido nunca para él ningún valor- sólo la ha querido como fuente de lo duradero; pero esta duración sólo se la garantiza la continuidad independiente de su nación; para salvarla tiene él incluso que querer morir para que ésta viva y él viva en ella la única vida que ha deseado desde siempre. Así es, El amor que verdadero amor y no simplemente una concupiscencia pasajera, nunca se adhiere a lo transitorio, sino que se despierta, inflama y reposa tan sólo en lo eterno [...]. Por ello hay que compadecer a un hombre al que, como a éste, no se le haya legado una patria, a quien se le ha transmitido una patria y aquel en cuyo ánimo penetran cielo y tierra, lo visible y lo invisible, creando de este modo un cielo verdadero y sólido, ése lucha hasta la última gota de su sangre para, a su vez, transmitir íntegramente a sus descendientes la propiedad querida». Asimismo, considérese la preponderancia que Fichte da al Pueblo, así dispone: «Pueblo y patria en este sentido, como portadores y garantía de la eternidad terrena y como aquello que puede ser eterno aquí en la tierra, son algo que está por encima del Estado en el sentido habitual de la palabra», y «El Estado como mero gobierno de la vida humana que se desarrolla en el regular camino de la paz, no es algo primero y existente para sí, sino que es simplemente el medio para el objetivo superior de la educación, que avanza eternamente y con regularidad, de lo puramente humano de esta nación; que sólo la visión y amor a esta formación eterna es quien debe dirigir en todo momento, incluso en épocas de paz, la fuerte vigilancia sobre la administración del Estado y es sólo ella quien puede salvar la independencia del pueblo cuando se encuentra en peligro» (*Ibidem*, pp. 142-150). *Cfr.* Hegel, G.W.F, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, Edhasa, Barcelona, 1999, p. 370, «El Estado, en cuanto realidad de la voluntad sustancial, realidad que ésta tiene en la autoconciencia particular elevada a su universalidad, es lo racional en y por sí. Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado».

Dahm, el concepto y término *Tatbestand* (tipo delictivo) debían desaparecer de la dogmática del Derecho penal. El delito es ante todo una traición (Verrat), o una infracción de un deber de fidelidad a la comunidad⁴²⁵.

Recogiendo también las ideas de Schaffstein y Dahm, RODRÍGUEZ DEVESA menciona que la escuela de Kiel consideró que el concepto delito al que se había llegado en los años treinta era expresión de una visión liberal, individualista, abstracta, y normativa del derecho; a lo cual se opuso dicha escuela propugnando una visión extremadamente crítica a la noción de bien jurídico⁴²⁶, y una consideración del derecho penal basada en el “decisionismo” y “un orden concreto”. Se llegó a la conclusión de que la sustancia, la esencia del delito, no podía ser hallada “lógicamente”, llegándose a identificar la esencia de los institutos jurídicos con su “nombre”. El delito pasó así a ser un todo orgánico, una especie de bloque monolítico, cuyos componentes no era posible escindir. Su esencia era la traición o la infracción de un deber de fidelidad al Estado, trasladándose a un segundo plano el tipo legal y empleando como instrumento de conocimiento la intuición, circunstancia que deparó mayores atenciones al autor. En este sentido, ya no se conocía sobre la realización de una conducta descrita y penada por la ley, sino que se consideraba si el sujeto reunía las condiciones en que el legislador pensó al tipificar la conducta, si se daba en él el tipo de autor para el que estaba prevista la pena que la ley señalaba⁴²⁷. Triunfó de esta manera un Derecho penal

⁴²⁵ Jiménez Segado, C, «Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel», cit., pp. 473-474; *Vid.* Telp, J, Ausmerzung und Verrat: zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999, pp. 75-79.

⁴²⁶ *Vid.* Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Editorial Losada, Argentina, 1964, p. 39, «Los tiempos en que la doctrina del bien jurídico se consideró como pieza indispensable del derecho penal, viéronse seguidos por la moda totalitaria, en que fueron radicalmente negados. No sólo ocurrió así entre los penalistas del Tercer Reich -Schaffstein, Dahm, etc.- sino entre sus seguidores españoles, que reemplazaron el concepto del delito como lesión del bien jurídico, por el de violación del deber». Asimismo, sobre el derecho penal nacionalsocialista, el mismo autor en *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Editorial Losada, Argentina, 1964, pp. 174-193.

⁴²⁷ Serrano Maíllo, A, «Elementos de autor en el asesinato», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 14, 1999, p. 435, «Dahm es quien desarrolla la teoría del tipo normativo de autor; no siendo

de autor, voluntarista, en el que no predominaba la letra de la ley sino la ética-social, el “sano sentir del pueblo”⁴²⁸.

JIMENEZ DE ASÚA por su parte pone el acento en la alteración del concepto del delito, procediéndose a demoler el concepto de tipicidad por autores como Dahm que se muestra extremadamente crítico con posiciones como la de Beling, ya que acusa a éste de no haber tenido en cuenta más que los hechos, generándose una concepción abstracta del delito que únicamente toma en cuenta las consecuencias exteriores del acto haciendo abstracción del culpable. Para Dahm debe apreciarse el acto individual en sus relaciones con la comunidad, más concretamente con la comunidad de raza. El derecho es orden, y el delito es desorden. Así, el hecho de matar a un hombre sólo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido o está en riesgo de sufrir un perjuicio por ese acto, de forma que todos los demás criterios que supongan noción de “valor” deben rechazarse. Quienes se adhieren a esta doctrina deben basarse no en las nociones jurídicas provenientes de una realidad empírica, sino en un “orden moral” que surge del pueblo y de la raza⁴²⁹.

suficiente la ejecución de los elementos del tipo, sino que han de concurrir una serie de condiciones personales del sujeto, como ladrón, asesino, etc., las cuales se extraen en referencia al hecho concreto cometido. Dicho con otras palabras, no es suficiente con la mera realización formal de los hechos descritos por la Ley, sino que además debe poder afirmarse el tipo (normativo) de autor definidos en la misma, interpretación ésta que se realiza desde el punto de vista del espíritu jurídico popular».

⁴²⁸ Rodríguez Devesa, J.M, *Derecho penal español, parte general*, Editorial Castilla, Madrid, 1970, pp. 267-269.

⁴²⁹ A ello añade Jiménez de Asúa: «La Alemania de Hitler, como la Unión Soviética, al construir sus derechos autoritarios, destruyen los principios en que se apoyaba el liberalismo penal. En orden al problema que aquí nos ocupa podemos repetir con el Profesor Sebastián Soler, que las legislaciones autoritarias de Rusia y del Reich alemán rechazan “la tipicidad objetiva por cuanto limita las facultades del Estado y no le permiten atrapar en su origen, en sus manifestaciones primarias, lo que puede ser un ataque posible al orden jurídico-político. Tienden pues ambos, en este último aspecto, a eso que hemos llamado ascetismo: a la captación de las intenciones y de los propósitos de los hombres antes de que tengan una manifestación exterior”». (Vid. Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Editorial Losada, Argentina, 1951, p. 674; asimismo véase Soler, S, «Derecho penal liberal, soviético y nacionalsocialista, en *Revista Cursos y Conferencias*, 1937, p. 372).

Igualmente, nos señala que autores como Mezger⁴³⁰ mutaron sus conceptos para ahorrarlos a la época, modificando éste también su concepción del delito, siendo para el autor en un primer momento el delito “la acción típicamente antijurídica y culpable”, para posteriormente afirmar que el “acto penal es un hacer u omitir, de un determinado autor, antijurídico-típico, personalmente imputable y sancionado con una pena”⁴³¹; poniéndose así especial énfasis en el subjetivismo, el cual se abrió paso en la noción de delito avasallando a los elementos objetivos⁴³².

Como conclusión JIMENEZ DE ASÚA, nos brinda que las incursiones ideológicas mencionadas en el derecho penal tuvieron como resultado más evidente y relevante el de la proclamación del delito como conjunto, señalado ello por Edmund Mezger en las

⁴³⁰ Sobre Edmund Mezger véase Muñoz Conde, F, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

⁴³¹ Sobre el concepto de delito véase Mezger, E, *Derecho penal, parte general*, Editorial bibliográfica argentina, 1958, pp. 82-83, «El hecho punible es, por lo tanto, una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con una pena. El hecho punible es acción en el sentido amplio del término. Esto significa, como ya hemos dicho, que el hecho punible, el “crimen” es siempre conducta humana. En el sentido estricto del término se entiende por acción solamente el hacer activo, en tanto que la teoría de la acción en sentido amplio abarca también el omitir [...]. El hecho punible es acción antijurídica, es decir injusto. Con esta expresión se hace referencia al aspecto externo (injusto objetivo), como así también al aspecto interno del injusto (elementos subjetivos del injusto), que se presenta con carácter de excepción [...]. El hecho punible es también acción imputable. La teoría de la culpabilidad deduce el requisito de la imputación personal del hecho punible el concepto más limitado, práctico y esencia de la acción culpable y trata en particular de la imputabilidad, de las formas de culpabilidad (el dolo y la culpa) y de las causas de exclusión de culpabilidad. Finalmente, el hecho punible es acción conminada con pena. Ha sido puesta en duda la legitimidad de esta última característica en la definición del hecho punible. Se ha considerado que aquí existe una tautología que debe evitarse (hecho "punible" y hecho conminado con "pena"), y una definición carente de pureza desde el punto de vista de la lógica, mediante la cual lo que constituye el objeto de la propia definición -el hecho punible- se define por sus consecuencias jurídicas y no, como debe ser, determinando sus características».

⁴³² Vid. Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 55, 63-64, dónde el autor se refiere a otros casos similares: «Helmuth Mayer hiere también profundamente las laboriosas y certeras construcciones del delito hechas por sus compatriotas no autoritarios, y nos dice que el acto criminal es una “acción típicamente antijurídica y responsable” aludiendo con ello, en primer término al derecho voluntarista que trata de atrapar la voluntad criminal donde quiera que se encuentre [...]. Sólo el profesor austríaco F. Kadecka [...], pretende hacer compatible la definición belingniana del delito con el derecho voluntarista, defendiendo la construcción de Beling contra las objeciones terminológicas, metódicas y esenciales que se le hicieron. Pero cree en la necesidad de reformarla en un punto: en lo tocante a la consideración del delito como acto culpable. Según observa Kadecka esto era cierto en los tiempos que Beling escribía; pero después de promulgada la ley alemana sobre los delincuentes peligrosos del año 1933 en que se otorga carta de naturaleza, con suma extensión, a las medidas de seguridad y de enmienda, no es posible seguir diciendo, con el mismo sentido de antes, que el delito es un “acto culpable”, puesto que aquellas medidas se aplican aún en el caso en que los sujetos temibles sean inimputables. Por eso Kadecka, según lo expuesto ya en un trabajo anterior, afirma que la imputabilidad no es una característica del acto, sino del que actúa, que es una cosa bien distinta».

páginas de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*⁴³³, abominándose de la que se llamó la teoría atomizadora del delito, a lo que se unió la primacía del Derecho penal de autor sobre el de los actos⁴³⁴.

El ámbito procesal penal también se vio modificado para servir a la concepción del derecho señalada, siendo así que durante el período nacionalsocialista el ministerio público recibió amplios poderes, quedando en situación de monopolio en favor del ministerio público el ámbito de las actuaciones preliminares, y dejándose al juez como único “señor del procedimiento principal”, del modo que se evitaba así un control recíproco entre los órganos. A partir de 1935, se consolidó con fuerza la posición del Fiscal, entregándose a éste la facultad de perseguir acciones que no estuvieran legalmente amenazadas con una pena si, con el empleo de la analogía penal, la acción mereciese una sanción según el sano sentir popular⁴³⁵.

El objetivo que atribuían los nacionalsocialistas al Ministerio Público se manifiesta más claramente en la caracterización que hacían los autores nacionalsocialistas. Floegel lo veía como “el brazo de la dirigencia estatal del pueblo en el ámbito de la justicia penal”, Freisler⁴³⁶ lo calificaba como “la tropa militar de la justicia” y para

⁴³³ Respecto a dicha revista y la obra de Fran Von Liszt véase Frisch, W, «Fran Von Liszt- Obra e influencia», en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2017, pp. 3 y ss.

⁴³⁴ Vid. Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 64, 266-278.

⁴³⁵ Lamadrid Luengas, M.A, *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2015, pp. 106-107.

⁴³⁶ Vid. Cattaneo, M.A, *Carl Schmitt y Roland Freisler: La doctrina penal del nacional- socialismo*, en Nieto Martín, A (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 149-150, donde se recoge respecto a Freisler que: «Afirmaba que el Derecho penal es el espejo de la actitud del pueblo: “*Strafrecht ist ein Spiegelbild der seelischen Haltung des Volkes*”, así como disponía que el Derecho penal del Estado totalitario se caracteriza por tutelarse al pueblo mismo, su comunidad de sangre y su destino: “*Schutz des Volkes selbst, seiner Bluts und Schicksalsgemeinschaft*”. En un trabajo publicado en 1935, *Schutz des Volkes oder des Rechts brechers?*, concluye afirmando que el nacionalsocialismo debe construir el Derecho penal a partir de un concepto material de antijuricidad que sustituya al concepto formal: “*Der Nationalsozialismus will und muss im Strafrecht den formellen Rechts –und Unrechtsbegriff überwinden und ersetzen durch die Herrschaft des materiellen Rechts– und Unrechtsbegriffes. Dieses materielle Rechts und Unrechtsbegriff wurzelt in der völkischen Sittenordnung*”. En otro artículo que data también de 1935, titulado *Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland*, Freisler se ocupa especialmente de la contraposición entre el concepto “formal” y el concepto “material” de Derecho. Al

Jung era “el pelotón de asalto de la moderna justicia penal que luchaba por la dirección política en el frente de avanzada”. El ministerio público se debería aprovechar, pues, como un órgano de lucha política para el control e influencia de los tribunales⁴³⁷.

Por último, respecto al delito como traición, debe tenerse en cuenta que ya el propio SCHAFFSTEIN realizó una corrección de la tesis del delito en dicho sentido, siendo así que, si bien la idea de traición como lesión del deber de confianza caracterizó el nuevo contenido del delito en un sentido amplio⁴³⁸, se subrayó que una comprensión de cualquier delito como traición en un sentido concreto “requeriría tal inflación del concepto de infidelidad que reduciría su valor”⁴³⁹; usándose, como ejemplo, el delito de hurto entre camaradas del Código penal militar, así, si cualquier hurto es una traición concreta ello dispararía la especialidad del delito militar⁴⁴⁰.

3.3 CONCLUSIONES

I. Nos hallamos aquí ante un delito que hunde sus raíces y va directamente unido con el ámbito de lo “político”, con el concepto de Estado y la estructura que este adopta, y finalmente todo ello coronado con la estructura castrense ya que el objeto de estudio aquí se dirige hacia la particularidad de lo militar, no obstante, creo poder sostener que llegados a la esencia, fundamento, o pilares básicos del ilícito, lo militar aparece

espíritu del Derecho penal nacionalsocialista le importa menos la claridad de las determinaciones legislativas que la justicia material, que tiene como fuente el sano sentimiento del pueblo: “*die materielle Gerechtigkeit ... die an Hand des gesunden Volksempfindens jeweils festzustellen ist und die das gesunde Volksempfinden als Rechtsquelle anerkennt*”. La certeza del Derecho para el ciudadano queda garantizada mediante la seguridad de la vida del pueblo. Semejante doctrina no puede dejar de influir en la técnica de redacción de las leyes penales: las cláusulas generales (*Generalklauseln*), la admisión de la analogía (*Zulassung der Analogie*), el reconocimiento del sano sentimiento del pueblo como fuente del Derecho (*Anerkennung des gesunden Volksempfindens als Rechtsquelle*) son criterios admitidos en el Derecho penal del nacionalsocialismo. En consecuencia, la vinculación del juez a la ley se transforma en vinculación al Derecho, pues es éste el medio para lograr la justicia material.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 108.

⁴³⁸ *Vid.* Schaffstein, F, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Dünker und Dunhaupt, Berlín, 1933, pp. 11-12.

⁴³⁹ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 13.

desplazado en atención a las bases dogmáticas del poder y de la estructuración social que no es sino el objeto de protección final del ilícito y su razón de ser, ya sea cometido por quien tenga la condición de “servidor” de la patria uniformado, o bien por cualquier otra persona sin dicha condición.

II. Como se ha expresado *supra*, MAQUIAVELO ya ponía el acento en la traición como elemento disruptivo del poder, poniendo a las “armas” como un instrumento político, el cual podía operar fácilmente cambios en la cristalización del poder por medio de su acción, debiendo ser por tanto ocupación del soberano una honda preocupación por lo castrense que podía ser el fundamento de su ruina. En cualquier caso, el autor establece la traición como un elemento ínsito en la naturaleza humana, poniendo al hombre como un ser ávido de poder tendente a la traición, apoyándose en un concepto cíclico de la historia y presentando a esta como *magistra vitae*.

III. THOMAS HOBBS centra su discurso en el “contractualismo”, en el pacto creador del ente supremo estatal que sujete a los hombres, debiendo estos rendir pleitesía a la estructura social; en base a ello, lógicamente cualquier ataque de entidad ya sea una rebelión o una traición se tiene por el peor delito que se puede cometer, expulsado al criminal del círculo normativo ordinario y configurando al infractor como un “enemigo del estado”, o incluso si se quiere como una anomalía social a destruir; el autor así en pro de la conservación del Estado legitima la más severa persecución contra el traidor.

IV. JOHN LOCKE por su parte radica sus teorías en torno a la idea de propiedad, convirtiéndose la misma en un elemento inalienable, y girando la configuración social en torno al respeto de dicho derecho, y cobrando la fidelidad un cierto sentido mercantilista, que si bien puede parecer excesivo, en última instancia no parece

alejarse tanto de la condición humana⁴⁴¹. Para el autor, la idea de libertad es fundamental, de manera que si alguien de la sociedad civil, se propusiera privar a los miembros de la sociedad o del Estado en cuestión de la libertad que les pertenece, debe suponerse que tiene intención de quitarles todas las demás cosas, y consecuentemente debe ser considerado en estado de guerra con la sociedad. La creación de la sociedad política por medio de la transferencia de poder de los individuos se muestra como esencial para la salida del llamado estado de naturaleza teñido este de hostilidad y de inseguridad, siendo así que el hombre renuncia a una serie de “poderes” para unirse en sociedad.

Pues bien, de estas breves ideas no es difícil inferir que el delito que aquí nos atañe incide directamente contra la construcción social, hallándonos por tanto ante un crimen nefando.

V. ROUSSEAU con su contrato social se muestra ciertamente radical con las ideas en torno a la fidelidad con la patria, ya que cualquier desviación del individuo respecto a la sociedad a la cual se adhiere se castiga como una auténtica traición, tratándose al infractor como un auténtico enemigo social. Ello no obstante se muestra como absolutamente coherente con las teorías del autor por cuanto para que el “mecanismo” y construcción social que propone pueda prosperar requiere de una total devoción de sus miembros que ciertamente gozaran de amplios beneficios al pasar a formar parte de una estructura social amplia. En cualquier caso, como es lógico, la devoción del individuo con esta estructura es un pilar fundamental de las teorías del autor y por tanto toda traición al “contrato” encuentra cumplida respuesta, situando al infractor en una

⁴⁴¹ No obstante, extiende el autor el concepto de “propiedad” a la vida, libertades y bienes. *Vid.* Locke, J, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Universidad nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2005, p. 144.

posición de verdadera “enemistad” con la sociedad que gozará de los instrumentos más amplios para actuar contra aquel.

VI. Por último, respecto a CARL SCHMITT no es difícil columbrar que por la perspectiva en la que contempla al Estado, atribuye un especial relieve a la traición, y esto se puede extraer en afirmaciones de su obra, así en *Teología Política* se dispone que: “Cuando esto ocurre, es evidente que mientras el Estado subsiste, el derecho pasa a segundo término. Comoquiera que el estado excepcional es siempre cosa distinta de la anarquía y del caos, en sentido jurídico siempre subsiste un orden, aunque este orden no sea jurídico. La existencia del Estado deja en este punto acreditada su superioridad sobre la validez de la norma jurídica. La decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta, en sentido propio. Ante un caso excepcional, el Estado suspende el Derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos que integran el concepto de “orden jurídico” se enfrentan uno con el otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo [...] ambos elementos -la norma y la decisión- permanecen dentro del marco del Derecho⁴⁴².”

Así, desde la preponderancia del Estado resulta fácil afirmar que el mismo deberá perseguir severamente al traidor y proscribirle como “fuera del derecho” al convertirse aquel en un auténtico enemigo del Estado, debiendo considerarse además que “la decisión” aquí será fundamental, siendo así que todo aquel que actúe extramuros del “orden concreto” estatal será considerado como paradigmáticamente “el traidor”. Ello también habrá de predicarse en el ámbito castrense el cual a ojos del autor se configura

⁴⁴² Vid. Schmitt, C, *Teología Política*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 17-18.

como un orden más allá de la pura normatividad, y por ende, todo aquel que pretenda subvertir dicho orden es un traidor a la esencia del sistema sufriendo así la más absoluta proscripción.

Por último, debe constatarse una circunstancia que llama la atención, la cual se centra en que el “contractualismo liberal” no es, en las consecuencias sobre la traición, muy diferente a las ideas expresadas por el autor últimamente citado.

CAPITULO IV, LOS DELITOS MILITARES CONTRA LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL

4.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS MILITARES CONTRA LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL

Procede aquí preguntarnos sobre la esencia de los delitos contra la seguridad y defensa nacional, entendiendo para ello que una de las cuestiones fundamentales para conocer los ilícitos que aquí nos ocupan es la de determinar los bienes jurídicos sobre los que recae la protección penal, y en suma determinar así el contenido de ilicitud. Asimismo, debe considerarse que nos encontramos con figuras penales que tienen su debido reflejo en el ámbito civil, por lo que el deseable deslinde del ámbito penal ordinario no se muestra tan claro, como por ejemplo acontecería con otros delitos exclusivos del ámbito castrense, y ello se debe a que los conceptos de Seguridad⁴⁴³ o de Defensa Nacional⁴⁴⁴ no son privativos del ámbito militar, sino que trascienden dichos límites comprendiendo una multitud de elementos.

En la citada línea JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ señala que ha constituido una preocupación primordial la de diferenciar los bienes jurídicos civiles de los militares, pero aquí nos

⁴⁴³ Vid. Quero Rodiles, F, *Introducción a la teoría de la Seguridad Nacional*, Servicio de Publicaciones del EME, Madrid, 1989, pp. 36, 47-48, donde se recogen diversas definiciones de la seguridad nacional, así entiéndase la misma como: «El estado de vida de una nación en el que no existe una amenaza a la soberanía ni a la integridad del territorio; en el que desde el interior no se atenta contra el normal ejercicio de la autoridad ni contra las instituciones, y en el que tanto las actividades públicas como las privadas pueden llevarse a cabo sin obstáculos que se opongan hacia más altos niveles de prosperidad», y como «aquella situación de la vida de la nación en la que se encuentra protegida contra las agresiones o amenazas a la soberanía y a la integridad de su territorio y de sus habitantes; una situación de protección ante los atentados contra el normal ejercicio de la Autoridad y contra el funcionamiento adecuado de las instituciones; y una situación en la que, tanto las actividades públicas como las privadas, pueden llevarse a cabo sin obstáculos para alcanzar los más altos niveles de paz, con libertad y prosperidad en todos los órdenes».

⁴⁴⁴ «En una primera aproximación, se puede establecer que, si se toman en consideración la totalidad de riesgos, peligros y daños que son susceptibles de gravitar sobre una nación, incumben a la seguridad -y por tanto son propios de la defensa nacional- únicamente aquellos que, por su gravedad y trascendencia, atentan de manera directa contra la supervivencia, la identidad o el proyecto nacionales. El resto son objeto de otras seguridades de orden menor y, en consecuencia, ajenas a la defensa nacional. Si se agrupan todos esos riesgos y daños directos en conjuntos generales se pueden llegar a establecer, a modo de esquema, cuatro formas amenazantes fundamentales: la guerra, el proceso revolucionario, las presiones sectoriales, y las catástrofes. La guerra es la amenaza más grave y más completa de todas las que puede padecer una nación, puesto que con ella lo que se pretende es imponer por la fuerza un nuevo orden, destruyendo el existente y anulando toda posibilidad de recuperación» (*Ibidem*, p. 53).

hallamos ante una quiebra del propósito diferenciador “a causa de que en el campo acotado (traición, espionaje, revelación de secretos, sabotaje) es prácticamente imposible deslindar con la deseable nitidez lo que se circunscribe estrictamente a la Defensa Militar de lo que, sin afectar a ella, está comprendido en los amplios límites naturales y legales de la Defensa Nacional, pues la acción de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra especialmente, requiere para ser eficaz, invadir esferas no estrictamente castrenses y el que se afecten o integren todas las energías y fuerzas morales de la Nación, según frase del artículo 2 de la Ley 6/1980, de 1 de julio, englobando por tanto, recursos y personas de todas condiciones en el área militar de la Defensa Nacional”⁴⁴⁵.

No obstante, la tarea de fijar el bien jurídico protegido debe considerarse, para lo que, en primer lugar, procede hacer mención a los bienes jurídicos militares, y seguidamente fijar, pese a tratarse de un amplio concepto, los contornos de la Seguridad y Defensa Nacional, para por último determinar, con amplitud, qué es lo que penalmente se ve protegido en estos delitos, lo cual no es óbice para, en su momento, estudiar concretamente en relación con cada tipo cual es el bien jurídico protegido, pero como se ha dicho, debe hacerse primero una aproximación general.

Así pues, menester es comenzar con los especiales bienes jurídicos militares, los cuales protege la norma penal, que a la sazón se constituye actualmente por el Código Penal Militar de 2015, aprobado que fue por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre. No resulta aventurado afirmar, por tanto, que indudablemente el ámbito militar, no sólo requiere, sino que goza de peculiares bienes que deben de ser objeto de protección, y

⁴⁴⁵ Vid. Jiménez y Jiménez, F, *Introducción al derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 212-213.

ello fundamentalmente en atención a la salvaguarda de los fines de la institución militar que constituye una de las piezas esenciales de la maquinaria estatal⁴⁴⁶.

En cuanto a los bienes jurídicos militares, se puede afirmar que resulta evidente que la norma penal militar protege a una serie de valores sustanciales de la institución militar, propios de lo que se podría denominar como la “sociedad militar”, no debiendo sin embargo considerarse en un sentido estricto como apunta RODRÍGUEZ DEVESA: “en el centro del Derecho Penal Militar no está hoy el militar, sino el potencial bélico del Estado: la eficacia de las fuerzas armadas no es un bien jurídico privativo de los ejércitos, sino un interés estatal; el Derecho militar no es ni puede ser *privata lex* de los militares”⁴⁴⁷; a lo cual procede conectar la afirmación de CASADO BURBANO que dispone: “Entre la variedad de las agrupaciones humanas, son, seguramente, los ejércitos, los que en todo tiempo han sentido más vivamente la necesidad de unas rígidas normas de comportamiento, cuya transgresión debía llevar aparejada la

⁴⁴⁶ Vid. López Garrido, D, «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, p. 925, «El artículo 8º viene a significar, por tanto, la constitucionalización explícita y plena de las Fuerzas Armadas en nuestro sistema político; su inserción en el Estado Constitucional de Derecho. Por último, la Constitución no sólo es la fuente de legitimidad de las acciones de la autoridad pública, y de las FAS, sino que inspira la organización interna de las instituciones del Estado. Por eso el párrafo 2º del artículo 8º señala: “Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución”. Este párrafo, quizá técnicamente discutible, completa, sin embargo, el sentido profundo del importante precepto: integrar netamente a las FAS en la estructura constitucional, no sólo por el hecho de su regulación en el texto fundamental, no sólo por la atribución a las mismas de una misión constitucional, sino también por hacer que su propia estructura orgánica se ajuste a los principios de la Constitución»; Fernández Segado, F, «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España. Reflexiones en torno al artículo 8 de la Constitución de 1978», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 49, 1995, p. 35, «Las Fuerzas Armadas son el instrumento del poder soberano que integra en la defensa a todo el pueblo, puesto que la soberanía reside en él como totalidad. Como además constituyen pieza clave para el mantenimiento del orden que para su pacífica convivencia se ha dado el pueblo soberano a través de sus legítimos representantes, parece perfectamente razonable su tratamiento constitucional en el título que expresa, como dice Lucas Verdú, siguiendo de cerca a Schmitt, el conjunto de decisiones políticas básicas que configuran la existencia política del pueblo español. La defensa de la colectividad se convierte de esta forma en la idea que da su razón de ser a las Fuerzas Armadas, entendiendo aquella - tal y como con excelente criterio dispone el artículo 2 de la ley orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar- como la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin».

⁴⁴⁷ Así recogido por Mozo Seoane, A, *Ilícito penal e Ilícito disciplinario en el Derecho Penal Militar*, en Comentarios al Código Penal Militar, coordinado por Ramón Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante, Civitas, Madrid, 1988, p. 187.

imposición de severas sanciones con el objeto de garantizar eficazmente el cumplimiento de su misión, que no es otra que la de defender con las armas la comunidad”⁴⁴⁸.

Una vez manifestada la existencia de bienes jurídicos militares cuya protección se muestra como uno de los fines de la norma penal militar, encontramos que nuestros delitos se refieren a varios conceptos de contornos difusos como son la Seguridad y la Defensa Nacional, por lo que hemos de interrogarnos acerca de qué comprenden estos términos cuyo alcance es amplio.

En el ámbito legal, resulta necesario remitirnos a la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional que no establece una definición de lo que debe entenderse por “defensa nacional”, sino que se intuye el contenido de la misma a través de lo dispuesto en su artículo 2 relativo a la finalidad de la política de defensa, siendo esta “la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España”⁴⁴⁹. Es decir, a la vista del

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁴⁹ Es procedente poner énfasis en el objeto de la Ley, situado en el artículo 1 y que dispone: «Esta Ley Orgánica regula la defensa nacional y establece las bases de la organización militar conforme a los principios establecidos en la Constitución»; al igual que en el protagonismo de la Corona remarcando lo ya dispuesto por la Constitución en su artículo 62, así la ley orgánica reza: «Corresponden al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas y las demás funciones que en materia de defensa le confiere la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico»; y en el papel central de las Fuerzas Armadas en la defensa destacado en el artículo 10, que no por obvio no debe ser atendido: «Las Fuerzas Armadas son el elemento esencial de la defensa y constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire».

precitado cuerpo legal no puede sino concluirse que nos hallamos ante un concepto difuso o cuanto menos que adolece de la determinación que sería deseable⁴⁵⁰.

Para complementar lo que indica la precitada ley orgánica y, siguiendo en el estricto marco normativo procede considerar la Ley 36/2015, de 28 de septiembre de Seguridad Nacional, la cual, a nuestro juicio, comienza en el preámbulo manifestando una cuestión esencial que evidencia la importancia de los bienes jurídicos aquí afectados, y es que establece la propia ley que: “La seguridad constituye la base sobre la cual una sociedad puede desarrollarse, preservar su libertad y la prosperidad de sus ciudadanos, y garantizar la estabilidad y buen funcionamiento de sus instituciones”.

Esta ley a diferencia de la Ley de Defensa Nacional, dispone de una definición de la seguridad nacional, si bien ciñe tal definición al ámbito del propio cuerpo legal, de manera que reza: “A los efectos de esta ley se entenderá por Seguridad Nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos”. Anticipándose a algún problema interpretativo que pudiera plantearse, la Ley define también la Política de Seguridad Nacional que “es una política pública en la que bajo la dirección del Presidente del Gobierno y la responsabilidad del Gobierno, participan toda las Administraciones Públicas, de acuerdo con sus respectivas competencias, y la

⁴⁵⁰ La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, relata una serie de elementos que recaen directamente en la seguridad nacional, así, por ejemplo, se citan paradigmáticamente los cambios globales, la desaparición de la política de bloques de la guerra fría y el auge de la globalización. Asimismo, se recoge la amenaza terrorista transnacional y se afirma que han disminuido las guerras de tipo convencional, pero han proliferado conflictos armados con implicaciones diversas.

sociedad en general, para responder a las necesidades de la Seguridad Nacional”⁴⁵¹; es decir, se observa que la seguridad no solo incumbe a los poderes públicos sino a todos los ciudadanos.

Mas allá de las definiciones estrictamente legales, lo cierto es que no debe obviarse que el contenido de los conceptos de seguridad y defensa nacional es por su naturaleza muy amplio, circunstancia por la que podemos acudir al marco constitucional para definirlos, en cuanto el mismo en su parte más esencial, nos sirve de inestimable guía sobre lo que se debe defender, siendo ello ni más ni menos -a nuestro juicio- que la propia Nación española entendida como expresa el artículo 2 del texto constitucional como la patria común e indivisible de todos los españoles; a lo que va unido seguidamente todo el acervo inseparable de derechos, libertades, y por supuesto el ámbito de La Soberanía. Así pues, huyendo de marañas conceptuales y simplificando la cuestión encontramos que la Defensa nacional, simplemente, quiere decir la defensa de la nación española, de nuestra patria, bien indivisible y común de todos los españoles. Constituyendo ello a su vez una defensa de lo que somos y lo que tenemos dentro del concierto de las demás naciones⁴⁵². Así, en esta línea, cabe tener en cuenta

⁴⁵¹ Artículo 4 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional; por otro lado, el propio precepto en su punto tercero señala el instrumento de acción específico: «La Estrategia de Seguridad Nacional es el marco político estratégico de referencia de la Política de Seguridad Nacional. Contiene el análisis del entorno estratégico, concreta los riesgos y amenazas que afectan a la seguridad de España, define las líneas de acción estratégicas en cada ámbito de actuación y promueve la optimización de los recursos existentes. Se elabora a iniciativa del Presidente del Gobierno, quien la somete a la aprobación del Consejo de Ministros, y se revisará cada cinco años o cuando lo aconsejen las circunstancias cambiantes del entorno estratégico. Una vez aprobada, será presentada en las Cortes Generales en los términos previstos en esta ley».

⁴⁵² Delgado Losada, J, «Conceptos básicos de la Defensa Nacional», en *Boletín de Información núm. 181 (CESEDEN) Ministerio de Defensa*, 1985, pp. 1-2. Asimismo, respecto a los ataques contra la nación dispone el autor que: «Es un hecho, que el ataque puede tomar formas indirectas e insidiosas, tan agresivas como las que consideramos militares, igualmente efectivas, y, por supuesto, mucho más difíciles de contrarrestar. Los intereses de una nación y sus influencias pueden ser afectados o comprometidos por acciones en los campos político, económico, y psicológico, tanto como por la acción de las armas. De ahí que sea fundamental el determinar cuál es el verdadero enemigo, y en qué forma se nos presenta. Mientras la guerra se limitó a su aspecto tradicional de choque armado, defensa y guerra han estado confundidas. Pero el verdadero concepto de defensa nacional, cuyo origen es difícil de precisar, nació al producirse el encuentro entre la idea de respuesta total y una guerra que no se limita a la acción bélica. Nadie pensaba que el ataque enemigo podría desarrollarse con otras formas de acción

la existencia de situaciones de conflicto bélico en sentido estricto, es decir, guerra abierta, que comprende un marco penal específico, mientras que, por otro lado, existirá el ámbito de la Defensa nacional que se puede ver afectada en situaciones de paz, donde la falta de fidelidad del sujeto respecto a la comunidad política resulta fundamental y que explica la multitud de figuras penales al respecto.

A modo de conclusión sobre lo expuesto, se puede resaltar que, en los delitos de nuestra tipología, como se ha expuesto, es evidente que se ven afectados múltiples elementos, unos en los que claramente subyacen realidades materiales (como puedan ser, por ejemplo, elementos de índole bélico), y otros que carecen de un substrato naturalístico evidente, como puede ser la propia defensa de la nación, o en un plano militar la eficacia de los ejércitos. No obstante, ello no es obstáculo para el reconocimiento de una serie de realidades inmateriales que sea menester proteger como aquí acontece⁴⁵³; también, debe mencionarse que si bien, de forma inmediata, el perjuicio que irrogará un delito de los que aquí tratamos se posará sobre la maquinaria

y en otros campos que el propio de la agresión armada violenta» (*Ibidem*, pp. 6-7). Vid. Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988, p. 615, «De la lectura de tales preceptos puede advertirse la trascendencia de las infracciones aquí incriminadas, cuya jerarquía criminal justifica sin duda la posición que ocupa en primer lugar dentro del catálogo de los delitos incluidos en la parte especial del Código, ya que se trata de conductas gravemente atentatorias contra la existencia misma de la propia Patria, colaborando con el enemigo, actual o potencial, mediante la prestación de servicios o medios materiales o ideológicos, así como la inutilización o daño de los propios elementos defensivos, que tienden a debilitar la Seguridad Nacional, haciéndola más vulnerable frente a un eventual ataque».

⁴⁵³ Al respecto, Mir Puig, S, «límites del normativismo en derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-18, 2005, p. 18, «Aunque el substrato del bien jurídico no sea básicamente naturalístico, como el honor o el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, también consistirá en alguna realidad inmaterial (como el sentimiento subjetivo de autoestima y la consideración social en el honor, o una determinada forma de desempeño de la Administración de Justicia). Aparte de que tales realidades están conectadas de algún modo con hechos materiales, también en sí mismas, en cuanto realidades sociales, pueden verse como hechos: en la terminología de Searle, como *hechos institucionales*. El Derecho influye tanto en hechos brutos como en hechos institucionales (aunque el Derecho sea también un hecho institucional). También cuando protege hechos institucionales éstos se presentan como realidades previas a la normación jurídica: son tan poco *disponibles normativamente* por el Derecho como los hechos naturalísticos. En este sentido, pueden contraponerse como elementos fácticos a los criterios normativos del Derecho positivo. Por lo demás, en cuanto contruidos por los seres humanos, los hechos sociales responden también, en última instancia, a las necesidades y deseos propios de nuestra naturaleza. Nuestras culturas proceden de nuestra naturaleza – aunque analíticamente puedan y deban distinguirse ambos sistemas».

estatal y su correlativa militar, de manera mediata, se ve claramente amenazado el bien colectivo del “mantenimiento del Estado”, que concierne a todos los que lo integran, en cuanto que, en último término, el Estado es -o debe ser en un sistema democrático- garante de la libertad de los que en su seno alberga⁴⁵⁴. Asimismo, debe considerarse la certera definición de ALONSO DE ESCAMILLA que dispone que “el bien jurídico protegido es el ataque objetivo contra la paz y la independencia del Estado”⁴⁵⁵.

4.2 LA INSUFICIENCIA DE LA TEORÍA DE LOS BIENES JURIDICOS

Expuesta que ha sido la posición clásica sobre la defensa de bienes jurídicos no debe obviarse una crítica a la misma, más aún si cabe al observarse lo sumamente etéreo que resulta el *bien jurídico* en los delitos contra la seguridad y defensa nacional, y ello pese al acotamiento -o mejor dicho “su intento”- que se ha expuesto, considerando además que las normas penales, tanto en el Código Penal Común como en el Código Penal Militar no recogen -lo cual no obstante, no debe reprocharse- concepto alguno sobre la defensa nacional que pueda arrojar luz sobre la cuestión⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Vid. Roxin, C, «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15-01, 2013, pp. 5-6, que señala: «La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad. La deducción decisiva de tal teoría del bien jurídico, de garantía de la libertad, es que las normas penales son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecte ni al libre desarrollo del individuo ni a sus presupuestos sociales (por ejemplo, una Administración de Justicia y administración íntegras). En este sentido, dice, por ejemplo, también Frister: “Tanto los bienes jurídicos individuales como los bienes jurídicos de la colectividad sirven en última instancia a las posibilidades de desarrollo del individuo.” En su opinión, la diferencia estribaría tan sólo en que la lesión de un bien jurídico individual afecta inmediatamente a la posibilidad de desarrollo de un determinado ser humano, mientras que la lesión de un bien jurídico de la colectividad afecta de modo mediato a las posibilidades de desarrollo de todas las personas.” También Frister deduce de esto que el espacio de configuración del legislador se encuentra limitado en la medida en que “un comportamiento que no afecte de ningún modo a las posibilidades de desarrollo de otros no debe ser valorado como injusto jurídico-penal”».

⁴⁵⁵ Alonso de Escamilla, A, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, coordinado por Lamarca Pérez, C, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2021, p. 1074.

⁴⁵⁶ Cfr. con el Código Penal Alemán que en su párrafo 81 dispone: «Alta traición contra la Federación. Quien intente con violencia o por medio de amenaza con violencia; perjudicar la existencia de la República Federal de Alemania; cambiar el orden constitucional que se basa en la Constitución de la República Federal de Alemania, será castigado con pena privativa de la libertad de por vida o con pena

Dicho lo anterior, lo cierto es que comúnmente se entiende que la tarea fundamental del derecho penal es la de la protección de bienes jurídicos⁴⁵⁷, siendo así que parte de la doctrina defiende que los tipos penales únicamente debieran ser interpretados en ese sentido. Sin embargo, lógicamente esta circunstancia obliga en mayor o menor medida a buscar un concepto de bien jurídico y a establecer ciertos criterios para su delimitación⁴⁵⁸, empresa ésta que no siempre es pacífica y más aún en los delitos que aquí se tratan dónde como hemos observado establecer meramente el concepto de “defensa nacional” ya es de por sí una tarea casi irrealizable, lo cual tiende a difuminar aquí la clásica idea de los “bienes jurídicos”⁴⁵⁹.

Igualmente, no puede obviarse una crítica a la teoría de los bienes jurídicos, desde la perspectiva de que el foco de lesión debe situarse más en la norma infringida que en el propio bien jurídico, circunstancia que señala PÉREZ DEL VALLE en estos términos: “Por lo general se suele sostener que un delito es una lesión de un bien

privativa de la libertad no inferior a 10 años. A lo cual se debe unir el parágrafo 92 que reza: «En el sentido de esta ley perjudica la existencia de la República Federal de Alemania quien subordine su libertad al dominio foráneo, elimine su unidad nacional o separe una región que le pertenezca».

⁴⁵⁷ Vid. Díez Ripollés, J.L., «El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 30, 1997, p. 17, «[...] se ha llegado a hablar del “dogma” del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Tal sería el caso de aquellos que aspiraran a garantizar un comportamiento con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables».

⁴⁵⁸ Vid. Abanto Vázquez, M.A., «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista penal*, núm. 18, 2006, p. 4, «Se puede decir que, hasta ahora, el consenso mínimo de la doctrina dominante consiste en que el “bien jurídico” es visto como el punto de encuentro entre “injusto” y “política criminal”, de tal manera que el Derecho penal solamente debería tener por tarea proteger “bienes jurídicos” y los tipos penales solamente deberían ser interpretados en este sentido. Ahora bien, desde el inicio, se ha presentado el problema de buscar un “concepto” de bien jurídico y “criterios” manejables para su delimitación. Esta empresa ha resultado infructuosa en el sentido de pretender proporcionar un “concepto exacto” del bien jurídico”. Por eso, en la actualidad solamente se propone un concepto con un mínimo de contenido, es decir, que se refiera a “algo” sobre lo cual sea posible un consenso en toda sociedad libre y pluralista».

⁴⁵⁹ La falta de definición concreta de un bien jurídico puede comportar un grave problema al conducir a una concepción abstracta de bienes jurídicos que es, relativamente, usual. Según la ésta, los bienes jurídicos se clasifican por la clase genérica del interés al que afectan, sin atención al diferente grado de implicación de tal interés. Se pueden incluir así dentro de los bienes jurídicos desde sus más importantes manifestaciones hasta sus más insignificantes, hallándonos ante bienes graduables. Vid. Mir Puig, S., «Bien jurídico protegido y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 14, 1989-1990, p. 214.

jurídico protegido para resaltar su legitimidad; lo cierto es que el bien jurídico protegido es la norma básica infringida, sin perjuicio de que lo racional es que toda norma básica proteja intereses sociales legítimos (la ley es una prescripción de la razón, en vista del bien común y promulgada por el que tiene al cuidado la comunidad: SANTO TOMÁS DE AQUINO, S. Th, q. 90 a. 4). Las teorías que definen el derecho penal predominantemente como protección de bienes jurídicos incurren en un error de definición: *un derecho que sanciona comportamientos de sujetos responsables no protege derechos subjetivos ni bienes de forma directa, sino que castiga infracciones de normas jurídicas esenciales en las que se revela el desprecio por el orden jurídico y, por tanto, también por el bien común*. Sólo en esta forma indirecta (el orden jurídico reúne normas que protegen intereses) puede entenderse el concepto de bien jurídico. Sin embargo, en este sentido son dudosas las prestaciones que puede ofrecer el concepto de bien jurídico, que en ocasiones encubre manipulaciones en la definición del contenido de las normas”⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ Vid. Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 35, añade el autor el siguiente ejemplo: «El delito de homicidio no protege la vida (bien jurídico), sino que prevé penas para las infracciones de sujetos a quienes se puede atribuir su lesión o puesta en peligro; el artículo 138 del Código Penal no afecta a una muerte por epidemia, o incluso a una muerte causada por una persona que no pudo evitar un accidente. Cuando alguien se comporta de tal modo que pone en peligro la vida de otro infringe una norma social básica que exige respeto para la vida humana; es esta norma la que se ve ratificada cuando se impone una pena a quien causó la muerte a otro». Asimismo, véase Pérez del Valle, C, «En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos», en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 2006, p. 10, «De interés en este punto es la construcción de Díez Ripollés: el concepto de bien jurídico tiene, ciertamente, un aspecto ideal, en tanto constituye “juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la vida social”; pero “las formas concretas de manifestación de ese sustrato son materiales” y la lesión del bien jurídico es “dañosidad social”. Pues bien: si la cuestión puede definirse de este modo debe preguntarse cuál es el ámbito social en el que el sustrato material es dañado y, por ello, cuál es la vertiente social del sustrato que tiene relevancia. La respuesta es bien clara: las normas jurídicas -que son una realidad social- que protegen ese sustrato; sólo quien daña materialmente el sustrato infringiendo normas sociales puede ser sancionado con una pena. En otras palabras y sobre el ejemplo de la vida, que emplea Díez Ripollés: ¿qué aspecto social de la vida se lesiona cuando se mata mediante un homicidio punible? Y la respuesta, desde mi punto de vista, sólo puede ser la siguiente: cuando un sujeto culpable ha matado infringiendo normas jurídicas. Quien causa la muerte en el marco de un riesgo permitido –quien, en un accidente de tráfico en el que finalmente murió una persona, ha respetado todas las normas de circulación- no comete un homicidio en ningún caso. En ese caso, por más que el sustrato material haya sido dañado, no lo será en una “forma empírico-socialmente constatable”, pues queda la cuestión -que es, propiamente, la cuestión social a la que se refiere Díez Ripollés- de si ha infringido las normas jurídicas. Por eso, el bien jurídico no es otra cosa que la protección de la estabilidad de las normas».

Ante la volatilidad de los bienes jurídicos subyacentes en los delitos aquí tratados, se deben recoger -aun brevemente- teorías como la de JAKOBS que se sitúa en el ámbito del normativismo y que preconiza una visión del derecho penal no centrada en la protección de bienes jurídicos sino en la “estabilización” de las normas vigentes, de suerte que “La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto a lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas”⁴⁶¹.

Afirma JAKOBS que toda institución normativa, ya sea una norma, un sistema de normas, o un proceso ante los tribunales, si debe dirigir la orientación real que tiene lugar cotidianamente, requiere de cierta cimentación cognitiva; el quebrantamiento de la norma no debe pertenecer a la cotidianidad de la víctima y, en general, ello debe ser perseguido, ya que precisamente para este fin se debe imponer un sistema de normas. De esta manera “una sociedad hasta cierto punto libre está estructurada de tal manera que las personas, como sinalagma de su libertad, tienen que responder de su uso, dicho con más precisión, de su uso incorrecto. [...], esta estructura normativa debe ser asegurada cognitivamente, si es que debe contribuir a la orientación cotidiana. Cuando falta esta seguridad cognitiva, no se puede esperar al próximo uso incorrecto de la libertad, sino que hay que procurar ya antes una mejora de la situación de seguridad. Si las personas aspiran a la libertad, no solamente han de aceptar que, en su caso, deben responder de su comportamiento, sino que más bien tiene que comportarse de tal

⁴⁶¹ Jakobs, G, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 11.

manera que [...] muestren en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho⁴⁶². Con otras palabras, quien quiere participar como persona en Derecho, como ciudadano, tiene una prestación debida que ha de cumplir permanentemente: tiene que generar fiabilidad cognitiva⁴⁶³.

En suma, para JAKOBS, el elemento clave del Derecho penal se centra en la confirmación de la identidad normativa⁴⁶⁴, en la protección misma del núcleo

⁴⁶² Sobre los que no muestran “fidelidad” al sistema, véase la ingente bibliografía de uno de los elementos centrales de la obra del profesor Jakobs que es la expresión Derecho penal del enemigo, donde se postula una neutralización y exclusión de aquellos que no muestran lo que se denomina como una “garantía cognitiva mínima”, es decir, sobre individuos en los que el sistema penal, no puede, ni debe, depositar una confianza de cumplimiento de las normas jurídicas y por lo tanto, el ordenamiento jurídico debe reaccionar ante los mismos de una manera muy diversa a la que se daría respecto al ciudadano “corriente”; así, entre otros, acúdase a: Cancio Meliá, M; Gómez-Jara Díez, C, (Coords), *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Vol. I y II, Edisofer, Madrid, 2006; Jakobs, G; Cancio Meliá, M, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003; Pérez Del Valle, C, «Sobre los orígenes del “Derecho Penal de enemigo”», *Cuadernos de política criminal*, núm. 75, 2001; Pérez Del Valle, C, «La Fundamentación Iusfilosófica del Derecho Penal de Enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 10, 2008; Silva Sánchez, J.M, *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001; Jakobs, G, Coacción y Personalidad. «Reflexiones sobre una Teoría de las Medidas de Seguridad Complementarias a la Pena», *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, 2009; Muñoz Conde, F, «De nuevo sobre “el derecho penal del enemigo”», en *Revista Penal*, núm. 16, 2005; Zaffaroni, E.R, *El enemigo en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006; García Amado, J.A, «El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs», en *Nuevo foro penal*, núm. 69, 2006; Ferrajoli, L, «El derecho penal de enemigo y la disolución del derecho», en *Jueces para la democracia*, núm. 57, 2006; Demetrio Crespo, E, «Del “derecho penal liberal al “derecho penal del enemigo”», en *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 14, 2004; Muñoz Conde, F, «¿Es el Derecho penal internacional un “derecho penal del enemigo”?», en *Revista penal*, núm. 21, 2008.

⁴⁶³ Jakobs, G, «Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2009, pp. 11-13.

⁴⁶⁴ Véanse al respecto las teorías de Hans Welzel, recogidas así en Roxin, C, *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 68-69, «Welzel sostiene la opinión de que “la misión central” del Derecho penal no consiste en la protección de bienes jurídicos, sino en asegurar “la vigencia de los valores del acto éticosociales positivos, como el respeto a la vida, salud, libertad, propiedad, ajenas, etc. La “misión primaria del Derecho penal” no es la protección actual de bienes jurídicos, sino “garantizar” la observancia “de los valores del acto de una actitud interna jurídica”; sin embargo considera “incluida” la “protección de los bienes jurídicos concretos dentro de la prioritaria protección de los valores elementales de la actitud interna»; igualmente, Welzel, H, *Derecho Penal, parte general*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, pp. 3-4, «Sin embargo, la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc., pues es allí, precisamente, adonde, por regla general, llega su acción demasiado tarde. Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad. El mero amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social, proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho».

normativo⁴⁶⁵, debido a que la constitución de la sociedad tiene lugar a través de normas ya que “La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto. Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes”⁴⁶⁶.

Como corolario, se pueden recoger las aseveraciones de POLAINO-ORTS, por cuanto dispone que “la clásica idea de la protección de bienes jurídicos pretende poner el acento de la protección jurídica en un determinado sujeto, o al menos, en un concreto ámbito o aspecto de sujeto determinado (individual o colectivo) ejemplificando en un bien o valor de su propiedad o de su titularidad”.

Recogida la crítica a la teoría de los bienes jurídicos, procede considerar la idea del rol del militar y su especial posición, y hacer mención al deber de garante del mismo, elemento éste unido a la idea de lealtad que late en el servidor público castrense.

⁴⁶⁵ Cfr, por ejemplo, con la crítica de Mir Puig, S, «Límites del normativismo en derecho penal», cit., p. 24, que relata: «El Derecho es una construcción social cuya función asignada es la de regular la vida de los seres humanos. Desde una perspectiva democrática la función del Derecho penal ha de ser proteger intereses reales de los ciudadanos y no sólo normas jurídicas. Los bienes jurídico-penales han de ser entendidos como concreción de aquellos intereses, ya sean individuales, como los derechos humanos básicos, ya sean colectivos o mediados por instituciones. En términos sistémicos, ello supone poner el sistema normativo del Derecho penal al servicio de algo distinto a sí mismo, al servicio de los sistemas psico-físicos en que consisten los seres humanos y de las instituciones que respondan a sus necesidades».

⁴⁶⁶ Jakobs, G, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit., p. 26. Asimismo, véase Roxin, C, «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», cit., p. 4, quien cita varios ejemplos de Jakobs: «Así, por ejemplo, lo relevante de un homicidio para el Derecho penal no es “la lesión de la carne de la víctima o la extinción de su consciencia, sino la afirmación, contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho, de no tener que respetar la integridad física y la consciencia... Mediante esa afirmación, se pone en tela de juicio la norma. El delito, por lo tanto, es desafiar a la norma. En consecuencia, no se protege lo que llamamos bien jurídico, esto es, la vida como hecho empírico, sino exclusivamente la prohibición de matar (la vigencia de la norma). “El hecho es lesión de la vigencia de la norma; la pena es su eliminación”».

4.3 EL DEBER DE GARANTE Y LA LEALTAD DEL MILITAR

Íntimamente conectada con la idea de la posición de la persona como sujeto que debe prestar fiabilidad cognitiva aparece la relativa a la posición de garante del militar, elemento fundamental en delitos de la tipología estudiada, al igual que en el plano militar esa idea de “fiabilidad” nos remite a un concepto más primario y fundamental, el cual no es sino la lealtad.

No es aventurado afirmar que la lealtad entendida en el sentido más estricto constituye basamento de la organización militar, al igual que todo el compendio normativo de la institución castrense, en último término, gravita en menor o mayor medida sobre dicho principio que pese a parecer difuso, abstracto o indeterminado resulta de viva aplicación por cuanto un claro reflejo de ello se halla aquí en el concepto de disciplina, siendo así -me permito la licencia-, que si la lealtad pudiera ser considerada como la osamenta de la estructura militar, la disciplina sería el músculo que la ejercita⁴⁶⁷.

La disciplina se muestra como un atributo diferenciador de la organización militar, siendo un elemento definitorio de la misma. Es un principio organizativo básico, que

⁴⁶⁷ Cabe aquí traer a colación diversos preceptos de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009 de 6 de febrero, donde sobresalen ciertos principios intrínsecos a la institución castrense, teniendo la disciplina un eminente protagonismo, así, el artículo 1 de las mismas ya hace referencia a una serie de valores clave disponiéndose que: «Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que constituyen el código de conducta de los militares, definen los principios éticos y las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor». El artículo 7 dispone asimismo que: «Ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción». Por otro lado, resulta fundamental el artículo 8 que define normativamente lo que debe entenderse por “disciplina”, así: «La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas». Finalmente, cabe destacar que el Título II tiene como rúbrica “De la Disciplina” siendo dedicado a la misma y a sus elementos adyacentes, siendo procedente plasmar aquí el pórtico de dicho Título, a la sazón el artículo 44 que reza así: «La disciplina, en cuanto conjunto de reglas para mantener el orden y la subordinación entre los miembros de las Fuerzas Armadas, es virtud fundamental del militar que obliga a todos por igual. La adhesión racional del militar a sus reglas garantiza la rectitud de conducta individual y colectiva y asegura el cumplimiento riguroso del deber. Es deber y responsabilidad del militar practicar, exigir y fortalecer la disciplina».

por su intensidad trasciende la esfera interna del individuo y supone uno de los elementos, entre otros, más radicales que separa al militar del resto de la sociedad al exigirle una disponibilidad y entrega sin equivalente en el “mundo civil”. La organización militar, como cualquier otra organización jerarquizada, descansa en el sometimiento o en la subordinación de los escalones inferiores a los superiores, en la ordenación del ejercicio del mando y en la aceptación de la autoridad, de forma que todos los componentes de la organización militar asumen el principio de autoridad del que ejerce el mando, es decir, aceptan voluntariamente la disciplina. Asimismo, en las Fuerzas Armadas concurre la circunstancia esencial de que la sociedad asume, o debe asumir, la necesidad de la existencia de esa disciplina, porque acepta, o debe aceptar sin ambages a la organización militar como depositaria de la administración de la violencia legítima del Estado, además de ser parte fundamental de la Defensa Nacional⁴⁶⁸.

La organización militar, como toda aquella que tiene un objetivo fundamental definido, dispone de un régimen interior o de un estatuto para la satisfacción de ese objetivo. Ese régimen u ordenamiento se dirige a alcanzar ese objetivo fundamental o misión específica, con la máxima cohesión y solidaridad, así como a la satisfacción de los objetivos básicos e intermedios, imprescindibles para el logro de la primera. Esos objetivos intermedios y básicos están íntimamente afectados por las relaciones de jerarquía de los miembros de la organización y protegidos, casi exclusivamente, por el bien jurídico “disciplina” que se dirige a asegurar la operatividad y la eficacia que persigue la organización militar.

⁴⁶⁸ Vid. López Sánchez, J, *Protección penal de la disciplina militar*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 37.

La disciplina así es la pieza fundamental para conseguir el necesario equilibrio entre los protagonistas de las relaciones personales y profesionales de la organización, es decir, es pieza fundamental de la función de la misma; este factor sólo puede consolidarse incidiendo en dos aspectos determinados. En primer lugar, con un adecuado nivel de conocimientos de todos sus miembros de la profesión y de sus exigencias, es decir, de su conducta en el servicio y fuera de él, pero siempre que sean sujetos de la relación jerárquica, esto es, que ésta relación entre superiores e inferiores esté legítimamente activada, a nivel penal o disciplinario; y en segundo lugar, con el Derecho, es decir, con un control de autoridades externas a la relación, competentes y determinadas, siempre superiores jerárquicos, o mediante el sometimiento a la justicia del conflicto que se puede generar entre las órdenes dadas y su posterior cumplimiento⁴⁶⁹.

Por último, en torno a la disciplina procede tomar a VILLAMARTÍN cuando afirma, muy descriptivamente, que: “El carácter de mando nos da la disciplina, virtud que en sí sola circunscribe todas las otras que es el complemento de todas ellas, y la manifestación visible y constante en todos los actos, de la buena educación militar de las tropas. La disciplina es el respecto al ciudadano, a la propiedad, es el aprecio de sí mismo, el aseo, los buenos modales, la aversión a los vicios, la puntualidad en el servicio, la exactitud en la obediencia, el escrupulosos respecto a las leyes y reglamentos, la austera dignidad en la subordinación, sin ella el ejército es odiado en su mismo país, con ella es amado hasta del enemigo, ella conserva en toda su fuerza

⁴⁶⁹ *Ibidem*, pp. 39-40. Añádase, «En definitiva, las bases sobre las que descansa la eficacia, como fin y función primordial de la organización, y la disciplina como instrumento para conseguirla son: la adecuada instrucción de hombres y adiestramiento de unidades, para modelar conductas disciplinadas en todos los órdenes y a nivel individual y colectivo; y la “acción disciplinaria”, en manos de los superiores jerárquicos, para la corrección administrativa de faltas, relacionadas en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la “acción penal” para el tratamiento de los delitos militares, recogidos en el Código Penal Militar».

las demás virtudes, al relajarse se relajan todas, por consiguiente, celando y fomentando esta, se asegura el imperio de las demás⁴⁷⁰.

En cuanto a la lealtad⁴⁷¹, término que por sí mismo bien pudiera ocupar un estudio específico, debe considerarse necesario el realizar una serie de apuntes para situar debidamente su alcance, así, siguiendo las certeras aseveraciones de SÁNCHEZ DE MUNIAIN Y GIL Y CARRILLO ALCANIZ, “destacaremos, en primer lugar, lo que no es, para quedarnos, por reducción, con el contenido positivo de lo que sí es. Infidelidad, deslealtad, traición y engaño son calificativos opuestos al concepto que tratamos, acciones todas ellas que impiden el desarrollo correcto de un quehacer honesto y respetuoso consigo mismo y que vapulean los más principales fundamentos de la convivencia humana, desde el más simple al más complejo. La lealtad es una virtud del alma, caracterizada por la rectitud en el obrar, la franqueza en la expresión y la fidelidad y el honor en la actuación de cualquier ser humano. La lealtad y ley tienen el mismo origen etimológico. De ahí viene la referencia popular, cuando del hombre de bien se dice: “Es hombre de ley”. Pero, ante todo, la lealtad es un bien; es un valor espiritual que determina la conducta del hombre en un sentido recto, derecho,

⁴⁷⁰ Villamartín, F, *Nociones del arte militar*, Imprenta militar de D. P. Montero, Madrid, 1869, pp. 45-46, también es preciso recoger las -certeras- palabras que añade el autor, así pues: «La disciplina no se crea en un solo día, es efecto de las costumbres y de la educación moral del ejército, es el resultado de la acción lenta e incesante del mando justo, y esta educación moral, no se consigue tanto por los grandes castigos de los delitos notables, cuanto por la acertada aplicación de los correctivos o pequeñas faltas. Estos correctivos sin ser humillantes ni hacer odiosa la autoridad que los impone, deben ser inmediatos a la culpa, economizados con prudencia, útiles al servicio y de gradual gravedad según las circunstancias de persona, de lugar y tiempo, hasta llegar a los que necesitan formación de proceso. Así se crean las costumbres y las buenas prácticas militares, evitándose la perpetración de graves delitos, y la necesidad de castigos judiciales; así la celebración de un consejo de guerra, llega a ser un acontecimiento raro y solemne que inspira un saludable temor a las tropas. Y si recorremos con detención la historia de todas las grandes insubordinaciones militares, y si buscamos antecedentes en todos los casos en que se ha visto el desbordamiento de los ejércitos, hacer necesarios y frecuentes los graves castigos de muerte y cadena, se verá que había precedido a ello un progresivo abandono en la corrección de faltas insignificantes primero, y de día en día más graves. De tal modo no hay freno que pueda contener a una juventud unida en grandes masas, vigorosa, armadas, de vida aventurera y azarosa y lejos de la autoridad de la familia para contener sus malas pasiones».

⁴⁷¹ Define la Real Academia de la Lengua la lealtad como sigue: «Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien».

dando un significado moral a su propia vida, exigiendo una adhesión consciente y constante, constructiva y permanente, a lo fidedigno y verídico, que se acrisola con el fuego de la tribulación, se templea en las situaciones difíciles y no transige con el error, la ignominia o lo efímero”⁴⁷².

Asimismo, respecto del militar, QUEROL Y DURÁN manifestaba que el mismo debe lealtad acrisolada a la Patria, porque así lo ha jurado, debe lealtad al Gobierno que rige los destinos de aquélla, pues de él recibe las armas y el poder, el mando si lo tiene y el cargo y el destino en el que sirve. Debe lealtad al mando respectivo, que en él y en sus compañeros confía, y sin estar espiritualmente unido al cual no es posible que cumpla su misión y su deber dentro de las fuerzas armadas a que pertenece. Y debe lealtad

⁴⁷² No debemos obviar los ejemplos de lealtad que recogen los autores en la historia de España. Así, en la España primitiva la lealtad hispánica fue uno de los valores que los romanos, poderosa y organizada nación, más apreciaban de los hispanos. Fue conocida como “*devotio ibérica*”. La fidelidad del joven ibero a sus jefes llegaba incluso al suicidio colectivo, cuando éstos sucumbían en combate. En la Segunda Guerra Púnica, Tito Pompeyo, Lucio Marcio, Claudio Nerón y Cornelio Escipión admiraron y cantaron la fuerza de la lealtad de los iberos [...]. En la Reconquista española. El insigne rey Alfonso X, el Sabio, en la segunda mitad del siglo XIII, supo plasmar la importancia dada por los caballeros medievales a la virtud de la lealtad. El rey sabio, interpretando el sentir de los caballeros, basaba la importancia de la lealtad en la transcendencia de la misión del guerrero medieval, en la propia estimación y en el crédito que mereciéramos a los demás. El rey sabio daba estas tres razones a los caballeros para ser leales: “han sido puestos para guardar y defender a todo, y no podrían ser guardadores los que leales no fueran. Por guardar honra de su linaje, lo que no guardarían cuando en la lealtad errasen. Por no hacer nada por lo que caigan en vergüenza, en la que caerían más que otra si leales no fuesen”. Su hijo, Sancho IV, el Bravo, entendió igualmente el significado del sentido lealtad, y fue uno de sus caballeros, quien ha pasado a la historia como paradigma de fidelidad; nos referimos, claro está, a don Alfonso Pérez de Guzmán, alcalde de la fortaleza de Tarifa, que hizo honor al romance histórico: “el bien de la lealtad por ningún precio es comprado”, cuando desde las almenas de Tarifa arrojó su puñal a los que cercaban la villa pronunciando esas palabras, que ha recogido esas palabras, que ha recogido la historia para inmortal recuerdo: “Antes querré que matéis a ese hijo, y a otros cinco si los tuviere, que no daros la villa del rey mi señor, de quien hiciere homenaje”. La respuesta del rey Sancho IV, el Bravo, el día 2 de enero de 1295, desde Alcalá de Henares, es igualmente signo claro y evidente de la reciprocidad de lealtad del rey al subordinado fiel: “Por vuestra hazaña merecéis el nombre de ser llamado el Bueno, e yo ansí vos llamo e vos ansí vos llamaredes de aquí en adelante, ca es justo que el que hace la bondad tenga el nombre de bueno”. En la Reconquista española se tomaba como axioma la siguiente frase: “Una deslealtad nunca hizo algo grande. [...] El general Palafox, héroe de la guerra de la Independencia, dirá al duque de Albuquerque, encargado de recoger su espada en la capitulación de Zaragoza: “Si vuestros ilustres antepasados levantasen la cabeza, no habría ninguno que prefiriese ahora encontrarse en el lugar del prisionero que entrega esta espada cubierta de gloria, más que el de un renegado que viene a tomarla en nombre de los enemigos de España, su patria”. El general Zumalacárregui, que rendía fervorosamente culto al honor, únicamente lo supeditaba a la lealtad a Dios y al Rey: “por los que daría cien vidas que tuviera”. (extractado de Sánchez de Muniain y Gil, F; Carrillo Alcañiz, M, «La lealtad en la filosofía de nuestra historia», en *Revista Ejército*, núm. 554, 1986, pp. 7-11).

caballerosa a sus compañeros de armas, que, a su vez, la tiene con él y que cuentan con la suya, fiel y sincera⁴⁷³.

Señalaba QUEROL LOMBARDERO que el interés o bien jurídico que se protege en los delitos de deslealtad contenidos en los artículos 115 a 118 del anterior Código Penal Militar es la virtud militar de la lealtad, siendo por ello necesario determinar los valores que la conforman, y, entre ellos cuáles son los directamente protegidos por el Código, porque la lealtad goza de un significado muy amplio, tanto que llegaba a afirmar el autor que podría decirse que la práctica totalidad de los delitos militares cometidos por militares infringen las normas de la lealtad⁴⁷⁴.

Centrándonos en la cuestión, señala PÉREZ DEL VALLE, trayendo a colación a QUEROL LOMBARDERO, que “todos los delitos de deslealtad, aunque en unas ocasiones afectasen al deber de veracidad y de reserva en informaciones del servicio y en otras a los deberes relativos a custodia de presos, se caracterizaban siempre por la ausencia de fidelidad. Esta conexión entre confianza y lealtad no es aleatoria, y cuando QUEROL aludía a ella trataba de resaltar un aspecto relevante en la interpretación del tipo penal: los deberes de lealtad cuya infracción se sanciona especialmente, están motivados porque existe una especial confianza depositada en el sujeto al que el deber le compete [...]. La posición que mantenía QUEROL respecto a la deslealtad y la confianza es evidente en el caso de los arts. 115 y 117 CPM; lo que se sanciona es la infracción de un deber específico de decir verdad que responde a la confianza depositada por la institución en el militar. Por tanto, se trata, tanto si se comete mediante una acción o mediante una omisión, de la infracción del deber de garante que

⁴⁷³ Querol y Durán, F, *Principios de Derecho Militar*, T. II, Editorial Naval, Madrid, 1948, p. 481, así recogido por Querol y Lombardero, J.F, en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988, p. 1455.

⁴⁷⁴ Querol y Lombardero, J.F, en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, cit., p. 1454.

le corresponde al militar en el desempeño de su función. [...] esta conclusión es extensiva a los demás delitos de deslealtad”⁴⁷⁵.

Sigue el autor relatando como el precitado artículo 115⁴⁷⁶ del ya pretérito Código Penal Militar guardaba sanción para el militar que mintiera, bien de palabra, bien por escrito y a quien desfiguraba la verdad, siendo así que resulta claro que al militar le corresponden deberes propios de la institución que pertenece, encargada de un fin genuinamente estatal y en el que, en principio, no existe posibilidad de organización alternativa: la seguridad exterior.

Es preciso manifestar que el deber de decir verdad del militar se extiende, incluso, a la esfera de la vida privada del mismo, siempre claro considerando que ello tenga alguna repercusión para el servicio, como por ejemplo podemos hallar en la “inutilización” para el servicio, que se hallaba en el artículo 117 del Código Penal Militar de 1985, y ahora se recoge en el artículo 59, estableciéndose que: “El militar que, para eximirse del servicio o del cumplimiento de sus deberes u obtener el cese o un cambio en la relación de servicio, se inutilizare o consintiere que otra persona le inutilice por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, simulare enfermedad o lesión, o empleare cualquier otro engaño, será castigado con la pena de cuatro meses a tres años de prisión”.

⁴⁷⁵ Pérez del Valle, C, «Deslealtad militar, deber de decir la verdad y posición de garante», en *Revista española de derecho militar*, núm. 77, 2001, pp. 231-232.

⁴⁷⁶ Establecía el artículo 115 del Código Penal Militar de 1985, en lo esencial, que: «El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expediere certificado en sentido distinto al que le constare será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años. Cuando en su información o certificado el militar, sin faltar sustancialmente a la verdad, la desnaturalizare, valiéndose de términos ambiguos, vagos o confusos, o la alterare mediante reticencias o inexactitudes, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años».

Para finalizar, debemos perfilar el fundamento del “deber”, el cual podemos columbrar en ideas como la del “orden concreto”, por cuanto la institución militar demanda, naturalmente, a quienes participan de la misma una inmanente lealtad, otorgándoles un elevado grado de confianza, de modo que aquel militar que tuerce su obrar defrauda la confianza depositada en la institución⁴⁷⁷, pudiendo, asimismo, considerar que el militar tiene una especial posición de garante que cabe aplicar tanto en los delitos activos como omisivos, tal y como señala PÉREZ DEL VALLE⁴⁷⁸.

4.4 EL DELITO POLÍTICO

Antes de comenzar el estudio estricto del delito de traición militar no debe obviarse que esta figura delictiva se enmarca en el Código penal militar en los llamados “Delitos contra la seguridad y defensa nacionales”, hallándose en el Título I, amén de la traición, el delito de espionaje, el de revelación de secretos e informaciones relativas

⁴⁷⁷ Vid. Pérez del Valle, C, «Deslealtad militar, deber de decir la verdad y posición de garante», en *Revista española de derecho militar*, cit., pp. 241-242: «Por un lado, es innegable que en el fondo de las discusiones sobre la posición de garante existió siempre una cuestión metodológica. El rechazo o la aceptación de la teoría formal de las fuentes de la posición de garante, cuya adopción por el art. 11 CP español ha sido también criticada, se apoyaba precisamente en cuestiones metodológicas: una lectura del trabajo antes citado de Nagler (1938), permite observar que el propio autor no se conformó con la discusión interna sobre la posición de garante, sino que publicó a continuación otro más breve titulado “La nueva ciencia jurídica” en cuyo subtítulo indicaba expresamente que completaba el artículo anterior. Se enfrentaba en este, sentido, a la propuesta de un “orden concreto” por parte de Carl Schmitt, y que, en mayor o menor medida, seguían Schaffstein -a quien criticaba principalmente Nagler- y Dahm. La idea de que el deber ha de perfilarse en el “orden concreto” es inicialmente combatida por Nagler por su indeterminación, pues sólo es posible saber que rechaza la abstracción de conceptos y el formalismo al que conduce; pero este riesgo de formalismo propio de la abstracción era, según afirma, conocido. Algunas consecuencias de este criterio revisten una especial importancia, como la pretendida reducción de los problemas del deber a la Parte especial del derecho penal. En esta dirección, ya Carl Schmitt había considerado que un “orden concreto” exigía incluso que la legislación penal comenzase por los comportamientos punibles en particular y no por la parte general, que consideraba una “abstracción artificial y carente de sentido, que se separa de las reales y naturales relaciones de la vida”. Aunque esta tesis, que había sido también aceptada en su momento por Schaffstein, sea discutible, permite observar necesariamente el fundamento concreto de ese deber de decir verdad al que se alude en los artículos 115 y 117 CPM y que se refiere tanto a comportamiento activos como omisivos. En realidad, se trata en el fondo de la idea que ya se ha repetido desde el comienzo y a la que aludía Querol en sus comentarios a estos preceptos: el militar que, en los casos indicados, suministra información falsa o silencio la verdadera que tiene el deber de transmitir, defrauda la confianza depositada en la institución de las Fuerzas Armadas. Pero no existe aquí relación alguna entre libertad y confianza, porque los deberes no tienen por qué responder a una supuesta relación necesaria entre ambas, pese a lo que se mantiene con frecuencia».

⁴⁷⁸ *Ibidem*, pp. 231-232.

a la seguridad y defensa nacionales, el de atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, el incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio, los delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar, y el de ultrajes a España e injurias a la organización militar; reuniéndose todos ellos a lo largo de ocho capítulos, sumándose un capítulo relativo a disposiciones comunes.

Más allá de la simple enumeración, lo cierto es que el Título I, como se observa, recoge figuras delictivas muy próximas por su propia naturaleza, y otras más alejadas que incluso no parecen responder “estrictamente” a la sistemática ofrecida en dicho Título, tal como acontece con los ultrajes a España e injurias a la organización militar.

Partiendo de la pluralidad de delitos que hemos reseñado, el primer nexo que cabe destacar y que va a tener un lugar aquí preeminente, es el de los llamados “delitos políticos” donde se pueden encuadrar algunos de los ilícitos expuestos y que puede categorizarse como el punto de unión más relevante entre ellos, circunstancia que, en suma, ha de conducir a un examen, como así se hará, del delito político paradigmático que es la rebelión.

En cuanto a los delitos políticos la primera cuestión que se debe tratar, por motivos obvios, es la definición de estos, tarea ésta que colisiona con graves dificultades⁴⁷⁹, empezando por la dificultad que entraña definir el propio concepto de lo político. A ello se suma que los delitos políticos van unidos necesariamente al marco ideológico

⁴⁷⁹ «De los delitos políticos han hablado todos los criminalistas antiguos y modernos; de delitos políticos se ocupó con notable acierto Carmignani, se ocuparon Rossi, Mittermayer y nuestro Pacheco; pero pasaron tan ligero sobre ellos como sobre cualquiera otros de los que tienen sanción penal en los Códigos. Sin embargo, consideraban todos que el delincuente político no se parece al delincuente común; pedían todos benignidad de penas para estos delitos, y ni ellos ni las leyes llegaron a definirlos, a dar la fórmula de la profunda diferencia que los separa de los delitos comunes (De Rivera Delgado, M, *El criterio legal en los delitos políticos*, Imprenta y litografía de Nicolás González, Madrid, 1873, p. 8).

y al régimen que en cada momento se halle establecido en la sociedad ya que como afirma RODRÍGUEZ RAMOS “la decisión de criminalizar o descriminalizar conductas es, en último término, política dependiendo de las concepciones ético sociales de las fuerzas en el poder”⁴⁸⁰. Estas graves dificultades anunciadas han tratado de ser salvadas por la doctrina con diversas teorías, las cuales se articulan en tres grupos principales, a saber: teorías objetivas, subjetivas y mixtas⁴⁸¹.

En cuanto a la primera de las teorías, esto es, las objetivas⁴⁸² ven en los delitos políticos lo que IHERING denominó “delitos contra el Estado”, entendiendo dicho autor por tal “todo acto que pueda constituir una amenaza contra las condiciones de vida del Estado”, a ello suma que “el carácter del delito político es atacar las condiciones de vida del Estado”⁴⁸³. Lo determinante en estas teorías es que parten únicamente atendiendo al derecho que se viola, o más concretamente al bien o interés jurídicamente lesionado o expuesto a un peligro, dando como resultado ello que un delito tendrá naturaleza política cuando se ataca al organismo político del Estado o a

⁴⁸⁰ Rodríguez Ramos, L, «Hacia una teoría de las fuentes materiales del Derecho penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 34, Fasc-Mes 2-3, 1981, p. 726.

⁴⁸¹ Montoro Ballesteros, M.A, «En torno a la idea del delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)», en *Anales de derecho*, núm. 18, 2000, p. 144.

⁴⁸² Vid. Ruiz-Funes, M, *Evolución del delito político*, Biblioteca de la Cátedra del Exilio, Madrid, 2013, pp. 70-81, que sitúa en el ámbito de las teorías objetivas a autores como Haus, Prins, Buccellati, Barsantoi, Napodano. Por otro lado, en el lado de las teorías subjetivas establece a Lombroso, Laschi, Ferri o a Garraud entre otros.

⁴⁸³ Ihering, R.V, *El fin en el Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 341 y ss, así citado por Montoro Ballesteros, M.A, «En torno a la idea del delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)», cit., p. 145, quien añade que los planteamientos de las teorías objetivas tuvieron su reflejo en ciertos textos legales como en el Código penal soviético de 1926 que en su artículo 6 establecía: «se reputa peligrosa toda acción u omisión dirigida contra la estructura del Estado soviético o que lesione el orden jurídico creado por el régimen de los trabajadores para la época de transición a la organización social-comunista», o la Ley alemana de extradición de 1929 que su artículo 3 consideraba delito político «las agresiones punibles dirigidas contra la existencia y seguridad del Estado, contra su jefe o miembros del gobierno, como tales, o contra la Constitución y los derechos políticos».

los derechos políticos de los ciudadanos⁴⁸⁴. Así, en suma, el delito político tiene como objeto único y exclusivo el de destruir, cambiar o perturbar el orden público⁴⁸⁵.

Respecto a las teorías subjetivas, se alejan estas del bien jurídico contra el que se dirige el delito, centrándose en la finalidad o en la motivación del ilícito, el cual naturalmente tendrá que tener un fundamento de índole político. Esta línea de pensamiento fue defendida por la escuela positiva italiana por autores como Ferri y Carmignani, o en Alemania, donde destaca RADBRUCH, con su teoría del delito por convicción. Señala MONTORO BALLESTEROS que la teoría subjetiva fue seguida por JIMENEZ DE ASÚA por cuanto éste dispuso que: “De cuantos puntos de vista se han ensayado para definir el delito político, me parece más certero el criterio subjetivo del móvil, que tiene rancio abolengo en los escritos franceses. La infracción política no se caracteriza por su objetividad, sino por el motivo que anima al transgresor de la norma, y así un regicidio perpetrado por venganzas personales es un delito común y un homicidio o incendio cometidos con el designio de cambiar un régimen o anular una dictadura es un delito político”; posteriormente el autor añadió a su planteamiento que “no debe bastar, para definir las características de un delito político, el móvil de naturaleza política o social que preside los actos del infractor de la norma; es preciso que sus

⁴⁸⁴ Vid. Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Editorial Losada, Argentina, 1951, pp. 166-171, que recoge una serie de autores favorables a las teorías objetivas, así v.g «Ortolan a quien se ha considerado como uno de los primeros mantenedores de fórmulas subjetivas, trata, en verdad, en una extensa enumeración, de establecer objetivamente el exacto contenido de los delitos políticos, pues que acude a los intereses jurídicamente lesionados, y cree que aquellos están constituidos por los “actos que tiene por objeto invertir o modificar la organización de los grandes poderes del Estado, o bien destruir o debilitar uno de esos poderes, o bien extinguir o restringir la participación que los diversos miembros o algunos miembros de la asociación son llamados a tomar en ellos, o bien a ejercer en un sentido o en otro una acción ilegítima sobre el juego de su mecanismo o sobre la dirección general y suprema que de ellos resulte para los poderes del Estado, o bien transformar para alguno de sus elementos o en todos, las condiciones sociales establecidas en la Constitución para los individuos, o bien para suscitar desórdenes, odios o luchas de violencia en la sociedad, a propósito de uno u otro de los objetos precedentes”».

⁴⁸⁵ Citando a Garraud, Fontán Balestra, C, *Derecho penal, introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 173.

finalidades sean las de construir regímenes políticos o sociales de catadura avanzada al porvenir”⁴⁸⁶.

Esta teoría también tiene en su contra diversas objeciones como las expresadas por RODRÍGUEZ DEVESA para quien “es inadmisibile, porque impide toda distinción con los delitos comunes, ya que la motivación política puede concurrir en cualquiera de ellos”⁴⁸⁷.

En último lugar, se sitúan las teorías mixtas, que han tenido buena acogida por parte de la doctrina, y que pueden diferenciarse según se trate de teorías mixtas extensivas o restrictivas: las primeras consideran delitos políticos a los que atentan contra la organización política o constitucional del Estado y los que se realizan con un móvil o fin político, mientras que las segundas consideran delitos políticos aquellos que atentando contra la organización política o constitucional del Estado, se realizan además con un fin político. La teoría mixta fue defendida en España por penalistas como CUELLO CALÓN o ANTON ONECA, sosteniendo el primero que “es delito político el cometido contra el orden político del Estado, así como todo delito de cualquiera otra clase determinado por móviles políticos”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Montoro Ballesteros, M.A, «En torno a la idea del delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)», cit., pp. 145-146.

⁴⁸⁷ Rodríguez Devesa, J.M, *Derecho penal español, parte general*, [s.e.], Madrid, 1973, p. 195, así citado por Montoro Ballesteros, M, A, «En torno a la idea del delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)», cit., p. 146.

⁴⁸⁸ Vid. Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 174-178; igualmente, recoge el autor que «A nuestro juicio la tesis mixta que se basa en el bien o interés jurídicamente atacado y en el móvil del autor o fin que persigue, se origina en la exposición que hicieron Lombroso y Laschi en el Congreso de antropología criminal reunido en Roma en el año 1885, y que después se desarrolla en el conocido libro de esos autores en que se trata del delito político y de las revoluciones. En sentir de los dos famosos italianos, es delito político “toda lesión violenta del derecho constituido por la mayoría para el mantenimiento y el respeto de la organización política, social o económica que sea mayoría quiere. Y al ocuparse del fin, creen que sólo puede servir de guía para decidir la objetividad del derecho lesionado, pero no para establecer la especialidad de infracción. Así nos dicen: “Puede haber, en efecto, delitos comunes a los cuales el autor atribuya un fin político, por ejemplo el homicidio sectario; pero cuando la organización política no ha sido lesionada, estos delitos no salen del derecho común; la pasión política que ha armado la mano del culpable servirá para graduar la punición, en contrapartida a los delitos suscitados por una pasión más baja, pero nunca para elevar a éste al rango de delito contra el Estado”.

Señalada la triple visión de los delitos políticos, no resulta baladí recoger, aun con un alcance abreviado, los delitos que paradigmáticamente encajan en la categoría de “delitos políticos” y que por su naturaleza lindan con “la traición”, al igual que debe señalarse que una vez más, y resultado de que el derecho es un producto histórico, podremos observar que ciertas figuras delictivas próximas, en sus orígenes, se confundían con el delito objeto de nuestro estudio. En ese sentido, se ha de examinar brevemente la relación con el delito de rebelión, que en el Código Penal Militar de 2015 se remite al tipo del Código Penal Común y se limita al contexto de un conflicto armado internacional (art. 9.2b); y al delito de sedición, que se prevé entre los delitos contra la disciplina (art. 38).

4.5 EL DELITO DE REBELIÓN MILITAR

Iniciamos con las certeras palabras manifestadas por DE RIVERA DELGADO que señaló “cuando se intenta asegurar el orden público, la rebelión es el primer objeto que un Código penal ha de establecer en la designación de los delitos que contra el mismo orden se cometan. La rebelión es la palabra más elocuente y más expresiva, la de más latitud en su significado respecto de la acción criminosa políticamente considerada. Con razón, pues, desde la ley romana de los crímenes de lesa majestad hasta la última exposición de los delitos políticos, se ha considerado la rebelión como el primer objeto penable, y tal vez como el único que mereciese justamente el dictado de un delito político”⁴⁸⁹.

En verdad lo que sirve de guía en la tesis de Lombroso y de Laschi para decidir la índole política de la infracción, es el derecho lesionado, y no el móvil o el fin, que se considera por ellos inhábil para transformar un delito objetivamente común en político».

⁴⁸⁹ De Rivera Delgado, M, *El criterio legal en los delitos políticos*, cit., p. 235. Añádase: «El más profundo choque, la revolución más trascendental, la perturbación más grave de ese organismo político, todo es objeto de la rebelión, y la rebelión a los ojos del legislador se presenta o como un poder temible cuando su fuerza es grande, o como una temeridad insigne, que si quedara impune podría ofrecer lamentables ejemplos» (*Ibidem*, p. 236).

4.5.1 EL DESARROLLO DE LOS TIPOS PENALES DE REBELIÓN MILITAR

Desde la anterior afirmación, es indudable que el primero, que no el único, de los delitos que guarda fuertes paralelismos con la traición es del delito de rebelión, circunstancia que se ve averada *ab initio* a la luz del derecho romano, donde no existía una clara separación y se incluían ambos en los llamados “delitos de majestad”. Así lo dispone el Digesto, donde se podía identificar como rebelión la conducta de “reunir hombres armados contra la república”, mientras que, en el plano militar, se encontraba la conducta de “solicitar o concitar a los militares para que se haga tumulto contra la república”⁴⁹⁰.

Estas cuestiones han sido ya consideradas en la parte histórica del estudio en relación con la traición, aunque es necesario tomar en cuenta algunas consideraciones que derivan de allí y que afectan a su relación con el delito de rebelión. En esencia, se observa que, en las regulaciones más pretéritas, la rebelión constituye una de las formas de traición, recogiendo esta realidad en, entre otros monumentos legales históricos, Las Partidas o en el Ordenamiento de Alcalá⁴⁹¹.

No será, por tanto, hasta los tiempos constitucionales, cuando la rebelión militar comienza a cobrar singularidad, si bien no debe, en caso alguno, obviarse que la remisión a la traición siempre va a estar presente, y pese a la disgregación que va a

⁴⁹⁰ *Vid.* D. 48.4.1.1, donde se dispone: «Mas es delito de majestad el que se comete contra el pueblo romano, ó contra su seguridad; del cual es responsable aquel por cuya obra y dolo malo se hubiere formado designio para que sin orden del Príncipe se vayan los rehenes, para que haya en Roma hombres armados con dardos ó piedras, y se reúnan contra la república, ó se ocupen lugares, ó templos, ó se verifiquen juntas ó reuniones, ó se convoquen hombres para una sedición; ó aquel por cuya obra, consejo, ó dolo malo se hubiera formado designio para que sea muerto un magistrado del pueblo romano, ó el que tiene imperio ó potestad, ó para que alguno lleve armas contra la república; ó el que hubiere enviado mensajero, ó carta, a los enemigos del pueblo romano, ó hubiere dado una señal, ó hubiere obrado con dolo malo, para que los enemigos del pueblo romano sean favorecidos en su designio contra la república; ó el que hubiere solicitado, ó concitado, a los militares, para que se haga sedición, ó tumulto contra la república».

⁴⁹¹ En torno a los delitos políticos en el medievo, véase Villarroel González, O, «El crimen político en la Baja Edad Media: Entre la oposición política y el delito», *Clío y Crimen: Revista del centro de historia del crimen de Durango*, núm. 5, 2008.

tener lugar, hallamos retornos a doctrinas clásicas. Esto, por ejemplo ocurrió con la regulación operada por la Ley Orgánica del Ejército de 9 de junio de 1821, la cual en su artículo 7, definía la traición en función de fines determinados: “Es delito de traición el abuso de la fuerza armada cuando esta se emplea en los casos siguientes: para ofender la Persona sagrada del Rey⁴⁹²; para impedir la libre elección de Diputados; para impedir la celebración de las Cortes en las épocas y casos que previene la Constitución; para suspender o disolver las Cortes o la Diputación permanente de las mismas⁴⁹³; y para embarazar de cualquier manera las sesiones o deliberaciones de las Cortes o de su Diputación permanente”. A esto se añade el artículo 8, que rezaba: “Ningún militar obedecerá al superior que abusa de la fuerza armada en los casos

⁴⁹² Vid. De Rivera Delgado, M, *El criterio legal en los delitos políticos*, cit., p. 237: «Pero si el destronamiento del rey o la deposición del regente son difíciles de pensarse cuando se consuman, no así la privación de la libertad personal, ni tampoco la violencia para ejecutar un acto a su voluntad contrario. Fácilmente se priva de su libertad personal al monarca cuando sin el objeto de destronarlo se intenta conseguir de él una ley, objeto de la rebelión o del alzamiento. Cercar el trono, intimidarle por la fuerza con que la rebelión dispone, ejercer presión sobre su voluntad, esclava siempre de las necesidades públicas y temerosa de no poder dominar el conflicto que la rebelión provoca, no es difícil cuando los rebeldes son numerosos, su fuerza potente y su acción tan eficazmente poderosa como la misma fuerza pública de que los poderes disponen. La mayor parte de esas revoluciones parciales, designadas en nuestro país con el nombre gráfico de pronunciamientos, han tenido por objeto la privación de la libertad personal del rey, puesto que la imposición de su voluntad para el cambio de un sistema de gobierno, si idéntico en la forma, vario y diferente en el modo de aplicar la doctrina política, es un acto de verdadera rebelión».

⁴⁹³ *Ibidem*, pp. 240-241: «Las Cortes reunidas pueden disolverse, se disuelven con su consentimiento y sin él; y ¡cosa extraña! Cuando no obstante el gran prestigio que tiene, aún en las sociedades modernas, la institución real, no puede el rey disolver las Cortes más que una sola vez en cada legislatura sin el consentimiento de ellas, los rebeldes, lejos de considerar la inmensidad de respeto que este consentimiento merezca, al disolverlas, al ejercer criminal presión sobre tan alto poder, se levantan sobre toda ley, violentan la conciencia y la voluntad públicas, la idea y la opinión dominantes donde las Cortes han nacido y traen su procedencia legítima [...]. Disolver las Cortes, no es sólo privar su ejercicio. A la manera que el homicida acaba con la vida de la víctima, la disolución de las Cortes acaba con las Cortes. En vano los comicios convocados procedieron a las elecciones; en vano depositaron con su voluntad el criterio político que tuvieran para el desarrollo de determinadas ideas políticas; en vano confieran justamente en que, correspondiendo al mandato recibido, los representantes de la Nación cumplieren la misión que a las Cortes les llevaba. Los rebeldes, por medio de la disolución, dirigen atentado contra el derecho de los mismos electores que las Cortes eligieron: atentado de lesa majestad, porque es la más caracterizada, la más grave de las usurpaciones que pueden dirigirse a la libertad real; atentado, si no a la forma de gobierno que puede ser independiente de ese objeto, al gobierno mismo, y atentado, en fin, a la sociedad legal, a la legalidad vigente, porque las Cortes resumen, contienen en sí, se encierra en ellas, y a su vez producen e irradian todo el organismo de la legalidad».

expresados en el artículo anterior, bajo las penas que las leyes prefijaren”. De ese modo, se establecía un límite explícito al deber de obediencia.

Con carácter previo a la codificación penal castrense, también cabe destacar la Real Orden de 17 de enero de 1873 que se apoya en la legislación penal común. En remisión al Código penal de 1870, fija como delito de rebelión de carácter militar, entre otros, los hechos comprendidos en el artículo 243⁴⁹⁴ de dicho código que se cometan por fuerzas armadas o legalmente organizadas; los que se cometan por paisanos armados y organizados a las órdenes de jefes militares; o los que se cometan por en despoblado por paisanos en número mayor de doce individuos, si por razón de la clase de obediencia que presenten a sus jefes, la organización que tengan, de los medios que empleen, o el género de vida que hagan puedan ser considerados como fuerza rebelde militarmente organizada⁴⁹⁵.

A partir del Código penal del Ejército de 1884 la rebelión militar va a gozar de cierto protagonismo en diversos textos legales que pasamos a recoger; pero ya el antedicho Código recogía en su artículo 106: “Los militares que colectivamente se alzasen en armas contra la Constitución del Estado, contra el Rey, los cuerpos colegisladores o el gobierno legítimo serán castigados: Con la pena de muerte el jefe de la rebelión, los promotores y el de mayor empleo militar, o el más antiguo si hubiese varios del mismo,

⁴⁹⁴ Código penal de 1870, artículo 243: «Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente y en abierta hostilidad contra el Gobierno para cualquiera de los objetos siguientes: 1º Destronar al Rey, deponer al Regente ó Regencia del reino ó privarles de su libertad personal ú obligarles a ejecutar un acto contrario á su voluntad. 2º Impedir la celebración de las elecciones para Diputados á Cortes en todo el reino, ó la reunión legítima de las mismas. 3º Disolver las Cortes ó impedir la deliberación de alguno de los Cuerpos Colegisladores ó arrancarles alguna resolución. 4º Ejecutar cualquiera de los delitos previstos en el artículo 165. 5º Sustraer el reino ó parte de él ó algún cuerpo de tropa de tierra ó de mar, ó cualquiera otra clase de fuerza armada de la obediencia al supremo Gobierno. 6º Usar y ejercer por sí ó despojar á los Ministros de la Corona de sus facultades constitucionales, ó impedirles ó coartarles su libre ejercicio».

⁴⁹⁵ Recogido en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 885-886.

de los que tomen parte en la comisión del delito. Con la de reclusión perpetua a muerte, los demás nos comprendidos en el caso anterior”⁴⁹⁶.

El Código penal de la Marina de Guerra de 1888, realizó una consideración propia del delito de rebelión adaptándolo al ámbito naval, rezando el artículo 128 de esta manera: “Los marinos que colectivamente se alzaren en armas contra la Constitución, contra el Rey, Regente o Regencia del Reino, los Cuerpos colegisladores o el Gobierno legítimo serán castigados: 1º Con la pena de muerte el jefe de la rebelión, los promovedores, el de mayor empleo de Cuerpo militar o más antiguo si hubiere varios del mismo empleo y el jefe promovedor y el de mayor empleo o más antiguo que en cualquier forma se adhirió a la rebelión. 2º Con la de reclusión perpetua a muerte los demás que, no estando comprendidos en el número anterior, formaren parte de la rebelión o se adhieren a ella en cualquier forma”⁴⁹⁷.

El Código de Justicia militar de 1890 establecía en su artículo 237 una definición amplia del delito⁴⁹⁸, recogiendo pormenorizadamente las circunstancias que debían concurrir; posteriormente también cabe mencionar la ley de represión de los delitos contra la Patria y el Ejército de 23 de marzo de 1906; y por su interés histórico e

⁴⁹⁶ Resulta interesante recoger también el artículo 107: «Los meros ejecutores de la rebelión que, antes de cometer actos de violencia, se sometieren a las autoridades legítimas en la forma y tiempo que marquen los bandos que al efecto se publiquen, obtendrán la rebaja de uno a dos grados de la pena que les corresponda, si son oficiales, y quedarán totalmente exentos de la suya respectiva los individuos de la clase de tropa».

⁴⁹⁷ Cabe destacar la singularidad de los artículos 134 y 135 que establecían respectivamente: «El marino que teniendo conocimiento de que se intenta promover una rebelión no lo descubriere a sus superiores será penado como cómplice de ella». «El que por cualquier medio trate de apoderarse de o se apodere de uno o más buques de la Armada, arsenal u otro establecimiento o puerto militar a cargo de la Marina sufrirá la pena de reclusión perpetua a muerte».

⁴⁹⁸ Artículo 237: «Son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra la Constitución del Estado, contra el Rey, los Cuerpos colegisladores o el Gobierno legítimo, siempre que lo verifiquen concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1º Que estén mandados por militares o que el movimiento se inicie, sostenga o auxilie por fuerzas del Ejército. 2º Que formen partida militarmente organizada y compuesta de diez o más individuos. 3º Que formen partida en menor número de diez, si en distinto territorio de la Nación existen otras partidas o fuerzas que se proponen el mismo fin. 4º Que hostilicen a las fuerzas del Ejército antes o después de haberse declarado el estado de guerra.

incidencia en el delito de rebelión es menester recalcar en el bando declaratorio del estado de guerra de 28 de julio de 1936 que amplió, en atención a las circunstancias bélicas, el espectro de la rebelión. Dicho bando rezó, en lo que nos atañe, así: “Las circunstancias porque atraviesa España exigen a todo ciudadano español el cumplimiento estricto de las leyes, y por si alguno, cegado por un sectarismo incomprensible, cometiera actos u omisiones que causaren perjuicio a los fines que persigue este movimiento redentor de nuestra Patria, esta Junta de Defensa Nacional, celosa en cuanto constituyen sus deberes en momentos tan solemnes, ha decidido ratificar la declaración del estado de guerra y, en consecuencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto de esta fecha, y con el fin de establecer una unidad de criterio, tan necesaria en estos instantes, hace público el siguiente bando:

Artículo 5º Quedan sometidos a la jurisdicción de guerra, y serán sancionados, del mismo modo, por procedimiento sumarísimo:

- A) Los delitos de rebelión, sedición y sus conexos, atentados, resistencia y desobediencia a la autoridad y sus agentes y demás comprendidos en el Título III del Código Penal ordinario bajo el epígrafe “Delitos contra el orden público”.

Artículo 6º Se considerarán como rebeldes, a los efectos del Código de Justicia Militar, y serán juzgados de la forma expuesta:

- A) Los que propaguen noticias falsas o tendenciosas con el fin de quebrantar el prestigio de las fuerzas militares y de los elementos que prestan servicio de cooperación al Ejército.
- B) Los poseedores de armas de fuego o sustancias inflamables o explosivas, entendiéndose caducadas todas las licencias de armas que no hubiesen sido

otorgadas por esta Junta de Defensa Nacional o sus legítimos representantes.

Los poseedores de armas, con o sin licencia, quedan obligados a entregarlas en el plazo máximo de doce horas, sin excusa alguna, en el puesto de la Guardia Civil respectivo, donde, en cada caso, podrá convalidarse la autorización para su uso, a discreción del Comandante de aquél.

- C) Los que celebren cualquier reunión, conferencia o manifestación pública, sin previo permiso de la autoridad, solicitado en la forma reglamentaria, y los que asistan a ellas.
- D) Los que cometan delitos de los comprendidos en los apartados B), C) y D) del artículo anterior.
- E) Los que tiendan a impedir o dificultar el abastecimiento de artículos de primera necesidad, eleven injustificadamente los precios de los mismos, o de algún modo contribuyan a su encarecimiento.
- F) Los que coarten la libertad de contratación o de trabajo o abandonen éste, ya se trate de empleados, patronos u obreros.

Por último, merece interés el artículo 9 que en línea con lo expuesto y acomodado a las circunstancias de guerra⁴⁹⁹, fue muestra también de la exacerbada amplitud del

⁴⁹⁹ En dicho contexto histórico, y en relación a la rebelión, se puede traer a colación el Consejo de Guerra a Lluís Companys Jover: «En la plaza de Barcelona a 14 de octubre de 1940, reunido el Consejo de Guerra de Oficiales Generales para ver y fallar la presente causa instruida en procedimiento sumarísimo ordinario contra Luis Companys Jover, paisano, oído el Fiscal y Defensor [...]. Hechos probados: Vistos los autos siendo vocal Ponente el Auditor de Brigada, don Adriano Coronel Velázquez. Resultando: Que el procesado Luis Companys Jover, de 58 años de edad, de estado casado, natural de Tarrós (Lérida) y profesión Abogado, desde su juventud siempre tuvo significación política izquierdista, con cuyo carácter fue elegido diputado varias veces, fundado el partido de Esquerra Catalana de la que fue Jefe de minoría en las Cortes, proclamando en 1931 y en unión de Macià la República Catalana, llegando después a la Presidencia de la Generalidad. Resultando: Que al producirse el Glorioso Movimiento Nacional, el 17 de julio de 1936, el procesado continuó en dicho cargo de Presidente de la Generalidad, oponiéndose decididamente al triunfo del Alzamiento a cuyo fin celebró reuniones en las Consejerías de la Generalidad de las que salió acordado el reparto de las armas que con profusión se hizo a los elementos frente-populistas para oponerse al Ejército Nacional, dirigiendo numerosas alocuciones alentadoras de la resistencia a la Causa Nacional y encauzando desde la propia Generalidad la lucha animada por medio de órdenes que transmitió a las fuerzas dependientes de su gobierno. Resultando: Que el procesado no puso remedio para reprimir los desórdenes, crímenes, saqueos y

concepto de rebelde, así disponía: “Queda prohibido, hasta nueva orden, el funcionamiento de todas las estaciones radioemisoras particulares de onda corta o extracorta, considerándose a los infractores como rebeldes, a los fines del Código de Justicia Militar”⁵⁰⁰.

Finalizada la contienda, la Ley de 2 de marzo de 1943, modificó el delito de rebelión⁵⁰¹, aunque es realmente de interés el Código de Justicia Militar de 1945 que,

depredaciones de toda clase, a que los elementos izquierdistas se dedicaron y que no sólo los toleró, sino que actuación fueron favorecidos y alentados. Resultando: Que el procesado presidiendo el Gobierno de la Generalidad legisló ampliamente toda clase de materias, inspirándose siempre en el afán de conseguir el triunfo de las izquierdas, llegando en este orden, incluso, a asumir facultades que nunca le correspondieron, organizando milicias armadas, con nombramientos expresos de Jefes militares, organización de la Industria de guerra, declaración de Plaza bloqueada de la de Barcelona, creación de Tribunales Populares, con distribuciones y nombramientos de funcionarios judiciales en consonancia con sus ideas políticas organizando las patrullas de control a las que se dispuso tal protección, no obstante los crímenes que cometían, que incluso hizo pasar, a su disolución, muchos de sus componentes al cuerpo de mozos de escuadra, mantuvo inteligencia con organizaciones extranjeras favorecedoras de la rebeldía y finalmente dispuesto incautaciones e intervenciones de bienes y bancarias, Resultando: Que huido a Francia el procesado ante el avance de nuestras fuerzas, en dicha nación vecina continuó usando el título de Presidente de la Generalidad, haciendo propaganda de todas clases y manteniendo relaciones políticas con otros huidos con el fin de entorpecer al Gobierno Nacional. Considerando: Que asumido el poder legítimo del Estado por las Autoridades Militares que a partir del 17 de julio de 1936 se alzaron en cumplimiento de la misión atribuida al Ejército en su Ley constitutiva de defender la Patria contra enemigos tanto exteriores como interiores, que significaban los partidos y el llamado gobierno del Frente Popular, y que surgido así el Nuevo Estado, la oposición armada contra el mismo origina la rebelión definida en el artículo 237 del Código de Justicia Militar. Considerando: Que del expresado delito es responsable en concepto de autor el procesado porque los hechos que la Sentencia declara ponen de manifiesto que los realizó en notoria compenetración ideológica con los propósitos perseguidos en la rebelión y para la consecución de los fines de ella por lo que incurrió en la responsabilidad que determina el citado artículo 237 en relación con el nº 2 del 238 del expresado Código de Justicia Militar. Considerando: Que concurren en este caso, además de la destacada personalidad del procesado por el cargo que desempeñó, las circunstancias agravantes de trascendencia del delito y el daño causado con relación al servicio a los intereses del Estado y a los particulares a que se refiere el artículo 173 del Código Castrense. Considerando: Que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente. Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, así como el número 2 del Grupo 1º del anexo a la Orden de 25 de enero de 1940 (B.O. número 26) y Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939. Fallamos, que debemos condenar y condenamos al ex Presidente del disuelto Gobierno de la Generalidad Catalana, Luis Companys Jover, como responsable en concepto de autor por adhesión del expresado delito de rebelión militar, a la pena de muerte con accesorios legales caso de indulto y expresa reserva de la acción civil o responsabilidad de igual clase en cuantía indeterminada» (Así expuesto en Herrero-Tejedor Algar, F, y Pascual Sarría, F, *Código Penal Militar*, Colex, Madrid, 2011, p. 200).

⁵⁰⁰ Debe tenerse en cuenta, no obstante, la limitación dispuesta en el artículo 10: «La jurisdicción de guerra podrá dejar de conocer, remitiéndolas a la jurisdicción ordinaria, de las causas incoadas que, hallándose comprendidas en este bando, no tengan a juicio de las autoridades militares relación directa con el orden público».

⁵⁰¹ *Vid.* la exposición de motivos que reza que: «Es propósito constante del Gobierno atenuar el rigor de las Leyes que sancionan los delitos derivados del pasado movimiento rebelde, por lo que se ha publicado numerosas disposiciones que tienden a conseguir que los que delinquieron influidos por propagandas y doctrinas erróneas puedan incorporarse a la vida normal, pero ha de exigir al mismo tiempo que en lo sucesivo nadie ose desviarse de una rígida disciplina social. Al propio tiempo, para mejor alcanzar estos

en sus artículos 286 y siguientes, trató la figura delictiva de forma más abreviada que en sus antecedentes más próximos. El delito se describía del siguiente modo: “Son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra el Jefe del Estado, su Gobierno o instituciones fundamentales de la Nación, siempre que lo verifiquen concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1º Que estén mandados por militares o que el movimiento se inicie, sostenga o auxilie por fuerzas de los Ejércitos. 2º Que formen grupo militarmente organizado y compuesto de diez o más individuos. 3º Que formen grupo en número menor de diez si es distinto territorio de la Nación existen otros grupos o fuerzas organizadas que se propongan el mismo fin. 4º Que hostilicen a las fuerzas de los Ejércitos. 5º También se considerarán reos del delito de rebelión militar los que así declaren en leyes especiales o en los bandos de las autoridades militares⁵⁰².”

Huelga decir, por otro lado, que la penología gravitaba fundamentalmente en torno a la pena capital, siendo claro ello en el artículo 287 donde meridianamente se exponía que “Serán castigados con la pena de muerte el cabeza de la rebelión y el que tome el mando superior de las fuerzas o elementos rebeldes. Igualmente serán castigados con

propósitos, es conveniente establecer la debida equiparación con el delito de rebelión militar de las transgresiones del orden jurídico que tengan una manifiesta repercusión en la vida pública, condensando en una disposición con rango de Ley, los distintos bandos y medidas que se han dictado a partir del dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis».

⁵⁰² Se puede observar en el precepto cierta indeterminación en el tipo, como, por ejemplo, cuando se refiere a “instituciones fundamentales de la Nación” o la cláusula quinta que deja un gran margen de espacio a las leyes o normas excepcionales que pudieran surgir de ciertas circunstancias; ello no obstante, cabe interpretar que la norma -como el contexto histórico invitaba- es relativamente cautiva de la facticidad. En relación a esta cuestión, cabe traer a colación el artículo 294: «Los que en la forma y tiempo que establezcan los bandos que al efecto se publiquen depongan las armas antes de haber hecho uso de las mismas y se sometan a las autoridades legítimas, quedaran exentos de las penas que les correspondieran como rebeldes si son meros ejecutores y no tienen empleo militar superior a clases de tropa o marinería. Si tuvieran empleo militar superior al expresado o ejercieran algún mando en las fuerzas rebeldes, sufrirán sólo una pena inferior a las correspondientes o quedaran exentos de pena, al arbitrio del Tribunal. [...]».

la pena de muerte los rebeldes con mando de compañía y unidades superiores o análogas de cualquiera de los tres Ejércitos”.

Más recientemente, merece atención el Código Penal Militar de 1985⁵⁰³ que operó una novedad relevante, cual fue la de limitar el delito de rebelión militar al tiempo de guerra como así se dispuso en su artículo 79: “Son reos del delito de rebelión en tiempo de guerra los que se alzaren colectivamente en armas para conseguir cualquiera de los siguientes fines: 1º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución. 2º Destituir al Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad. 3º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos. 4º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma, o impedir que se constituyan, reúnan o deliberen o arrancarles alguna resolución. 5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sustraer la Nación o parte de ella o cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno. 6º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno Nacional o Autonómico o a cualquiera de sus miembros de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio”.

La limitación del delito al tiempo de guerra no constituye, simplemente, un mero tipo agravado del delito de rebelión común, afirmación esta que toma base en la idea de MILLÁN GARRIDO para el que, “a diferencia de la legislación penal militar para

⁵⁰³ «En general, cabe calificar de positiva la promulgación del código penal militar de 9 de diciembre de 1985. Por primera vez tiene nuestro país un código castrense con pretensiones de ser aplicado, en tiempo de paz, únicamente a los sujetos sometidos a la disciplina castrense, recogiendo, además los avances aportados en la legislación común por la reforma de 1983. El delito de rebelión en tiempo de paz desaparece, pura y simplemente, previéndose sólo la rebelión en tiempo de guerra (art. 79) con una regulación similar a la del código penal. Por ello, si el código es criticable en otros aspectos, no lo es, desde luego, en lo que se refiere a la opción limitativa sobre el campo de acción de la rebelión militar» (García Rivas, N, *La rebelión militar en derecho penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1990, pp. 114-115).

tiempo de paz, constitutiva de un derecho especial -no excepcional- que tutela un interés normal del Estado de tipo permanente, las leyes penales de guerra, independientemente de su plasmación estable en un único Código Penal Militar, como ocurre en nuestro ordenamiento, responden a unas necesidades transitorias de proteger el potencial bélico estatal durante unas circunstancias de anormalidad constitucional o conmoción internacional en las que el mismo requiere una tutela más eficaz y consistente; constituyen así un Derecho excepcional, transitorio y temporal, cuyos tipos son, al margen de la técnica legislativa utilizada, tipos autónomos en modo alguno homologables a sus correlativos previstos para tiempo de paz”⁵⁰⁴.

4.5.2 ALGUNOS ASPECTOS DE LA TIPICIDAD DEL DELITO

El Código Penal Militar del año 2015 ha restringido el ámbito de la rebelión, remitiéndose al Código Penal común en el artículo 9 en cuanto que establece: “1º Son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código. 2º Asimismo son delitos militares cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como: A) Delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los

⁵⁰⁴ Vid. Millán Garrido, A, *El delito de deserción militar*, Bosch, Madrid, 1983, p. 111, así recogido en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, cit., p. 912.

miembros de la Guardia Civil. B) Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional”.

Resultado de lo anterior, tal y como se observa se requiere un conflicto armado de carácter internacional para que opere la rebelión de carácter militar, dándose un nuevo paso en la preponderancia del orden penal civil frente al militar, ya que, tradicionalmente y como se ha podido observar en los diferentes códigos militares, resultaba de aplicación a los militares y no militares en cualquier circunstancia. Lo cierto es que, paulatinamente, el devenir histórico, ha llevado a una minoración del protagonismo de los códigos castrenses, sustrayéndose al ámbito militar la rebelión en tiempo de paz como ocurrió con el código de 1985, y, ahora más modernamente, se ha sustraído en caso de tiempo de guerra, siendo de aplicación únicamente en caso de conflicto armado internacional, requisito éste que en la práctica, en nuestro parecer, constituye *de facto* un vaciamiento normativo y competencial, en el sentido de que, difícilmente, por la propia idiosincrasia del delito de rebelión va a acaecer en un entorno de “conflicto internacional”.

Más allá del plano estrictamente normativo, procede aclarar el concepto y la naturaleza jurídica de la rebelión. Siendo el caso en primer lugar de distinguir distintas tipologías del delito, como expone STAMPA IURESTE, quien entiende que “cabe considerar junto a la que nace y se desarrolla por medios violentos -que estimamos ser los propios y característicos del instituto jurídico comentado-, otra de modalidades pacíficas, tal cual el golpe de Estado y la llamada rebelión por astucia (o pseudo-rebeldía, en la que la astucia sustituye a la fuerza), y que, al no requerir tales formas de violencia, no revisten ni alcanzan propiamente la categoría de rebelión”. Sigue el autor indicando la diferenciación entre la rebelión propiamente dicha y la rebelión especial: dentro de la primera categoría se encuentran la rebelión común u ordinaria y la militar, la cual

señala que cuando es organizada por el Ejército o Institutos Armados toma el nombre de “pronunciamiento”⁵⁰⁵.

Asimismo, STAMPA IURESTE sostiene que la única rebelión que interesa al ámbito penal es la militar, ya que considera que la rebelión común constituye un delito imposible, y ello básicamente porque la rebelión ordinaria es siempre una tentativa con medios inidóneos: para que ésta se produzca son solamente idóneos los medios violentos; asimismo, sostiene que “el Ejército es elemento esencial y vitalísimo dentro de la organización del moderno Estado. Lógicamente, forzosamente, la Institución armada habrá de tomar partido en la contienda, o bien en pro de los rebeldes o bien en contra de los mismos lo que habría de traer aparejado, en este último caso, el ser objeto de ataque. En ambos supuestos, pues, la rebelión tendría el carácter de militar, y a mayor abundamiento, no se concibe la inexistencia de una, al menos, rudimentaria organización militar, iniciando o apoyando la rebelión o bien en contacto con grupos análogos y llevados de los mismos fines. Exigencias, toda ellas, propias del concepto y naturaleza de la rebelión militar. Debe, en resumen, desaparecer de los textos legales el delito de rebelión común u ordinaria. Concepto y carácter tal no tienen razón de ser, a partir de la fecha de promulgación de las leyes penales castrenses”⁵⁰⁶.

Por otro lado, el autor, pese a su cercanía, diferencia claramente la rebelión militar de la sedición en cuanto que el segundo afecta únicamente a la seguridad de la entidad Ejército, a la vida misma de la institución⁵⁰⁷, mientras que el primero, al igual que acontece con la traición, traspasa las fronteras meramente castrenses para poner en peligro a la nación misma.

⁵⁰⁵ Stampa Iureste, F, *El delito de Rebelión*, Ediciones de los Estudiantes Españoles, Madrid, 1945, p. 11.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, pp. 33-34.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 13.

En el sentido expuesto, cabe traer a colación a CUELLO CALÓN, quien indica que “estos delitos (de sedición) tienen de común con los de rebelión el medio de ejecución, pues ambos se realizan mediante un alzamiento público. Pero se diferencian de éstos en que en la rebelión el alzamiento va dirigido directamente contra los Poderes del Estado, es un alzamiento hostil al gobierno, mientras que en la sedición el alzamiento no es de hostilidad directa contra el gobierno, sino más bien contra ciertas autoridades o clases sociales o del Estado, o contra bienes de éste o de corporaciones públicas. Estos delitos, por su menor trascendencia, nunca son tan graves como los de rebelión”. En esta línea, UGARTE sostiene que la sedición “implica el quebrantamiento de un deber profesional, la desobediencia colectiva o tumultuaria, la reclamación armada, la protesta subversiva, el acto, en fin, de insubordinación que pone en riesgo lo que hay de más sagrado en la Institución militar: la seguridad de su destino, como centinela de la paz y brazo de poder”⁵⁰⁸.

Respecto a los caracteres del delito de rebelión militar, procede hacer una pequeña mención, hallándonos aquí ante un delito colectivo permanente o de tracto continuo y formal, dirigido contra la organización del Estado y producido mediante un levantamiento en armas. Así pues, la rebelión militar es un delito de índole colectivo, al requerir de varias voluntades para ser llevado a cabo, no siendo ello obstáculo para que pueda haber un solo autor material, ya que dicha característica no es incompatible con los delitos de aquella clase. Asimismo, estamos ante un delito permanente en lo que se refiere a su consumación, lo que supone que no agota su ejecución en el

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 13. Recoge también Stampa Iureste las palabras de Pou Rivas: «La Rebelión Militar atenta a la organización misma del Estado, mientras que la sedición sólo afecta a la vida interior del Ejército. Es el atentado más directo a la disciplina, y por ello se considera como el más grave y típico de los delitos exclusivamente militares. La verdadera diferencia no consiste en la forma violenta de la comisión, puesto que en ambas puede concurrir o faltar esta circunstancia, sino en el objeto que se trate de vulnerar, que en la rebelión es el Estado, el Rey, los Cuerpos Colegisladores o el Gobierno legítimo, y en la sedición, la subordinación y disciplina del Organismo armado».

momento inicial en que el alzamiento se verifica, pues estaríamos ante un delito instantáneo, sino que constituye para todos y cada uno de los que en él toman parte un estado antijurídico que, cada cual de los que en él participan, puede por su propia voluntad hacer cesar respecto de sí sometándose a la autoridad. Por último, al respecto cabe destacar que nos hallamos ante un delito formal, teniendo lugar la consumación del mismo sin que se produzca el evento antijurídico subjetivo perseguido por el agente, ello frente a los delitos de resultado que exigen para su consumación la consecución de la finalidad propuesta⁵⁰⁹.

Más allá de la rebelión militar, y dada la remisión que realiza el Código castrense al ámbito común, procede traer a colación su regulación que se halla en el artículo 472 del Código Penal, y donde más allá de los diferentes tipos tales como derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución, merece atención la expresión del encabezamiento del precepto que dispone que son reos de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente. Así, al respecto cabe acoger las tesis de PÉREZ DEL VALLE, que se refiere, sobre todo, a los casos en los que el alzamiento que requiere la rebelión se dirige a “declarar la independencia de una parte del territorio nacional” (art. 472.5ª CP): “alzamiento, en la rebelión, es la puesta en marcha de obstáculos que impidan al Estado ejercer el poder que le compete constitucionalmente” y “el resultado no es la independencia de la parte determinada del territorio, sino la obstrucción del ejercicio de competencias que constitucionalmente corresponden al Estado”. Por esa razón concluye que, “en una perspectiva sistemática, la interpretación del alzamiento violento del artículo 472.1 CP no restringe su utilización de violencia

⁵⁰⁹ *Ibidem*, pp. 67-72.

física: la utilización del adjetivo violento -o del adverbio que deriva de él- en el texto del Código penal requiere su significación en el sentido del lenguaje usual”⁵¹⁰.

4.5.3 LA ESENCIA DE LA REBELIÓN Y EL ESTADO DE SITIO

No pueden obviarse los evidentes nexos entre el delito últimamente tratado y los estados excepcionales, en cuanto que la rebelión introduce un peligro concreto frente a las estructuras democráticas, las cuales reaccionan desde la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, atribuyendo al Congreso la potestad de declarar el más grave de los estados, esto es, el de sitio cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o un acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, cuando ello no pueda resolverse por otros medios; es decir, aquí se halla la respuesta más extrema frente a una eventual rebelión que rompa o amenace romper los diques del Estado de Derecho, circunstancia que, incluso en su excepcionalidad, no va a significar la ausencia de toda norma al respecto sino que va a tener su propia normatividad⁵¹¹; siempre claro, que la rebelión no triunfe e instaure su propia realidad normativa que sustituya a la pretérita.

Al hilo de la afirmación precitada y en apoyo de la misma, debe, en tono clasicista, recordarse a JELLINEK, por cuanto disponía que: “La teoría atribuye al Estado soberano un poder de decisión ilimitado. Por consiguiente, también puede modificar a

⁵¹⁰ Vid. Pérez del Valle, C, «Rebelión y violencia (reflexiones en torno a la aplicación del delito de rebelión en el caso del 1 de octubre de 2017)», *La Ley Penal*, núm. 135, noviembre-diciembre 2018, Wolters Kluwer, p. 13.

⁵¹¹ En el ámbito de la excepcionalidad sobresalen los bandos militares, los cuales pueden ser penales y administrativos, siendo los primeros los dictados para sancionar como delitos hechos atentatorios a la seguridad de las tropas, y los segundos aquellos que tienen por objeto solucionar problemas de orden administrativo; respecto a los bandos penales Landín Carrasco los define como «una ley provisional, justificada por circunstancias de excepcional gravedad, que pueden definir nuevas actitudes delictivas, señalar las penas a ellas correspondientes y modificar transitoriamente la competencia de ciertas jurisdicciones para conatos de infracciones determinadas» (Así expuesto por Cano Perucha, J.L, «Los bandos penales militares», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 36, Fasc-Mes 2, 1983, p. 311).

discreción su Constitución, abrogarla o sustituirla. Y no sólo ajustándose al Derecho. La Constitución de un Estado puede sufrir mediante el poder una subversión total. Toda revolución abre el camino a una reforma de la Constitución. En efecto, no hay ningún poder alguno por encima del Estado que pueda impedir lo hecho por tales revoluciones, vengan de arriba o de abajo, así cada revolución triunfante crea un Derecho nuevo”⁵¹². Al igual que: “Incluso cuando se trata de juzgar jurídicamente las revoluciones de los Estados, existe en el fondo de nuestra visión de las cosas esta concepción normal de las relaciones jurídicas. El ejercicio del poder del Estado por el usurpador crea inmediatamente un nuevo estado de derecho, porque no existe institución alguna que pueda hacer que se considere como no efectuado jurídicamente el hecho de la usurpación. En este mismo principio se basa la tendencia, admitida hoy generalmente en derecho internacional del hecho consumado. El mantenimiento efectivo del poder del Estado legitima por sí solo la representación del Estado en el

⁵¹² Jellinek, G, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 9-10; procede añadir, por su valor, las siguientes reflexiones del autor: «Respecto al tema “reforma de la Constitución mediante la revolución” surge, en seguida, una pregunta interesante: ¿Hasta dónde se puede extender esta reforma? Si una Constitución es eliminada total y formalmente y es sustituida por otra, ¿esa Constitución anterior decae de tal modo que ninguno de sus preceptos sigue vigente? La respuesta la encontramos en un país que transformó su ordenamiento estatal mediante una serie continuada de revoluciones: Francia. [...]. De tales hechos inferimos que la abolición de las leyes no implica necesariamente y como consecuencia, la de los preceptos que contienen. Pueden mantenerse en adelante como Derecho consuetudinario lo cual es prueba de que tenían ya, antes de la abolición de la ley, el doble carácter de Derecho escrito y consuetudinario, de ello, sin duda, no se tenía conciencia mientras la ley estaba vigente. En este sentido cabe añadir esta interesante pregunta, ¿en qué medida el Derecho consuetudinario pierde totalmente su carácter al adoptar la forma de ley? Sobre la cuestión de la reforma de la Constitución mediante la revolución, existe una doctrina importante que afirma que únicamente afecta al Derecho escrito y no al consuetudinario. Solamente cuando el Derecho consuetudinario está unido indisolublemente a determinadas leyes, decaen los dos juntos. *Vid.* en aditamento de lo señalado Jellinek, G, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura económica, México, 2000, p. 276, «Por último, se debe examinar cuánto tiempo permanece un Estado en el mismo lugar. La doctrina dominante en el derecho internacional afirma que ni los cambios profundos de la constitución, ni las revoluciones, ni el aumento o disminución del territorio del Estado, y por consiguiente de la población, destruyen la identidad del Estado; pero este principio reconocido por la generalidad, sólo es admisible aceptando el punto de vista de la teoría de la asociación. Una unidad asociativa es independiente del número de sus miembros y de la extensión de su dominio. Un cambio en su constitución altera la forma pero no el ser de la asociación. La unidad de ésta permanece la misma, en tanto que los elementos de la asociación estén en una perfecta continuidad temporal y los fines concretos de ella sean, al menos en su mayor parte, objeto de su atención incesante».

exterior, y el legítimo representante del poder, destronado, pierde su derecho por el mero hecho de su alejamiento del ejercicio de la soberanía”⁵¹³.

Asimismo, KANT señalaba que “si sucede una revolución y se establece una constitución nueva, la injusticia de este principio y fin de esta constitución, no puede dispensar a nadie de la obligación de someterse al nuevo orden de cosas como buenos ciudadanos, y no puede dejar de obedecer a la autoridad soberana que esta entonces en el poder. El príncipe destronado que sobreviviere a la revolución no puede ser acusado por su administración anterior, y menos todavía castigado, si puesto en la condición de simple ciudadano prefiere su tranquilidad y la del Estado, a las contingencias de dejar su país esperando recobrar el poder, sea por una contrarrevolución sordamente trabajada, sea ayudado por potencias extranjeras”⁵¹⁴.

En cuanto al concepto de estado de sitio CRUZ VILLALÓN lo conceptúa como “el instrumento de respuesta frente a una situación que pone en peligro inmediato tanto la propia existencia del Estado como comunidad política soberana e independiente, como la de su mismo ordenamiento constitucional”⁵¹⁵. GARCÍA RIVAS se muestra claro disponiendo que “sobrepasando, con mucho, el mero conflicto de orden público, la existencia de una insurrección o rebelión coloca a los poderes del estado contra las cuerdas”; y añade que “en consecuencia, el acto que da pie a dicha declaración debe suponer una puesta en peligro de la estructura política básica del Estado de tal entidad

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 325-326.

⁵¹⁴ Sigue así: «Si prefiere este último partido, le queda su derecho íntegro, porque la sedición que lo ha derribado era injusta. Pero la cuestión de saber si las potencias extranjeras tienen el derecho de aliarse en favor de este príncipe destronado, para no dejar sin venganza el crimen de este pueblo sublevado y para no sufrir un escándalo para todos los otros pueblos, y por consiguiente, si pueden ser solicitados y autorizados para volver a su antigua constitución a un pueblo que ha adoptado otra nueva después de la revolución, esta cuestión, digo, pertenece al derecho de gentes» (Kant, I, *Principios Metafísicos del Derecho*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873, p. 182).

⁵¹⁵ Cruz Villalón, P, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 108, así citado en García Rivas, N, *La rebelión militar en derecho penal*, cit., p. 178.

que obligue a utilizar la *ultima ratio* del poder estatal en el uso del monopolio del ejercicio legítimo de la violencia: la fuerza armada”⁵¹⁶.

Recuerda también el autor respecto a estos estados excepcionales que la “constitución de 1978 rompe con la tradición histórica de la autonomía del poder militar, comportando la sumisión de éste sin excepciones a las normas constitucionales y al Gobierno representativo, al que queda sometido incluso en estado de sitio, cuya declaración corresponde al Parlamento elegido democráticamente. Ello implica que la rebelión común se abra paso entre los delitos contra la forma de Gobierno y la rebelión militar, absorbiendo a ésta en la Ley Orgánica 14/1985 [...], propugnándose la desaparición de aquéllos por parte de la doctrina científica”. Sigue afirmando que: “El protagonismo de la rebelión en el Estado constitucional viene dado por su designación (también en él) como supuesto fáctico de la declaración del estado de sitio, esto es, en situaciones de crisis de la Constitución. Al quedar supeditada la normal penal a la constitucional, de superior rango, el penalista debe interpretar, sobre todo en un área como esta, tan proclive al autoritarismo, una interpretación conforme a la Constitución del tipo penal que cierre el paso a su utilización como vehículo incriminatorio de la disidencia política pacífica, perfectamente legítima hoy en nuestro país”⁵¹⁷.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 178. Añade el autor: «De este modo, la idea suscrita por nosotros de que el artículo 214 del CP español tipifica un delito de peligro concreto contra el ordenamiento constitucional democrático encuentra fiel reflejo en la normativa que desarrolla los mecanismos de defensa de la Constitución, o lo que es lo mismo: El artículo 214 del CP español designa la conducta punible que constituye el presupuesto de la declaración del estado de sitio en nuestro país». Se infiere que el autor se sitúa en el Código Penal conforme al Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, donde la rebelión se hallaba en los artículos 214 a 217.

⁵¹⁷ *Vid.* García Rivas, N, «El delito de rebelión: vestigios de un autoritarismo secular», en *Jueces para la democracia*, núm.8, 1988, pp. 9-10, donde realiza, en suma, una crítica al uso autoritario de la figura del estado de sitio y del delito de rebelión; en ilustración de ello procede traer a colación lo siguiente: «Una cuidadosa introspección histórica demuestra que la interrelación estado de sitio-insurrección nace y se desarrolla a impulsos de la necesidad del poder e excluir, incluso aniquilar, al enemigo político de forma arbitraria, sin ataduras de ninguna clase. Habitualmente la enemistad ha sido sinónimo de enfrentamiento de clases. El estado de sitio nace en Francia en el siglo XIX como instancia protectora del poder constituido no sometida a reglas por cuanto su declaración depende exclusivamente de la voluntad del poder. Supone algo así como “la excepción que confirma la regla”: la situación excepcional en que la ley calla para dejar paso a la acción arbitraria del poder constituido. Progresivamente, se va

Por último, y para cerrar el presente ilícito merece atención una especialidad del mismo que va íntimamente unida a la naturaleza de delito político que del mismo se predica, al igual que de la excepcionalidad de que va normalmente acompañado como se ha expuesto; ésta no es otra que el hecho de la impunidad de la rebelión, ya que este delito puede perfeccionarse y no ser castigado, siendo este el caso de la rebelión triunfante, donde el delito, aun sumando todos sus elementos va a escapar a la acción de la justicia.

Es más, propiamente dicho no nos hallamos ante un caso de impunidad, nos situamos en una situación en la que ya no hay delito. Así, el alzamiento armado, reputado antes como delictivo, lleva al poder a los insurgentes, modificando la legalidad anterior e imponiendo una nueva, por lo que los actos de rebeldía no es que sean impunes, sino que dejan de ser ilegales, ya que la legalidad no se estanca; la legalidad es la sombra del poder, no pudiendo haber legalidad sin gobierno, ni gobierno sin legalidad⁵¹⁸.

4.5.4 REBELIÓN Y TRAICIÓN

En torno a las lindes de la rebelión con la traición, MONTULL LAVILLA expone que es conveniente acudir a la distinción sobre el Estado que, por un lado, establece la materia del mismo, esto es, el ser del Estado, su esencia, constituida por la soberanía sobre el territorio en cuanto poder originario e independiente frente a los demás Estados, por su subsistencia como comunidad política unitaria; y por otro su forma, sus concretos órganos por medio de los que el Estado se manifiesta y ejercita sus funciones, es decir, su organización del aparato del poder, y en suma, de los distintos

asentando en la clase dominante la convicción de que incluso la excepcionalidad debe encontrar cobijo normativo. En efecto, aunque de forma vergonzante, el estado de sitio va, poco a poco, ocupando un lugar en el ordenamiento jurídico, si bien con la única pretensión de “legalizar la arbitrariedad”. Como causa “reglada” de la declaración aparece siempre la insurrección popular contra los gobernantes. La imbricación estado de sitio-insurrección alcanza su punto culminante en la Constitución francesa de 1848 y la correlativa Ley sobre el estado de sitio de 1849, motivado ello por la insurrección obrera parisiense de aquel año “primer acto de la lucha de clases”. El ordenamiento jurídico acoge, en su cúspide, la idea de que la insurrección es el presupuesto de hecho por excelencia para la declaración del estado excepcional, que abre el camino a la arbitrariedad del poder».

⁵¹⁸ Vid. Stampa Iureste, F, *El delito de Rebelión*, cit., pp. 92-93.

poderes del Estado. Y así, mientras que el delito de traición, cualquiera que sea su naturaleza civil o militar, atenta, en todo caso, contra la materia del Estado, contra su esencia, los delitos de rebelión lo hacen, básicamente, y según el derecho hoy vigente contra su mera forma, contra el revestimiento público orgánico que, en sus más altas magistraturas, adoptan las instituciones políticas⁵¹⁹.

Por esta razón cuando se alude al bien jurídico protegido del “delito de rebelión militar en tiempo de guerra”⁵²⁰, se indica como la normal y efectiva aplicación y funcionamiento, en dicho tiempo, de la propia Constitución y, en suma, del aparato de poder en ella establecido, y, más concretamente la regular actuación de la Jefatura del Estado y de los Gobiernos y Cámaras legislativas, la libre celebración de elecciones para cargos públicos o la integridad nacional⁵²¹.

⁵¹⁹ Vid. Montull Lavilla, E, en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988, p. 913.

⁵²⁰ Resulta, al respecto, relevante la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, en correlación con el Código Penal Militar, ya que la misma supuso el “trasplante” de la rebelión desde el Código castrense hasta el ordinario, fuera de los supuestos de “tiempo de guerra”, reservados al ámbito militar; ello originó debates parlamentarios, lo cual en síntesis se recoge como sigue: «El grupo popular, en sus enmiendas defendió, sin éxito, en síntesis, que el bien jurídico protegido en el delito de “rebelión de los militares” es la disciplina, la defensa nacional, los deberes profesionales, etc., sin dejar de reconocer que la figura de la rebelión trata de “proteger los intereses del Estado”, pero inclinándose por la prevalencia de tales intereses castrenses [...]; tesis a la que se opuso tenazmente el Grupo Socialista, manifestando que la inclusión del delito de rebelión en tiempo de paz (incluyendo a los militares) en el Código penal común no se hacía “por recelo de la capacidad profesional... jurídica de la Jurisdicción militar, sino porque creemos realmente que el bien jurídico protegido no es un bien jurídico militar exclusivamente” y es “tan amplio como es el de la Constitución e, indirectamente, el de la libertad de todos los españoles”, añadiendo el argumento de la vis atractiva de la Jurisdicción ordinaria, dado lo heterogéneo de los posibles sujetos activos del delito de rebelión» (Montull Lavilla, E, en Cobo del Rosal, M; Bajo Fernández, (Coords), «La reforma de los delitos contra la defensa nacional», *Revista de derecho público*, Tomo X, 1989, p. 412.

⁵²¹ Vid. Montull Lavilla, E, en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, cit., p. 916. En el plano jurisprudencial merece ser reseñada la STS 2ª de 3 de junio de 1989 que establecía que la rebelión militar en tiempo de guerra «atenta primordialmente contra los intereses de la Institución Militar y los intereses militares del Estado en razón de las circunstancias excepcionales en que se produce»; mientras que la rebelión en tiempo de paz, «lesiona, ante todo, y fundamentalmente el orden constitucional, el libre desenvolvimiento de la vida democrática, el ejercicio del poder por quienes legítimamente han accedido al mismo o la integridad territorial de la Nación, bienes todos ellos no específicamente vinculados a los Ejércitos, aunque sí confiados a su salvaguarda, sino integrantes del patrimonio moral de la sociedad» (Así citado en Herrero-Tejedor Algar, F, y Pascual Sarría, F, *Código Penal Militar*, cit., p. 201.)

4.6 EL DELITO DE SEDICIÓN MILITAR

Otro de los delitos íntimamente ligados al protagonista de estas líneas es el que da nombre al encabezamiento, esto es, el delito de sedición militar. Este delito, a día de hoy, aparece claramente a un lado muy desplazado del espectro delictivo de la traición, pero, como se ha señalado en la rebelión militar, en su raíz guarda una íntima proximidad con nuestro ominoso ilícito.

4.6.1 EL DESARROLLO DE LA SEDICIÓN MILITAR

No fue ajeno al derecho romano el delito de sedición, hallándose sin duda un cierto protagonismo de dicha figura. El Digesto se ocupó de los llamados tumultos que son tratados con analogía a la sedición, o directamente el magno escrito se refiere al ilícito sin ambages, lo cual ciertamente casa con la agitada historia de la antigua Roma. El delito de majestad da cobijo a la sedición, comprendiendo la misma una serie de conceptos amplios relatados por el texto, así podría considerarse como tal la conducta de aquel que obra con dolo malo “[...] para que se verifiquen juntas o reuniones, o se convoquen hombres para una sedición”, al igual que recoge a aquel que hubiere solicitado o concitado a los militares para que se haga sedición o tumulto contra la república⁵²². Como se observa nos hallaríamos aquí ante la sedición común, la cual parece identificarse en cierta medida como señalamos *supra* con la figura del tumulto, circunstancia que se observa a la luz de la penalidad cuando el texto legal reza que: “Los autores de sedición ó tumulto, habiendo concitado al pueblo, son, conforme a la calidad de su dignidad, ó ahorcados, ó echados á las fieras, ó deportados á una isla”⁵²³.

Sobre el ámbito propiamente militar, del cual no fue ajeno el Digesto, nos indica Modestino directamente la persecución del “que concitó grave sedición de

⁵²² Vid. D. 48.4.1.1

⁵²³ D. 48.19.38.2

militares⁵²⁴, a lo cual era de aplicación la pena capital, y en una menor relevancia hallamos que “si en medio de vociferación, ó de leve querella, se promovió sedición⁵²⁵ se despojaba del grado en la milicia, también próximo a ello se observa que “cuando muchos militares conspiren para algún delito, ó si una legión se rebelara”, se disolvía la milicia⁵²⁶.

En otros términos, cabe traer a colación algo que recordaba JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ: la voz *seditio* designaba, en las Sagradas Escrituras, las revueltas y las actitudes descompuestas que en diversas ocasiones tenían lugar, unas veces por falta de agua potable o de alimentos, y otras por motivos políticos. Asimismo, para autores como PIETRI DI VICO⁵²⁷, la voz *seditio* equivalía a *seorsum ire*, es decir, separarse, irse en varias partes y direcciones; o CICERÓN la describía como aquella discusión de los ciudadanos en las que por sí mismo se separan los unos de los otros, y esa distensión o separación podía ser una simple *secessio*, como la retirada de la plebe al monte Aventino, o un crimen *maiestatis* si, con mayor peligrosidad política se dirigía contra el Estado.

Sigue JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, en torno a la sedición militar, indicando que atenta contra un solo objeto o bien jurídico protegido: la disciplina militar. Así “Las legiones romanas ofrecieron un cierto repertorio de delitos de esta clase, debido las más veces a la excesiva duración del servicio de las armas, a la cruel severidad de los centuriones y a lo exiguo y tardío de sueldos y recompensas. Pero cualquiera que fuere el motivo que moviese a los sediciosos, en Roma la *seditio* suponía siempre una forma colectiva

⁵²⁴ D. 49.16.3.19

⁵²⁵ D. 49.16.3.20

⁵²⁶ D. 49.16.3.21

⁵²⁷ Di Vico, P, «Il reato de sedizione militare», en *Revista di diritto e procedura penale militare*, [s.n], 1937, p. 5. Así recogido por Jiménez y Jiménez, F, *Delito de Sedición Militar*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinado por Ramón Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante, Civitas, Madrid, 1988, p. 1028.

de real o potencial resistencia o ataque a los poderes constituidos, que estaba dirigida a subvertir el ordenamiento vigente, del cual formaba parte el ordenamiento disciplinario del propio Ejército”⁵²⁸.

En el derecho histórico español se recoge el término “asonada”, haciendo referencia al mismo las Partidas, disponiéndose que “Asonada tanto quiere decir como ayuntamiento que facen las gentes, unos contra otros para facerse mal”⁵²⁹ y “Ayuntamiento de omes armados fase algund ome perderse a las vegada, en su castillo o en su casa, con intención de fazer fuerza o daños a otro alguno, o por meter escándolo o bollicio en alguna villa o castillo o en otro lugar”⁵³⁰.

Igualmente, en el plano “evolutivo” del ilícito hay que señalar figuras análogas que podemos observar tales como el “amotinamiento” que cobró relevancia en Italia a partir de 1724; o la “revuelta” que apareció en el Estatuto Penal Militar para el Reino de las Dos Sicilias de 30 de enero de 1819 como la desobediencia combinada de varios individuos⁵³¹.

Respecto a la nota política del delito de sedición, constituye ésta uno de los elementos esenciales para diferenciarla de otros delitos, por cuanto la sedición militar tiene un calado menor, como así, por ejemplo, dispone ALARCÓN señalando que tanto la

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 1028.

⁵²⁹ Partidas 2, 26, 16.

⁵³⁰ Partidas 7, 10, 2.

⁵³¹ «*Mutiny* es el término usado por las legislaciones anglosajona, siendo la “*Mutiny Act*” de 1689, la primera norma penal militar que con una cierta estabilidad ofrece la legislación británica, dándole siempre un contenido amplio e impreciso de conducta subversiva de la disciplina. Y aún es más visible la imprecisión en el Código uniforme norteamericano, que extiende los normales supuestos de desobediencia en grupo a la “negativa a cumplir con su deber y a que cause cualquier violencia o disturbio”; completándose el cuadro con la figura de *riot*, traducible por tumulto sedicioso o amotinamiento, que dispone una “rotura de la paz” (tumulto) llevada a cabo por tres o más personas reunidas sin autorización, con el fin de ayudarse mutuamente contra cualquiera que se les oponga en la ejecución de sus propósitos particulares y a los que dan comienzo de modo violento o intimidatorio» (Así expresado por Jiménez y Jiménez, F, *Delito de Sedición Militar*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 1030).

sedición como la rebelión (en sus dos especies, civil o militar)⁵³², “son alzamientos públicos contra las instituciones del Estado o contra el libre ejercicio de sus funciones: delitos esencialmente políticos, de más o menos alcance de miras, que nunca se transforman en sedición militar, la cual afecta sólo al Ejército, sin más trascendencia para el Estado que la que pudiera tener un delito militar en cualquiera de sus Unidades”. No es admisible, sostiene FERNÁNDEZ ASIAÍN⁵³³, el entendimiento de filiación totalitaria de que, en razón a los fines esencialmente públicos del Ejército, el delito militar, y por supuesto el de sedición, sea un delito político. Así, PIETRO DI VICO⁵³⁴ afirma que “el militar no debe, por razón de su profesión, preocuparse nunca de consideraciones políticas en la observancia de sus deberes, para los que deben encontrara en la misma ley la norma precisa que le guíe en la ejecución del servicio”.

4.6.2 LOS TIPOS PENALES DE SEDICIÓN MILITAR

Al hilo de lo mencionado, resulta meridiano que la sedición militar diverge claramente de la rebelión ya sea común o militar y de la sedición común, circunstancia que se evidencia por los diversos fines y por los objetos normativos. En el delito de rebelión el ámbito de protección se halla directamente en la propia Constitución, en la figura del Rey, o en las Cortes⁵³⁵, siendo delito militar en caso de ser perpetrado por un militar

⁵³² Alarcón Roldán, F, *Código de Justicia Militar vigente*, Editorial Reus, Madrid, 1940, p. 272. Expuesto así en Jiménez y Jiménez, F, *Delito de Sedición Militar*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 1031.

⁵³³ Fernández Asiaín, E, *El delito de rebelión militar*, Editorial Reus, Madrid, 1943, pp. 29-30. Así dispuesto en Jiménez y Jiménez, F, *Delito de Sedición Militar*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 1031.

⁵³⁴ Vid. Jiménez y Jiménez, F, *Delito de Sedición Militar*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 1031, citando a Massanero, A, *Codici penale militare*, Vol. II, Milano, [s.e], 1951, p. 69.

⁵³⁵ Reza el artículo 472 del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: «Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución. 2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o a la Reina, al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad. 3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos. 4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias. 5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional. 6.º Sustituir por otro el

en caso de conflicto armado internacional según dispone el Código Penal Militar de 2015; y respecto a la sedición común aparece ésta como un delito contra el orden público de carácter subsidiario⁵³⁶ a la rebelión como se puede ver en el artículo 544 del Código Penal que establece que: “Son reos de sedición los que, sin estar comprendido en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales”.

Como hemos afirmado, el delito de sedición militar se ocupa, a tenor del Código Penal Militar donde se recoge en el artículo 38⁵³⁷, exclusivamente, del ámbito de la disciplina, sin que se pueda predicar del ilícito un alcance más allá de la institución militar⁵³⁸.

Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad. 7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno».

⁵³⁶ Vid. De Rivera Delgado, M, *El criterio legal en los delitos políticos*, cit., p. 254, el cual afirma: «El mismo principio de derecho, la misma teoría que preside a la exposición y casos relativamente al delito de rebelión, es aplicable a la sedición. [...], y son tan parecidos los casos que la constituyen, tan idéntico su fin, sus resultados tan semejantes, que bien puede decirse que entre la rebelión y sedición existe un vínculo estrecho, no obstante que la primera aparece con más gravedad que la segunda».

⁵³⁷ Procede traer a colación el artículo 38 del cuerpo legal precitado, el cual dispone: “Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más o que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, se negaren a obedecer o no cumplieren las órdenes legítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior, serán castigados con la pena de dos a quince años de prisión cuando se trate de los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, si se trata de suboficiales o militares de categoría superior, y con la pena de uno a diez años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo

⁵³⁸ Jiménez y Jiménez la define como la «colectiva y levantisca insumisión de militares al cumplimiento de sus deberes específicos esenciales, singularmente el de subordinación» (Vid. Jiménez y Jiménez, F, *Delito de Sedición Militar*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 1034).

En dichos términos, se observa que, simple y llanamente, nos hallamos ante una acción colectiva contra la disciplina, de modo que la nota característica y la esencia del ilícito requiere la participación de una pluralidad de personas, que, en la sedición militar, son militares que, saliéndose de su cauce, se ponen colectivamente frente a unas normas o a un superior, siendo así que la caracterización del delito de sedición militar descansa más en el “cómo”⁵³⁹, esto es, en el concierto de una serie de servidores castrenses que atentan contra la vida interior de la institución, que en otros factores⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Vid. Pérez Lorca, B, «El delito de Sedición Militar», *Revista general de derecho penal*, núm. 26, 2016, pp. 5-7, donde se traen a colación distintas sentencias sobre el ilícito en cuestión; destacamos la del TS de 26 de septiembre de 1994, relatando Pérez Lorca que: «En este caso, dos guardias civiles fueron acusados de la comisión de un delito de incitación a la sedición militar consistente en concertarse entre sí para “llevar a cabo una campaña organizada, en el marco de actuación de la organización ilegal y clandestina, denominada Sindicato Unificado de la Guardia Civil”, concretada en realizar comunicados, reportajes y entrevistas, entre otras actividades, en medios de comunicación así como imprimir y distribuir octavillas, panfletos y “otras proclamas” en distintos puestos de la Guardia Civil en la provincia de Huelva. Según los hechos probados, “Tales actuaciones persiguen la intoxicación de la opinión pública, creando un clima favorable a una urgente legalización del denominado Sindicato Unificado, obligando a la desmilitarización del Instituto y de sus miembros, y en definitiva persiguiendo la desaparición del mismo y su sustitución por otro de naturaleza civil”. Sin embargo, en la vista previa, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales. Aunque mantuvo los hechos probados y la autoría, propuso la calificación de un delito de desacato a la Autoridad Militar del art. 88 del Código Penal Militar de 1985 y un delito de injurias a clases determinadas de los Ejércitos del art. 90. La Sala precisa que los hechos considerados probados y que fueron considerados como constitutivos de un delito de sedición militar fueron: “[la organización de] una campaña a fin de promover un Sindicato de la Guardia Civil, en el transcurso de la cual sembraron pegatinas con el anagrama del sindicato en toda la provincia, difundiendo comunicados y facilitando reportajes en la prensa escrita y radiada y distribuyendo octavillas y panfletos, con lo que se perseguía sensibilizar la opinión pública y crear un clima de adhesiones favorables a la legalización del sindicato que pretendían [...]. Pero también relata el Fiscal -y la sentencia recurrida- otros datos fácticos, como son los del contenido de los textos de los impresos y panfletos distribuidos, destacándose determinadas expresiones de crítica a Autoridades, Mandos y Tribunales Militares; expresiones todas ellas que, a pesar de ser prolijamente detalladas por el Ministerio Fiscal, no merecieron, en el trámite de sus conclusiones provisionales, ningún reproche penal, ni se formuló acusación alguna derivada de las mismas. Si estas expresiones -no corresponde en este momento a la Sala hacer calificación de las mismas- fuesen efectivamente constitutivas de desacato o injurias a Autoridades o Clases Militares, lo serían tanto en el momento de la calificación provisional del Fiscal como en las definitivas, por lo que cabe tachar de inconsecuentes las últimas y definitivas conclusiones de dicho Ministerio”».

⁵⁴⁰ Jiménez y Jiménez, F, *Delito de Sedición Militar*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pp. 1031-1032. Asimismo, respecto a la sedición véase Jiménez y Jiménez, F, *Introducción al derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 222, «En él lo esencial es la acción, inmediata o mediata, del grupo militar que, saliéndose de su cauce, se pone colectivamente enfrente de unas normas o de un superior a los que se halla vinculado. Lo que no serían sino participaciones plurales en los delitos de desobediencia, colectivos incumplimientos de deberes profesionales, o ataques a superior, o bien reclamaciones plantearas por varios militares de forma tumultuosa, se convierten en graves delitos de sedición por la básica razón del número de participantes que, al concertarse para obrar en común, producen un grave daño a la vida interior del Ejército. La caracterización del delito descansa, pues, más que en el “cómo” (acción colectiva) que en el “qué” (insumisión al cumplimiento de deberes militares)».

En suma, y como conclusión se puede afirmar que la sedición tiene su esencia en el ataque a la disciplina militar⁵⁴¹, siendo así un núcleo fundamental, tal vez el ataque más grave a aquella por cuanto es un ataque plural y organizado, pero del que no se puede predicar especial analogía con delitos marcadamente “políticos” tales como la rebelión o la sedición (común)⁵⁴².

4.6.3 SEDICIÓN Y TRAICIÓN

Como ya se hizo con la rebelión, procede aquí sostener la clara diferenciación del delito de sedición con el ilícito de la traición, el cual, no es difícil de entrever, tiene fines más “elevados”, ya que la sedición se cataloga como un mero delito contra la disciplina militar, radicando este en el rompimiento, habitualmente violento, por un grupo, colectividad o pluralidad de militares del deber de obediencia y de la relación

⁵⁴¹ Parece menester recoger alguna referencia judicial a un concepto que no dista mucho de ser difuso, así «No cabe cuestionar que la disciplina es un valor imprescindible en toda organización jerarquizada que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se convierte en un ineludible principio configurador, sin cuya garantía y protección se dificulta el cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tiene asignados por el art. 8.1 CE. Por ello, si bien la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales, no cabe considerar contrarias a dichos derechos, aquellas disposiciones legales limitativas de su ejercicio que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión (SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15, y 31/2000, de 3 de febrero, FJ 4), entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina (STC 115/2001, de 10 de mayo)»; igualmente traemos a colación la precitada sentencia que dispone: «Obviamente, no corresponde a este Tribunal elaborar, previa interpretación de las distintas disposiciones legales, un concepto jurídico de disciplina propio de la institución militar, pues esa tarea hermenéutica corresponde exclusivamente a los órganos de la jurisdicción castrense y, en particular, a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que sienta la doctrina jurisprudencial en relación con su significado jurídico. Resumiendo ahora una consolidada línea jurisprudencial, cabe decir que el concepto de disciplina hace referencia a la observancia del conjunto de reglas y preceptos a los que un militar debe acomodar su conducta y, por tanto, a la idea de “respecto mutuo que preserve el principio de jerarquía”» (Así reflejado en Herrero-Tejedor Algar, F, y Pascual Sarría, F, *Código Penal Militar*, cit., p. 220).

⁵⁴² Vid. Pignatelli y Meca, F, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 390, «Atendiendo a la antijuricidad material, el bien jurídico protegido en todos los casos es la disciplina, entendida como el conjunto de deberes que impone al militar su permanencia en el servicio, aunque en su llamativa especificación se constriñe a los deberes relacionados con la subordinación jerárquica, objetivamente considerados, y al cumplimiento exacto de las obligaciones que dicha relación de subordinación impone a superiores y subordinados; es decir, es el valor preciso para el mantenimiento de la cohesión y el buen orden en el seno de los Ejércitos y de la Guardia Civil, necesarios para dotar a unos y otra de la eficacia precisa para la cabal satisfacción de sus objetivos o misiones constitucionalmente asignadas, [...]. Es esta *ratio essendi*, alejada de la propia del delito de sedición común, lo que permite afirmar que el delito de sedición militar no guarda analogía alguna con el de sedición del Código Penal».

de jerarquía y subordinación que les son propios, y, en suma, de la disciplina, nos hallamos pues, en esencia, ante una insubordinación llevada a cabo de forma colectiva, en la que sus autores se colocan enfrente de las normas o de sus superiores, siendo la circunstancia de llevarse a cabo los actos de manera colectiva el dato que constituye el plus de exacerbación de gravedad de los mimos, y en definitiva, el elemento nuclear y configurador, el particularismo especificante de esta figura delictiva⁵⁴³.

Respecto al ilícito, sostiene LÓPEZ SÁNCHEZ, que lo esencial, “se encuentra en la presión psicológica que, con la fuerza de la acción colectiva de un número indeterminado de sujetos, se ejercita contra el superior con una finalidad que, dentro de la organización militar, es ilegítima, aunque, en innumerables situaciones, trasladadas a otros medios sería intrascendente, pero que en lo militar afecta de forma grave e irreversible a la disciplina. Es esta la razón sin duda por la que en el mundo castrense se proscribía toda actuación en la que sus componentes lo hagan en grupo, ni para elevar reclamaciones reglamentarias o peticiones justas, es un delito que se realiza en una organización en que las misiones que desempeña, en la generalidad de casos, se realizan dentro del marco de las estrictas relaciones de jerarquía”⁵⁴⁴.

Así, en suma, respecto a su caracterización, se trata de un delito que comporta, tan solo, el quebrantamiento de un deber profesional propio de los militares, careciendo de cualquier connotación política o, más concretamente, contra el orden público, y por ello alejado de la traición militar cuyo primer aspecto determinante y diferenciador de esta figura se establece en el propósito de favorecer al enemigo que aquí no existe ya que esta figura ataca la defensa nacional y de forma mediata la vida misma de la

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 388.

⁵⁴⁴ López Sánchez, J, *Protección penal de la disciplina militar*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 116-117.

nación, mientras que la sedición en nada busca alterar o menoscabar otras instancias más que la meramente militar.

CAPITULO V, EL DELITO DE TRAICIÓN MILITAR

5.1 INTRODUCCIÓN

Anteriormente han sido expuestos, entre otros, los fundamentos del ilícito o los bienes jurídicos objeto de protección, y llegado a este punto se hace necesario para cualquier estudio riguroso sobre una materia penal, un análisis sobre los elementos del ilícito en cuestión partiendo de la tipicidad del mismo en el Código penal castrense.

Así, sin ánimo de ser reiterativos, hallamos el delito de traición en el pórtico de la parte dedicada a los distintos delitos específicamente, situándose en el Código Penal Militar en el artículo 24, el cual dispone: “Con independencia de lo previsto en el Código Penal para el delito de traición, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, el militar que, con el propósito de favorecer al enemigo: 1º Ejerciere coacción sobre el que ostenta el mando de una fuerza, buque o aeronave, para capitular, rendirse, demorar el combate o iniciar retirada. 2º Se fugare de filas con el ánimo de incorporarse al enemigo. 3º Propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas. 4º Ejecutare actos de sabotaje, dificultare las operaciones bélicas o de cualquier otro modo efectivo causare quebranto a los medios o recursos afectos a la defensa militar”.

La caracterización del delito de traición se constituye, en esencia, en la realización de alguna de las conductas típicas mencionadas presididas éstas por el propósito de favorecimiento del enemigo. De esta manera nos hallamos ante un delito de acción en tanto que este requiere de una actuación positiva por parte del sujeto, esto es, ejercer coacción⁵⁴⁵, fugarse de filas, difundir noticias de la índole mencionada o ejecutar sabotajes. Señalado esto se va a proceder a un examen minucioso del ámbito subjetivo,

⁵⁴⁵ La Real Academia española de la lengua define la coacción, en la acepción que aquí nos atañe como la «Fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo».

en cuanto en términos clásicos el delito de traición es un delito especial, y más modernamente entraría en la esfera de los delitos de competencia institucional y, por tanto, de un delito de infracción de deber.

5.2 LA CUESTIÓN DEL SUJETO ACTIVO

El Código Penal Militar de 2015 exige en su artículo 24 que la conducta sea realizada por “el militar” casando ello plenamente con la idiosincrasia de dicho cuerpo legal, el cual se ha visto sensiblemente rebajado en su extensión al dar cabida, en su mayoría, a conductas realizadas por dichos servidores públicos.

En cuanto a la atribución de la condición de militar, no es tema baladí, ya que el tipo penal exige que legalmente el sujeto sea *milite*, siendo ello un elemento normativo del tipo, y que nos conduce directamente a normativa de índole no penal -técnica de leyes penales en blanco-, por señalarlo así el propio Código que reza así el su artículo 2⁵⁴⁶: “Son militares, a efectos de este Código, quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica: 1.º Los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil, mientras no pasen a alguna situación administrativa en la que tengan en suspenso su condición militar. 2.º Los reservistas cuando se encuentren activados en las Fuerzas Armadas. 3.º

⁵⁴⁶ El anterior Código Penal Militar de 1985 establecía en su artículo octavo quienes tenían la consideración de militares, rezando como sigue: «A los efectos de Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que: 1.º Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas. 2.º Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio de filas. 3.º Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares. 4.º Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas. 5.º Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno».

Los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar. 4.º Los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil. 5.º Quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo. 6.º En las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil. 7.º Los prisioneros de guerra, respecto de los que España sea potencia detenedora⁵⁴⁷.

Antes de proceder a desarrollar el citado artículo procede, a modo de pósito, señalar algunas características del precepto a fin de realizar un análisis más completo del mismo. En este sentido se ha manifestado MARTÍNEZ-CARDÓS: En primer lugar estamos ante una disposición jurídica incompleta, siendo así que no estamos ante una norma que encierra un mandato o prohibición completa, hallándonos ante una mera unidad sistemática que desenvuelve el concepto de “militar”, únicamente sirve así para ilustrar el contenido de aquellas disposiciones que emplean la noción aclarada. Es una proposición gramaticalmente completa pero no una auténtica norma jurídica, teniendo su fuerza constitutiva, fundamentadora de consecuencias jurídicas cuando se conecta

⁵⁴⁷ El Código penal Militar de 1985 contenía una regulación del particular más rudimentaria, así disponía su artículo 8: «A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que: 1. Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas. 2. Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas. 3. Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares. 4. Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas. 5. Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno».

con otras disposiciones. En segundo lugar, sólo se define funcionalmente al militar, sólo se da un concepto vectorial o finalista de quienes son militares, se trata de una noción dada por el legislador para el fin concreto de integrar los tipos descritos en el Código Penal Militar. Y en tercer lugar, es una disposición que tiene incidencia en la delimitación de la competencia de la Jurisdicción castrense⁵⁴⁸. Así pues, cabe reseñar que la traición contiene ciertos elementos normativos del tipo que exigen una valoración más allá del art. 24 CPM; pero, ante todo, y como en buena parte de los delitos contenidos en el Código penal Militar, la especial cualificación del autor como “militar” remite a disposiciones extrapenales que definen cuáles son las condiciones para ser considerado como tal. En realidad, la definición del “militar” que contiene el art. 2 del Código requiere esta integración y, por tanto, actúa como una ley penal en blanco. La cuestión es relevante, pues, como es requerido en relación con cualquier ley penal en blanco, es detenerse en la cuestión de si la ley penal contiene los requisitos suficientes para poder establecer cuál es el grupo de casos de conducta típica que contiene y cumplir la función de garantía del tipo penal, y por otro lado, si define con claridad y precisión el ámbito normativo extrapenal al que se remite, ello en aras a la necesaria seguridad jurídica⁵⁴⁹. Ciertamente, la cuestión afecta aquí fundamentalmente al art. 2 CPM, cuya finalidad es tan sólo fijar un concepto legal de la cualidad que, con carácter general y salvo algunas excepciones, constituye el punto de partida en la aplicación de los tipos que contiene el Código. Por esa razón, lo que interesa es, ante todo, si la remisión es suficientemente precisa. Puede afirmarse, en ese sentido, que la

⁵⁴⁸ Vid. Martínez-Cardós Ruiz, L, Definición de Militares, en Comentarios al Código Penal Militar, coordinado por Ramón Blecu Fraga y Rodríguez-Villasante, Civitas, Madrid, 1988, pp. 218-219. El autor expone que: «La vigente Constitución consagra el principio de unidad jurisdiccional, con la única excepción del fuero militar, que tiene carácter ineluctable. En la norma fundamental, la esfera de actuación de la jurisdicción marcial se delimita mediante la cláusula “ámbito estrictamente castrense”».

⁵⁴⁹ Vid. Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, Dykinson, Madrid, 2ª edic., 2017, p. 52.

remisión cumple con las exigencias necesarias de seguridad jurídica, en la medida que alude a un ámbito normativo preciso y, desde hace décadas, muy desarrollado en el ámbito del derecho administrativo mediante una legislación especializada: las normas que afectan a la condición de militar.

A) MILITARES PROFESIONALES

Señaladas las líneas anteriores, nos centramos en el precepto en cuestión, siendo así que el primero de los supuestos nos conduce directamente a la Ley de la Carrera Militar y la Ley de Tropa y Marinería, al igual que a la normativa de personal relativa a la Guardia Civil, debiendo tener, no obstante, en cuenta que el Código Penal Militar va a aplicarse al benemérito instituto con ciertas limitaciones tal como se desprende del artículo 1 punto 4 del antedicho cuerpo legal; aplicándose, por tanto, a los miembros de dicha institución el delito de traición militar en casos de conflicto armado, estado de sitio, o cuando se hallen encuadrados en Unidades de las Fuerzas Armadas, quedando, básicamente, fuera de la aplicación los actos de naturaleza policial⁵⁵⁰.

Siguiendo con el asunto en cuestión, lo cierto es que el militar tiene una idiosincrasia específica en el ordenamiento jurídico, siendo un servidor público con un carácter particular, elemento que se extrae, por ejemplo, del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, donde en su artículo 2 se proclama la aplicación del mismo al personal funcionario, entre otros, de

⁵⁵⁰ «El presente Código se aplicará a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo en los siguientes supuestos: A) En tiempo de conflicto armado. B) Durante la vigencia del estado de sitio. C) En el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se les encomienden. D) Mientras se encuentre integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas». Igualmente, es preciso añadir el punto 5 que reza: «Fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo cuando se trae de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el Título II del Libro Segundo de este Código. También se aplicará a las mismas personas por la comisión de los delitos tipificados en los Títulos I, III, IV del Libro Segundo, excluyendo en estos supuestos aquellas acciones u omisiones encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de sus funciones de naturaleza policial».

la Administración General del Estado. Sin embargo, acto seguido en su artículo 4⁵⁵¹ establece una serie de excepciones donde, en lo que a nosotros nos interesa, se refiere a personal militar de las Fuerzas Armadas, hecho éste que no debe ser motivo de sorpresa ya que “el militar” como *ultima ratio* de la defensa estatal tiene el deber, como así lo jura todo militar, de entregar su vida en defensa de la patria si ello fuera menester, lo que por sí ya justifica, cuanto menos, un tratamiento particular o diferenciado.

Volviendo a la normativa militar, debemos referirnos a la regulación que se halla en la mencionada Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, y en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, debiendo tenerse en cuenta que para la obtención de la condición de militar resulta indispensable el juramento o promesa a la bandera, lo cual, evidencia más si cabe que estamos ante servidores públicos que se hallan extramuros de la normalidad funcionarial, así pues la Ley de la Carrera Militar dispone en su artículo 7 este particular *sacramentum*, disponiendo que: “Todo militar tiene el deber de prestar ante la Bandera juramento o promesa de defender a España. Este juramento o promesa se efectuará durante la enseñanza de formación de acuerdo con lo que se establece en este artículo y será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar de carrera, de militar de complemento y de militar de tropa y marinería”⁵⁵².

⁵⁵¹ El artículo 4 menciona al personal con legislación específica propia y reza: «Las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. b) Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas. c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia. d) Personal militar de las Fuerzas Armadas. e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. f) Personal retribuido por arancel. g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia. h) Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito».

⁵⁵² Sigue el punto 2 del artículo 7 disponiendo: «El acto de juramento o promesa ante la Bandera de España será público, estará revestido de la mayor solemnidad y se ajustará a la siguiente secuencia: El jefe de la unidad militar que tome el juramento o promesa ante la Bandera pronunciará la siguiente fórmula: «¡Soldados! ¿Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente vuestras obligaciones militares, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado,

Respecto a la categoría de militar, como se ha recogido anteriormente, en primer lugar hallamos como tales a los que mantienen una relación profesional con las Fuerzas Armadas, ello mientras no tengan en suspenso su condición⁵⁵³. A día de hoy, los modos de vinculación con la institución armada son, básicamente, como militar de carrera, como militar de complemento, y como militar de tropa y marinería.

Los militares de carrera, puede afirmarse que constituyen la espina dorsal de los ejércitos, desarrollando las tareas de mayor complejidad y responsabilidad. Así, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar en su artículo 3 punto 2 los define así: “Son militares de carrera quienes mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente. Les corresponde asegurar la continuidad y estabilidad de la estructura, el funcionamiento y los valores esenciales de las Fuerzas Armadas en el marco constitucional”.

El siguiente grupo se compone de los militares de complemento, que van a tener una relación profesional temporal limitada que se caracteriza, a la luz de la normativa, por la adscripción de aquellos a una escala y a un cuerpo⁵⁵⁴, si bien, en cuanto a la

obedecer y respetar al Rey y a vuestros jefes, no abandonarlos nunca y, si preciso fuera, entregar vuestra vida en defensa de España?». A lo que los soldados contestarán: «¡Sí, lo hacemos!». El jefe de la unidad militar replicará: «Si cumplís vuestro juramento o promesa, España os lo agradecerá y premiará y si no, os lo demandará», y añadirá: «Soldados, ¡Viva España!» y «¡Viva el Rey!», que serán contestados con los correspondientes «¡Viva!». A continuación, los soldados besarán uno a uno la Bandera y, posteriormente, como señal de que España acepta su juramento o promesa, desfilarán bajo ella».

⁵⁵³ La condición de militar puede hallarse interrumpida por diversas causas, las cuales expulsan al individuo sobre el que recae del ámbito penal y disciplinario castrense. La primera de las situaciones es la de servicios especiales, establecida en el artículo 109 de la Ley de la Carrera Militar, estableciéndose *in fine* que: «El militar profesional durante el tiempo de permanencia en esta situación tendrá su condición militar en suspenso y, en consecuencia, dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares». La segunda se observa en el artículo 110 que recoge distintas modalidades de excedencia, donde con carácter general se va a producir una suspensión de la condición de militar. Asimismo, merece mención la cesación total de la relación profesional que se regula en el artículo 115 donde se dispone que: «Los militares de carrera al pasar a retiro cesarán definitivamente en la relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas y dejarán de estar sujetos al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares».

⁵⁵⁴ La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, dedica diversos preceptos a los militares de complemento, destacando el artículo 77 que dispone la adquisición de tal condición y los compromisos de estos, así se dispone: «1. La condición de militar de complemento se adquiere al

aplicación del marco penal militar y disciplinario no tienen ninguna particularidad respecto a los militares de carrera, siendo por tanto a efectos penales sujetos activos a todos los efectos. Su regulación se halla presidida por el artículo 3 punto 3 del cuerpo legal precitado, estableciéndose que: “Los militares de complemento son oficiales que establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal para atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas”⁵⁵⁵.

El último grupo esencial, y que constituyen uno de los pilares de las Fuerzas Armadas se compone de los militares de tropa y marinería, manifestándose en estos términos la Ley 39/2007, así, el artículo 3 reza que: “Los militares de tropa y marinería, que constituyen la base de las Fuerzas Armadas, establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal y podrán acceder a la condición de militar de carrera en la forma que se especifica en esta ley.

La relación de éstos con la institución castrense es, por lo general, de marcado carácter temporal, pudiendo establecerse “compromisos” de una duración de dos y tres años hasta alcanzar el tiempo máximo de seis años, momento en que el militar de tropa y

adscribirse a una escala y cuerpo mediante la superación del plan de estudios correspondiente y firmado el compromiso inicial, con el empleo de teniente conferido por el Ministro de Defensa. El compromiso tendrá una duración, a contar desde su nombramiento como alumno, de tres años o de ocho años según se establezca en la correspondiente convocatoria en función de la formación que se reciba y de los cometidos de los cuerpos a los que se adscriban. 2. La renovación del compromiso de los militares de complemento sólo podrá hacerse hasta un máximo de ocho años de servicio. Para la firma del nuevo compromiso será preceptivo haber sido evaluado previamente y declarado idóneo. Reglamentariamente se establecerán las condiciones, requisitos y procedimientos para las renovaciones de compromiso. 3. A los que hayan ingresado en un centro docente militar para el acceso a militar de carrera y cumplan durante el desarrollo del plan de estudios su compromiso, se les concederá una ampliación que finalizará con la culminación de dicho plan o con la baja como alumno. 4. Los que formen parte de unidades militares a las que se les asignen misiones fuera del territorio nacional, por un periodo igual o superior a tres meses, podrán ampliar su compromiso hasta quince días después de que concluya la misión, si así lo solicitan, cuando su compromiso termine durante el desarrollo de tales misiones».

⁵⁵⁵ La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, dedica la disposición transitoria quinta a la aclaración del régimen de los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, disponiéndose en su punto primero que: «Los que a la entrada en vigor de esta ley tengan la condición de militar de complemento continuarán rigiéndose por el régimen de compromisos y ascensos establecido en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, y en la disposición final primera de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, con las modificaciones establecidas en esta disposición que también será de aplicación a quienes encontrándose en periodo de formación accedan a la citada condición».

marinería podrá, en su caso, formalizar un compromiso hasta la edad de 45 años⁵⁵⁶. La ley esencial que constituye el “estatuto” de estos militares es junto con la tan mencionada ley de la carrera militar, la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería.

El objeto de la citada norma tal y como dispone su artículo 1 es la de establecer medidas dirigidas a consolidar la plena profesionalización de la tropa y marinería de las Fuerzas Armadas, y en cuanto al acceso a dicha condición se establecen en el artículo 3 donde sobresalen, entre otros requisitos⁵⁵⁷, “poseer la nacionalidad española o ser nacional de los países que reglamentariamente se determinen de entre aquellos que mantienen con España especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos”, o “no estar privado de los derechos civiles”⁵⁵⁸. En relación a los nacionales de países con vínculos, resulta ello de especial interés ya que la cuestión de la traición gira sobre la fidelidad del nacional con su patria y se observa como aquí se extiende la misma y se asimila en ello a los nacionales de otros países.

⁵⁵⁶ La relación de servicio de estos militares puede tener distintos periodos temporales, los cuales se compendian en el artículo 6 de la Ley 8/2006: «1. La relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas se establece con las siguientes modalidades: a) El compromiso inicial, renovable hasta completar un máximo de 6 años. b) El compromiso de larga duración, hasta los 45 años de edad, al que se accederá desde el compromiso inicial. c) La condición de permanente, a la que se podrá acceder durante la vigencia del compromiso de larga duración. 2. Esta relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas, en cualquiera de sus modalidades, es una relación jurídico-pública de carácter especial que se establece mediante la firma del compromiso y se rige por esta ley. A los efectos de la duración de los compromisos, se entiende como tiempo de servicios el transcurrido en la situación de servicio activo y en las demás situaciones administrativas reguladas legalmente en que así se especifique».

⁵⁵⁷ El artículo 4 establece cuando opera la adquisición de la condición de militar de tropa y marinería, así: «La condición de militar de tropa y marinería se adquiere al obtener el empleo de soldado o marinero concedido por el Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, una vez superado el período de formación establecido en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial que se establece en el artículo 7, y en cuya virtud quedará incluido en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda».

⁵⁵⁸ Sigue el precepto con los siguientes requisitos: “Carecer de antecedentes penales y no tener abierto en calidad de procesado o imputado ningún procedimiento judicial por delito doloso”, “No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones públicas ni hallarse inhabilitado con carácter firme para el ejercicio de funciones públicas”, “Tener cumplidos los 18 años y no más de 29”, “Estar en posesión de la titulación del sistema educativo general exigida en la convocatoria”, y “Superar las pruebas selectivas que se determinen en cada convocatoria”.

Cabe mencionar que los militares de tropa y marinería pueden ver resuelto su “compromiso” con la institución castrense al ser condenados por delitos dolosos. En este sentido, el artículo 118 de la Ley 39/2007 en su primer punto dispone, con una redacción bastante confusa, que: “Los compromisos de los militares de complemento y de los militares de tropa y marinería finalizarán en su fecha de vencimiento y se resolverán por las causas establecidas en el artículo 10.2 de la Ley 8/2006⁵⁵⁹, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, para los compromisos de larga duración, siempre que el interesado haya cumplido al menos tres años entre el compromiso inicial y, en su caso, el de renovación, perdiendo su condición militar”. Y en su punto cuarto establece: “Por la imposición de condena por delito doloso y teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta, podrá también resolverse el compromiso de los militares de complemento y de los militares de tropa y marinería durante los tres primeros años, previo expediente administrativo con audiencia del interesado”. Es decir, las leyes de aplicación prevén la mera posibilidad de dicha resolución sin que se trate de una consecuencia jurídica automática, imponiendo además en garantía de los derechos de los interesados y de la seguridad jurídica la realización del correspondiente expediente administrativo con audiencia al interesado, condiciones estas *sine qua non* para operar la pérdida de la condición de militar de tropa y marinería en dicho supuesto⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ La Ley de Tropa y Marinería dispone la resolución del compromiso de larga duración: «Por la imposición de condena por delito doloso y teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta, podrá también resolverse el compromiso, previa tramitación de un expediente administrativo con audiencia del interesado».

⁵⁶⁰ Se observa aquí una clara extrapolación de los derechos en el seno de los procedimientos administrativos establecidos -a día de hoy- por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así, conviene citar el artículo 53 que establece como uno de los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo el de: «e) A formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución». O el artículo 82 que versa en su integridad sobre el “trámite de audiencia”, rezando que: «1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. La audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del

B) RESERVISTAS

La siguiente categoría militar sujeta eventualmente a responsabilidad penal en calidad de sujeto activo se compone por los llamados reservistas, los cuales son una figura que guarda analogía con categorías muy similares de otros países, donde la defensa establece una suerte de personal eventual del que puede nutrirse llegado el caso, bien porque las necesidades puntuales así lo aconsejen, bien porque el desarrollo de cometidos especiales lo demanden⁵⁶¹.

La regulación de los reservistas no es especialmente amplia, conteniéndose su parte más específica en el Real Decreto 383/2011, de 18 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas; en él, sobresalen, por un lado las distintas especies de reservistas⁵⁶², lo cual sin embargo, no va a tener ninguna

informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento. 2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. 3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite. 4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado. 5. En los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, será necesario en todo caso dar audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios».

⁵⁶¹ Cabe mencionar la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, que en su artículo 29 recoge que: «La aportación de otros recursos provenientes de la sociedad, se materializará de la siguiente forma: a) De acuerdo con el derecho y el deber que los españoles tienen de defender a España, según lo establecido en el artículo 30 de la Constitución, la incorporación adicional de ciudadanos a la Defensa se apoyará en el principio de contribución gradual y proporcionada a la situación de amenaza que sea necesario afrontar, en la forma que establezca la ley, mediante la incorporación a las Fuerzas Armadas de los reservistas que se consideren necesarios. b) La contribución de los recursos materiales a las diversas necesidades de la defensa se efectuará a través del órgano interministerial competente. Su composición y funciones se establecerán reglamentariamente».

⁵⁶² En cuanto a los tipos de reservistas, el artículo 2 del citado Reglamento los clasifica en primer lugar en reservistas voluntarios como aquellos que “resulten seleccionados en la correspondiente convocatoria, superen los períodos de formación militar básica y específica que se regulan en este reglamento y se vinculen de forma temporal y voluntariamente con las Fuerzas Armadas, por medio de un compromiso de disponibilidad”, en segundo lugar en reservistas de especial disponibilidad siendo estos: “Los militares de tropa y marinería y los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, que adquieran dicha condición al finalizar sus compromisos de larga duración, y en tercer y último lugar en reservistas obligatorios, constituyendo esta tipología una auténtica “leva” entre los españoles con una edad comprendida entre los diecinueve y los veinticinco años que sean declarados como tales por el Gobierno de acuerdo con la ley.

incidencia a efectos penales, y por otro la activación de los mismos que va a ser el elemento fundamental de cara a que el reservista pase a estar sujeto a la responsabilidad de aquella clase.

La cuestión esencial⁵⁶³, en este caso, viene dada, según dispone el Código Penal Militar, por la “activación” del personal aquí tratado, dicha circunstancia se recoge en el artículo 32 del Reglamento citado, siendo así que: “Los reservistas voluntarios pasarán a la situación de activado al iniciar el proceso de incorporación a unidades, centros u organismos del Ministerio de Defensa por alguna de las causas siguientes: a) Para participar en programas de formación continuada, b) Para prestar servicio en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, tanto en España como en el extranjero”⁵⁶⁴. Por otro lado, el Reglamento dispone, obviamente, la situación del cese en la condición de “activado”, estableciéndose en el artículo 33 que, en esencia, se cesará en la situación descrita al cumplirse el tiempo máximo de permanencia fijado en la resolución por la que se activó al reservista. Asimismo, se señala que el cese supone el pase del reservista a la situación de disponibilidad y, la consecuencia más relevante a nuestros efectos, cual es la de que va a cesar su condición de militar y por tanto quedará fuera del marco de la traición militar, ello de conformidad con el artículo

⁵⁶³ Cabe destacar el artículo 16 del Reglamento de Reservistas, el cual versa sobre la adquisición de dicha condición en estos términos: «1. La condición de reservista voluntario se adquiere, tras superar la formación militar y firmar el compromiso inicial, mediante resolución de los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. 2. Las resoluciones por las que se adquiere la condición de reservista voluntario se publicarán en el “Boletín Oficial del Ministerio de Defensa”, con indicación de la Subdelegación de Defensa de la que pasa a depender cada uno de ellos. 3. La relación que se establece por los reservistas voluntarios con la firma del compromiso inicial tiene carácter temporal y voluntario y se rige exclusivamente por lo establecido en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, por este reglamento y por las disposiciones que lo desarrollen».

⁵⁶⁴ En su punto segundo prosigue el artículo: «2. Los reservistas voluntarios que sean activados para incorporarse y prestar servicio deberán superar el correspondiente reconocimiento médico previo. Para ello se aplicará, con carácter general, lo contemplado en el reglamento vigente para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas. Los reservistas voluntarios que presenten alguna limitación psíquica o física circunstancial no podrán continuar en la situación de activado mientras persista dicha limitación».

2 del Código Penal Militar, siendo así la activación el elemento sustancial que configura la aplicación del delito de traición militar.

Por último, merece atención el artículo 36 que clarifica definitivamente la idiosincrasia del reservista en cuanto que dispone que: “En la situación de activado, los reservistas voluntarios tendrán la condición de militar, deberán cumplir las reglas de comportamiento militar y estarán sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares, [...]”⁵⁶⁵.

C) ALUMNOS

La siguiente categoría sujeta a responsabilidad penal se compone básicamente por el alumnado militar, comprendiendo entre los mismos a la Guardia Civil, si bien debe tenerse en cuenta siempre la doble naturaleza militar y policial de dicha institución. En cuanto al alumnado de dicha institución baste decir que encontramos las líneas esenciales en la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, donde en el artículo 47 se fija la condición de alumno y el régimen de los mismos, destacando el punto quinto donde se especifica que al tiempo de su

⁵⁶⁵ No se ha hecho referencia a los reservistas de especial disponibilidad y a los obligatorios por no tener ello mayores efectos en el ámbito penal; en cualquier caso los mismos son, según dispone el artículo 2 del Reglamento, respectivamente: «Los militares de tropa y marinería y los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, que adquieran dicha condición al finalizar sus compromisos de larga duración», y «Los españoles, con una edad comprendida entre los diecinueve y los veinticinco años, que sean declarados como tales por el Gobierno de acuerdo con la ley». En cuanto a la “activación” de los primeros figura en el artículo 47 que reza así en su punto primero: «En situación de disponibilidad no tendrá la condición militar. Cuando sea activado para prestar servicio y se incorpore a las Fuerzas Armadas, recuperará la condición militar, mantendrá el empleo, la antigüedad y la especialidad que tenía en el momento de finalizar su compromiso de larga duración y estará sujeto al mismo régimen que mantienen los militares profesionales con una relación de servicios de carácter temporal». Respecto a los obligatorios se halla la incorporación y activación situada en el artículo 55 disponiéndose, en esencia, que: «1. Tras la aprobación del real decreto sobre normas para la ejecución de las actuaciones que comporta la declaración general de reservistas obligatorios a que se refiere el artículo 51.1, el Consejo de Ministros, mediante sucesivos reales decretos, establecerá el calendario de incorporación de estos reservistas e irá concretando su aplicación con criterios objetivos por años de nacimiento, a todo el conjunto o a un número determinado, conforme a las necesidades que defina el Ministro de Defensa. 4. Al incorporarse, los reservistas obligatorios firmarán un documento de incorporación a las Fuerzas Armadas, según el modelo normalizado aprobado por el Ministro de Defensa, adquiriendo desde ese momento la condición militar, salvo lo previsto en el artículo 58.

nombramiento quedaran sujetos al régimen interior de los centros docentes, así como al régimen de derechos y deberes de carácter general del personal del Cuerpo y a su régimen disciplinario.

Señalado lo anterior, la regulación básica del alumnado militar se encuentra en el Título IV de la Ley de la carrera militar, estableciéndose en el pórtico de su regulación que el objeto o finalidad “de la enseñanza en las Fuerzas Armadas es proporcionar a sus miembros la formación requerida para el ejercicio profesional en los diferentes cuerpos, escalas y especialidades, con objeto de atender las necesidades derivadas de la organización y preparación de las unidades y de su empleo en las operaciones”⁵⁶⁶. Es decir, nos hallamos, como no podía ser de otra manera, ante una formación finalista, que busca entre otros elementos la integración en la estructura de las Fuerzas Armadas en las mejores condiciones para la realización de los cometidos profesionales que sean menester, primero en calidad de alumnos y posteriormente como miembros de la institución castrense vinculados con una relación profesional plena. Así, el alumno una vez que se incorpora en la Fuerzas Armadas cobra ya un estatus específico en la institución que incluye la sujeción especial que cabe predicar de todo miembro de las Fuerzas Armadas, incluyendo ello el catálogo básico de derechos y deberes y⁵⁶⁷,

⁵⁶⁶ Vid. el artículo 43 Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, que sigue así: «Comprende la formación integral, la capacitación específica del militar en su ámbito profesional, su formación continuada y la permanente actualización de sus conocimientos, encaminadas al correcto desempeño de sus cometidos y al adecuado ejercicio de sus funciones y facultades. La enseñanza en las Fuerzas Armadas está integrada en el sistema educativo general y, en consecuencia, se inspira en los principios y se orienta a la consecución de los fines de dicho sistema establecidos en el ordenamiento jurídico, con las adaptaciones debidas a la condición militar. 2. La enseñanza en las Fuerzas Armadas comprende la enseñanza de formación, la enseñanza de perfeccionamiento y la de altos estudios de la defensa nacional. 3. Con el objeto de mejorar la calidad de la enseñanza mediante su validación con respecto a sus finalidades, estará sometida a un proceso continuado de evaluación por los procedimientos que reglamentariamente se determinen, que atenderán a los criterios definidos en el sistema educativo general».

⁵⁶⁷ Actualmente, la regulación más específica sobre el alumnado se halla en la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, por la que se aprueba el Régimen del Alumnado de la enseñanza de formación y se modifica la Orden DEF/1626/2015, de 29 de julio, por la que se aprueban las directrices generales para la elaboración de los currículos de la enseñanza de formación para el acceso a las diferentes escalas de suboficiales de los cuerpos de las Fuerzas Armadas; estableciéndose el ámbito de los derechos en el

lógicamente, cae bajo el ámbito penal y disciplinario militar. Así, la inclusión dentro de la jurisdicción militar de los alumnos presupone un acto de asunción voluntaria de los deberes, ello tal como se deriva del artículo 67 de la Ley de la carrera militar, que reza así: “Al hacer su presentación, los que ingresen en los centros docentes militares de formación firmarán un documento de incorporación a las Fuerzas Armadas según el modelo aprobado por el Ministro de Defensa, salvo aquellos que ya pertenezcan a éstas, y serán nombrados alumnos. A partir de dicho momento tendrán condición militar, sin quedar vinculados por una relación de servicios profesionales, quedando sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares”.

Por otro lado, por lo general, las normas de desarrollo suelen reiterar esta circunstancia, y resaltan la sujeción de los alumnos a las leyes penales militares, y por tanto, a la jurisdicción militar. En este sentido, debe destacarse la Orden DEF/368/2017, de 4 de abril, por la que se aprueba el Régimen del Alumnado de la enseñanza de formación, que en su artículo 16 hace una exposición sobre los “deberes” de los alumnos, recordándose aquí el sometimiento al ámbito penal en el punto segundo en los siguientes términos: “Estarán sometidos a las leyes penales y disciplinarias militares y a lo dispuesto en el presente Régimen del Alumnado”.

A lo mencionado cabe añadir el artículo 31, el cual dispone que los alumnos van a perder dicha condición por, entre otras muchas circunstancias, la “Imposición de condena por sentencia firme por delito doloso, teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta, previa tramitación de un expediente administrativo con

artículo 15 donde destaca el punto primero que establece que: «Los alumnos de la enseñanza de formación son titulares de los derechos y libertades establecidos en la Constitución, en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en las Reales Ordenanzas y en el resto del ordenamiento jurídico o que se deriven de lo dispuesto en este Régimen del Alumnado».

audiencia al interesado”, esto es, la condición de alumno, al igual que la condición del militar profesional, puede fenecer por la realización de un delito⁵⁶⁸.

D) ASIMILADOS

Los siguientes sujetos susceptibles de caer bajo el ámbito penal castrense son, según reza el Código, los que pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo. Ciertamente, se observa aquí una clara ampliación de los límites naturales y ordinarios de la penalidad militar, debiendo no obstante considerarse que la propia naturaleza de la Defensa Nacional puede requerir la sujeción especial y forzosa de determinados individuos, los cuales en atención a las especiales circunstancias⁵⁶⁹ y a los cometidos que habrán de desarrollar deben pasar, siquiera temporalmente, a formar parte del catálogo de posibles sujetos activos.

La situación anómala pues, tomará carta de naturaleza tras la publicación de la misma, teniendo ello una verdadera eficacia constitutiva a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 4/1981, donde se establece que: “La declaración de los estados de alarma, excepción o sitio será publicada de inmediato en el «Boletín Oficial del Estado», y difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen, y entrará en vigor desde el instante mismo de su publicación en aquél. También serán de difusión obligatoria las disposiciones que la Autoridad competente dicte durante la vigencia de cada uno de dichos estados”. Es decir, en esencia, la publicación del estado “excepcional” deberá publicarse,

⁵⁶⁸ El artículo 37 prevé que: «Al tiempo que se obtenga constancia comprobada de la existencia de tal sentencia se abrirá el correspondiente expediente que seguirá el procedimiento marcado en el artículo 42».

⁵⁶⁹ *Vid.* el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que en su punto primero dispone: «Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes».

conteniendo dicha publicación las especialidades propias del estado declarado. Entre estas disposiciones, y en lo que nos atañe, se podrá disponer que ciertas personas, en atención a sus cualidades profesionales u otras circunstancias pasen a estar asimiladas o tener la condición de militar mientras se halle vigente la “situación”.

Ciertamente, de los “estados” mencionados, el más relevante a nuestros fines, y el que eventualmente puede comportar la movilización de efectivos en cuanto que pasen a ser considerados como militares⁵⁷⁰, es el denominado en la Ley como estado de sitio. Este estado se regula en el artículo 32 y siguientes, teniendo su razón de ser “Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, [...]”. La declaración del estado de sitio determinará, asimismo, el ámbito territorial, duración y condiciones, de manera que será la misma la que disponga las personas que pasen a tener la consideración castrense⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Una muestra muy clara de la ampliación del ámbito subjetivo de la aplicación de leyes penales militares a través de la asimilación se encuentra en el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo; donde el artículo 3 relativo al “ámbito subjetivo” disponía que: “En virtud de lo dispuesto en los artículos 9.Uno y 12. Dos de la Ley Orgánica 4/1981 en relación con el artículo 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del Estado de Alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el artículo 10.Uno de la citada Ley Orgánica y en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente real decreto, y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre”.

⁵⁷¹ Merecen mención los artículos 34 y 35 del cuerpo legal citado, disponiendo estos, respectivamente: «La Autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio», y «En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar». Respecto a los bandos Cano Perucha sostiene una serie de notas que deben juzgarse como relevantes, las cuales pasamos a exponer sin ánimo de extendernos pero juzgando que estamos ante un tema ciertamente interesante, así pues: «1. Son fuente de derecho penal: Los Bandos constituyen una verdadera y auténtica fuente del Derecho punitivo, pero su ámbito de aplicación es muy limitado, ya que sólo pueden ser dictados en dos circunstancias excepcionales: en campaña y en estado de sitio. Esto no supone una infracción del principio de legalidad, *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege poenali*. Se trata únicamente del reconocimiento de que, en circunstancias de excepción, las autoridades militares asumen unas facultades equiparadas en materia penal a las legislativas, es decir, de que los

Pero no es ésta la única situación que genera sujetos activos “irregulares” con sometimientos a las leyes penales militares aunque tiene una fuerte conexión con la antedicha, de forma que no resulta complicado considerar una circunstancia en que operen ambas disposiciones del Código castrense⁵⁷², no obstante, también se puede sostener que la descripción siguiente, a la vista de la antes tratada, resulta un tanto redundante; en cualquier caso, lo cierto es que se ha preferido establecer minuciosamente al personal siguiente, disponiendo el Código Penal Militar que: “En las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil”.

La extensión al personal mencionado del ámbito penal obedece a razones de necesidad, viniendo ello en razón a una situación de dar máximas garantías a la actuación de los medios militares, por cuanto sujetar al fuero militar a las tripulaciones garantiza una mayor eficacia en los cometidos bélicos; y asimismo, existen motivaciones de derecho internacional que procederemos a exponer hacen aconsejable dicho tratamiento.

bandos militares dictados por las autoridades competentes tienen el carácter de ley penal. 2. Son leyes penales: Es preciso aclarar que esta identificación entre el Bando y la ley penal se produce solamente desde un punto de vista material, en cuanto que el Bando crea delitos y penas, sin que ello conlleve una violación del principio de legalidad [...]. 3. Tienen carácter excepcional: Solamente rigen en los casos ya señalados, en campaña y en estado de sitio. 4. Tienen carácter temporal: Esta característica deriva de la anterior. Su vigencia se mantiene por un tiempo determinado mientras duran las circunstancias excepcionales que dieron lugar a su creación. 5. Pueden crear nuevos delitos. 6. Pueden establecer penas para los nuevos delitos, o modificar la correspondientes a los delitos ya existentes. En todo caso las penas que establezcan ni podrán ser distintas de las señaladas en la escala general. 7. Pueden ampliar el ámbito de la Jurisdicción Militar» (Cano Perucha, J.L, «Los bandos penales militares», *en Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 36, Fasc-Mes 2, 1983, pp. 311-312). No obstante, pese a la opinión del autor, parece que, a día de hoy, la idea de que los bandos creen nuevos delitos es difícilmente sostenible dada la extensión del principio de legalidad, cabe pues entender los mismos en un sentido procesal y en todo caso sin afectar a la Constitución.

⁵⁷² Recuérdese que nos referimos a: «Quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo».

E) CAPITANES, COMANDANTES Y MIEMBROS DE TRIPULACIÓN

El artículo 179 del derogado Código Penal Militar, contenía una disposición común en el Título VII, que incriminaba a los Capitanes de buques y aeronaves no militares convoyados, bajo escolta o dirección militar, a los prácticos a bordo de buque de guerra y a los miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares, convoyados, bajo escolta o dirección militar que, en tiempo de guerra o estado de sitio, participaren en la comisión de alguno de los delitos tipificados en el mencionado título⁵⁷³.

El Código actual suprime la expresión “tiempo de guerra” por la más actual “situación de conflicto armado”, permaneciendo la ya comentada situación del estado de sitio. En lo referido a los capitanes, comandantes o tripulación de buques o aeronaves no militares, se ha definido de modo más preciso la situación al exigir el precepto la navegación en convoy, bajo escolta o dirección militar. Se trata ésta de la institución marítima del convoy, llamada también de “navegación en conserva” que constituye una manera válida admitida por el Derecho Internacional aplicable en la guerra marítima para eludir el derecho de visita y las hostilidades.

Recoge RODRÍGUEZ-VILLASANTE las afirmaciones de J.L. de AZCÁRRAGA, para quien se da el nombre de convoy a la agrupación de barcos mercantes que recorren sus rutas habituales bajo la guarda y garantía de un buque de guerra o de una flotilla de su mismo pabellón. Si navegan convoyados por un buque de un Estado beligerante, esta circunstancia les hace correr todos los riesgos de las hostilidades como si fueran

⁵⁷³ Establecía el artículo 179 del Código Penal Militar de 1985 que: «Los miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares convoyados, bajo escolta o dirección militar, que, en tiempo de guerra o en los supuestos en que fuese declarado el estado de sitio, participaren en la comisión de alguno de los delitos previstos en este título, serán castigados con la mitad inferior de las penas respectivamente establecidas para la dotación del buque de guerra o tripulación de la aeronave militar, pudiendo imponerse la misma pena en supuestos de excepcional gravedad. Los Capitanes de buques o aeronaves no militares convoyados, bajo escolta o dirección militar y los prácticos a bordo de buque de guerra, será castigados, en los mismos supuestos, con la mitad inferior de las penas señaladas en cada caso para los Comandantes de buque de guerra o aeronave militar, pudiendo imponerse la pena en toda su extensión en supuestos de excepcional gravedad».

un buque de guerra, ya que todo el convoy o formación se convierte en objetivo militar que puede ser atacado por la parte adversa. Si se trata de un convoy neutral, es decir buques mercantes escoltados por buques de guerra neutrales, está exento de visita, captura y de ataque por los buques de guerra o aeronaves militares beligerantes⁵⁷⁴.

Sigue el autor primeramente citado señalando que: “Todo este estatuto, aplicable en caso de conflicto armado, justifica la asimilación de militar que reciben capitanes, comandantes y tripulaciones, pues su conducta debe estar presidida por el estricto cumplimiento de las órdenes recibidas de los comandantes militares que dirigen el convoy, la escolta o asumen su dirección castrense. Y por otra parte, se impone a tales mandos y tripulaciones civiles deberes militares análogos a los que el servicio establece para la dotación de un buque de guerra⁵⁷⁵ o la tripulación de una aeronave militar”.

Respecto al practicaje lo define VIGIER como un servicio público que, en interés de la navegación, presta el Estado a la entrada y salida de los puertos y en determinados parajes de la costa⁵⁷⁶. Se halla regulado por el Reglamento General de Practicaje aprobado por el Real Decreto 393/1996, de 1 de marzo, siendo Práctico el capitán,

⁵⁷⁴ De Azcárraga y Bustamante, J.L., *Derecho del Mar*, Tomo I, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1983, p. 263, así citado por Rodríguez-Villasante, J.L., en Rodríguez-Villasante, J.L.; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 104-105.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 105, «El buque de guerra, clásicamente caracterizado por su extraterritorialidad e inmunidad ha sido definido por el Derecho del Mar en numerosos Convenios Internacionales. El artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar contiene la definición vigente: Todo buque perteneciente a las Fuerzas Armadas de un Estado que lleve signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un Oficial de la Marina al servicio de aquel Estado e inscrito en el escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a las normas de disciplina militar. En similares términos lo definen el artículo 3.3 y Disposición Adicional Sexta de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima. De estas definiciones, se deduce que los buques de la Guardia Civil no son buques de guerra, si bien son públicos estatales».

⁵⁷⁶ Vigier, A, *Curso de Derecho Marítimo*, Subsecretaría de la Marina Mercante, Madrid, 1969, p. 85, así citado por Rodríguez-Villasante, J.L., en Rodríguez-Villasante, J.L.; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., pp. 105-106.

piloto o patrón habilitado para pilotar los buques en las entradas y salidas de puertos, en los movimientos dentro de los mismos y en los amarrajes y desamarrajes. Los de buques de guerra españoles están exceptuados de la obligatoriedad del servicio de practicaje a la entrada de puertos, en las zonas marítimas, bases navales y puertos militares⁵⁷⁷. En los demás puertos pueden ser dispensados cuando las circunstancias de base habitual del buque así lo aconsejen. En Derecho español el práctico no toma el mando o dirección del buque que continúa bajo las órdenes de su comandante, pero responde por una mala indicación o consejo imprudente, sin que su culpabilidad excluya en todo caso la que pudiere incurrir el mando del buque. En suma, resulta justificado, por la importancia de la función de los prácticos, que en situación de conflicto armado o estado de sitio se les confiera la condición militar cuando ejerzan su cometido a bordo de buques de guerra o de la Guardia Civil⁵⁷⁸.

F) PRISIONEROS DE GUERRA

Respecto a la siguiente categoría debemos afirmar que es un tanto anómala, ya que constituye, en esencia, una ficción jurídica, por cuanto se otorga al prisionero de guerra un estatuto provisional en atención a sus especiales circunstancias; asimismo, constituye una novedad respecto al Código Penal Militar de 1985 que en su artículo octavo no recogía a los prisioneros de guerra, circunstancia que no casaba debidamente con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, la cual en su artículo 13 dispone que: “En

⁵⁷⁷ *Vid.* artículo 9.5 del Reglamento General de Practicaje aprobado que fue por el Real Decreto 393/1996, de 1 de marzo que reza: «Quedan exceptuados de la obligatoriedad de utilización del servicio de practicaje los buques de guerra nacionales cuando concurren circunstancias en las que la utilización de dicho servicio implique pérdida de confidencialidad o restricción de movimientos en el cumplimiento de sus misiones. En este supuesto, el comandante del buque o de la Agrupación Naval lo comunicará al Capitán Marítimo».

⁵⁷⁸ Así expuesto por Rodríguez-Villasante, J.L, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., p. 106.

situación de conflicto armado y en el ámbito que determine el Gobierno, [...], la jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas: [...] 4. Todos los cometidos por prisioneros de guerra”.

Para abordar cabalmente el ámbito de los prisioneros de guerra, es preciso referirnos al III Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, que fue ratificado por España el 4 de julio de 1952, y que regula detalladamente el estatuto del prisionero, indicando quienes tienen derecho a ser considerados como tales, existen normas sobre el comportamiento de los combatientes respecto al enemigo capturado, y se especifican, con la relevancia que ello guarda, las condiciones que deben reunir los campos de prisioneros en cuanto al alojamiento, higiene o asistencia médica entre otros muchos aspectos.

Respecto a la normativa interna⁵⁷⁹, es profusa incluso en el ámbito normativo menor de los propios ejércitos, no siendo menester extendernos al respecto, siendo sólo preciso destacar como ejemplo las Reales Ordenanzas, que recogen las líneas esenciales dispuestas en las normas internacionales⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ *Vid.* el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprobaron las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que se ocupa en diversos preceptos del asunto, por ejemplo el artículo 106 establece que: «El militar conocerá y difundirá, así como aplicará en el transcurso de cualquier conflicto armado u operación militar, los convenios internacionales ratificados por España relativos al alivio de la suerte de heridos, enfermos o náufragos de las fuerzas armadas, al trato a los prisioneros y a la protección de las personas civiles, así como los relativos a la protección de bienes culturales y a la prohibición o restricciones al empleo de ciertas armas», o el artículo 110 dispone respecto al militar que: «No someterá a tortura o vejación a los prisioneros y detenidos y los tratará con humanidad y respeto, suministrándoles los medios necesarios para su salud e higiene y evitando situarlos en zonas expuestas a los riesgos del combate. En el plazo más breve posible los evacuará lejos de la zona de combate para que queden fuera de peligro».

⁵⁸⁰ Resulta ilustrativo artículo 7 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas -de las cuales todavía se haya alguno de sus artículos vigentes-, que compendia en escasas líneas los principios generales que han de regir en el ámbito de los prisioneros, así dispone: “Las Fuerzas Armadas ajustarán su conducta, en paz y en guerra, al respeto de la persona, al bien común y al derecho de gentes. La consideración y aun la honra del enemigo vencido son compatibles con la dureza de la guerra y están dentro de la mejor tradición española”.

Siguiendo con la normativa internacional arriba mencionada, y que aquí nos es relevante, se dispone en el artículo 82 del III Convenio que: “Los prisioneros de guerra estarán sometidos a las leyes, los reglamentos y las órdenes generales vigentes en las fuerzas armadas de la potencia detenedora. Ésta estará autorizada a tomar medidas judiciales o disciplinarias con respecto a todo prisionero de guerra que haya cometido una infracción contra tales leyes, reglamentos u órdenes generales. No obstante no se autorizará persecución o sanción alguna contraria a las disposiciones del presente capítulo. Si en las leyes, en los reglamentos o en las órdenes generales de la Potencia detenedora se declara que son punibles actos cometidos por un prisionero de guerra, mientras que esos mismos actos no lo son cuando los comente un miembro de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora, los correspondientes castigos sólo podrán ser de índole disciplinaria”. Es decir, el prisionero de guerra queda sujeto al derecho interno del país que le tiene en su poder, incluyendo ello el derecho penal⁵⁸¹, si bien debe observarse el artículo 84 que establece una preponderancia competencial a favor de los tribunales militares: “Únicamente los tribunales militares podrán juzgar al prisionero de guerra, a menos que la legislación de la Potencia en cuyo poder se encuentre autorice expresamente a los tribunales civiles a juzgar a los individuos de las fuerzas armadas de dicha Potencia por la misma infracción que aquélla causante de la acusación del prisionero. En ningún caso se hará comparecer a un prisionero de guerra ante un tribunal, cualquiera que éste sea, si no ofrece las garantías esenciales de independencia e imparcialidad generalmente admitidas y, en particular, si su

⁵⁸¹ Guarda el III Convenio el concepto de *ultima ratio* del derecho penal, ya que según el artículo 83: «Siempre que se trate de determinar si una infracción cometida por un prisionero de guerra debe ser castigada disciplinaria o judicialmente, la Potencia en cuyo poder se encuentre aquél cuidará de que las autoridades competentes usen la máxima indulgencia en la apreciación del asunto y recurran a medidas disciplinarias más bien que a medidas judiciales, cada vez que ello sea posible».

procedimiento no asegura al acusado los derechos y medios de defensa previstos en el artículo 105”.

Por lo demás, la concepción del prisionero de guerra como traidor genera, en atención a la esencia de la institución aquí tratada, serias dudas, y para ello nos es suficiente considerar la idiosincrasia esencial del prisionero, que además ha sido expuesta en líneas muy generales en el artículo 87 del meritado III Convenio, rezando este que: “Los prisioneros de guerra no podrán ser sentenciados por las autoridades militares y los tribunales de la Potencia detenedora a castigos diferentes de los previstos para los mismos hechos con respecto a los miembros de las fuerzas armadas de dicha Potencia. Para determinar el castigo, los tribunales o las autoridades de la Potencia detenedora tendrán en cuenta, en la mayor medida posible, que el acusado, por el hecho de no ser súbdito de la Potencia detenedora, no tiene, con respecto a ella, ningún deber de fidelidad, y que se encuentra en su poder a causa de las circunstancias ajenas a la propia voluntad. Tendrán la facultad de atenuar libremente el castigo previsto para la infracción reprochada al prisionero y no tendrán la obligación a este respecto, de aplicar el mínimo de dicho castigo. Están prohibidos los castigos colectivos por actos individuales los castigos corporales, los encarcelamientos en locales donde no entre la luz solar y, en general, toda forma de tortura o de crueldad. Además, la Potencia detenedora no podrá privar a ningún prisionero de guerra de su graduación ni impedirle que lleve sus insignias”.

Así, partiendo de lo enrevesado de la cuestión, la aplicación estricta del Código Penal Militar pudiera avalar la consideración del prisionero como “traidor”, no obstante, de ponerse el foco del ilícito en la ruptura del nexo de fidelidad del nacional con su patria, y siendo el prisionero ajeno a dicho vínculo como meridianamente expresa el III Convenio, no cabría encajar aquella figura en el ámbito típico de la traición. En

cualquier caso, poniendo el foco en dicho concepto de fidelidad, no se puede predicar el encaje del prisionero como sujeto activo, ello sin perjuicio de señalar que el extranjero sí puede ser considerado como espía, precisamente por no considerarse la existencia de fidelidad debida alguna.

Para finalizar el estudio de los potenciales sujetos activos, merece mención la categoría referida por MARTÍNEZ-CARDÓS, que alude a una categoría común predicable de algunas de las expuestas y que denomina militar *de facto*; así señala que “son militares *de facto* en sentido amplio quienes, como profesionales, requisados o afectos, se encuentran incorporados a los Ejércitos o sujetos a la Jurisdicción Marcial por estar movilizados o militarizados en virtud de un acto nulo o aquéllos en quienes concurren una causa de incapacidad sobrevenida para seguir siendo militares. Son militares *de facto stricto sensu* quienes, sin derecho ni obligación alguna, prestan materialmente servicio en las Fuerzas Armadas, mostrando dicha circunstancia con signos exteriores, tales como usar uniforme y recibir sueldo. Se trata de personas nunca reclutadas e incorporadas a la milicia por error o fraude”.

Añade el autor que “los militares de facto deben entenderse que son militares a los efectos del Código Penal si cometen un delito y son juzgados antes de que se declare la nulidad del acto de nombramiento como profesional, del reclutamiento si es requisado o del acuerdo de movilización o militarización si es afecto, pues no basta apercibirse del hecho de la nulidad o incapacidad para formar parte de las Fuerzas Armadas, sino que es preciso una declaración en tal sentido. Si son juzgados con posterioridad a haberse declarado la nulidad de pleno derecho del acto de nombramiento, entonces no pueden considerarse militares, pues nunca lo fueron, ya que tal declaración tiene efectos retroactivos. Por último, si son juzgados con posterioridad a haberse declarado la nulidad relativa del acto de nombramiento o

alistamiento, pero la citada declaración se hizo con posterioridad a la comisión del hecho punible, es preciso considerarlos militares y, en consecuencia, sujetos aptos para cometer los delitos tipificados en el Código Penal Militar⁵⁸²”.

5.3 ¿ES RELEVANTE LA DETERMINACIÓN DE UN SUJETO PASIVO?

Prima facie y aun dada su cierta obviedad se debe mencionar que el sujeto pasivo en el derecho penal es quien se halla en posesión del bien jurídico protegido. Partiendo de la simple aseveración precitada, se puede afirmar que el sujeto pasivo en esta tipología de delitos parece claro, aun encontrándose el mismo tan lejano al delito, y siendo un concepto un tanto abstracto como es el Estado. No obstante, si bien es cierto que sobre el sujeto pasivo “último” no cabe arrojar mayores dudas, se puede observar a la luz del meritado artículo 24 que, en este caso, debería considerarse la posición del Ejército, por cuanto actúa aquí como el sujeto pasivo más inmediato al ser el instrumento bélico por excelencia del Estado.

Tomando como referencia la consideración manifestada podríamos encontrarnos aquí que el titular del bien jurídico, indubitadamente, es el Estado pero el sujeto que pudiéramos denominar “jurídico” sobre el que recae la acción directamente es la institución castrense, siempre claro que consideremos a la misma desde una posición de institución singular e independiente⁵⁸³. En cualquier caso, podríamos posicionar los

⁵⁸² Vid. Martínez-Cardós Ruiz, L, Definición de Militares, en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinado por Ramón Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante, cit., pp. 243-244.

⁵⁸³ Vid. Muñoz Conde, F; García Arán, M, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 262, donde se manifiesta que: «Titular del bien jurídico es el sujeto pasivo. No siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal con el sujeto sobre el que recae la acción típica. Así, por ejemplo, en la estafa sujeto pasivo es el perjudicado patrimonialmente por el engaño, pero el engaño puede recaer sobre otra persona (un empleado, administrador, etc.). La distinción tiene importancia en algunos casos para saber quién está legitimado para consentir y disponer del bien jurídico [...]. En la mayoría de los delitos que protegen bienes jurídicos de carácter comunitario el sujeto pasivo aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de delitos vagos o que protegen intereses difusos. En otros casos se discute la cualidad de sujeto pasivo de las personas jurídicas respecto a determinados bienes jurídicos (por ejemplo: el honor); y en otros se habla del Estado como sujeto pasivo genérico presente en todo. En realidad, el concepto de sujeto pasivo es poco preciso y sólo tiene interés para saber quién es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal en aquellos casos en que quepa

delitos de traición como pluriofensivos, adoptando una postura ecléctica y considerando atacado por un lado el propio Estado, por cuanto el fin último que parece latir en los ilícitos estudiados es la destrucción, menoscabo, o modificación sustancial del propio ente estatal, pero por otro lado, todo ello aquí se ve proyectado sobre una institución concreta, cual es la militar.

La cuestión, sin embargo, requiere una reflexión más amplia. MIR PUIG recuerda, en ese sentido, la visión de ANTOLISEI para quien el sujeto pasivo es “el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito”, pero MIR PUIG señala que el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción ni con el “perjudicado”, por tanto “deben distinguirse los conceptos de sujeto pasivo y de persona sobre la que recae físicamente la acción típica”⁵⁸⁴. También hallamos en esta óptica autores diversos como CEREZO MIR⁵⁸⁵, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁵⁸⁶, sosteniendo el primero que “sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta o, dicho desde otra perspectiva, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito”,

disponer libremente de él». Respecto a la independencia y singularidad de la institución militar parece menester traer a colación el artículo 8 y 97 de la Constitución española por cuanto disponen, respectivamente, que: «1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armadas, y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. 2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución», y «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes»; de lo cual cabe colegir efectivamente una acusada singularidad de la institución pero no así su independencia.

⁵⁸⁴ Vid. Mir Puig, S, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Reppertor, Barcelona, 2006, p. 220, que añade: «En los delitos contra las personas ambos sujetos coinciden, porque en ellos el titular del bien jurídico protegido es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica. Pero ello no sucede en otros delitos, como el de estafa, en el cual el engaño típico puede recaer sobre una persona distinta de la que sufre el perjuicio patrimonial (sólo ésta constituye el sujeto pasivo, porque sólo ésta es titular del bien jurídico protegido)».

⁵⁸⁵ Cerezo Mir, J, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, p. 299.

⁵⁸⁶ Vid. Cobo del Rosal, M; Vives Antón, T, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 331.

y el segundo que “el sujeto pasivo es el portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido”⁵⁸⁷.

En nuestros ilícitos, siguiendo con la idea antes apuntada, el Estado es el sujeto pasivo mediato, la institución castrense, en esencia, lesionada, pero, es cierto que algunas de las modalidades de la traición afectan directamente al personal militar, lo cual nos lleva, nuevamente, a la idea de disociación de sujetos que aquí concurre, pudiendo traer a colación, por ejemplo, las ideas de ROIG TORRES en torno al delito de atentado que, *mutatis mutandis*, podemos acoger a nuestros propósitos, así la autora manifiesta “Acabamos de ver quiénes son sujetos pasivos en la acción en el atentado, y en concreto qué se entiende por autoridad, agente de la misma y funcionario en el marco de este ilícito. Restar ahora por dilucidar quién es el sujeto pasivo del delito, respuesta que dependerá, como es sabido, del bien jurídico protegido que se defienda. Por nuestra parte hemos sostenido que el objeto de tutela es el principio de autoridad concebido en términos funcionales, como potestad del Estado de adoptar e imponer determinadas decisiones en pro del interés general, exigiendo el respeto por parte de los ciudadanos como medio indispensable para asegurar el desenvolvimiento regular de la actividad pública. De acuerdo con ello, podemos afirmar la cualidad de sujeto pasivo del Estado, en tanto que titular originario de esa autoridad. Ahora bien, desde el momento en que dicha potestad se personifica en los empleados públicos,

⁵⁸⁷ Asimismo, véase a Fontán Balestra, en un ámbito tradicional, que afirma que: «Sujeto pasivo es el titular cuya ofensa constituye la esencia del delito, aquel a quien se designa como víctima del delito; es decir, la persona, en sentido jurídico, sea que se trate de un hombre o de un grupo de hombres. La idea víctima no debe ser identificada, sin embargo, con la de damnificado o perjudicado, como lo hace el propio Rocco, porque ambos pueden no coincidir. Los términos damnificado o perjudicado pertenecen más claramente al ámbito del derecho procesal, y se los emplea para señalar a quienes pueden ser titulares de la acción penal y civil emergentes del delito, aun cuando algunos autores los limitan únicamente a la acción civil. Sujeto pasivo del delito puede ser cualquier titular de un bien jurídico, sea una persona de existencia real o jurídica [...]. Las personas colectivas pueden ser sujeto pasivo del delito» (Fontán Balestra, C, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 185-186).

concretándose en ellos la exigencia de respeto, se constituyen en beneficiarios directos de la protección arbitrada en esa infracción frente a las ofensas de los administrados. Por otra parte, si llegan a sufrir daños personales, serán sujetos pasivos de las correspondientes infracciones contra la integridad física o la vida”⁵⁸⁸.

Cabe también en relación con lo manifestado traer a colación a CUERDA ARNAU, de quien podemos tomar ciertas ideas que éste expresó respecto al antiguo delito de desacato, lo cual trasladamos a nuestro ilícito en relación al sujeto pasivo, éste sostenía que un delito pluriofensivo -tal como el ámbito de los atentado- donde la víctima es el Estado, sus instituciones y funcionarios concretos, se debe considerar, propiamente, que el sujeto pasivo del delito es el Estado y por otro lado existe el sujeto pasivo de la acción⁵⁸⁹.

Respecto a la distinción entre la “materia atacada” y el bien jurídico, por un lado tenemos el objeto material (u objeto de la acción) y por otro el objeto jurídico. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como “objeto de la acción”, mientras que el segundo es, básicamente, el bien jurídico⁵⁹⁰. Siendo en este supuesto, por ejemplo,

⁵⁸⁸ Roig Torres, M, *El delito de atentado*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 117.

⁵⁸⁹ Cuerda Arnau, M.L, *Los delitos de atentado y resistencia*, tirantonline.com, documento TOL. 349.199, 2003, p. 6; también en las páginas 1-2: «Aunque existe acuerdo en entender que el bien jurídico protegido en estos tipos es la función pública o, si se prefiere, el principio de autoridad funcionalmente entendido, no es infrecuente que se afirme que los sujetos pasivos de tales delitos son los funcionarios, las autoridades y los agentes de la autoridad. Entiendo, sin embargo, que, una vez delimitado de aquel modo el objeto de protección, lo coherente es reservar la condición de sujeto pasivo en sentido estricto al Estado pues es él quien ostenta la titularidad de tal función, que los servidores públicos se limitan a ejercer. El que, en efecto, puedan resultar afectados de modo inescindible bienes particulares del concreto funcionario no es suficiente para considerarlos sujeto pasivo propio, aunque sí baste para estimarlo sujeto pasivo de la acción».

⁵⁹⁰ Mir Puig, S, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 221.

atacado el “mando” militar en el caso situado en el artículo 24.1 del Código Penal Militar, o en el punto 24.4 el propio material bélico al efectuarse actos de sabotaje⁵⁹¹.

Merece mención aquí la figura del “perjudicado”, concepto este más amplio que comprende tanto al sujeto pasivo, el cual en muchas ocasiones coincidirá con el de “perjudicado”; igualmente en otros casos la figura del perjudicado se nutrirá de terceros aunque no hayan sido agraviados por la acción penal, como por ejemplo en el ámbito del homicidio donde los familiares del sujeto pasivo serán claramente perjudicados por el delito⁵⁹², a lo que, por supuesto, no es ajeno el ámbito normativo⁵⁹³.

⁵⁹¹ Vid. Fontán Balestra, C, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, cit., pp. 186-187, quien expresa que: «Se distingue en general, entre objeto material y objeto jurídico u objeto de la lesión. Por objeto material se entiende la cosa o la persona sobre la que se produce el delito. A diferencia del sujeto pasivo, el objeto material puede ser tanto el hombre como las cosas, en cuanto uno o las otras constituyen la materia sobre la que recae la actividad física del culpable. En algunos casos, sujeto pasivo y objeto material puede ser, pues la misma cosa, mas esto sólo es posible cuanto el objeto material del delito es un hombre vivo. Por ejemplo, en el homicidio, en el rapto, etcétera. En cambio, los muertos, los animales y las cosas pueden ser objetos materiales únicamente. La falta de objeto material no supone, tampoco, la ausencia de acción punible. La ausencia de ese objeto se revela, en algunos casos de tentativa de delito imposible, como también en delitos de pura actividad. Lo que no puede suponerse es la ausencia de objeto jurídico. Objeto jurídico del delito es la norma, el derecho violado o el bien o interés jurídicamente protegido. La importancia que este concepto tiene para la interpretación de la parte especial de un código, resulta del hecho de que, a diferencia del objeto material, que siempre es un elemento del tipo legal, el objeto jurídico no es una modalidad de la acción, un elemento del tipo, sino una síntesis del tipo en cuestión de la que resultan la antijuricidad y el criterio rector para la sistematización de la parte especial [...]. El objeto jurídico o de protección, está constituido por el bien jurídico que el delito lesiona, no sólo en cuanto la víctima es titular de él, sino también, y principalmente, en cuanto representa un interés general, que es el que decide la protección del bien o interés en sí mismo; es decir, objetivamente. No existiendo otra fuente de derechos que el ordenamiento jurídico -el derecho positivo-, la violación de un derecho subjetivo supone la del derecho objetivo determinado por la ley».

⁵⁹² Vid. Cobo del Rosal, M; Vives Antón, T, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 333, donde se dispone: «Normalmente coincidirán las cualidades de sujeto pasivo y perjudicado. Pero puede suceder, y de hecho sucede a menudo, que el delito dañe, no solo al sujeto pasivo del mismo sino a terceros. Quien sustrae una cosa, puede perjudicar con ello, no sólo a su dueño, sino también a otras personas, v.g a los acreedores de éste. Cuando se da muerte a otro no sólo se le produce a él el perjuicio supremo de quitarle la vida, sino que se lesionan los legítimos intereses que otros pudieran tener en ella (p.e., sus hijos menores)».

⁵⁹³ En un plano normativo se puede observar el artículo 113 del Código penal que reza: «La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros»; al igual que la Ley de Enjuiciamiento Criminal en diversos artículos equipara la figura de ofendido y perjudicado pero en otros como en el 771 se observa meridianamente la separación de las figuras en cuestión: «En el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, si la hubiere, la Policía Judicial practicará las siguientes diligencias: 1ª Cumplirá con los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente. En particular, informará al ofendido y al perjudicado por el delito de forma escrita de los derechos que les asisten de acuerdo con lo establecido en los artículos 109 y 110. Se instruirá al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela y, tanto al ofendido como al perjudicado, de su derecho a nombrar Abogado o instar el nombramiento de

En otros términos dogmáticos y donde la visión anterior queda relegada, merece hacer una mención, aun breve, a POLAINO-ORTS, quien subraya algunas afirmaciones de CALLIESS: este autor ha destacado la importancia de los sujetos en las normas penales, pues la conexión entre ellos constituye un conjunto de expectativas recíprocas, de modo que cada uno de ellos espera de los otros no sólo determinados comportamientos, sino también la existencia de expectativas frente a él. El sujeto activo puede esperar que el Estado le persiga y castigue, mientras que el sujeto pasivo confía en que la punición del hecho haga desistir a los posibles delincuentes a ejecutar el delito, y el Estado espera que la amenaza de la pena impida la actuación del sujeto activo. La relación intersubjetiva es esencial en toda acción social, por lo que conviene subrayarlo si se quiere entender el delito en su dimensión social y no como un fenómeno individual⁵⁹⁴. En nuestro objeto de estudio, teorías como la de CALLIESS⁵⁹⁵ toman especial relevancia por cuanto aquí el Estado es, por completo, el ente central, siendo en primer lugar el sujeto pasivo -en los términos expuestos- y en segundo lugar el “ente coactivo”, que con la amenaza de la pena busca la no comisión del delito. La particularidad que aquí concurre es que el Estado se halla

Abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de su derecho a, una vez personados en la causa, tomar conocimiento de lo actuado, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 301 y 302, e instar lo que a su derecho convenga. Asimismo, se les informará de que, de no personarse en la causa y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercerá si correspondiere [...]».

⁵⁹⁴ Mir Puig, S, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 219, citando a Calliess, R.P, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Fischer, Frankfurt am Main, 1974, pp. 16 y ss.

⁵⁹⁵ «Rolf-Peter Calliess, desarrolló, en un sugerente estudio programático publicado en 1974, su particular concepción del fenómeno criminal y de la pena como un proceso dialéctico o dialogal [...], en la cual -sin prescindir de la referencia al bien jurídico protegido, punto de unión entre los tres protagonistas principales en el proceso de interacción social: *Ego* (el autor del delito), *Alter* (la víctima o lesionado por la acción delictiva y *Dritter* (tercero, sociedad)- concibe la pena “como un mecanismo social que tiende al mantenimiento y restauración de las posibilidades de comunicación y participación en la sociedad, íntimamente enlazadas a las exigencias, necesidades y postulados del Estado social y democrático de Derecho consagrados en la Constitución. En el fondo, lo que pretende Calliess es una fundación o entrelazamiento científico-social de la dogmática del derecho penal con la sociología jurídica». (Así expresado por Polaino-Orts, M, *Libro homenaje al profesor Günter Jakobs, el funcionalismo en derecho penal*, Montealegre Lynett (coord.), Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 96).

tutelando con la vía penal su propia existencia; es decir, desarrollando una auténtica autotutela.

En una línea de pensamiento similar se halla KNUT AMELUNG, el cual desarrolló una doctrina sobre la “nocividad o dañosidad social”, elementos antes tratados por FRANZ VON LISZT casi un siglo antes. A juicio de AMELUNG, se parte de la idea de que la sociedad es un sistema de interacciones, cuyo mantenimiento se fundamenta en la formación de estructuras y en la institucionalización de normas. Así, concibe el derecho penal como un mecanismo de control social, que desempeña la misión de garantizar la validez de las normas penales dirigidas a regular una sociedad: el ordenamiento penal sólo prohíbe el actuar socialmente nocivo. Por ello, la función del derecho penal consiste en ordenar un sistema y en solucionar problemas de sistema, y las normas penales son multifuncionales⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 97. Asimismo, procede traer a colación los comentarios de Polaino Navarrete, M, «Revista de Libros: Amelung Knut: *Rechtsgüterschutz una Schutz der Gesellschaft*», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Fascículo 2, 1973, p. 446, «Los sistemas sociales solucionan sus problemas de mantenimiento, no sólo con la formación de estructuras, sino en especial mediante la institucionalización de normas. La naturaleza de esta superación del problema del contenido de las normas estructurales se constata, en el Ordenamiento jurídico alemán, en parte mediante la ley fundamental y en parte a través de la disposición positiva del legislador ordinario. Como mecanismo de control social, el Derecho penal cumple la misión de garantizar la validez de las normas a tal ámbito aplicables, y aún más concretamente, de asegurar la estructura del sistema social. El significado del problema de la función social de una norma penal es destacado cuando se tiene presente que, por exigencias constitucionales, el Ordenamiento punitivo debe prohibir sólo el actuar socialmente nocivo. En virtud de este principio de naturaleza fundamental, la norma penal puede ser establecida nada más que cuando efectivamente opere una contribución al mantenimiento del sistema social de la comunidad. En todo caso, la noción de función ha de ser nítidamente separada de la de fin. En efecto, correlato del concepto de fin son los de acción y sujeto agente, en tanto que el concepto de función lo son los de sistema y problema de sistema. La búsqueda de la función social de una norma penal integra, en esencia, algo distinto de la indagación del fin de la misma. En cierto sentido, casi la totalidad de las normas penales son multifuncionales, ofreciendo relevancia en cada sistema de interacción, en cuanto fundamento de la integración del agente. A la teoría sociológica del sistema corresponde el mérito de designar el sistema social como lugar de determinación de las realizaciones socialmente nocivas del delito, indicando con exactitud dónde se ubican las consecuencias perjudiciales de éste. En el círculo de aplicación del pensamiento de la nocividad social al ámbito del Derecho penal, sin embargo, ha de tenerse presente, como aspecto negativo de ella, la existencia de limitaciones liberales y dogmáticas de la misma. Por lo que respecta a los límites liberales, debe considerarse la circunstancia de que el pensamiento de daño social en el conjunto de principios fundamentales del Derecho penal suministra únicamente un primer argumento, cuya exacta amplitud es precisada a través de la vigencia de otros principios. Puede apreciarse sobre ello un perdurable provecho de la temprana crítica al concepto teleológico del bien jurídico, erigida en la misma década de la formulación de éste. Con referencia a los límites de carácter dogmático, es preciso tener en cuenta que el concepto del delito como lesión de un

Así las cosas, en el tipo penal de la traición bien parece situarse el foco más sobre el deber de lealtad del militar que sobre la idea del sujeto pasivo y del bien jurídico protegido que parece aquí cobrar un aspecto más secundario.

5.4 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Con independencia de lo afirmado anteriormente en relación con el bien jurídico en los delitos contra la defensa nacional en sentido amplio, cabe señalar en esta sede que en esta modalidad delictiva, esto es la relativa al artículo 24.1 del Código Penal Militar, se da un ataque tanto a la disciplina y más concretamente contra la libertad, por cuanto se opera una actividad contra el “mando” ejerciendo una coacción sobre el mismo, como a la nación misma, la cual es aquí atacada de forma mediata, ya que el interés existente tras el “velo” en este caso del militar que ejerce la dirección de las armas es preservar el eficaz funcionamiento de la maquinaria bélica hacia los objetivos que sean menester, que de forma ordinaria habrán de redundar en el bienestar de la nación, de forma que el infractor perjudica y atenta contra dichos fines. A lo cual cabe unir que contra “el enemigo”, circunstancia ésta que establece el tipo, lo que se halla en “trance de armas” se circunscribe no sólo a la existencia física de los combatientes sino el Estado mismo al actuar aquellos como “mano” de este.

Dicha modalidad atenta directamente contra principios básicos de la organización armada, observándose ello de forma meridiana en, entre otra normativa, la Ley de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009 de 6 de febrero, disponiendo ambas en sus artículos 6 y 7 respectivamente que nos hallamos

sistema social no puede reemplazar al dogma del delito como lesión de un bien jurídico. En efecto, en una tal misión falta a aquel entendimiento el específico privilegio de la idea de la protección de bienes, representado por el inmediato desarrollo del objeto de la realización de daño de un delito sobre la base de un juicio de valor».

ante una institución jerarquizada, así el último de los artículos se muestra claro al respecto cuando reza: “Ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción”. Es decir, el militar al realizar la modalidad aquí tratada choca con uno de los elementos organizativos esenciales de la institución que además es guía permanente de la actuación de los miembros de las Fuerzas Armadas.

En cualquier caso, no cabe duda que el objeto que persigue el precepto no es la protección del mando en cuestión castigando las coacciones al mismo ya que para ello encontramos tipos específicos que ya protegen la jerarquía tales como las figuras que se hallan en el ámbito de la Insubordinación, donde, por ejemplo, es paradigmático el Insulto a superior dispuesto en el artículo 42.1⁵⁹⁷ y en el 43⁵⁹⁸ del código castrense.

Dado lo expuesto, encontramos que la protección jurídica se encuentra en un bien jurídico supraindividual cual es el de la seguridad y defensa de la nación, así como también, entendido todo ello en sentido amplio, del Estado. Asimismo, cabe considerar que no debe aquí hacerse distinción de ambos términos ya que no se observa que el legislador haga mención a lesiones de índole nacional o estatal, usándose de forma ciertamente indiferente los términos⁵⁹⁹, amén de que, en última instancia, a efectos

⁵⁹⁷ «El militar que maltrata o obra a un superior o atentare contra su libertad o indemnidad sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal».

⁵⁹⁸ «El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en el artículo anterior, coaccionare, amenazare, calumniare o injuriare gravemente a un superior, en su presencia o ante una concurrencia de personas, por escrito o con publicidad, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión. Cuando no concurrieren estas circunstancias se impondrá la pena en su mitad inferior».

⁵⁹⁹ Ello, por ejemplo, se puede inferir en el Código Penal Común cuando en su Título XXIII reza «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional», no estableciéndose, como se observa, una clara distinción; no obstante, si es cierto que el Código castrense denomina a su Título I como «Delitos contra la seguridad y defensa nacionales», obviando mencionar al Estado, al igual que dicho Código es parco en referencias a dicho ente, tomando el mismo especial protagonismo en el artículo 32.2: «A efectos de este Código se entenderá que Potencia aliada

penales no existe aquí distinción ya se considere como afectada la nación o ya sea el Estado.

Señalado lo anterior, en rigor, si es preciso considerar que no nos hallamos ante términos idénticos, en primer lugar, se debe hacer constar que términos como “nación” han tenido diverso alcance y diversas interpretaciones a través de los tiempos, debido ello al indudable fondo ideológico del mismo. MANCINI definió nación como una “sociedad natural de hombres, con unidad de territorio, origen, costumbres e idioma formada por la comunidad de vida y de conciencia social”. HAURIUO lo dispuso como “una agrupación de formaciones étnicas primarias en la que la convivencia prolongada en un mismo país, unida a ciertas comunidades de raza, lengua, religión y recuerdos históricos, ha engendrado una comunión espiritual, base de una formación étnica superior”, y finalmente LUCAS VERDÚ entiende que la nación es “una comunidad que arrancando de un pasado histórico y mediante la síntesis de diversos elementos importantes, pero no exclusivos (raza, lengua, costumbres) intenta, lográndolo a veces, constituirse en estado”⁶⁰⁰.

es todo Estado [...]», donde parece que se ha preferido hacer referencia a la figura como descripción de país soberano con reconocimiento internacional.

⁶⁰⁰ Vid. Peña González, J, *Derecho y Constitución*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 170-171, en torno al concepto de nación señala el autor: «Estamos ante un término susceptible de variadas y por otra parte, cambiantes definiciones a lo largo del tiempo. Etimológicamente procede del verbo latino “nascor” y en una primera acepción expresa una relación de procedencia u origen. Tal era el sentido con que se utilizaba durante la edad media para designar las agrupaciones de estudiantes en los barrios periféricos de la Sorbona, en función de su lugar de origen. Durante la edad moderna el termino fue utilizado por Lutero en su “llamamiento a la nobleza cristiana de la nación alemana”, escrito en 1520. Más tarde el vocablo lo emplea Madame Stael, siendo de uso corriente durante el último tercio del siglo XVIII en la Francia prerrevolucionaria. En España el termino encuentra su plasmación definitiva desde el punto de vista político en los debates que acompañaron a la elaboración de la Constitución de Cádiz [...]. El objetivo finalista de transformarse en Estado, es y ha sido el deseo más ferviente de todos los pueblos con conciencia de nacionalidad y el tema puede llegar a ser vidrioso en determinadas comunidades en las que no haya coincidencia total entre la idea de nacionalidad y estatalidad. A sensu contrario, en el caso de las uniones de estados, el sentimiento unitario de nación puede ser consecuencia a posteriori del propio concepto de Estado. La nación norteamericana es consecuencia del pacto que las trece colonias hicieron en Filadelfia para constituir los Estados Unidos de América»

BURDEAU define el Estado como “el soporte del poder político”, la plataforma que hace posible la institucionalización del poder, racionalizándolo y estableciendo un determinado orden jurídico, dicho orden se muestra como el objetivo finalista de los pueblos con conciencia de nacionalidad⁶⁰¹; otros autores como JELLINEK ofrecen una definición desde un concepto social del Estado como “la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio”, así como también define al mismo desde un concepto jurídico como “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio”, o “la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”⁶⁰², y finalmente, merece mención MAX WEBER que pone especial atención al ámbito de la violencia, entendiendo “por comunidad política aquella cuya acción consiste en que los partícipes se reservan la dominación ordenada de un ámbito (no necesariamente constante en absoluto y delimitado con fijeza, pero sí delimitable de algún modo) y de la acción de los hombres situados en él de un modo permanente o sólo provisional, teniendo preparada para el caso la fuerza física, normalmente armada”⁶⁰³.

En relación a la modalidad de la traición operada por la “fuga de filas” cabe predicar que el bien jurídico último es común a las otras modalidades de traición, esto es, la “pervivencia” del Estado en el sentido ya tratado; si bien, no puede obviarse que aquí el daño se encauza por la huida del agente, debiendo considerarse un sustrato de la figura de la deserción considerando, desde luego, que nos hallamos ante tipos distintos ya que la deserción se opera por otros “ánimos” que se resumen, en esencia, en un

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 181.

⁶⁰² Jellinek, G, *Teoría General del Estado*, cit., pp. 194-196.

⁶⁰³ Weber, M, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 661.

mero interés del desertor, y tiene un carácter eminentemente omisivo, pero siendo ello cierto, no lo es menos que ambas figuras tienen en común la ausencia del militar.

Brevemente, respecto a la figura mencionada de la deserción⁶⁰⁴ es menester recoger una serie de criterios doctrinales sobre su naturaleza, si bien estas ideas se hallan asentadas en la concepción del servicio militar obligatorio, así, para MIRTO “el objeto de protección en la deserción se encuentra en la necesidad estatal de garantizar la ininterrumpida prestación del servicio militar durante todo el tiempo en que el militar debe cumplir su deber con el Estado”; RODRÍGUEZ DEVESA sostiene que el bien jurídico protegido es el servicio militar como “prestación personal mediante la cual el Ejército puede cumplir sus fines”; por último, MANZINI entiende como protegido el interés público de asegurar la prestación del servicio militar a los que están obligados legal o voluntariamente⁶⁰⁵.

5.5 LA TIPICIDAD DE LA TRAICIÓN: EL RELIEVE DEL CONCEPTO DE ACCIÓN

Antes de tratar los distintos grupos de casos que describe el tipo penal de traición cabe hacer una serie de precisiones en cuanto a las líneas maestras de la regulación y seguidamente una breve reseña sobre el concepto de acción; así, en primer lugar se halla que el nuevo Código Penal Militar reduce las modalidades de traición drásticamente pasando de un tipo mixto alternativo construido sobre diez conductas diferentes, las cuales se han mencionado en la parte histórica, a cuatro tipos de modalidades específicas de traición militar, que son las contenidas en el tipo vigente

⁶⁰⁴ Artículo 57 Código Penal Militar: «El militar que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia, o no se presentare, pudiendo hacerlo, cuando tenga la obligación de efectuar su incorporación, será castigado, como desertor, con la pena de uno a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo. En situación de conflicto armado o estado de sitio será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión».

⁶⁰⁵ Así citados por Millán Garrido, A, *El delito de Deserción Militar*, cit., pp. 254-255.

de la traición militar. En todo caso, en el delito de traición del Código Penal común, los comportamientos se solapan y, en cierto modo, se amplían, a la vez que, a no limitar el carácter militar del autor, el tipo penal también aumenta en ese sentido su campo de aplicación.

En segundo lugar, cabe mencionar que el objetivo perseguido por el legislador al respecto ha sido, básicamente, la coordinación del delito de traición militar con el delito de traición regulado en el Código Penal. Esta opción parece la técnicamente adecuada en relación con el modelo de código militar complementario⁶⁰⁶ que se predica y se buscaba con la reciente regulación penal, evitando duplicidades y conservándose únicamente las modalidades de traición que por su naturaleza tienen especial trascendencia en el ámbito militar, es decir, le son propias al ámbito castrense.

En tercer lugar, de todo ello se puede mantener que se ha procedido a una racionalización, sistematización y reordenación de los grupos de casos que se prevén en la ley, completándose además el mismo con una oportuna cláusula de remisión que permite considerar como militares las traiciones “comunes” cuando son cometidas por

⁶⁰⁶ Vid. Rodríguez Villasante y Prieto, J.L., «El Derecho Militar del Siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario», en *Revista española de derecho militar*, núm. 77, 2001, pp. 102-103, « [...] descendiendo al terreno de *lege ferenda* y tratando de ser fieles a la virtud justiniana (suprimir lo redundante y vano de las leyes) ante los mejores ejemplos de la legislación extranjera y del derecho comparado, debemos fundamentar nuestro proyecto en una noción básica; La definición de delito militar. Este concepto nos servirá como instrumento técnico para impedir enojosas repeticiones de preceptos comunes, tanto en la parte general del Código Penal Militar como en la descripción de los tipos delictivos que se integran en su Parte Especial. De forma que sólo se tipifiquen en ésta última aquellas infracciones que carezcan de correlación con los delitos comunes. Hay que tener en cuenta que no se trata de militarizar determinadas infracciones del Código penal para atraer la competencia de la Jurisdicción militar o sancionarlas con mayor pena, sino de contemplar en la ley especial únicamente aquellas que, cometidas por militares en determinadas circunstancias (acto de servicio o infracción de los deberes inherentes a la condición de militar), entre las que pueden ser relevantes el lugar de comisión o la producción de un daño efectivo a la Administración militar, atenten contra un bien o interés jurídico cuya tutela penal pueda encuadrarse en el ámbito castrense. Naturalmente, debe tratarse de circunstancias esenciales pertenecientes al núcleo y no a la periferia del delito, pues sólo esta consideración puede transformar un delito común en otro esencialmente castrense. [...] Así se conseguiría la doble ventaja ya señalada de asegurar la recepción automática en el Código Penal Militar de las frecuentes modificaciones de las leyes penales comunes y de evitar las criticables relaciones de alternatividad entre los tipos comunes y castrenses.

miembros de la milicia. Igualmente, antes de abordar las actuaciones concretas que condensan la traición, es menester realizar, aun de forma somera, una exposición sobre la acción en lo que respecta a la parte general del derecho penal.

La conducta humana -acción o, en su caso, omisión- es la base sobre la cual descansa la estructura del delito; es decir, de no existir acción humana, de no realizarse conducta alguna no hay delito; ello constituye de esta manera el soporte conceptual de la teoría del delito y el sustento del hecho punible. Partiendo de la acción se han de seleccionar las conductas relevantes para el derecho penal. Lógicamente, la evolución del concepto de acción, como tantos elementos del delito, ha tenido muy diversos jalones en una perspectiva histórico-dogmática, y siempre con condicionantes filosóficos y político-criminales.

En primer lugar, siguiendo a JIMÉNEZ DE ASÚA, debemos definir el acto como manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja inerte ese mundo externo, cuya mutación se aguarda. La construcción de la doctrina del acto, se instala científicamente por VON LISZT, si bien éste no edificó por primera vez la teoría de la acción. A finales del siglo XVIII la atisbó ERNST FERDINAND KLEIN, pero su verdadero fundador fue HEINRICH LUDEN quien se ocupó primeramente, en sentido moderno, de la omisión y de la causalidad⁶⁰⁷.

Para expresar el acto se han usado diversos vocablos. En la dogmática alemana imperó la voz acción y posteriormente la palabra hecho (*Tat*), hecho penal o punible (*Straftat*), siendo este último incluso empleado como sinónimo de delito por VON LISZT y

⁶⁰⁷ Vid. Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Editorial Losada, Argentina, 1951, p. 291.

BELING. También al acto o la acción se le ha denominado frecuentemente como conducta, usada, por ejemplo, por ANTOLISEI, al igual que en el ámbito del derecho penal alemán también se usaron las denominaciones de “conducta voluntaria” (LISZT), “conducta corporal” (BELING), y “conducta humana” (MEZGER). En cuanto a la denominación como “acontecimiento” fue usada por MAYER, sostenido ello porque, en su parecer, existen delitos sin actuación de la voluntad como en los casos de “omisión no querida” (*ungewollte Untätigkeit*)⁶⁰⁸.

JIMÉNEZ DE ASÚA sostiene el empleo del término “acto”, por cuanto la palabra “hecho” es genérica en demasía, habiendo señalado BINDING que con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre, o acaezca por caso fortuito, mientras que por “acción” se entienden voluntades jurídicamente significativas; asimismo, no acepta el vocablo “conducta” ya que este se refiere más bien al comportamiento, a una actuación más continuada y sostenida que la del mero “acto psicológico”, que es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. También señala el autor que aunque la palabra “acción”, en sentido amplio, puede valer como sinónimo del acto, es preferible utilizarla en su sentido propio y estricto, estableciendo que es necesario poseer un término genérico para designar la actividad y la omisión punibles, del mismo modo que M.E MAYER disponía la “acción” (*Handlung*), como comprensiva del “hacer” (*Tun*) y del “omitir” (*Unterlassen*). También señala que ALIMENA habló de *acción in genere* y de comisión y omisión como sus formas específicas; pero sostiene que la acción, puesto que es “efecto de hacer”, sólo con violencia podrá servir para indicar el no hacer

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pp. 291-292.

(omisión), siendo así que el vocablo acto, aunque aparece como sinónimo de acción, también lo es de hecho y posee por ello una mayor elasticidad semántica.

En suma: señala el autor que hablamos de acto, “acto de voluntad”, como se encuentra, por ejemplo, consignado en la definición dada por BAUMGARTEN como “acto de la voluntad del hombre”⁶⁰⁹.

Siguiendo en un ámbito histórico, procede recoger la división establecida por PÉREZ DEL VALLE, en primer lugar, hallamos la concepción *hegeliana*, donde la acción era “la forma necesaria del delito”: “un hecho atribuido a la voluntad de un sujeto como causa” (KÖSLIN). Era una consecuencia de la teoría de la imputación de HEGEL, que exige como condición de la imputación el desarrollo de los niveles de la teoría de la acción y de la voluntad, sólo la acción de un sujeto libre puede ser objeto de imputación. En ese sentido, no podía ser considerado acción un comportamiento que no era libre: ni la necesidad derivada de la naturaleza, ni el comportamiento de los inimputables.

El concepto causal concebía la acción como el concepto superior del sistema penal (RADBRUCH): en un primer momento fue entendida como “una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos” (VON LISZT), y posteriormente como

⁶⁰⁹ Ibidem, p. 293. Vid. Baumann, J, *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 97-99, «Según la tesis sustentada aquí, acción es conducta humana guiada por la voluntad. Insertar otros datos en el concepto de acción significaría comprimirlo excesivamente y volverlo impracticable para su función consistente en abarcar todas las formas de conducta humana relevantes desde el punto de vista penal. El primer elemento de del concepto de acción es la conducta humana. Este elemento excluye del ámbito del derecho penal los simples fenómenos de la naturaleza y los sucesos no impulsados o influidos por el hombre y las conductas de los animales. [...]. Por sí solos, no bastan los simples sucesos internos, pensamientos, decisiones, intenciones. La conducta del hombre debe consistir en una conducta exterior, es decir, corporal. No debe existir una “actitud”, sino una acción. Esto no equivale a decir que la acción tiene que consistir en un hacer positivo. Una conducta corporal y, pues, una acción en sentido amplio, también puede ser una omisión. La conducta corporal humana debe ser guiada por la voluntad (o “voluntaria”). Este elemento excluye del concepto de acción formas de conductas involuntarias. Lo que no puede atribuirse, de ningún modo, a la voluntad humana, no puede ser objeto de valoración penal. Es útil, por lo tanto, eliminarlo de antemano del concepto de acción. Las prohibiciones y los preceptos del derecho penal se dirigen al hombre, o sea, a la voluntad humana».

un movimiento corporal o una pasividad corporal controlados por la voluntad (BELING)⁶¹⁰, aunque sólo interesa la voluntad en un sentido neutro sin importar su contenido. Esta concepción separaba el concepto de acción de la culpabilidad, existían, en ese sentido, también acciones de sujetos no culpables, aunque no fuesen punibles por la ausencia de culpabilidad⁶¹¹.

En cuanto al concepto *final* de acción, parte de la premisa de que toda acción humana esta dirigida a un fin (WELZEL), “el sujeto por la previsión de la causalidad, puede conducir los actos individuales para orientarlos de modo que dirija el suceder causal hacia un fin y así los determine finalmente”⁶¹². Por último, el concepto social de acción

⁶¹⁰ Vid. Beling, E.V., *Esquema de derecho penal: La doctrina del delito-tipo*, Librería “El Foro”, Buenos aires, 2002, p. 42, «Para un individuo, la punibilidad surge siempre solamente de sus propias acciones. Debe entenderse por “acción” un comportamiento corporal (fase externa, “objetiva” de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, “voluntariedad”), (fase interna, “subjetiva de la acción”), ello es, un “comportamiento corporal voluntario”, consistente ya en un hacer” (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. Levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un “no hacer” (omisión), ello es distención de los músculos».

⁶¹¹ Vid. Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 179-180, «El concepto causal de acción constituye la posición tradicional y todavía vigente en la doctrina española actual. Sin embargo, su momento de apogeo se remonta a fines del siglo XIX e inicios del XX, como consecuencia del enfoque científico-naturalista de la metodología jurídico-penal, influida por el optimismo científico producido por el espectacular progreso de las ciencias naturales en el siglo XIX (positivismo naturalista). A continuación, y en especial hasta la 2ª Guerra Mundial conoció una versión valorativa de cuño neokantiano. Formulada a partir de una metodología positivista, el concepto causal-naturalista constituye en la dogmática alemana el pilar del esquema clásico del delito, cuyas bases sentaron Von Liszt y Beling. [...] El “impulso de la voluntad” sólo importaba en cuanto causa de la conducta externa, por lo que era indiferente cuál fuera el contenido de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, con tal de que hubiera causado el movimiento corporal externo. La dirección final de la voluntad no se toma en cuenta por el concepto causal de la acción. Este planteamiento causal-naturalístico conducía a una concepción muy insatisfactoria de la omisión, que no es un movimiento corporal que cause una modificación en el mundo exterior. La omisión se explicaba, entonces, como “omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo”, como “causa no impediende de un cambio en el mundo externo”, pero que es evidente que la ausencia de movimiento y el no impedir un cambio son conceptos meramente negativos que no permiten construir ningún concepto (positivo) de omisión. Con la irrupción de la idea de valor en la metodología jurídico penal, bajo el influjo del neokantismo de Stammler, Rickert y Lask, esta versión naturalística del concepto de acción no pudo mantenerse intacta. La metodología neokantiana reclamó junto a las ciencias de la naturaleza la autonomía de lo que llamaron ciencias del espíritu, que a diferencia de aquéllas no se contentaban con el observar y describir lo hechos, sino que exigían el comprender y el valorar el sentido de los hechos. La consecuencia para el concepto de acción es que ya no podía contentarse con ser un hecho naturalístico ajeno al valor, sino que debía ser susceptible de soportar los juicios de valor (desvalor) representados por las categorías de antijuridicidad y culpabilidad. Así, lo que Jescheck llama concepto neoclásico del delito, determino un concepto valorativo de acción como “comportamiento”, como “realización de la voluntad humana” (Mayer), como “comportamiento voluntario” (Hippel), o simplemente “conducta humana” (Mezger)».

⁶¹² *Ibidem*, pp. 181-182, «El concepto final de acción, obra de Welzel, surgió también como resultado de un giro de la metodología jurídica. Así el neokantismo valorativo determinó la transformación del concepto naturalístico de la acción, la aplicación del método fenomenológico y ontológico al Derecho

se centra en el “significado social de la conducta” (EB. SCHMIDT). Al indagar sobre la relevancia social del comportamiento, se considera que, “para los juristas, realización voluntaria de consecuencias previsibles y socialmente relevantes” (ENGISCH) o se acentúa que el hecho, “objetivamente controlable, esté dirigido a un resultado objetivamente previsible” (MAIHOFER), al que se añade relevancia de la voluntad en algunos casos (JESCHECK)⁶¹³.

penal llevó a la sustitución del concepto causal por un concepto final de acción. [...]. El punto de partida del finalismo es la superación del subjetivismo epistemológico característico del neokantismo de la Escuela Sudoccidental Alemana, a través del reconocimiento de que el mundo empírico se halla ordenando previamente al conocimiento humano. No es el hombre, con la aportación de sus categorías mentales, quien determina el orden de lo real, sino que el hombre se encuentra con un orden objetivo que responde a unas estructuras lógico-objetivas (no subjetivas). Con ello se admite el nuevo punto de vista objetivista que reinstauró la fenomenología de Husserl. Pues bien, de ahí deduce Welzel que la acción es un concepto prejurídico, existente antes de la valoración humana y por ello precedente a la valoración jurídica. El análisis de dicho concepto muestra que lo específico del mismo no es la causalidad, sino la finalidad, [...]. Sólo la acción humana es “vidente” (“ve” adónde tiende: la finalidad perseguida), a diferencia del resto de procesos naturales, que actúan de modo “ciego”. La acción humana se caracteriza, pues, por ser “ejercicio de actividad final”. Frente a este concepto deben sentirse vinculados el legislador y la dogmática, de modo que no cabe mutilar la acción despojándola del componente de finalidad. Al concepto de acción pertenece no sólo el momento causalidad, sino también ya desde un principio, el de la finalidad. Vid. Welzel, H, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, editorial B de F, Buenos Aires, 2004, p. 41, «La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente “causal”. La “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es el resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello -dicho en forma gráfica- “vidente, la causalidad “ciega”».

⁶¹³ Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 93-95. Añade el autor que, en la actualidad, el panorama sobre el concepto de acción no se presenta como una discusión crucial en la doctrina. Acogiendo, en mayor medida, una tesis similar a la que en su día consideraron los autores hegelianos del S. XIX (Abegg, Berner, Köstlin y Hälschner) de acuerdo con la cual sólo comportamientos imputables (atribuibles a la libertad del sujeto) podían ser imputados en el derecho penal. Asimismo, señala que en la doctrina moderna no faltan autores que apuntan en un sentido similar (Lesch y, en parte, Jakobs, aunque la cuestión no se aborde en el plano de la decisión libre). También véase Fontán Balestra, C, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, cit., pp. 198-199, «E. Schmidt [...] formuló el que se denomina concepto social de la acción. Sostiene que se trata de un “fenómeno social en un significado directo de la realidad social”. Jescheck define a la acción en ese sentido como “conducta humana socialmente relevante”. La expresión conducta aparece caracterizada como toda respuesta del hombre que, ejerciendo su libertad, reacciona ante las exigencias reconocidas o reconocibles de una situación. Esta teoría, que ha sido formulada de diversas maneras, originariamente no fue sino una de las muchas tentativas de ajustar o adecuar el causalismo a las exigencias sistemáticas del orden jurídico, principalmente en lo referente a los delitos de omisión. Posteriormente se transformó en una verdadera teoría, con elementos propios y repercusión en la teoría general del delito. Se considera normalmente que una conducta tiene relevancia social, cuando produce efectos en la relación del individuo para con su medio social, de modo que este último sea afectado por la actuación de aquél.

MIR PUIG sostiene que “la teoría social de la acción entiende que la única forma de encontrar un concepto de acción común a los delitos dolosos, los culposos y los de omisión, es remontarse a un denominador común que pueda aglutinar las distintas modalidades de comportamiento que dan lugar a cada una de aquellas clases de delitos. Ese denominador común no puede hallarse en el ámbito del ser, puesto que en él se contraponen dos categorías ontológicamente irreducibles: la finalidad (ejercicio de actividad final) y la no utilización de la finalidad cuando podía tener lugar y era esperable. Para reunir ambas categorías en un concepto unitario de acción hay que remontarse a un punto de vista superior de naturaleza valorativa, que aúne lo incompatible en la esfera del ser. Tal punto de vista ha de ser la perspectiva social: será acción todo “comportamiento humano socialmente relevante”. La finalidad y la posibilidad de finalidad serán los dos criterios que, junto al de trascendencia exterior, concederán relevancia social a un comportamiento humano: la finalidad en los hechos dolosos, y la posibilidad de finalidad en la imprudencia y la omisión. En la imprudencia, porque el hecho causado podía haberse evitado mediante la conducción final del proceso, y en la omisión, porque también el no hacer esperado podía haberse evitado finalmente”⁶¹⁴.

Para concluir, a la luz de los tipos penales de traición, resulta patente que el legislador ha enfocado los mismos como tipos eminentemente de acción, si bien se han cualificado los mismos con el elemento subjetivo específico del “propósito de favorecer al enemigo”, el cual caracteriza la conducta de deslealtad. Asimismo, no debe obviarse la posibilidad de la comisión del delito por omisión en cuanto no es difícil imaginar la existencia de una posición de garante en un mando militar que, por

También se afirma que es relevante socialmente la conducta sobre la cual se puede realizar un juicio de valor [...]».

⁶¹⁴ Vid. Mir Puig, S, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 183.

ejemplo, tenga conocimiento de que un subordinado es responsable de propalar noticias derrotistas y no impida dicha actuación, de forma que hallaríamos responsabilidad en base al artículo 11 del Código Penal. En cualquier caso, siguiendo a PÉREZ DEL VALLE se puede afirmar que la discusión en torno al concepto de acción no se presenta hoy como esencial⁶¹⁵.

5.6 LOS TIPOS PENALES DE LA TRAICIÓN

Como se ha observado la traición abarca una serie de comportamientos que puede ser constitutiva de la misma, pudiendo tener lugar ello desde la coacción al mando militar hasta por la fuga de filas, a lo que se une el ánimo positivo hacia el enemigo ya mencionado; así pues, procede hacer una mención y analizar cada uno de los supuestos de traición.

5.6.1 COACCIONES PARA LA RENDICIÓN

La primera de las modalidades que recoge el Código castrense es la referida en el artículo 24.1º donde se castiga al militar que, con el propósito de favorecer al enemigo, ejerciera coacción sobre el que ostenta el mando de una fuerza, buque o aeronave, para capitular, rendirse, demorar el combate o iniciar la retirada.

La actuación estudiada guarda necesaria unión con el artículo 3 del Código penal militar, que reza sobre las Autoridades Militares a la luz del citado cuerpo legal, siendo menester considerar aquí los números 3, 4, 6, 7, por cuanto son aquellos que van a ejercer “mando”, de manera que tienen dicha categoría, respectivamente, “Los oficiales generales con mando, jefatura o dirección sobre fuerza, unidad, centro u organismo o que, por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en un lugar o territorio determinado”, “Los militares que, en las situaciones de conflicto

⁶¹⁵ Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., pp. 93-95.

armado o estado de sitio, ostenten la condición de Jefe de Unidad que opere separadamente, en el espacio a que alcanza la acción militar”, “Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o de aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada, y “Los Jefes de Unidades que tomen parte en operaciones en el exterior, impliquen o no el uso de la fuerza, durante la participación de la Unidad en tales operaciones, mientras permanezcan fuera del territorio nacional”⁶¹⁶.

5.6.1.1 LA CONDUCTA TÍPICA

A) TIPO OBJETIVO

La conducta típica se basa en el ejercicio de la coacción contra un mando militar con la finalidad de capitular, forzar la rendición, demorar el combate o iniciar la retirada.

Nos hallamos ante un delito que requiere una acción positiva por parte del sujeto, esto es, la realización de una coacción, que se define como la fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo.

La coacción, en sentido general, se basa en impedir a otro con violencia hacer lo que no está prohibido por la ley o en compelerle, también con violencia, a efectuar lo que no quiera sea justo o injusto; el empleo de violencia es pues, lo que caracteriza las coacciones, y en este caso se entiende que deben comprender, normalmente, la fuerza

⁶¹⁶ Cabe completar los preceptos enunciados con las restantes Autoridades Militares que recoge el precepto: «1. El Rey, el Presidente del Gobierno, el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones. 2. El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y el Director General de la Guardia Civil. 5. Los Auditores Presidentes y Vocales de los Tribunales Militares, los Fiscales Jurídico Militares y los Jueces Togados Militares».

física contra las personas -aquí un mando militar-, si bien deben unirse supuestos de intimidación e incluso de fuerza en las cosas.

En cualquier caso, siguiendo a LÓPEZ LORCA, debe considerarse que según el tenor literal del precepto la coacción sobre el sujeto puede realizarse por cualquier medio, no sólo a través de la violencia, es decir, se trata de un delito de medios indeterminados y de mera actividad, puesto que para su perfección es suficiente con presionar al que detenta el mando, sin que sea necesario que se materialice la capitulación, rendición, retirada o demora del combate⁶¹⁷.

RODRÍGUEZ DEVESA delimita el concepto de coacciones “a los supuestos en que se anula la capacidad de adoptar una resolución de voluntad en el sujeto pasivo o se le impide físicamente la actuación de la resolución tomada. Los casos en que la violencia actúa sobre la motivación pertenece al ámbito de las amenazas”. HIGUERA GUIMERÁ, que tiene una extensa monografía sobre las coacciones, afirma que “es preciso analizar el concepto de violencia, pues lo que ocurre en muchos casos es que la vis física y la amenaza suelen estar mezcladas y se interrelacionan entre sí, precisamente cuando la fuerza se utiliza como medio para conseguir lo que se desea a través de la intimidación, porque, interfiriendo sobre los motivos, lo que determina a la víctima es el miedo a que continúe empleándose la violencia”⁶¹⁸. PÉREZ DEL VALLE, en torno al ámbito de la rebelión, que podemos acoger aquí *mutatis mutandis*, dispone la admisión de la violencia compulsiva, lo cual parece adaptarse de forma más

⁶¹⁷ Pérez Lorca, B, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 270.

⁶¹⁸ Vid. Rodríguez Devesa, J.M, *Derecho Penal español. Parte especial*, 9ª edición, [s.e], Madrid, p. 270 y ss; Higuera Guimerá, J.F, *El delito de coacciones*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 82 y ss; así recogido en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 101-102.

adecuada a la realidad de las coacciones que no pueden quedar meramente restringidas a un aspecto de violencia física⁶¹⁹.

Otra circunstancia que se debe considerar es si procede realizar una conceptualización de las coacciones como independientes de lo dispuesto en el Código Penal o si cabe seguir aquí las líneas generales de dicho ilícito, pues bien, en atención al propio Código castrense se puede afirmar que habrán de seguirse criterios generales en base a la supletoriedad del cuerpo normativo común dispuesta en el artículo 1.2 que reza así: “Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal”, no siendo, por tanto, preciso innovar o dar un alcance distinto al término que aquí se estudia.

La coacción ha de ejercerse sobre un “mando” militar ya que es la persona física sobre la que recae la acción en concreto, es decir, es el objeto directo de la coacción, y, en ese sentido, puede entenderse el mando como un “objeto de la acción” en un sentido amplio; así hallamos tanto realidades inanimadas como el que se daría en el caso de un delito de hurto como a personas físicas que, por ejemplo, son el objeto de un homicidio⁶²⁰.

No es este precepto único en cuanto su objeto material hallando en el Código Penal Militar diversos tipos donde el superior -concepto análogo más amplio que “el

⁶¹⁹ Vid. Pérez del Valle, C, «Rebelión y violencia (reflexiones en torno a la aplicación del delito de rebelión en el caso del 1 de octubre de 2017)», *La Ley Penal*, núm. 135, noviembre-diciembre 2018, Wolters Kluwer, p. 13.

⁶²⁰ Vid. Muñoz Conde, F; García Arán, M, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 261-262, «Distinto del bien jurídico es el objeto de la acción, que es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica, (por ejemplo: la cosa mueble ajena en el hurto) y que en los delitos de resultado suele ser destruida o al menos puesta en peligro (por ejemplo, la cosa dañada en los delitos de daños; la vida puesta en peligro en un delito de conducción temeraria de un vehículo a motor)».

mando”⁶²¹- es el objeto material del delito en cuestión, paradigmáticamente hallamos los artículos 42 y 43. En un sentido contrario también se observa que en algunos tipos el subordinado aparece como el objeto material, como, por ejemplo, en el artículo 46 que dispone que: “El superior que maltrata de obra a un subordinado será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal” y en el artículo 47 que tiene mayor gravedad y dispone que: “El superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal”⁶²².

En cualquier caso, debe apuntarse que el tipo penal no exige una relación de subordinación sino únicamente que se atente contra un mando militar en el sentido dispuesto en el meritado artículo 24⁶²³.

⁶²¹ Artículo 5 del Código Penal Militar: «1. A los efectos de este Código y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 44, es superior el militar que, respecto de otro, ostente empleo jerárquicamente más elevado, o ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria. 2. Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra de los que España fuera potencia detenedora, los militares españoles, cualquiera que fuere su empleo, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de tales cometidos».

⁶²² Merece mención el artículo 52, donde en una de las modalidades el propio sujeto se “inutiliza” para el servicio, siendo el objeto de la acción su propia persona, así: «El militar que, en situación de conflicto armado, estado de sitio o circunstancias críticas y por temor a un riesgo personal, para excusarse de su puesto o misión, simulare enfermedad o lesión, se la produjere o emplease cualquier engaño con el mismo fin, será castigado con la pena de tres años y un día a diez años de prisión».

⁶²³ *Vid.* Pérez Lorca, B, en Rodríguez-Villasante, J.L.; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., p. 271. «La coacción está dirigida o se ejerce sobre el que ostenta el mando de una fuerza, buque o aeronave, lo que de acuerdo al artículo 3.3 del Código Penal Militar indica que este sujeto será un militar que tendrá la consideración de autoridad».

B) TIPO SUBJETIVO

Es evidente que el tipo de conducta es doloso. Pero, además el ilícito que aquí nos ocupa se halla caracterizado por el ánimo favorable a las armas ajenas; esto es, requiere *a priori*, tal como describe el tipo, una intencionalidad que aquí cristaliza en el “propósito de favorecer al enemigo”. La construcción del delito nos exige como condicionante previo a los comportamientos constitutivos de la traición ese ánimo en el agente; es decir, si no existe esa idea o voluntad de hostilidad nos hallaríamos ante la presencia, en su caso, de otros tipos penales⁶²⁴.

Huelga manifestar por otra parte que elementos subjetivos de la naturaleza del antes mencionado conllevan una difícil carga probatoria que deberá descansar, en muchos casos, en meros indicios basados en las circunstancias concurrentes o en la conducta del autor, ya que rara vez habrá de esperarse que dicha circunstancia aparezca como indubitada en el procedimiento.

En otro orden, la coacción que se realiza requiere del conocimiento de los elementos objetivos del tipo del injusto, siendo ello así cuando el sujeto activo con plena conciencia y voluntad ejerce una violencia hacia “el mando” con el ánimo de constreñir su libertad. La finalidad principal del autor, en primera instancia, será la de coartar la libertad, esto es *contra libertatem*, y, seguidamente, la de que se proceda a la capitulación, rendición, demora del combate o retirada. Debe, en todo caso, considerarse que el presente tipo sólo admite la forma dolosa hallándonos ante un delito de naturaleza eminentemente intencional no condenándose la traición imprudente ya que las diversas “finalidades especiales” unido ello al elemento

⁶²⁴ Cabe recoger lo expresado por Pérez del Valle: «Desde sus inicios, la teoría del tipo ha necesitado una explicación particular para los especiales elementos del tipo subjetivo. Se trata de elementos del plan del autor que el tipo penal describe de forma explícita y que permiten obtener una más adecuada determinación del grupo de casos que habrían de ser castigados. Implican, por tanto, una valoración del comportamiento» (Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., p. 147).

subjetivo específico de beneficiar al enemigo, hacen improbable una coacción sin conocimiento, así las diversas finalidades “aseguran” la concurrencia del dolo.

Sentencias pretéritas del Tribunal Supremo requerían el que calificaban como de “dolo específico” en la coacción negándose la existencia de delito en caso de no concurrir el mismo, estableciéndose que no sólo era necesario el conocer y querer que se impide con violencia, sino que ello constituyera la finalidad esencial de la acción, de manera que, si el autor impedía o compelia con finalidad justa, se negaba la presencia de delito. La consecuencia principal de ello es la imposibilidad de un delito de coacciones cuando la finalidad era lícita. Es evidente que, en el tipo de traición al que se hace ahora referencia, en el que se requiere el ánimo de favorecer al enemigo, esta posibilidad queda cerrada: la finalidad que exige el tipo, propia de la traición, es en sí ilícita.

En cuanto a la fundamentación de la restricción del tipo subjetivo de las coacciones al dolo directo de primer grado o intención, manifiesta MIR PUIG que entiende ello como “la propia esencia del concepto de violencia. La espiritualización del mismo [...] se convertiría en disolución de sus límites objetivos si no se partiese de que la violencia constituye un elemento normativo caracterizado por la posesión de un sentido social de enfrentamiento u oposición abierta a la libre actuación ajena, que trasciende el hecho, puramente descriptivo, de impedir algo a otro. Pues bien, para que dicho significado objetivo de la violencia encuentre correspondencia bastante en el tipo subjetivo, es imprescindible que el autor persiga -aunque sólo sea como medio al servicio de otra meta- forzar la conducta del sujeto pasivo, ya que solamente entonces constituirá “oposición” la acción que quiere realizar el sujeto activo. Para que la violencia concorra no sólo objetiva, sino también subjetivamente, ha de ser querida como tal por el autor, éste ha de querer violentar a otro. Y no basta para ello que

advierta que impedirá algo a otro como mera consecuencia, necesaria o eventual, sino que es preciosa más: que actúe con la intención de que otra persona no pueda realizar libremente su voluntad. Se trata, en otras palabras, de que el concepto de violencia encierra una necesaria dimensión finalística”⁶²⁵.

Respecto a las mencionadas finalidades están aquí tasadas en el tipo, el cual no establece mayor indicación al respecto. Parece que, por lo general, el sentido usual de las palabras permite acudir al sentido usual de los términos. No obstante, es obvio que las expresiones con las que estas finalidades se definen tienen una clara referencia al mundo castrense, en el que su uso contiene referencias históricas; en ese sentido, la precisión de los conceptos requiere acudir a su significación militar.

La primera finalidad es la de capitular⁶²⁶; que se entiende usualmente como la entrega bajo determinadas condiciones de un cuerpo de tropas o de una plaza de guerra. Respecto a la capitulación indica ANDRÉS BELLO, con un marcado carácter histórico, que: “para que lo pactado en ella sea válido, de manera que imponga a los dos soberanos la obligación de cumplirlo, se requiere que los jefes contratantes no excedan las facultades de que por la naturaleza de su mando se les debe suponer revestidos. Valdrá, pues, lo que contraten sobre las cosas que les están sujetas; sobre la posesión natural, no sobre la propiedad del territorio que sus armas dominan. Concertarán legítimamente los términos en que ha de rendirse la plaza o ejército, y han de ser tratados los habitantes. Pero no pueden disponer de fortalezas o provincias lejanas, ni renunciar o ceder ninguno de los derechos de sus soberanos respectivos, ni

⁶²⁵ Mir Puig, S, «El delito de coacciones en el Código Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc/Mes 2, 1977, pp. 290-293.

⁶²⁶ «Antiguamente se llamaba así la “contrata” que hacían con el gobierno los Regimientos Suizos. Ordinariamente no tiene esta voz más acepción que en el caso de cesar en la defensa una tropa que guarnece una plaza o puesto fortificado. Las condiciones o capítulos con que se rinden constituyen la capitulación que es negociada por parlamentarios» (*Vid. Almirante, J, Diccionario Militar, Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869, p. 227*).

prometer la paz a su nombre. Si uno de los generales insiste en exigir condiciones que el otro no cree tener facultad de otorgar, no les queda otro partido que ajustar una suspensión de armas para consultar al soberano y aguardar sus órdenes. Las capitulaciones obligan desde luego a los súbditos de los jefes contratantes, y apenas es necesario advertir que cuando éstos no han traspasado sus poderes, deben ser religiosamente observadas. Igual valor y firmeza deben tener las convenciones de los particulares con los jefes u oficiales del enemigo acerca de contribuciones, rescates, salvaguardias, etcétera, siempre que las promesas de los unos o de los otros no se extiendan a cosas de que no pueden disponer legítimamente⁶²⁷. En suma, podemos considerar la misma, en esencia, como un pacto -convenio o instrumento jurídico- para operar una rendición que podrá tener diverso alcance, incluso pudiendo hablarse de la capitulación de una nación.

La segunda finalidad a la que se alude es la de rendirse. Aunque parece no requerir grandes precisiones, sí debe apreciarse que la rendición aparece aquí como el elemento más amplio, o como el elemento genérico, puesto que, en esencia, la capitulación, la retirada o incluso la demora en el combate podrían constituir especies de rendición. ALMIRANTE subraya al respecto que proviene del latín de la voz *reddere*, compuesto de *re* y *dare*, que vale tanto como si dijéramos volver a dar, dar con repetición, notándose que quien da repetidamente vence al enemigo, pasó a significar la idea de vencimiento, pero de un vencimiento más general y absoluto: el vencido puede quedar soberbio y rebelde, mientras que el rendido queda postrado⁶²⁸.

⁶²⁷ Bello, A, *Principios de derecho internacional*, Atalaya, Buenos Aires, 1946, pp. 361-363.

⁶²⁸ Vid. Almirante, J, *Diccionario Militar*, cit., pp. 964-965, el autor sigue disponiendo respecto a la rendición ciertos ejemplo, así señala que: «Catón, vencido en Útica, resiste aún, puesto que se mata. Vencida Numancia, resiste también, puesto que enciende fuego y todo arde. La plaza que se rinde, se entrega. Vencer es poder. Rendir es dominar. El que vence triunfa. El que rinde avasalla. Así, es que Don Quijote, al poner mientes en las aventuras de gigantes que aguardaba de un momento a otro, no se

La tercera finalidad es la de demorar el combate que no ofrece mayores dificultades, considerándose la misma como el simple retardo del combate, esto es, de alguna manera diferir, detener, entorpecer o dilatar el enfrentamiento armado, lo cual, huelga decir, que puede acarrear serios perjuicios a las armas propias en favor de las ajenas⁶²⁹.

La cuarta modalidad es la de iniciar la retirada, respecto de la cual, nuevamente, es menester traer a colación al *supra* citado autor, que nos relata sobre la misma que es voz técnica, relevante en el arte de la guerra, y especialmente en táctica; en estrategia se denomina marcha, movimiento retrógrado, de retroceso. La retirada siempre supone combate desgraciado, victoria y persecución por parte del enemigo, impulso tenaz por aquel, inmediato, con medios ofensivos superiores. En todos los tiempos ha sido la retirada la “piedra de toque” del carácter militar, la dura prueba del general y del soldado⁶³⁰.

En suma, se observa que junto con el genérico propósito de favorecer al enemigo que inaugura el precepto, hallamos los diversos supuestos de intencionalidad que hemos relatado⁶³¹, de manera que será necesario que concurra tanto el supuesto genérico como uno de entre los específicos⁶³².

contenta con vencer, sino con vencer y rendir. “Y le derribo de un encuentro (a un gigante) o le parto por la mitad del cuerpo, o finalmente le venzo y le rindo”».

⁶²⁹ Puede considerarse que si el mando, presionado, iniciase una retirada que ya era una hipótesis razonable de acuerdo con la situación militar, hallaríamos que el sujeto actuaría con todos los elementos del tipo subjetivo y sería, por tanto, autor de una tentativa.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 974. También cabe aquí recordar el artículo 90 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas que reza: «El que tuviere orden de conservar su puesto a toda costa, lo hará».

⁶³¹ *Vid.* Pérez Lorca, B, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., p. 271, quien parcamente nos dispone que: «Así, capitulación hace referencia a la celebración de un convenio o instrumento jurídico semejante en el que se estipula la rendición de una de las partes de un conflicto, rendición aludiría al hecho de obligar a la otra parte del conflicto a entregar posiciones, demorar el combate puede considerarse como una forma de retrasar un enfrentamiento concreto, y, finalmente, la retirada indicaría la cesión al enemigo de determinadas posiciones por retroceder en las mismas».

⁶³² Señala Jiménez de Asúa que existen casos en los que se incrustan elementos subjetivos en el tipo, los cuales a veces se refieren a la culpabilidad *stricto sensu*, o tratan del fin, los cuales denomina como de intención ulterior; hallando que en caso de la traición estaríamos ante un delito de dicha clase o de tendencia interna trascendente. (*Vid.* Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 730-731).

5.6.2 LA FUGA DE FILAS

El siguiente comportamiento constitutivo de traición se circunscribe a la clásica acción de “fugarse al enemigo”, es decir, el abandono de las filas propias para servir al adversario. Esta modalidad se muestra, a nuestro juicio, como especialmente perniciosa, ya que no sólo contraviene el vínculo fundamental del militar con su Ejército y con su patria, sino que nutre las armas ajenas en detrimento de las propias, amén de sembrar esta conducta desánimo e incluso podría decirse que inculcar indirectamente derrotismo entre su bando primigenio.

Hay que diferenciar también en este pórtico entre dos tipos próximos, pero claramente diferentes, como son la figura de la deserción y la traición mediante fuga. Hoy esto puede parecer una obviedad, pero en ordenamientos clásicos no existía una clara diferenciación, hasta el punto de que la mera deserción sin otros atributos era tomada por una auténtica traición a las armas de la patria⁶³³.

Así, puede existir una deserción incluso si ha tenido lugar a través de territorio enemigo, pero ello no convierte en traición. Para que el abandono de filas se considere traición, según PANNAIN⁶³⁴, debemos hallarnos ante quien “se pasa” al enemigo, quien se pone a su servicio, o quien, abandonando su ciudad, se adhiere a las fuerzas enemigas en la lucha contra su Patria, aunque no sea necesaria la intención de combatir directamente contra el propio Estado.

⁶³³ A modo de ejemplo acúdase a De Moxó, S, «El Derecho Militar en la España Cristiana Medieval», en *Revista española de derecho militar*, núm. 12, 1961, pp. 36-37, que nos trae a colación comportamientos constitutivos de traición en el medievo español, figurando en las Partidas como tal: «El que desamparare al Rey en batalla y se fuere con los enemigos o a otra parte o abandonare de alguna manera la hueste sin mandato del Rey antes del tiempo señalado».

⁶³⁴ Pannain, R, «Sulla diserzione al nemico», en *Archivio Penale I-I*, Roma, 1945, p. 268, así recogido por Millán Garrido, A, *El delito de Deserción Militar*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1980, p. 350.

Al hilo de lo expuesto cabe recoger ciertos precedentes legislativos. El Código Penal del Ejército de 1884 castigaba, en su artículo 96.4, a quien “estando en acción de guerra o dispuesto a entrar en ella, se fugare con dirección al enemigo, traspasando las líneas avanzadas”; el Código de la Marina de Guerra de 1888 proscribía, en el artículo 116.1, “el abandono de su buque, cuerpo o destino para pasarse al enemigo”. Finalmente, el Código de Justicia Militar de 1890 castigaba, en su artículo 222.6, al “que, estando en acción de guerra o dispuesto a entrar en ella, se fugue en dirección al enemigo”. La indicación que seguía implicaba, en realidad, una inversión de la carga de la prueba: “se considerará que la fuga se ha verificado con dirección al enemigo cuando el acusado no justifique que el delito cometido fue otro distinto”. Las diferentes redacciones, en momentos muy próximos en el tiempo, respondía precisamente al intento de concretar lo propio de la traición frente a la deserción, pues la acción de fugarse estando en campaña, como advertía QUEROL Y DURÁN no siempre ha de constituir traición, manifestando el temor de que se llegasen a condenas injustas debido a la imprecisión⁶³⁵.

5.6.2.1 LA CONDUCTA TÍPICA

A) TIPO OBJETIVO

La conducta típica se refiere, como establece el tipo, a aquél que “se fugare de sus filas con el ánimo de incorporarse al enemigo”; es decir, se requiere la acción positiva⁶³⁶ consistente en huir o escaparse de las filas propias. Respecto a la interpretación de este último término, se sostiene aquí que procede considerar una interpretación equivalente al Ejército propio, en este caso, el Ejército español.

⁶³⁵ Blecua Fraga, R, en Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988, p. 640.

⁶³⁶ Pérez Lorca, B, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., p. 271, dispone que cabe configurarlo como un delito de mera actividad.

Ese relevante aquí la previsión del término enemigo, aunque el artículo 7 del Código penal militar lo establece como un concepto legal⁶³⁷. En ese sentido, es relevante que la traición no va anudada exclusivamente con el concepto de “conflicto armado”, moderna denominación esta del clásico término “guerra”, y es posible que el enemigo se constituya por fuerzas que no se encuentren en dicho conflicto con España⁶³⁸, situación ésta que paradigmáticamente se dará en operaciones de mantenimiento de la Paz, cuando el enemigo se conforma por grupos armados de difícil categorización, tales como fuerzas irregulares que operan en dichos escenarios, y que habrá de categorizar como enemigos a efectos penales. A este respecto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA señala que el término “conflicto armado” es de contornos más amplios que el de “guerra” y que en todo caso, habrá de acudir a falta de una declaración formal a la definición fáctica y un tanto imprecisa del Código penal militar de “generalización de hostilidades”⁶³⁹.

Asimismo, debe repararse en el hecho de que el delito militar de traición no exige que se tomen las armas contra la Patria junto al enemigo, sino que es suficiente la verificación de la intención de incorporarse al adversario⁶⁴⁰. En ese sentido, el art. 583

⁶³⁷ «1. A los efectos de este Código, se entiende por enemigo: 1.º Los miembros de las fuerzas armadas de una parte que se halle en situación de conflicto armado con España; 2.º Toda fuerza, formación o banda que ejecute una operación armada, a las órdenes, por cuenta o con la ayuda de tal parte enemiga; 3.º Las fuerzas, formaciones o bandas, integrantes de grupos armados no estatales, que operen en un espacio donde España desarrolle o participe en una operación internacional coercitiva o de paz, de conformidad con el ordenamiento internacional; 4.º Los grupos armados organizados a que se refiere el apartado 4 del artículo 1 del Protocolo I de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que se encuentren en situación de conflicto armado con España».

⁶³⁸ Son los, de sobra conocidos, modernos conflictos “asimétricos” donde no existe una situación de conflicto armado o guerra declarada, e intervienen múltiples actores, entre ellos frecuentemente grupos terroristas o similares.

⁶³⁹ López Barja de Quiroga, J, en Rodríguez-Villasante, J.L.; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., p. 665.

⁶⁴⁰ Nótese lo particular de la carga probatoria de lo establecido en el Código de Justicia Militar de 1890, «Artículo 222. Será condenado a la pena de muerte, previa degradación en su caso, el comprendido en alguno de los siguientes números: [...] 6º. Que estando en acción de guerra o dispuesto a entrar en ella se fugue en dirección al enemigo. Se considerará que la fuga se ha verificado con dirección al enemigo cuando el acusado no justifique que el delito cometido fue otro distinto».

del Código penal común castiga al “español que tome las armas contra la Patria bajo banderas enemigas”. La cuestión tiene relación, sin duda, con la denominada nota de complementariedad del Código Penal Militar: se sanciona la toma de armas con el enemigo con carácter general, y con una pena más grave al militar que lo hace abandonando sus propias filas.

B) TIPO SUBJETIVO

Como en los demás casos de la traición, nos hallamos aquí ante un delito doloso que no admite modalidad imprudente, y que junto al ya comentado *animus hostilis* general que afecta al tipo, se acompaña de la intención específica de tener el “ánimo de incorporarse al enemigo”⁶⁴¹, como elemento subjetivo del injusto⁶⁴². En realidad, la forma de favorecer al enemigo que se prevé por el autor es la incorporación a sus filas, y se presenta, por tanto, como una concreción del ánimo de favorecer al enemigo propio de cualquier conducta de traición. Precisamente por esa razón, no es de consideración penal la forma de colaboración posterior que el traidor lleve a efecto junto al enemigo.

5.6.3 DERROTISMO

La tercera modalidad delictiva castiga al militar que “propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas”⁶⁴³. Como en otros tipos de conducta de traición, tiene una arraigada tradición histórica, y se encuentran

⁶⁴¹ Pérez Lorca, B, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., p. 271, dispone que: «Será suficiente con que el militar tenga la intención de sumarse a las fuerzas de alguna de las otras partes del conflicto como expresión, en este caso, del dolo específico del tipo».

⁶⁴² «Ciertamente, en aquellos delitos de mera actividad en los que el legislador incluya un elemento subjetivo especial en el tipo de injusto distinto al dolo, esto es, en los delitos de resultado cortado, estará limitada la comisión imprudente [...]» (Vid. Alcalá Sánchez, M, «Los delitos de mera actividad», *en Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 10, 2002, p. 36).

⁶⁴³ Artículo 24.3 Código Penal Militar.

preceptos similares, entre otros, en el Código Penal del Ejército de 1884, el Código de Justicia Militar de 1890 y en el Código de Justicia Militar de 1945.

El derrotismo, en sentido usual, se define como una actitud de desaliento o pesimismo, y más concretamente en un contexto bélico como la falta de fe en la victoria del bando propio. BLECUA FRAGA refiere la conducta “como una especie de sabotaje moral que tiene por objeto provocar un estado depresivo, minando el espíritu de lucha de los combatientes o de resistencia de la población civil, mediante la propagación de noticias falsas o tendenciosas, sobre todo en actuaciones de emergencia nacional. Suele emplearse como arma psicológica por el enemigo, ya que la difusión de tales informaciones tiende a una intoxicación entre las personas que las escuchan”⁶⁴⁴.

En el Código Penal hallamos el precepto homólogo en el artículo 594, que castiga la conducta del español que, en tiempo de guerra, comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos encaminados a perjudicar el crédito del Estado o los intereses de la

⁶⁴⁴ Blecua Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, Edersa, Madrid, 1983, p. 110. Añade el autor que: «La difusión de noticias desmoralizadoras se ha venido recogiendo en las legislaciones de los países que han sufrido la triste experiencia de las últimas guerras mundiales, lo que dio lugar al fenómeno del *disfattismo*, según la denominación italiana, que constituye un arma psicológica [...]» (Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, cit., p. 646).

Nación⁶⁴⁵, castigándose con un marco penal de 6 meses a 2 años de prisión⁶⁴⁶. Al respecto, cabe señalar que la aplicación de dicho artículo para los militares como delito militar no parece factible -pues el artículo 9.2 del Código castrense posibilita la consideración como delitos militares los cometidos por militar tipificados en el Código Penal como delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, incluyendo las disposiciones comunes- ya que el citado artículo 594 se incardina en el Capítulo relativo a delitos que comprometen la paz e independencia del Estado.

Finalmente, cabe apuntar que el anterior Código castrense de 1985 contenía, amén del derrocamiento constitutivo de traición en el artículo 49, una figura autónoma en el artículo 64 que podía tener como sujeto activo tanto a civiles como militares y rezaba así: “El que, declarada o generalizada la guerra, con el fin de desacreditar la intervención de España en ella, realizare públicamente actos contra la misma o contra las Fuerzas Armadas españolas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión o con la de confinamiento o destierro”. Añadía la aplicación de la misma pena a quien

⁶⁴⁵ Vid. Álvarez García, F.J., Ventura Püschel, A. (coord.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 411, donde se critica duramente el precepto: «¿Qué significa “crédito del Estado o los intereses de la Nación”? Rodríguez Devesa señalaba, con razón a nuestro entender, que: “La vaguedad, amplitud, y más aún la carga emocional de estos vocablos, se oponen al intento de precisión”. Es decir, y formulado menos elegantemente que como lo hizo el autor últimamente citado: el sueño de la taxatividad resulta imposible con estas descripciones típicas. Por “interés” entiende la RAE todo aquello que sirviera de provecho, utilidad o ganancia (en el mismo sentido Covarrubias); es decir: un universo infinito que obligaría, además, a una prueba a cargo del reo (de que la Nación no tiene interés en determinado hecho). Por “crédito” debe entenderse «Reputación, fama, autoridad» (RAE); nuevamente la indefinición más absoluta. Lo expuesto (la enorme amplitud de los términos utilizados en el tipo) obliga, desde luego, a realizar una interpretación muy restrictiva en conformidad con el bien jurídico protegido; en este sentido, y seguimos en lo que continúa a Rodríguez Devesa, el referente del “interés” o “crédito” no puede estar constituido por cualquier quiebra del interés o crédito del Estado y mucho menos por discrepancias en relación a una determinada política estatal (pues tal cosa colidiría con libertades y derechos fundamentales), sino únicamente por la puesta en riesgo de “lo permanente del Estado”, de lo que pudiera afectar «a su existencia misma y a las instituciones políticas fundamentales». Asimismo, véase Muñoz Conde, F, *Derecho Penal, parte especial*, 22ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 712, donde se dispone sobre las expresiones precitadas que: «De la última expresión, “intereses vitales”, se deduce que deben ponerse en peligro intereses verdaderamente importantes del país, quedando fuera del tipo supuestos como el pretender la consecución de derechos elementales o la mejora de condiciones de vida, etc».

⁶⁴⁶ El punto segundo del artículo 594 del Código Penal dispone que: «En las mismas penas incurrirá el extranjero que en el territorio español realizare cualquiera de los hechos comprendidos en el apartado anterior».

“en igual forma y circunstancias divulgare noticias o informaciones falsas con el fin de debilitar la moral de la población o de provocar la deslealtad o falta de espíritu entre los militares españoles” y establecía que, “en ambos casos, si el culpable fuere militar se impondrá la pena en su mitad superior”.

5.6.3.1 LA CONDUCTA TÍPICA

A) TIPO OBJETIVO

La conducta típica se basa en difundir noticias desmoralizadoras o realizar otros actos derrotistas. La lectura lleva, en principio, a una crítica por la indeterminación del tipo: es claro que la difusión implica información que pueda alcanzar a un cierto número relevante de personas, aunque no parece necesario que esto haya de hacerse de forma pública. Por otro lado, la segunda parte del tipo no señala taxativamente los actos derrotistas penados sino que se establecen con una fórmula abierta que podría dar lugar a interpretaciones extensivas que no casan con principios penales elementales. Tanto la desmoralización como el derrotismo requieren una valoración que, en principio, parece altamente insegura.

No obstante, sobre la información y la existencia de que pueda catalogarse como desmoralizadora, la doctrina ha hecho algunas observaciones que permiten delimitar su contenido. Sobre este punto, merece atención la categorización señalada por MONTULL LAVILLA que establece, por un lado, el derrotismo bélico *desacreditante*, esto es, la realización pública de actos contrarios a la guerra en la que intervenga España o contrarios a las Fuerzas Armadas españolas, o, por otro, el *desmoralizador*, basado este en la divulgación de noticias o informaciones falsas⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ Vid. Montull Lavilla, E, Derrotismo, en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinado por Ramón Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante, cit., p. 777.

Se ha de tratar de una información susceptible de desalentar a las fuerzas del Estado español, lo cual, en la práctica, se cumplirá además con dos condiciones alternativas: o bien que las noticias sean falsas, o bien que infrinjan las restricciones informativas establecidas por el mando militar para salvaguardar la moral. Por otro lado, sobre la realización de “actos derrotistas”, se intentó resolver en la perspectiva del denominado delito de derrotismo, que contenía el art. 64 del anterior Código penal militar, por tanto, no vigente. Así, desde el punto de vista gramatical, estos actos deben entenderse como actitudes o actuaciones que evidencian pesimismo o desaliento hacia las posibilidades de victoria, las cuales, para ser típicas, estarán condicionadas a que con ellas se persiga socavar el estado de ánimo de las fuerzas españolas para favorecer a la otra parte en conflicto⁶⁴⁸.

B) TIPO SUBJETIVO

Nos hallamos ante un delito, en esencia, de carácter doloso, donde no se ha establecido, a diferencia de otras modalidades, un elemento subjetivo concreto ya que las noticias desmoralizadoras o actos derrotistas ya, por sí, responden a una clara voluntad de causar perjuicio a las armas propias, de forma que es básico situar el derrotismo en unas comunicaciones que infringen el deber de lealtad con las armas propias. El único elemento subjetivo es el genérico de la traición: “el propósito de favorecer al enemigo”. En este sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA nos señala una evidente diferencia con la cobardía referida a propagar noticias que pueden causar pánico o grave desorden (art. 51 CPM), lo cual se realiza por un temor a un riesgo personal⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Pérez Lorca, B, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 272.

⁶⁴⁹ López Barja de Quiroga, J, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., p. 683.

5.6.4 SABOTAJES, OBSTRUCCIÓN DE OPERACIONES BÉLICAS Y QUEBRANTO A LOS MEDIOS DE LA DEFENSA MILITAR

El último de los comportamientos situados en el artículo 24 CPM califica como traidor al militar que “ejecutare actos de sabotaje, dificultare las operaciones bélicas o de cualquier otro modo efectivo causare quebranto a los medios o recursos afectos a la defensa militar”.

Esta modalidad delictiva guarda una estrecha relación con el delito tipificado en el artículo 27 CPM⁶⁵⁰, situado en el Capítulo IV sobre “Atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales”⁶⁵¹, siendo cierto, no obstante, que el bien jurídico protegido, la finalidad del tipo y el ánimo del agente es sustancialmente distinto. En este último caso, los daños, sabotajes, o estragos de carácter militar gravitan, en lo fundamental, sobre la salvaguarda del material militar, elemento fundamental para la operatividad y la marcha de los Ejércitos frente al enemigo⁶⁵². Esta diferencia, en el texto, se expresa a través de un elemento subjetivo: el propósito de favorecer al enemigo propio de la traición.

Como precedente histórico merece mención la prolija regulación que realizaba el Código de Justicia Militar de 1945 en su artículo 259 punto octavo, donde se castigaba

⁶⁵⁰ «El militar que, con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 264 a 266 o 346 del Código Penal será castigado con la pena prevista para dichos delitos incrementada en un quinto de su límite máximo. La misma pena se impondrá al que cometiere el delito tipificado en el artículo 346 del Código Penal, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cuando no tenga la condición militar».

⁶⁵¹ En el ámbito común debe recogerse el artículo 265: «El que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el daño causado excediere de mil euros». Sobre este ilícito véase Rodríguez Mesa, M.J, *Los delitos de daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 105-107.

⁶⁵² Debe manifestarse que el patrimonio militar, entendido en sentido amplio, se halla especialmente protegido por el actual Código Penal Militar no sólo en una vertiente relativa a los daños sobre el mismo, sino también con relación a su apropiación indebida, versando sobre ello los artículos 81 a 85; al respecto véase Rodríguez Santisteban, J.A, *Los delitos contra el patrimonio en el Código Penal Militar*, Reus, Madrid, 2017.

al “Que en campaña, territorio, aguas o espacio aéreo declarado en estado de guerra cause inutilidad o averías a propósito en caminos y comunicaciones terrestres, aéreas o marítimas, obras de defensa, instalaciones de señales, torpedos o minas y, en general, de cualquier material de guerra, víveres o correspondencia [...]”.

En suma, nos hallamos aquí ante un ataque a las instalaciones e industrias militares, de armamento, a los medios de combate y apoyo a las fuerzas que supongan un quebranto de los mismos, esto es, pérdida o grave deterioro de manera que queden fuera de servicio⁶⁵³; siendo, no obstante, necesario considerar que el tipo no exige las citadas consecuencias.

5.6.4.1 LA CONDUCTA TÍPICA

A) TIPO OBJETIVO

De nuevo nos hallamos con un tipo donde habrán de ser interpretados y ponderados diversos elementos para su aplicación y sobre el que es preciso evitar las dificultades de una cierta falta de taxatividad de ambos preceptos⁶⁵⁴. Nos hallamos, nuevamente, ante una modalidad que acoge la posibilidad de diversas actuaciones alternativas, abriéndose el tipo con la ejecución de actos de sabotaje, idea que en mi parecer es la rectora aquí, debiendo interpretarse los restantes comportamiento a través de la misma. El sabotaje es la expresión que permite entender los conceptos de daño, avería, deterioro, menoscabo, entorpecimiento - bien sobre las operaciones bélicas, bien sobre

⁶⁵³ Blecua Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 112.

⁶⁵⁴ Vid. Álvarez García, F.J, *Sobre el Principio de Legalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 193-194, «la falta de taxatividad los tipos penales, la conculcación por el Legislativo de algunas de las expresiones del Principio de Legalidad, provoca el nacimiento de tipos con una redacción no lo suficientemente precisa, lo que da lugar a que los jueces deban, una y otra vez, “rellenar” esos deficientes modelos penales con sus interpretaciones. Aquí se muestra la convergencia de legislación y Administración de Justicia en la realización del Derecho. Cuanto menos Derecho norme el legislador, más Derecho se verá la Jurisdicción forzada a crear a la hora de aplicar la ley».

los medios de la defensa militar- en el sentido de la traición, especialmente al integrarse mediante el elemento subjetivo propio del delito de traición.

Puede inferirse aquí, desde luego, que se debe entender comprendida la ejecución de actos que causen un verdadero perjuicio objetivo a las armas de la nación, esto es, “daño efectivo”, al igual que deben de recaer sobre elementos con cierta entidad militar, pero en todo caso, con el enfoque del beneficio del enemigo que se deriva del elemento subjetivo.

Siguiendo a BLECUA, debe admitirse que este ilícito puede cometerse sin que se produzca daño, aniquilación o deterioro de bienes materiales, pudiendo hallar cobijo en el tipo conductas como impedir que las fuerzas nacionales reciban auxilios o refuerzos para continuar el combate⁶⁵⁵.

Sin perjuicio de lo precitado, el objeto material aquí debe juzgarse como extraordinariamente amplio a tenor del precepto reseñado, ya que se habla de los medios y recursos afectos a la defensa nacional, considerándose que se hallan comprendido en el precepto tanto bienes muebles como inmuebles que vienen determinados por su función relativa a la defensa; igualmente, deben mencionarse muy especialmente los medios informáticos y técnicos que hoy día son parte esencial en las labores militares. Al hilo de ello, resulta patente que los elementos electrónicos -“lo informático”, fundamentalmente- se constituye en un medio y también en un objeto del delito, teniendo cada vez más protagonismo términos como el “ciberataque”, el “ciberterrorismo” o la “ciberguerra”⁶⁵⁶, a lo que cabe unir lo afirmado por MIRÓ LLINARES por cuanto dispone que “la expansión del ámbito comunicativo al que

⁶⁵⁵ Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, cit., p. 644.

⁶⁵⁶ Vid. Nieto Fernández, I, «La letalidad del ciberterrorismo», en *Revista General de Marina*, núm. 275, 2018, p. 133.

puede acceder un agresor motivado que supone el ciberespacio, conlleva una multiplicación de la potencialidad lesiva de una conducta por comparación con lo que ocurre en el espacio físico”⁶⁵⁷.

Debe tenerse en cuenta que en ningún caso el precepto se construye en atención al valor intrínseco de los bienes sino a su relevancia en atención a su función, pudiendo ser por tanto objeto material del mismo un sistema de armas valorado en millones de euros como un ordinario equipo de radio, siempre claro que la actividad bélica se vea comprometida.

B) TIPO SUBJETIVO

La presente modalidad exige una conducta dolosa, requiriéndose del sujeto conocimiento y voluntad de los diversos modos que puede tomar el delito, ya sea sabotaje, ya sea quebranto de alguna manera de los medios de defensa o de las operaciones bélicas. Debe tener aquí presencia el ya mentado propósito de favorecimiento del enemigo ya que de no existir nos hallaríamos ante la aplicación del citado artículo 27 del Código castrense⁶⁵⁸, al igual que cabe discutir si es un requisito ínsito en el tipo el llamado como *animus nocendi*, es decir, la voluntad de causar daño específico contra los medios o recursos militares⁶⁵⁹. Así, dicho elemento no aparece aquí como esencial por cuanto, a diferencia del artículo 27 del código penal castrense

⁶⁵⁷ Vid. Miró Llinares, F, «La oportunidad criminal en el ciberespacio», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-07, 2011, p. 21.

⁶⁵⁸ Vid. en torno a la existencia de un elemento subjetivo especial Pérez Lorca, B, en Rodríguez-Villasante, J.L, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., p. 294, «Para que las conductas sean típicas, el tipo exige la concurrencia de un elemento subjetivo especial: el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales. En caso contrario, cuando no existan circunstancias que permitan inferir que el sujeto tenía la intención de afectar a la seguridad y la defensa nacional, cada una de las conductas debería reconducirse a los delitos de daños de carácter patrimonial y al delito de estragos del Código Penal». Ello no obstante, pudiera considerarse que dicha circunstancia no constituye más que “dolo” al constituirse este aquí por el conocimiento de que se causan daños en bienes afectos a la seguridad o defensa nacional.

⁶⁵⁹ Desde sentencias ya pretéritas se ha exigido por el Tribunal Supremo la concurrencia del *animus nocendi* en el ámbito de los “daños”, así, p.e, SSTS (Penal), de 30-6-1978, 16-7-1991, y 22-3-1991.

-donde sí requiere del elemento de tener el “el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales”- el tipo no demanda dicha circunstancia.

5.6.5 ESPIONAJE COMO TRAICIÓN

La última tipología del delito de traición se halla en la figura del espionaje, de la que podríamos afirmar que constituye una traición impropia. En cualquier caso, a tenor de lo dispuesto en el Código penal castrense vigente, nos hallamos ante una traición cuando el delito es cometido por un nacional. Se hace necesario, por tanto, una aproximación a la figura del espionaje que permita un tratamiento completo de la traición.

El espionaje ha sido una constante en las regulaciones penales castrenses hallando regulación, como ya se señaló en el Capítulo I, en el Código Penal del Ejército de 1884, en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, en el Código de Justicia Militar de 1890, más recientemente en el Código de Justicia Militar de 1945 y en el Código Penal Militar de 1985; hoy encontramos su regulación en el artículo 25 del texto penal que reza que: “El extranjero que, en situación de conflicto armado, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada como reservada o secreta o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad o a la defensa nacionales, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de diez a veinte años de prisión. El militar español que cometiere este delito será considerado autor de un delito de traición militar y castigado con la pena prevista en el artículo anterior”.

Tradicionalmente, como señala BLECUA FRAGA, la línea de separación de la traición y del espionaje no se hallaba claramente dispuesta, siendo hoy el criterio diferenciador el de la nacionalidad del culpable; por eso se tiene por traición al rompimiento del vínculo que liga al español con su Patria y por tanto el espionaje será tal cuando sea cometido por un extranjero⁶⁶⁰.

Dispuesto lo anterior, señala PÉREZ LORCA que: “El artículo 25 queda estructurado como un tipo mixto alternativo en el que la conducta típica consiste en “procurarse”, “difundir”, “falsear” o “inutilizar” determinado tipo de información o “revelar” dicha información dentro de un contexto de conflicto armado. En concreto, “procurar” debe entenderse como la realización de cualquier tipo de actuación orientada a la obtención de la información protegida en el tipo; “falsear” implica la modificación de la información añadiendo o eliminando elementos que tienen el efecto de alterar su significado inicial, de manera que, en este punto, tendrían cabida las distintas acciones que quedan comprendidas en los delitos de falsedades documentales; por “inutilizar”, el tipo está aludiendo a la posibilidad de que esa información sea destruida total o parcialmente; y, finalmente, “revelar” hace referencia a la efectiva transmisión de la información obtenida. Con ello, los verbos típicos permiten abarcar desde el momento del apoderamiento de la información clasificada hasta su transmisión a terceros, tipificándose la totalidad del espectro de acciones en las que puede consistir el espionaje, incluida la posibilidad de que, una vez que la información está dentro del ámbito de actuación del sujeto, éste pueda manipularla o hacerla inservible⁶⁶¹. En cuanto esta enumeración de posibilidades, en nuestra opinión, si bien es loable a fin de

⁶⁶⁰ Vid. Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, 1988, p. 652.

⁶⁶¹ Pérez Lorca, B, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 280.

lograr mayor seguridad en el tipo, podría resultar un tanto superflua por cuanto “el procurarse”, lo cual parece entenderse aquí como la mera adquisición, en este caso de información, ya resultaría suficiente, siendo indiferente que el sujeto posteriormente difunda, falsee o inutilice la misma.

En el Código penal común encontramos el homólogo en el artículo 584, el cual dispone que: “El español que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, será castigado, como traidor, con la pena de prisión de seis a doce años”.

Sigue PÉREZ LORCA -en un ámbito de individualización de la pena- señalando que, pese a que las conductas presentan un distinto desvalor en la medida que suponen diferentes grados de desarrollo del delito, el legislador ha realizado un tratamiento penológico unitario, lo que no es óbice para que la modalidad concreta en la que se ha materializado la conducta típica sea tomada en cuenta a la hora de individualizar la pena de acuerdo al principio de proporcionalidad. Así lo ha señalado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 2010 en relación con las conductas dispuestas en el mencionado artículo 584: “El desvalor de la acción y del resultado no se hacen igualmente presentes cuando la acción imputada consiste en procurarse, frente a la conducta consistente en falsear, inutilizar o revelar. De hecho, buena parte de la doctrina estima que en el artículo 584 se acoge una doble modalidad típica, de una parte, procurarse, falsear o inutilizar información clasificada. De otra, revelar información clasificada, hasta el punto que las tres primeras modalidades de acción no serían sino actos preparatorios del inciso segundo que, de llegar a producirse,

determinaría que tales actos quedaran subsumidos en la acción de revelar⁶⁶². El espionaje es también un delito de medios indeterminados pese a que tradicionalmente se ha tratado de un delito cometido por medios subrepticios o clandestinos.

En cuanto al destinatario del espionaje militar, queda este circunscrito a una “potencia extranjera, asociación u organismo internacional”, con respecto a la cual el tipo no requiere que tengan el carácter de “enemigos”, circunstancia por la que potencia extranjera simplemente hace referencia a un Estado distinto del español y organismo internacional a cualquier entidad que tenga la consideración de organización internacional de conformidad con los dictados del Derecho internacional público. Asimismo, se incluye a las asociaciones para considera también, en su caso, a entes de carácter privado⁶⁶³, resultando ello plausible para colmar debidamente el tipo. Dicho lo anterior, se halla aquí que bien podría darse la circunstancia de que un militar revela información a potencias aliadas o, por ejemplo, a organizaciones tales como la OTAN, por lo que aplicar aquí la traición no parece menester, ello a la luz, por ejemplo de lo dispuesto en el artículo 32 del Código penal castrense donde se castigan los delitos de esta tipología contra Potencia aliada, siendo así que en nuestra opinión aquí habrá de considerarse la concurrencia o no del “propósito de favorecer al enemigo” aunque no aparezca en el tipo, ello para evitar situaciones como la descrita.

El contexto de comisión del espionaje viene establecido en el tipo, requiriéndose la realización del mismo en la situación de conflicto armado, quedando atrás el tradicional “tiempo de guerra” que hallábamos en códigos pretéritos, y hallándonos,

⁶⁶² *Ibidem*, p. 281. Recoge la autora la STS, Sala 2ª, de 10 de diciembre de 2010, fundamento jurídico 8. Asimismo dispone que: «Con ese argumento, se redujo la pena de 12 años impuesta por la SAP de Madrid a un sujeto condenado por el art. 584 del Código Penal al entender que la conducta que había cometido era asimilable a un acto preparatorio (procurarse información clasificada) sin que se llegase finalmente a entregar los materiales obtenidos, como estaba planeado, al gobierno ruso».

⁶⁶³ *Ibidem*, pp. 281-282.

en suma, ante un concepto indeterminado amplio que donde podrán tener cabida conflictos de diversa índole.

El objeto material del delito recae en este caso sobre información que haya sido “clasificada como reservada o secreta o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad o a la defensa nacionales o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o las industrias de interés militar”, así el objeto se muestra extraordinariamente amplio, enfocado esencialmente a cubrir todo tipo de información cualquiera que sea su catalogación.

Resulta evidente, por otro lado, que nos hallamos ante una norma penal en blanco para cuya interpretación habrá de acudir a normativa fuera de las lindes penales, en este caso a la legislación sobre secretos oficiales, la cual determina el carácter de reservada o secreta a la información en el caso de que nos hallemos ante tal información, destacan al respecto, entre otras normas, la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, el Decreto 242/1969, de 20 de febrero por el que se desarrollan las disposiciones de la precitada Ley, y la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia⁶⁶⁴; en otros supuestos deberá realizarse una labor hermenéutica sobre la información que haya sido objeto del espionaje. Por lo demás, no se requiere a la información ningún soporte concreto ya que de lo contrario se aplicaría un criterio restrictivo carente de toda lógica, dejando, en su caso, lagunas de impunidad en atención a dicho soporte.

PÉREZ LORCA sostiene que el delito de espionaje puede ser entendido en cierto sentido como una modalidad de descubrimiento y revelación de secretos cualificada

⁶⁶⁴ De menor rango, por ejemplo, hallamos la Orden Ministerial 76/2002, por la que se aprueba la política de seguridad de la información del Ministerio de Defensa.

por la concurrencia de ciertos elementos, siendo el principal el del propósito de favorecer a un tercer Estado u organización, lo que explicaría por qué tanto en el Código Penal como en el Código Penal Militar la tipificación de sendas conductas se realiza de manera autónoma e independiente y en capítulos diferenciados. Asimismo, señala respecto a la consumación el hecho de que nos hallamos ante un delito de peligro abstracto y no de lesión por lo que será suficiente que la conducta realizada sea idónea para poner en peligro la seguridad o la defensa nacional con independencia de que la efectiva afección al bien jurídico deba tenerse en cuenta para individualizar la pena⁶⁶⁵.

Por último, respecto al elemento subjetivo nos hallamos ante un delito doloso, si bien el tipo no requiere ningún elemento específico, no obstante, al respecto dispone BLECUA FRAGA que debe éste considerarse implícito ya que el propósito aparece como relevante a la hora de determinar el tipo de aplicación⁶⁶⁶.

5.7 LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCUSA EN LOS DELITOS DE TRAICIÓN

5.7.1 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Procede aquí considerar las causas de justificación previstas en el artículo 20 del Código Penal, teniendo en cuenta que son de aplicación por la remisión que realiza la penalidad castrense.

Primeramente, se halla que la comprobación de que un comportamiento es típico no implica sin más la afirmación de que es ilícito en el sentido del derecho penal, ya que

⁶⁶⁵ Pérez Lorca, B, en Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, cit., p. 284.

⁶⁶⁶ Blecua Fraga, R, en Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, cit., pp. 659-660, señala el autor que: «Tradicionalmente se exigía en el delito de espionaje la intención de favorecer a una potencia extranjera, ese *animus hostilis* ha planteado serias dificultades de orden judicial, ya que los inculpados alegaban la existencia de otros móviles, principalmente el de *animus lucri*, como en el enjuiciamiento en Francia del intendente militar adjunto Frogue, acusado de haber entregado a agentes de potencia extranjera abundante documentación reservada, confiada por razón del cargo que ostentaba. La Sentencia acogió la tesis de la motivación económica».

pueden concurrir diversas causas que excluyen la ilicitud. En determinados contextos la conducta típica puede, pese a serlo, constituir un modelo de orientación de conducta y ser aprobada por otros sectores del ordenamiento jurídico, en este sentido se habla de causas de justificación como contextos en los que una conducta típica esta justificada, y por ello, es aprobada por el ordenamiento jurídico. Igualmente, debe afirmarse que el concepto de *antijuridicidad* en este caso fenece, ya que del delito se predica que es *antijurídico* pero, en caso de la existencia de causas de justificación el comportamiento típico no será tal⁶⁶⁷.

A) LEGÍTIMA DEFENSA

En cuanto a la legítima defensa, la mayoría de la doctrina circunscribe la misma a diversos bienes jurídicos de carácter individual, tales como la vida, la integridad física, la libertad, los cuales son susceptibles de defensa, mientras que los llamados bienes jurídicos comunitarios no puede ser objeto de dicha defensa ya que existen otros mecanismos de defensa jurídica para hacerlos efectivos⁶⁶⁸.

En el ámbito militar, el problema de la legítima defensa se circunscribe a los delitos de insubordinación donde el subordinado puede encontrar exención en base a un ataque del superior con la entidad suficiente. Respecto a delitos como el que aquí tratamos, no parece posible ninguna circunstancia de legítima defensa que justifique la realización de un ilícito de traición, ya que la legítima defensa de cualquier bien individual no justificaría la lesión del bien social.

En otros términos, BACIGALUPO afirma que la defensa de bienes del Estado (defensa necesaria del Estado) está excluida de la legítima defensa prevista por los códigos

⁶⁶⁷ Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., pp. 157-158.

⁶⁶⁸ Vid. Muñoz Conde, F; García Arán, M, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 324.

penales, salvo que se trate de bienes individuales, como pudiera ser la propiedad del Estado; no la habrá en el sentido de esta disposición si se trata de ataque al orden público en general, o a la “esencia de la patria”, o al “ordenamiento constitucional”⁶⁶⁹. Asimismo, cabe traer a colación a ROXIN que explícitamente indica⁶⁷⁰: “un supuesto especial es el de la “legítima defensa del Estado”, o sea el caso que alguien, no es que defienda bienes jurídicos de la comunidad, sino que actúa en legítima defensa de terceros ante agresiones al Estado mismo. Como en principio también cabe actuar en legítima defensa de terceros a favor de personas jurídicas (asociaciones, sociedades), únicamente se reconoce que en todo caso se pueden defender de modo general bienes jurídicos individuales que corresponden al Fisco; por tanto, también el particular puede intervenir por la vía de la legítima defensa contra la destrucción de la propiedad estatal (v. gr. Una cabina telefónica). Sin embargo, es una cuestión muy discutida la de si el particular tiene un derecho de legítima defensa ante agresiones al Estado como portador de la soberanía (p. ej. en casos de puesta en peligro del Estado o de traición o alta traición). La sent. RGSt 63, 215, lo ha afirmado como principio en el caso de fusilamiento de un (presunto) espía: “También se puede actuar en legítima defensa en favor de personas jurídicas de Derecho privado o de Derecho público, si se alzan agresiones antijurídicas contra sus bienes jurídicamente protegidos. No se ve ninguna razón por la que p.ej. la defensa frente a una agresión de hurto al patrimonio de una sociedad anónima o de un municipio debiera tratarse desde el punto de vista de la

⁶⁶⁹ Bacigalupo, E, *Manual de derecho penal*, Temis, Bogotá, 1996, p. 124.

⁶⁷⁰ Vid. Roxin, C, *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 627-628. En otros términos, Zaffaroni sostiene que: «es necesario distinguir nítidamente la legítima defensa del Estado y la defensa del régimen o sistema político. La legítima defensa de la existencia misma del Estado es perfectamente admisible, ante la inminente amenaza del mismo. Tal sucede cuando pelagra la existencia del Estado por una invasión, por ejemplo. Las mujeres que en las invasiones inglesas arrojaban agua y aceite hirviendo desde las azoteas, estaban defendiendo legítimamente al Estado, y esto es un ejercicio de derecho que no debe ser confundido con la obligación militar, que implica un cumplimiento del deber que deja atípica la conducta» (Vid. Zaffaroni, E.R, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos aires, 1981, p. 619).

legítima defensa de modo distinto que frente a la agresión a la propiedad de un particular. De ello se desprende que también hay un derecho de legítima defensa del ciudadano individual frente a agresiones antijurídicas a los intereses vitales del Estado. No se puede admitir que el legislador quisiera concederle a la existencia del Estado una protección menor que a la preservación de otros bienes jurídicos. Esta posición la sigue aún hoy, aunque con modificaciones restrictivas, gran parte de la doctrina. Sin embargo, no se puede compartir esa argumentación. En efecto, el Estado como tal no es un bien jurídico individual, por mucho que sea posible la construcción del mismo como persona jurídica. Se producirían situaciones insostenibles si ante los delitos contra la protección del Estado el ciudadano pudiera presentarse como luchador individual contra los enemigos del Estado”.

B) ESTADO DE NECESIDAD

La siguiente causa de justificación en la que cabe reparar es el llamado estado de necesidad justificante, regulado en el artículo 20.5 del Código Penal, y se define, en esencia, como la realización de un comportamiento necesario para la salvación de un interés preponderante mediante la lesión de otro interés menor, ello con cumplimiento de las exigencias legalmente tasadas, a saber: Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y por último, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Un examen simple de las causas expuestas nos muestra que la concurrencia de la primera circunstancia y de la tercera son poco menos que una entelequia, ello debido a que el mal causado en este caso pondría en peligro a la propia nación, no existiendo -o se entiende que no debería existir- valor más elevado que la pervivencia de la misma para el militar, por lo que difícilmente podrá admitirse aquí un estado de necesidad; y

respecto a la obligación de sacrificio, es bien conocido que uno de los valores esenciales del militar es ese plus de sacrificio exigible, de manera que debe, si fuera necesario, sacrificar bienes jurídicos propios.

A este respecto PÉREZ DEL VALLE nos señala que los casos excluidos del estado de necesidad son, por lo general, posiciones de garante de especial confianza o vinculados a instituciones básicas o de derecho público; siendo obvio que la aplicación del estado de necesidad es siempre un conflicto de deberes; si, en estos casos, se reconociese la justificación general al incumplimiento del deber, supondría la ineficacia de éste. Añade que “en todo caso, esta cláusula no supone la exigencia de un sacrificio ilimitado, sino el reconocimiento de unos límites superiores a los ordinarios y la remisión a las reglas específicas⁶⁷¹.

C) OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO

Esta eximente se sitúa en torno al cumplimiento de los deberes del militar en este caso, no obstante, lógicamente, puede ir referida a distintos servidores públicos, pudiendo plantear eventualmente problemas interpretativos que habrán de colmarse con la remisión a otras ramas del Ordenamiento jurídico. Para saber cuándo un médico, un policía, o en este caso, un militar obra dentro de sus atribuciones es necesario conocer el contenido de la regulación jurídica que rige la actuación.

Esta circunstancia requiere de un deber específico de lesionar el bien jurídico que resulta afectado, exigiéndose para su apreciación la existencia de un deber jurídico, no meramente moral; que el sujeto no rebase los límites o medida del cumplimiento del deber y que sea necesaria la ejecución de la conducta típica realizada, lo que podría

⁶⁷¹ Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., p. 179.

encajarse dentro de los requisitos de proporcionalidad y necesidad racional⁶⁷². Ello en nuestro ámbito requeriría que el sujeto para cumplir un deber anejo a la profesión castrense efectuase una lesión del bien jurídico latente en la traición, elemento éste que carece de todo sentido ya que no cabe imaginar deber militar alguno que pueda justificar tal cosa⁶⁷³.

En otro orden de cosas, procede traer a colación un claro ejemplo de esta circunstancia que eximía de responsabilidad por el cumplimiento del deber, la cual se hallaba en el artículo 105 del Código Penal Militar de 1985, en su día derogado por la Disposición Adicional 8ª de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, en el que se establecía 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 aquellos”.

Por último, relacionada con esta circunstancia y de incidencia en el ámbito castrense aparece la “cuestión de la obediencia”, respecto de la cual PÉREZ DEL VALLE afirma que: “La obediencia a las órdenes de un superior en el marco de una estructura jerárquica reconocida por el derecho público no constituye, por sí misma, una causa de justificación; sin embargo, en aquellos casos en que el orden jurídico hace recaer los costes de la jerarquía de forma exclusiva en el superior, puede afirmarse que el

⁶⁷² STS 5ª 18-3-2010, extraída de Herrero-Tejedor Algar, F, y Pascual Sarría, F, *Código Penal Militar*, cit., p. 85.

⁶⁷³ Vid. Mir Puig, S, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 484, «El presupuesto básico de esta modalidad de la eximente es que concurra un deber de lesionar el bien jurídico vulnerado [...]. Por otra parte no basta con la existencia de cualquier deber de actuar, sino que ha de consistir en un deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado.

cumplimiento del deber de obediencia del subordinado actúa como causa de justificación. Esto sucede, evidentemente, cuando el contenido de la orden y, por tanto, el comportamiento del superior, son también lícitos”.

“Cuando el superior no actúa conforme a derecho y, por tanto, la orden no es justificada, la justificación del comportamiento del subordinado depende de cuáles sean los límites del deber de examen de la licitud de la orden por parte de éste último”⁶⁷⁴. En este sentido, la traición cometida en el seno de una organización o estructura como las Fuerzas Armadas las cuales se caracterizan, entre otras cosas, por una estricta jerarquía, parece, a priori, de difícil justificación en virtud del cumplimiento del deber ya que una orden constitutiva de traición por parte de un superior a un subordinado no parece que pueda sobrepasar un nivel de examen “usual” o “medio” por parte de dicho subordinado, el cual pese a la estricta jerarquía tiene un mínimo deber de examen, no pudiendo avalarse la obediencia “ciega” de órdenes manifiestamente ilícitas como se daría en este, si bien, no obstante, si hubiera una posible ignorancia sobre la ilicitud entraríamos en el ámbito del error.

5.7.2 CAUSAS DE EXCUSA

Las causas de excusa son contextos en los cuales se excluye el injusto penal porque, pese a que el comportamiento del autor no coincide con los modelos de conducta que dispone el orden jurídico, puede afirmarse que no existe deslealtad frente al derecho, por que implican un reconocimiento del derecho como fuente de orientación de conducta⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., p. 187.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 201.

A) ERROR DE PROHIBICIÓN INEVITABLE

La definición del error de prohibición se halla en el artículo 14.3 del Código Penal que señala que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. El error inevitable o como lo dispone el texto legal “invencible” se dispone así como la circunstancia en la que el sujeto obra con la creencia errónea invencible de que está actuando lícitamente, por tanto, no implica ello una deslealtad al derecho y no supone una desautorización del orden jurídico como fuente de ordenación de conductas⁶⁷⁶.

En cuanto a las tipologías del error cabe destacar el error de prohibición directo que recae sobre la existencia de la norma prohibitiva como tal, es decir, recae sobre la autorización general del orden jurídico en relación con el comportamiento; y seguidamente, se observa el error de prohibición indirecto que es aquel que se sitúa sobre la existencia de causa de justificación, el cual también puede darse sobre los presupuestos de una causa de tal naturaleza⁶⁷⁷.

Expuestas brevemente unas líneas sobre el precitado error, debemos considerar si podría darse esta circunstancia en el ámbito castrense. La respuesta parece evidente debido a la especial posición jurídica del militar, que aparece impregnada en todo momento por, entre otros elementos, la jerarquía, la obediencia, y la salvaguardia de los intereses patrios; ello aquí trasladado hace que sea muy complicado que el militar

⁶⁷⁶ *Ibidem*, pp. 202-203, se recoge también la siguiente precisión del autor: «La definición del error de prohibición inevitable, como en las demás causas de excusa, es normativa: la ley, al mencionarlo en el artículo 14.3 CP como una causa de exclusión de la pena, enuncia un determinado contexto. Este contexto ha de ser interpretado normativamente, porque “conocimiento o desconocimiento de la norma no interesan como hechos psíquicos, sino como manifestaciones sobre el posicionamiento de la persona sobre la norma.

⁶⁷⁷ *Vid.* Muñoz Conde, F; García Arán, M, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 382 y ss. Asimismo, *vid.* Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., pp. 203-204.

pudiera incurrir en un error sobre la ilicitud de la traición, constituida ésta por gravísimas conductas contra los deberes más elementales.

B) ESTADO DE NECESIDAD COMO EXCUSA

Anteriormente se hizo mención al llamado como estado de necesidad justificante que opera cuando los bienes jurídicos en liza tienen un valor claramente diverso, mientras que en el llamado estado de necesidad exculpante existe una *ponderación* de bienes jurídicos de forma que éstos son sustancialmente de similar valor.

La jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha dispuesto respecto a esta circunstancia que: “La esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual”⁶⁷⁸.

Nuevamente aquí como se afirmó anteriormente para el estado de necesidad justificante sobresalen los requisitos legales, especialmente el referido a la obligación de sacrificio, siendo procedente traer a colación lo dispuesto en la ley de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas que normativiza con rango de Ley Orgánica una máxima del militar en su artículo 6 regla primera, la cual aparece como

⁶⁷⁸ STS 5ª 29-10-2010, extraída de Herrero-Tejedor Algar, F, y Pascual Sarría, F, *Código Penal Militar*, cit., p. 83; también se recoge aquí doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (entre otras STS 14-12-2009), donde se indica que: «Por lo que al elemento de la necesidad que se refiere, la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquellos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito».

la regla de conducta más esencial, así: “La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye su primer y más fundamental deber, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley”. Igualmente, se halla que la regla cuarta del precitado artículo es perfectamente explicativa sobre el preeminente deber de sacrificio del servidor castrense: “Estará preparado para afrontar, con valor, abnegación y espíritu de servicio, situaciones de combate, cualesquiera que sean las misiones de las Fuerzas Armadas y los escenarios de crisis, conflicto o guerra en lo que desempeñe sus cometidos y ejerza sus funciones”.

C) MIEDO INSUPERABLE

Merece la pena una mención, aun breve, sobre el “miedo insuperable”, debiendo considerar *prima facie* que es un concepto que choca frontalmente con el carácter de la institución castrense y lo que cabría esperar de sus miembros, también hay que considerar que son escasas las legislaciones que incluyen el miedo en la normativa militar por razones obvias. En nuestra normativa el antecedente más próximo cual es el Código Penal Militar de 1985 únicamente se refería a la aplicación de las causas eximentes del código común en su artículo 21, lo que cabe también predicar del actual texto que nos remite a la normativa común⁶⁷⁹.

Dicho lo anterior, nos encontramos con una cuestión un tanto difusa que se puede resumir en que “miedo insuperable” habrá de tomar carta de naturaleza cuando respecto al mismo no cabe la exigencia de ser vencido, señala PÉREZ DEL VALLE,

⁶⁷⁹ El Código de Justicia Militar de 1945, en su artículo 185, punto décimo, consideraba exento de responsabilidad criminal al que: «Obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor. En los delitos penados y faltas corregidas en este Código cometidos por militares, no se estimará esta circunstancia. En los delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición militar, no se apreciará esta circunstancia, cualquiera que sea la condición de la persona responsable».

que “esto sólo sucede cuando el autor parte de un marco de actuación en principio legítimo, pero que el mismo sujeto transforma de un modo que es explicable por el miedo que implica el contexto”⁶⁸⁰.

En cualquier caso, dada la remisión del texto castrense, debe entenderse la posibilidad de la aplicación de la circunstancia aquí estudiada, no obstante ello con especiales cautelas y requisitos; en lo que respecta a estos últimos la jurisprudencia ha requerido, en esencia, una persistencia en el sujeto de un estado subjetivo de temor que afecte a su capacidad de decisión, que dicho temor esté provocado por la amenaza de un mal real, efectivo y jurídicamente desaprobado, que sea invencible para el “hombre medio” y que dicho miedo sea el móvil determinante de la acción⁶⁸¹.

En lo relativo a las cautelas, no debe pasarse por alto una serie de tipos penales que precisamente se sitúan en torno a la “cobardía” castigando la misma en determinados casos; en este sentido el artículo 51 del Código Penal Militar que es pórtico de este tipo de delitos dispone que: “El militar que por temor a un riesgo personal rehusare permanecer o situarse en su puesto, lo abandonare, incumpliere la misión encomendada o realizare actos susceptibles de infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza, será castigado: 1º Con la pena de diez a veinticinco años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos. 2º Con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto

⁶⁸⁰ Vid. Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., p. 212. Bacigalupo se refiere al miedo insuperable así: «El miedo insuperable y la coacción son, en realidad, casos particulares del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad. Ello justifica la opinión de una parte de la doctrina española que considera superflua una regulación expresa de esta circunstancia. El miedo o la situación coactiva generada por una amenaza no son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo: allí colisiona el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar el primero. Por tanto, son aplicables aquí las reglas del estado de necesidad, tanto del que excluye la antijuridicidad como del que excluye la atribuibilidad». (Vid. Bacigalupo, E, *Manual de derecho penal*, cit., p. 143). Respecto al miedo también Muñoz Conde, F; García Arán, M, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 390-392.

⁶⁸¹ SSTS 5ª de 11-12-2007 y 30-1-2009, expuestas en Herrero-Tejedor Algar, F, y Pascual Sarría, F, *Código Penal Militar*, cit., p. 84.

armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas. 3º Si el autor del delito ejerciere mando, se impondrán las penas señaladas en su mitad superior; por otro lado el artículo 53.1 reza que: “El militar que, por temor a un riesgo personal, entregare, rindiere o abandonare al enemigo, rebeldes o sediciosos, establecimiento o instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza u otros recursos humanos o materiales que estuviesen bajo su mando, sin haber agotado todos los medios de defensa que exijan sus deberes y obligaciones militares o las órdenes recibidas, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión”⁶⁸².

Los anteriores artículos dan muestra suficiente de que la aplicación del miedo resulta ampliamente restringida en nuestro ámbito, debiendo considerarse que en delitos de la naturaleza que nos ocupa no será de aplicación, sin embargo, si puede considerarse que ciertos delitos como por ejemplo los relativos a insubordinación sí podrían cobijar su eventual aplicación.

D) EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Siguiendo a MILLÁN GARRIDO cabe considerar que las excusas absolutorias integran una categoría dogmática compleja y controvertida, hallando en el ámbito español que la introducción de las mismas se debe al penalista Luis Silvela; este fue el primero en destacar la previsión de una serie de causas cuya concurrencia excluye la pena en actos antijurídicos y culpables y por ello constitutivos de delito. Esta 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 condiciones de

⁶⁸² El artículo 54, a modo de cierre establece esta cláusula de carácter general: «Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, violare un deber militar establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de uno a seis años. En ambos casos se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo».

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”⁶⁸³. Asimismo, siguiendo a PÉREZ DEL VALLE podemos considerar las excusas absolutorias como una modificación del hecho ya iniciado o incluso consumado, de forma que se modifica el curso de la conducta con reconocimiento de las normas vigentes, siendo aquí lo relevante el agotamiento del plan delictivo⁶⁸⁴.

En este caso, el artículo 67 del anterior Código Penal Militar incluía una excusa relativa a la traición o espionaje militar, pero ello no supone una novedad en caso alguno, siendo una constante histórica su existencia, actualmente, se recoge en el artículo 31.2 del Código Penal Militar por cuanto dispone que: “Quedarán exentos de pena quienes intervengan en un delito de traición o espionaje, si lo denunciaren a tiempo de evitar su consumación”, basándose ella en el comportamiento nuclear de la “denuncia”, que según MILLÁN GARRIDO ha de ser tomado en un sentido amplio, usual o vulgar, teniéndose por tal el dar cuenta del delito, delatar a los autores o informar sobre las circunstancias. Es indiferente la forma, pero no el destinatario que habrá de ser una autoridad “razonablemente” competente⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Silvela, L, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte Segunda, 2ª edición, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, p. 201, recogido así por Millán Garrido, A, «Las excusas absolutorias en el Código Penal Militar», en *Revista española de derecho militar*, núm. 65, 1995, pp. 141-143.

⁶⁸⁴ Vid. Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., pp. 215-216, «En efecto, aunque es la consumación y no el agotamiento el momento en que el derecho penal fija su atención, en los casos de excusas absolutorias existen elementos que atribuyen al agotamiento del plan un cierto significado como exteriorización de la infracción de la norma. Por tanto, una modificación que impide el agotamiento supone, en estos casos, reconocimiento de la función de orientación de conductas del derecho».

⁶⁸⁵ «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 policías. 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» (*Ibidem*, p. 185).

Por lo demás, llama la atención que en ámbito militar se haya utilizado la “consumación” y no las “consecuencias” como se dispone en el ámbito del Código Penal respecto, por ejemplo, a la rebelión; ello parece responder a una voluntad de adelantar la “barrera” de la operatividad de la excusa, instando a su pronta puesta en práctica por los sujetos, sin esperar a que se haya dado un agotamiento del delito en cuestión.

Respecto a la fuga de filas, un examen sobre la posible concurrencia de alguna de las causas de justificación nos conduce a la afirmación de que únicamente una de las mismas aparece como probable por su naturaleza, siendo tal la del estado de necesidad, pudiendo pensarse, por ejemplo, en el supuesto de que el militar ante la inminente derrota de su Ejército se fugase al enemigo; no obstante, nuevamente, cabe afirmar, en esencia, lo señalado respecto a la primera modalidad delictiva, es decir, no concurren todos los elementos necesarios, en primer lugar el mal causado en este caso podría ser mayor al que se trata de evitar, y en segundo lugar, resulta evidente que el sujeto en este caso por su profesión y posición jurídica está más que obligado a sacrificarse, pues de lo contrario se daría carta de naturaleza a los comportamientos evasivos.

5.8 CULPABILIDAD Y MEDIDA DE LA PENA

Las circunstancias modificativas son situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable, requiriéndose para su toma en consideración la previa comprobación del delito con todos sus elementos⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ Muñoz Conde, F; García Arán, M, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 477.

A) CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

El Código Penal Militar es parco en circunstancias atenuantes, tanto es así que únicamente dispone una en su artículo décimo punto primero donde se expone que: “En los delitos militares se considerará circunstancia atenuante muy cualificada, la de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que haya producido en el sujeto arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”.

El Código Penal Militar de 1985 sí disponía otra atenuante cual era la de para las clases de tropa y marinería no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas y que obedecía sobre todo a la figura del militar de reemplazo, también se disponía expresamente la aplicación de las circunstancias previstas en el texto común.

Volviendo a la circunstancia única prevista hoy día, se halla, que lógicamente, tiene un campo de actuación referido a los delitos contra los superiores tales como los relativos a la insubordinación como el maltrato de obra, coacciones, o desobediencias⁶⁸⁷, no obstante tomamos la afirmación de CALDERÓN SUSÍN que menciona que en atención a su global redacción, y a su ubicación sistemática se entiende que sería posible, pero poco pensable, su aplicación a cualquier delito

⁶⁸⁷ «Para la apreciación de la atenuante la jurisprudencia exige los siguientes requisitos: «Que el sujeto tenga disminuida su capacidad cognoscitiva o volitiva como consecuencia de una alteración afectiva de carácter pasional o emocional; que la alteración haya sido provocada por la actuación injusta de un superior; que la provocación o actuación injusta del superior sea de gravedad suficiente para desencadenar normalmente un disturbio o desequilibrio afectivo como el que se ha producido en el caso que se enjuicia, que la provocación o actuación injusta haya precedido “inmediatamente” a la reacción delictiva del inferior para el que se pretende una aminoración de la responsabilidad criminal», STS 5ª 22-2-2007, expuesta ello en Herrero-Tejedor Algar, F, y Pascual Sarría, F, *Código Penal Militar*, cit., p. 95.

militar⁶⁸⁸; en nuestro supuesto del catálogo de traiciones sólo cabría estimar su posible aplicación en el caso del artículo 24.1.

En cuanto a las atenuantes comunes dispuestas en el Código Penal, para el caso de la traición pudieran ser viables atenuantes tales como la de arrebató u obcecación y la confesión⁶⁸⁹, la primera se considera que sería admitida ya que no cabe obviar la posibilidad abstracta de que ciertos acontecimientos produzcan un estado tal en el sujeto que influyan en su actuación y en el devenir delictivo; y la segunda, como es sabido, requerirá que se efectúe de forma veraz ante autoridades y antes de que el autor conozca que el procedimiento judicial se dirige contra él⁶⁹⁰.

La reparación del daño se sitúa en el artículo 21.5 del Código Penal, siendo atenuante “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento o con anterioridad a la celebración del juicio oral”.

En cuanto a esta atenuante es menester traer a colación un extracto de la STS (Penal) de 19 de febrero de 2014, sobre la posibilidad su aplicación: “Es indudable el carácter objetivo de la atenuación que trata de reparar el daño de la víctima, que siempre fue la

⁶⁸⁸ Calderón Susín, E, en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, cit., pp. 433-434.

⁶⁸⁹ Vid. Garro Carrera, E; Asúa Batarrita, A, *Atenuantes de reparación y confesión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 105 y ss, donde se dispone que: «La alteración de la convivencia que deriva de todo delito y la consiguiente turbación que crea en la sociedad se calma en cierto grado si el sujeto confiesa, ya que la declaración autoinculpatória implica la disposición a cargar con las consecuencias correspondientes. Lo cual supone un cambio de escenario con respecto a la habitual necesidad de declarar la responsabilidad e imponer la sanción ante la “resistencia” del sujeto. Y es precisamente ese significado comunicativo de la confesión el que sosiega o pacifica la generalidad, y lo que justifica y requiere la imposición de una sanción más leve»

⁶⁹⁰ En cuanto a otras tales como la embriaguez, se observa que aparece penada en el artículo 70 del Código Penal Militar: «El militar que, en acto de servicio de armas, voluntaria o imprudentemente se embriagare o consumiere drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, de modo que su capacidad para prestarlo desaparezca o disminuya, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión». Históricamente el Código de Justicia Militar de 1945 en su artículo 186 negaba la atenuación de la embriaguez a los militares.

olvidada del Derecho penal. Pero cuando el Código habla de la víctima, consideramos que no está refiriéndose al Estado en abstracto, salvo que éste sea perjudicado directo por el delito. El Estado en general es sujeto pasivo o perjudicado indirecto por la comisión de delitos de persecución pública. Pero el legislador estaba pensando cuando habla de "víctima" en la persona física o jurídica que de forma concreta ha sido afectada directamente por el delito. El Estado, como genérico sujeto pasivo del delito de persecución pública, pueda resultar perjudicado directamente cuando el delito le ataca en su esencia o como tal institución. Pero incluso en el caso de que pudiera concretarse un daño abstracto o moral por determinados delitos contra el Estado, sería preciso que de un modo u otro se concretara y demandara en autos tal perjuicio y la sentencia condenara a ello, pues de lo contrario, sin ningún pronunciamiento, no puede en ejecución de sentencia darse cumplimiento a algo que no forma parte del fallo”.

Sobre la Sentencia referida, podemos concluir que la dicción propia de la atenuante parece reservar la misma a supuestos con víctima, y de manera eminente a casos en que la misma sea una persona física, pero, ello no excluye absolutamente la posible concurrencia de la reparación, inclusive, en el propio fallo se refiere a su concurrencia cuando se ataca al Estado en su propia esencia, elemento este que como se ha expuesto a lo largo de este estudio es un elemento definitorio esencial del ilícito de traición.

B) CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Respecto a estas el Código Penal Militar únicamente se pronuncia sobre la reincidencia, lo cual realiza en su artículo 10.2 en estos términos: “A los efectos de este Código, se entiende que hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable, haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de este Código o en alguno de los previstos en el apartado 2 del artículo 9 de este Código,

siempre que sean de la misma naturaleza. No se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”⁶⁹¹.

Sobre las restantes agravantes que son las establecidas con carácter general en la norma penal común, en la traición resultarían eventualmente probables la circunstancia de precio, recompensa o promesa, pensado ello sobre todo en el caso de un pago por parte de un Estado extranjero al “traidor”, convirtiéndose la nación foránea en la inductora del actuar delictivo.

La circunstancia sexta del artículo 22, esto es, obrar con abuso de confianza, faltándose a los deberes de lealtad y fidelidad y prevaliéndose de una posición de confianza aparece también como aplicable; y la séptima aparece como inherente a los delitos de los funcionarios públicos, y hallando que el militar es, aun con diversas especialidades, un funcionario público no resulta de aplicación.

5.9 ACTOS PREPARATORIOS Y TENTATIVA DE TRAICIÓN

El delito se desarrolla a través de una serie de etapas o fases que se ha denominado tradicionalmente como el *iter criminis*, comprendiente este desde la llamada fase de ideación hasta el agotamiento del delito. El derecho penal no puede entrar en la llamada fase interna que abarca el mero pensamiento del individuo, pero si fija su atención

⁶⁹¹ Jakobs afirma que la trayectoria criminal agrava la responsabilidad penal, ya que en el caso de la delincuencia reiterada existe un considerable déficit de lealtad al derecho; a este respecto véase Jakobs, G, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 587-588. Pawlik afirma que todo ciudadano tiene el deber de mantener el estadio de juridicidad en una sociedad, así el autor que lesiona nuevamente una norma que ya ha sido dañada y debilitada, incumple su deber de cooperación de manera más grave, y conforme a esta posición, al reincidente se la ha de imponer una pena más dura por haber menoscabado nuevamente el proyecto de paz de la comunidad; todo ello se puede resumir en el deber del ciudadano de contribuir al mantenimiento de la libertad. (Vid. Pawlik, M, *La pena retributiva y el concepto de delito*, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 86).

sobre la tentativa⁶⁹², el delito consumado, y en ciertos casos en los actos preparatorios⁶⁹³.

Los actos preparatorios se muestran como un estadio previo a la tentativa y al inicio de la ejecución del delito, hallando castigo únicamente cuando lo prevea la parte especial de la norma penal, siendo su punición una excepción según se infiere de los artículos 17 y 18, *in fine*, del Código Penal. A este respecto, debe traerse a colación el artículo 33 del Código penal castrense que tiene el precedente en el artículo 66 del Código Penal Militar de 1985, y que establece la punición para la conspiración, la proposición y la provocación para cometer, en lo que aquí interesa, el delito de traición, asimismo, se halla que esta punición va en línea con lo dispuesto en el Código Penal que dispone castigo para los actos preparatorios de la traición en el artículo 585.

El artículo 24.1 se configura como un delito de mera actividad⁶⁹⁴, no siendo necesario que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta, al igual que al no crear un estado antijurídico de cierta

⁶⁹² «Tentativa es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito. El tipo objetivo no está plenamente cumplido en la tentativa. En cambio, el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado. Por lo tanto, si basta para la consumación el *dolus eventualis*, entonces basta, también, para la tentativa» (Welzel, H, *Derecho Penal, parte general*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 193).

⁶⁹³ Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., p. 262.

⁶⁹⁴ Merece atención el considerar los delitos de “resultado cortado”, al respecto véase, por ejemplo, Gil Gil, A, «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado», *en Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 6, 2000, pp. 107-109, «Entre los delitos que se consuman sin que se haya producido la lesión del bien jurídico se encuentran por tanto, los delitos de resultado cortado que a su vez incluyen a los mutilados de varios actos, pues ese “corte” del resultado se puede establecer de dos maneras: puede no exigirse siquiera la tentativa acabada en relación a la lesión del bien jurídico —el delito está estructurado como una tentativa inacabada o como un acto preparatorio—, y entonces se habla de delitos mutilados de dos o de varios actos, o puede exigirse la conclusión del comportamiento del autor pero prescindir del acaecimiento del resultado —el delito tiene una estructura paralela a la de una tentativa acabada—La parte subjetiva excedente pertenece al injusto en estos casos igual que el dolo en la tentativa. Constituye un delito de resultado cortado en el que sólo se ha prescindido del acaecimiento del resultado, por ej., el delito de descubrimiento de secretos del art. 197.1 CP español o el delito de genocidio del art. 607.1 3.º en el supuesto de “sometimiento del grupo a condiciones de existencia que pongan en peligro la vida con el propósito de destruir al grupo”, pues el delito se considera consumado en el momento en que el sujeto ha terminado la acción pero sin esperar a que se produzca el resultado pretendido de destrucción del grupo».

duración nos hallamos ante un delito instantáneo⁶⁹⁵. En este caso la mera coacción perfecciona el delito, no hallándose lugar a la tentativa.

En cuanto a la fuga de filas nos hallamos aquí ante una modalidad de mera actividad, siendo necesario el despliegue por el sujeto de la acción de fugarse de sus filas, no siendo exigible por el tipo que se verifique el encuadramiento del mismo en las tropas enemigas.

Respecto al “camino del delito” en este caso se puede afirmar que surge desde el momento que el sujeto inicia la marcha al enemigo siendo aquí un tanto problemática la consideración de la existencia de tentativa, ya que al iniciar la fuga al enemigo el sujeto ya estaría colmando el ilícito⁶⁹⁶, no obstante, pudiera plantearse el supuesto de que el militar fuera aprehendido en su marcha por tropas de su propio Ejército frustrando la actividad, lo cual en opinión, por ejemplo, de BLECUA FRAGA⁶⁹⁷ constituiría tentativa.

ALCALE SÁNCHEZ señala que: “El problema que se suscita con relación a los delitos de mera actividad es que desde el punto de vista legal cuanto el autor en primera persona y directamente lleva a cabo todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado de afección al bien jurídico éste ya se producido pues la realización del último acto ejecutivo supone consumación y afección al bien jurídico, por lo que no existe un nexo que interrumpirse por factor extraño alguno”⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ Vid. Mir Puig, S, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 221-224.

⁶⁹⁶ Vid. Fontán Balestra, C, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, cit., p. 385, «El delito se ha consumado cuando el autor ha concretado todas las condiciones contenidas en el tipo y de ese modo lesionado o puesto en peligro el bien jurídico tutelado [...]. De suerte que el momento de la consumación únicamente lo determina la ley para cada delito y por el término de vigencia. Así, pues, los conceptos de tentativa y consumación no son absolutos, sino relativos; no son generales, sino particulares.

⁶⁹⁷ Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, cit., p. 640.

⁶⁹⁸ Vid. Alcalé Sánchez, M, «Los delitos de mera actividad», cit., p. 38.

La posición de BLECUA antes señalada, en nuestra opinión, no procede debido a que el tipo castiga al que se “fugare de sus filas”, es decir, no exige resultado alguno de incorporación al enemigo, supuesto que de exigirse si haría factible la tentativa propuesta; en estos términos se puede considerar que el supuesto reseñado impediría el agotamiento del delito pero no su plena consumación⁶⁹⁹.

Con relación al derrotismo, y siguiendo a MONTULL LAVILLA, se puede afirmar que este ilícito ya sea en su vertiente de difundir noticias desmoralizadoras, o de realizar actos derrotistas se cataloga entre los delitos de mera actividad, amén de considerarse un delito instantáneo respecto a su consumación teniendo lugar con la simple difusión de la noticia o acto derrotista⁷⁰⁰, si bien ello, a nuestro juicio, no excluye la posibilidad de tentativa aquí, ya que, por ejemplo, la noticia desmoralizadora puede haber sido elaborada y ser, en momento posterior, interrumpida en el momento de la difusión de la misma por causas ajenas a la voluntad del autor.

En cuanto a los sabotajes, como hemos señalado, nos hallamos ante un tipo abierto que puede contener diversas actuaciones delictivas, siendo las esenciales, la de realización de actos de sabotaje o el dificultar las operaciones bélicas; a continuación, sigue el

⁶⁹⁹ *Ibidem*, pp. 37-38, donde se dispone: «Por otro lado, es cuestión debatida y además, generalmente discutida la relativa a las distintas formas del *iter criminis* que admiten los delitos de mera actividad. [...] Con relación a la tentativa inacabada no existen inconvenientes en su aceptación sobre todo en aquellos casos en que sea necesario la realización de varios actos «ejecutivos» para llegar a la consumación del delito. Ciertamente que todos los delitos, no sólo los de mera actividad, son divisibles en varios actos, unas veces porque así se deriva de la letra de la ley y otras porque así se deriva del plan diseñado por el autor en el caso concreto: la conjunción de ambos factores es la que va a determinar el *iter criminis* de cualquier tipo penal de forma que habrá ocasiones en que si bien atendiendo a la letra de la ley sea posible la tentativa, por el contrario, en el caso concreto ésta haya de excluirse o a la inversa, que según el criterio legal se dificulte su admisión pero que en el caso concreto, sea el plan diseñado por el autor el que haga posible esta fase de imperfecta ejecución; igualmente es posible comprobar la admisión de la tentativa inacabada en sentido inverso: cabrá ésta siempre que sea posible evitar la afección al bien jurídico mediante el desistimiento del autor».

⁷⁰⁰ *Vid.* Montull Lavilla, E, Derrotismo, en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinado por Ramón Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante, cit., pp. 767-772. *Ibidem*, p. 777; procede recordar la interesante bifurcación de categorías del autor -ya señalada- que establece por un lado el “derrotismo bélico *desacreditante*” y por otro el “derrotismo bélico desmoralizador”.

precepto disponiendo la causación de quebranto a los medios anejos a la defensa. Pues bien, con carácter general, y dado que la actuación, regularmente, estará basada en una destrucción o inutilización de diverso material, debemos aceptar la posibilidad de tentativa⁷⁰¹.

5.10 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La autoría se rige por las normas comunes, encontrando las mismas acogimiento en los artículos 27 y siguientes de la ley penal; a lo que debe unirse la consideración de que el delito de traición militar, en su actual configuración, se halla como un delito especial propio⁷⁰² que sólo puede ser cometido por aquel que tenga la condición de militar, elemento del que ya se hizo extensa mención⁷⁰³.

En referencia a la autoría JESCHECK dispuso que “la teoría de la participación es una parte de la teoría del tipo. Autor es, en primer lugar, quien en su propia persona realiza todos los elementos del tipo de la acción punible. El concepto de autoría, sin embargo, no está limitado a la autoría única inmediata sino que también se extiende al caso en que el autor se sirve de otro como instrumento. Por lo tanto, como autor también es castigado “quien comete el delito por medio de otro (autoría mediata). Además, existe

⁷⁰¹ Vid. Gómez Calero, J, en Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), Comentarios al Código penal militar, cit., p. 708.

⁷⁰² «Siempre que una condición personal, sea física o sea jurídica, venga exigida por el sentido del tipo, estamos en presencia de un delito especial» (Vid. Quintero Olivares, G, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, Cymys, Barcelona, 1974, p. 15).

⁷⁰³ Respecto a la posición de funcionario público o de autoridad, recoge Grima Lizandra que es usada en el Código penal para alguna de las siguientes finalidades: «proteger la función pública contra los ataques a las personas que la desempeñan o contra su prestigio; para determinar la responsabilidad penal de las personas que ostentan la cualidad pública si, en el ejercicio de sus funciones, lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos privados o públicos; y, por último, para exigir a los que asuman la función pública mayor responsabilidad si se prevalen de su poder o facultades» (Vid. Grima Lizandra, V, *Los delitos de tortura y trato degradante por funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 82).

la posibilidad de que varias personas concertadas entre sí intervengan en el hecho a título de autor (coautoría)”⁷⁰⁴.

En cuanto a las citadas formas de intervención en relación a la modalidad aquí examinada, encontramos que la autoría o la coautoría no requiere de mayores señalamientos; mientras que el mayor problema cabe reseñarlo respecto a la autoría mediata, esto es, cuando un sujeto se sirve de otro como instrumento para cometer el ilícito, en este caso, seguimos a MARTÍNEZ-BUJÁN que señala que “siguen existiendo numerosos tipos de la Parte especial en los que, según la opinión dominante, la autoría mediata no es factible porque lo impide ya el tenor literal del tipo, que formalmente restringe su realización a determinados sujetos o a determinadas acciones corporales: así sucede desde luego, en los delitos especiales propios, pero también en los delitos de propia mano y en los delitos con modalidades limitadas o tasadas de acción”⁷⁰⁵.

El plano de la participación parte de la base, lógicamente, de que el autor principal realice el hecho criminal, ello en base al principio de accesoriedad que establece, en esencia, que el partícipe sólo puede responder penalmente cuando la conducta del autor es contraria a derecho, esto es, cuando el hecho es típico y no concurren causas de justificación⁷⁰⁶. Respecto a la inducción esta se caracteriza por la determinación por parte del inductor de la decisión del autor; la cooperación necesaria por la realización de aportes con dicha cualidad; y la complicidad tal y como reza el Código penal en su

⁷⁰⁴ Vid. Jescheck, H.H; Weigend, T, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2003, pp. 692-693.

⁷⁰⁵ Martínez-Buján Pérez, C, *La autoría en Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 227-228.

⁷⁰⁶ Vid. Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., pp. 289-290.

artículo 29 por la cooperación en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos que no quepa encajar en las categorías mencionadas anteriormente.

La cuestión más espinosa que aquí acontece es la de la participación del *extraneus* por cuanto como ya se señaló *supra* estamos ante un delito especial propio, que requiere la actuación de un funcionario “especial” como es el militar, amén de no tener el delito parangón con el ámbito penal común. La problemática surge cuando un tercero que no tiene la cualidad requerida actúa en el ilícito, habiendo tenido ello cierto debate doctrinal⁷⁰⁷, inclinándonos aquí por cierto pragmatismo y recogiendo lo establecido por el Tribunal Supremo al respecto, en por ejemplo, la STS (Penal) de 18-12-2019, que nos indica que: “En cuanto a la participación del *extraneus*, la Jurisprudencia de manera unánime ha manifestado que no puede ser autor material de delitos especiales como la prevaricación y la malversación por no concurrir en el mismo la condición de autoridad o funcionario público, pero sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación de inducción y de cooperación necesaria, que se equiparan a la autoría a los efectos penales. [...] La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la participación accesoria (incluso por vía de inducción o cooperación necesaria) del *extraneus* en un delito comisible sólo por un sujeto activo cualificado, al entender, en primer lugar, que la condición de funcionario público opera en estos casos como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa; y, en segundo, porque la solución contraria infringiría la teoría de la unicidad, según la cual todos los partícipes intervienen en un sólo y único delito, sin que sea lícito penar a unos subsumiendo su conducta en una figura delictiva y a otros encuadrando su comportamiento en una hipótesis legal distinta; y, en tercer término, porque con otra

⁷⁰⁷ Por ejemplo, véase, Bacigalupo, E, *Manual de derecho penal*, cit., pp. 193-194; Abanto Vázquez, M, «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber», en *Revista Penal*, núm. 14, 2004; Muñoz Conde, F; García Arán, M, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 481-482.

solución se rompería la unidad del título de imputación y la propia entidad inescindible del tipo, al establecer un título de imputación diferente para unos y otros partícipes del hecho único (Por todas, la Sentencia de 4 de julio de 1.986)”.

Asimismo, nos recuerda la STS (Penal) de 29-1-2019 que: “El Legislador ha entendido que la participación de un tercero en delitos especiales propios como cooperador necesario puede ser de menos intensidad o relevancia que la de los autores materiales, razón por la que ha previsto una atenuación de la pena en el artículo 65.3 del Código Penal. Ese trato privilegiado es facultativo ya que el tribunal puede considerar que la participación del cooperador necesario tuvo la misma relevancia, por lo que la intensidad del injusto sería la misma, en cuyo caso no habría razón para un trato desigual”.

En cuanto a la modalidad de fuga de filas, debe destacarse aquí que nos situamos ante un delito en el que no se concibe la autoría mediata, puesto que nadie puede cometer la “fuga” sirviéndose de otro como instrumento⁷⁰⁸.

Igualmente, sí resulta factible la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad, no siendo difícil imaginar el influjo de un tercero para llevar a cabo una huida de filas, al igual que pueden ser comunes los actos de otros sujetos para coadyuvar a la actividad ilícita que aquí se trata.

Por otro lado, no cabe obviar la posición especial de los miembros de la institución castrense, que deben de velar de forma efectiva por impedir estos actos ilícitos, encontrando ello castigo autónomo, así el artículo 31 del Código Penal Militar dispone que: “El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los

⁷⁰⁸ Aplicamos *mutatis mutandis* lo relativo a la deserción, Millán Garrido, A, *El delito de deserción Militar*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1980, pp. 440.

delitos de traición o espionaje, no empleare los medios a su alcance para evitarlo será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si no lo denunciare a sus superiores se impondrá la pena en su mitad inferior”. En este supuesto, se castiga la omisión del militar, el cual por su posición como servidor público, debe, si tuviere conocimiento de ello, actuar en evitación del delito; por otro lado, sin embargo, no parece ello eliminar la posición de garante en virtud del artículo 11 del Código Penal, por cuanto pudiera darse el caso de que un superior, conocedor de una traición en su cadena de mando, no operase mecanismos para su evitación, pudiendo sostenerse una responsabilidad equivalente a la de los traidores *stricto sensu*.

En el ámbito del derrotismo no parece existir objeción alguna a la eventual existencia de “autores” tales como el inductor o el cooperador necesario, siendo este último caso fácilmente imaginable en el caso de que un tercero preste un aporte imprescindible para la realización del ilícito; pudiendo predicarse lo mismo para la complicidad que también resultará plenamente admisible a tenor del artículo 29 del Código Penal, considerándose además el amplio abanico de posibilidades que puede albergar la expresión de “cualesquiera otros actos derrotistas”.

5.11 CONCURRENCIA DE LEYES PENALES

El concurso de normas o leyes encuentra aquí solución por la vía común del artículo 8 del texto punitivo⁷⁰⁹, teniéndose en cuenta, en todo caso, la previsión establecida por el artículo 1.3 del Código Penal Militar que dispone una regla específica, a saber: “Cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el

⁷⁰⁹ «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar”.

Este último caso no encuentra aquí relevancia práctica por cuanto no sólo cabe predicar la inexistencia de un equivalente al ilícito militar del artículo 24.1 en la norma común, sino que el marco penal militar es más gravoso, llegando a los 25 años de prisión como pena máxima, mientras que el común, a lo sumo, llega a los 20 años en esta tipología delictiva⁷¹⁰.

Con relación al concurso de delitos, puede imaginarse la posible concurrencia del delito de traición con el delito de insulto a superior, considerando especialmente que el ejercicio de la coacción descrito en la traición conllevará muy posiblemente alguno de los menoscabos descritos en el artículo 42 del Código Penal Militar⁷¹¹. En este sentido, habrá que analizar si los comportamientos realizados hayan cobijado suficiente en el tipo de la traición que contiene en sí coacciones pero su “ser” no parece extenderse a los ataques más graves que puedan darse contra la incolumidad física del mando, así los ataques más graves contra este no se encuentran abarcados por el desvalor producido por el delito objeto de estudio, por lo que habrá de acudir a la

⁷¹⁰ Véanse los artículos 581, 582 y 583 del Código Penal.

⁷¹¹ «1. El militar que maltrata de obra a un superior o atentare contra su libertad o indemnidad sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal. Se impondrá la pena de diez a veinte años de prisión, siempre que el hecho se produzca: 1.º En situación de conflicto armado o estado de sitio, y se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de este. 2.º Frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas. 3. Las penas señaladas se impondrán en su mitad inferior al militar que pusiere mano a un arma o ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior».

figura del concurso ya sea ideal⁷¹² o real si se entiende⁷¹³, respectivamente, que hay unidad o pluralidad de hechos⁷¹⁴.

En el ámbito de la fuga de filas, y respecto al concurso de leyes podría acontecer con diversos tipos del texto penal militar como los relativos al quebrantamiento del servicio tales como el abandono del servicio de armas situado en el artículo 67⁷¹⁵, donde la traición se presentaría como especial respecto a otros ilícitos.

Asimismo, de conformidad con la naturaleza del comportamiento de la fuga no es aventurada la posibilidad de que la misma aparezca en concurso real con otros delitos tales como los que se realizan contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar⁷¹⁶, no siendo tampoco descartable que nos hallemos ante un concurso medial cuando⁷¹⁷, por ejemplo, dichos delitos se presenten como un medio para cometer la fuga.

⁷¹² Cabe recordar la existencia del llamado concurso real homogéneo y heterogéneo, el primero se presenta como un comportamiento típico con varios resultados que reciben una misma calificación desde el punto de vista del tipo; mientras que el segundo aparece como la acción con varios resultados en la que cada uno de ellos representa una infracción. (Vid. Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., pp. 309-310).

⁷¹³ Como es de sobra conocido las normas de aplicación de las penas en caso de concurso se hayan, en lo esencial, en los artículos 73 (concurso real) y 77 (concurso ideal) del Código Penal.

⁷¹⁴ Sobre la unidad de hecho véase la monografía de Roig Torres, M, *El concurso ideal de delitos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 19-328.

⁷¹⁵ «1. El militar que abandonare un servicio de armas será castigado: 1.º Con la pena de diez a veinte años de prisión, cuando tuviere lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos. 2.º Con la pena de cinco a quince años de prisión, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, fuera de las situaciones expresadas en el apartado anterior, o en circunstancias críticas. 3.º En los demás casos, con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. 2. El abandono de cualquier otro servicio, cuando tuviere lugar en situación de conflicto armado o estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. 3. El militar que no se presentare al cumplimiento de los servicios mencionados en los números anteriores, o incumpliere sus obligaciones ocasionando grave daño al servicio, será castigado con las penas allí previstas en su mitad inferior».

⁷¹⁶ A modo de ejemplo se trae a colación parte del artículo 34 que dispone: «El que desobedeciere o hiciere resistencia a órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si le maltratase de obra será castigado con la pena de cuatro meses a tres años de prisión, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal».

⁷¹⁷ Vid. Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, cit., p. 311, «El art. 77.1 CP, en el segundo inciso se refiere a un caso que la doctrina española ha denominado “concurso medial”: si, aun no tratándose de un solo hecho, “una de ellas (de las infracciones) sea medio necesario para cometer

En cuanto al derrotismo, y en lo que al concurso de leyes se refiere, teniendo en cuenta que ha desaparecido del actual Código castrense el contenido del pretérito artículo 64 relativo al delito militar de derrotismo, se considera el precepto más cercano el situado en el artículo 594 del Código común, pero debe ello desecharse debido a que el artículo 9.2 del Código castrense no posibilita la aplicación como delito militar a los servidores castrenses al no hallarse aquel incluido en el capítulo dedicado a los delitos de traición o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, sino en el relativo a delitos que comprometen la paz e independencia del Estado.

En el plano del concurso de delitos sobresale la posibilidad de un delito de Ultraje a España o de injurias a la organización militar tipificados en los artículos 36⁷¹⁸ y 37⁷¹⁹ respectivamente, al poder acontecer un concurso ideal con tales figuras cuando a través de una acción se incurra en el derrotismo que nos ocupa y a la vez se produzca una ofensa a España por medio, por ejemplo, de una noticia.

La modalidad delictiva de sabotajes se presta por su naturaleza al concurso de normas con el ilícito dispuesto en el reseñado artículo 27 que recoge los delitos de daños y estragos situados en los artículos 264, 265, 266 y 346 del Código Penal, siendo

la otra". La doctrina española ha sostenido, con razón, que se trata sin más de un concurso real (Sanz Morán) al que se aplica la regla de la determinación del marco penal prevista en el art. 77.3 CP para el concurso ideal»; asimismo véase Muñoz Conde, F; García Arán, M, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 544-545; Sanz Morán, A.J, en Dopico Gómez-Aller, J (coord.), *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, Concursos de normas y delitos: arts. 74,76 y 77 CP*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 283-290.

⁷¹⁸ «El militar que ofendiere o ultrajare a España, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas, a la Constitución o al Rey, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Cuando el delito fuere cometido con publicidad, ante una concurrencia de personas o en situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo. El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión».

⁷¹⁹ «El militar que injuriare a las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Instituciones o Cuerpos determinados de los mismos será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión. Se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo cuando el delito fuere cometido con publicidad, ante una concurrencia de personas o en situación de conflicto armado o estado de sitio».

relevante aquí el aspecto subjetivo para discernir si es una traición o un mero atentado contra los bienes o medios de la defensa nacional.

El concurso ideal aparece como especialmente factible, sobre todo con delitos relacionados con la vida e integridad física de las personas⁷²⁰, cuando, por ejemplo, por medio de un sabotaje se generan daños de índole personal, siendo en este caso de aplicación las normas sobre dicho tipo de concurso (art. 77 Código penal)⁷²¹.

5.12 DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Respecto a este particular cabe destacar que el marco penal se halla entre los 15 a 25 años de prisión para todas las conductas establecidas en el artículo 24 del Código Penal Militar, por lo que objetivamente nos encontramos ante una pena rigurosa siendo ello en plena consonancia con la categoría del ilícito.

Las penas se regulan pormenorizadamente en el artículo 11 y siguientes del texto punitivo militar; encontrándose como penas graves la de prisión superior a tres años, la de pérdida de empleo y la de inhabilitación absoluta para mando de buque de guerra o aeronave militar.

El artículo 12 establece como pena máxima de prisión la de 25 años coincidiendo ello con nuestro tipo penal, si bien lo exceptúa con lo que pudiera ser de aplicación en el Código Penal. El cumplimiento de la pena de prisión se especifica en el punto 2 del citado artículo que ordena que: “Las penas de privación de libertad impuestas a militares se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar designado por el

⁷²⁰Evidencia dicha posibilidad el artículo 346 del Código Penal relativo a “estragos” cuando en su punto tercero dispone que: «Si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido».

⁷²¹ Asimismo, *vid.* Blecua Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, cit., p. 113, que afirma que: «Si tenemos en cuenta que estas acciones pueden tener un gran alcance y lesionar o poner en peligro la vida, la integridad personal o los bienes ajenos, habrá de considerarse la posibilidad del concurso real con estos delitos».

Ministerio de Defensa, salvo que se trate de pena privativa de libertad impuesta por delito común que lleve consigo la baja en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, en cuyo caso se extinguirá en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados”⁷²².

En este caso, merece especial mención la pena accesoria de “pérdida de empleo” que operará en caso de condena al militar de pena de prisión de más de tres años y cuyo efecto es el de producir la baja del penado en las Fuerzas Armadas con la privación de todos los derechos adquiridos en ellas, salvo los pasivos.

En cuanto a la aplicación de las penas, según dispone el texto castrense, se llevará a cabo siguiendo las reglas del Código Penal, siendo estas las situadas en los artículos 61 y siguientes; al igual que se establece la necesaria individualización de la pena que deberá figurar debidamente razonada en la sentencia⁷²³.

Por último, debe mencionarse el artículo 32 donde se extienden las penas para los ilícitos objeto de estudio para el caso de que sean cometidos contra alguna Potencia aliada, disponiéndose al efecto lo siguiente: “1. Las penas establecidas para los delitos previstos en los Capítulos I al V de este Título o las penas inferiores en grado, se impondrán cuando también se cometieren contra Potencia aliada. 2. A efectos de este Código se entenderá que Potencia aliada es todo Estado u Organización Internacional con los que España se halle unida por un Tratado o alianza militar o de defensa, así

⁷²² Una especialidad en el cumplimiento se sitúa en el punto 4 del artículo 265: «En situación de conflicto armado, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en la unidad de su destino y en cometidos que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina, previa comunicación y aprobación del órgano judicial actuante».

⁷²³ Artículo 19.2 Código Penal Militar: «No obstante, tratándose de delitos dolosos y cuando no concurren atenuantes ni agravantes, aplicarán la pena establecida por la ley en la extensión que estimen adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias personales del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración».

como cualquier otro Estado u Organización Internacional que tome parte en un conflicto armado contra un enemigo común, coopere en una operación armada o participe en una operación internacional coercitiva o de paz de acuerdo con el ordenamiento internacional, en las que tome parte España”.

5.13 CONCLUSIÓN PARCIAL: EL TIPO PENAL DE TRAICIÓN Y EL ÁMBITO MILITAR

El delito de traición es fundamentalmente castrense, de manera que se halla ligado a las “armas” y a “lo bélico”, circunstancias de las que los tipos penales que acogen el ilícito dan fe, ello con independencia del Código penal ya sea el propiamente castrense o el “común”. Nos hallamos, pues, ante un tipo que se configura, principalmente, en torno a la falta de lealtad del servidor militar para con las armas propias, teniendo ello expresión en las distintas modalidades, las cuales, además, se han visto hoy positivamente compendiadas en cuatro, a saber, coacciones, fuga, derrotismo, y actos de sabotaje, abandonándose las fútiles enumeraciones más propias de técnicas legislativas más primitivas.

Así las cosas, el ilícito se construye y nos remite a la esencia de la milicia, cual es fidelidad con la patria, que se ve quebrada con el ánimo subjetivo aquí central y por tanto básico en el tipo, esto es, el “propósito de favorecer al enemigo”, y al existir un “contrario” u enemigo nos situamos siempre, como se ha señalado, en torno a lo militar, y al conflicto armado en el que la unión del militar con su “bandera” debe ser absoluta y caso de no ser así debe encontrar sanción penal como aquí acontecería.

En suma, el delito de traición y el correlativo tipo penal encuentran su razón de ser y su comprensión en el contexto de las armas siendo estas el sustrato de la regulación penal.

CAPITULO VI, CONCLUSIONES

I. La traición como delito es, desde un punto de vista histórico, una institución vinculada fundamentalmente al ámbito castrense. La misma se muestra como una institución jurídica muy remota, puesto que la fidelidad late en toda organización política, por primigenia que esta sea, y ello por motivos obvios: desde antiguo, quien no prestaba una garantía de fidelidad al cuerpo social era tenido por traidor; lógicamente, la infidelidad implicaba una lesión de normas de gran relevancia, al atacar un pilar sustancial de la organización social.

En sus inicios el ilícito se situaba sobre la lealtad al emperador o el monarca y, posteriormente, este eje se modificó en atención a la situación política concreta. A ello cabe unir una íntima relación histórica de la traición con el ámbito militar, como lo muestra la preocupación en Roma de regular las “traiciones” que podían ser cometidas por quienes portaban armas. Por esa razón, constituía traición, entre otros comportamientos, el alzamiento de las armas contra la república, el desertar del Ejército o el huir de la batalla, abandonando fortaleza o entregando campamentos al enemigo. El Digesto deja clara la posibilidad del militar de caer en traición, pues precisamente aquéllos que velan por la paz han de ser, con más razón, admitidos bajo la acusación de traidores; no sólo esto, sino que se observaba un agravamiento por dicha condición, y se disponía que “el delito de lesa majestad por hecho, o por violación de estatuas o de las imágenes, se agrava mucho más tratándose de militares”.

Posteriormente, en el medievo se acentúa el vínculo de fidelidad con el monarca, si bien los efectos se extendían a favor del pueblo y la patria. Cobra especial relevancia, en ese sentido, el servicio de las armas por el pueblo como hueste. De este modo, al ser una de las obligaciones principales de los súbditos, la unión de “lo militar” y la traición encuentra el enfoque desde la exigencia de deberes militares. Se considera

traidor, por tanto, a quien incumple gravemente sus deberes militares, a la vez que adquiere un acusado protagonismo el espionaje. En suma, nos hallamos ante traición cuando los súbditos no acuden al llamamiento del rey para formar parte de su hueste en la defensa de este o de la tierra.

Paralelamente, no debe obviarse que todo el ámbito de la fidelidad aparece bajo la égida del componente religioso que se puede resumir en las conclusiones de los padres conciliares -Cuarto Concilio de Toledo- por cuanto disponen que “El triunfo de la fidelidad no supone sólo la posibilidad de la vida en común, sino también la gracia divina. El pueblo infiel no escapará a la venganza de Dios. No podrá sobrevivir a su ruina. La concordia sólo es posible donde reina la fidelidad”.

Esta unión con lo militar es muy evidente en las Partidas, que muestran una honda preocupación por lo castrense. Esto es evidente que, al referir que “los hombres delinquen de muchas maneras cuando hacen la guerra”, entiende como traición la “sabiduría” a los enemigos, el unirse a ellos, o el no ir a la hueste; de forma que se observa una evidente consolidación, más si cabe, de la idea de la traición militar, ello unido en todo caso a la idea de fidelidad hacia el rey. Traición es, por ejemplo, desamparar al rey en la batalla.

Posteriormente, la época de la codificación ya, de forma plena, se da una regulación exhaustiva de la traición militar, dando fe de ello textos como el Código Penal para el Ejército de 1884 o el específico Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, por lo que se puede concluir con la idea de que “lo militar” y la traición han ido, históricamente, íntimamente unidas.

II. En una perspectiva histórica, del delito de traición -por tanto, de la traición militar- es el origen del que parten los delitos políticos, entendidos como delitos contra el

sistema constitucional; y por ello de él deriva el de rebelión, que se desgaja de las figuras originarias de la traición en las que no existía distinción entre uno y otro delito.

La rebelión es, desde un principio, una tipología de traición. En Roma se incluía la misma como un delito de lesa majestad, los cuales eran los que se cometían contra el pueblo romano o contra su seguridad; en el ámbito medieval las Partidas trataban como traición el “alzar a las gentes contra el rey”, “rebelarse en posesión de castillo, villa o fortaleza” o “levantar cofradías de caballeros o villas contra el rey” o la mera rebeldía de los oficiales que hubieran sido sustituidos y no quisieran dejar su puesto; el Fuero Real establecía la prohibición de ir contra el rey o su señorío y, concretamente, el hacer rebeliones o sediciones contra el mismo o unirse al enemigo o prestarle ayuda. El Ordenamiento de Alcalá disponía como traición el hacer “bullicio” o levantamiento para dañar al Rey o al reino, al igual que el supuesto de que alguna tierra o gente se alzase contra el monarca o no le obedeciesen “tan bien como solían”.

Sin embargo, la rebelión se muestra como el paradigma de delito político en tiempos constitucionales, aunque esto no evita lo enmarañado de la relación con el delito de traición, incluso en tiempos más recientes. En momentos históricos ya modernos, se observa una evidente confusión entre una y otra figura, tal y como ocurrió en la Ley Orgánica del Ejército de 9 de junio de 1821 o en el Código penal para el Ejército de 1884, donde se reputaba como traidor al que “se levantara en armas para desmembrar alguna parte del territorio nacional”.

Estas circunstancias llevan simultáneamente a considerar la amplitud del concepto de traición en su susceptibilidad a ser moldeado, en muchas ocasiones, en atención a los requerimientos políticos; se trata, por tanto, de una figura íntimamente unida al concepto de lo político y a su configuración en cada momento. Por tanto, se puede

sostener que la determinación del contenido de lo ilícito se ha visto fuertemente condicionada en el sentido del poder político, y ello en dos sentidos: por un lado, la figura mantiene el concepto de fidelidad a quien ejerce el poder como elemento inmanente; por otro, sus elementos más específicos han sufrido constantes cambios, y el delito ha sido en muchas ocasiones un auténtico “cajón de sastre” donde, en atención a ciertos intereses o circunstancias, se han encajado conductas que no podían categorizarse estrictamente como traición. Esto acontecía evidentemente con la rebelión, la cual, cuando era menester, era incluida en el catálogo de las traiciones, especialmente en momentos históricos en que se quiso dar a la rebelión una mayor relevancia.

III. Este elemento sustancial de fidelidad, como exigencia muchas veces vinculadas de forma muy directa al ámbito castrense, constituye un factor que permanece y marca la continuidad histórica de ilícito. Aunque esto implica, sin duda, que siempre su contenido es deudor de la forma política de un momento y una sociedad determinados, su relieve en la perspectiva de la técnica en la configuración de los tipos resulta incuestionable.

En este sentido, en Roma se aprecia una basculación hacia el concepto de “majestad” del pueblo romano, si bien en ningún caso se pierde de vista la figura del emperador; en el medievo en el ámbito godo de forma palmaria el objeto de fidelidad se establece en el rey, no obstante, a través del *sacramentum* con aquel se entendía extendida la idea de fidelidad para con el pueblo. Posteriormente en el ámbito cristiano medieval se sigue con la preeminencia de la figura del monarca hasta el punto de que la mayoría de “traiciones” giran en torno a su figura ya sea de un modo directo, o ya indirectamente al atacar a gentes que se hallaban a su servicio tales como los

consejeros, los caballeros que lo guardaban o incluso se extendía a los jueces, los cuales se entendía juzgaban por mandato del rey.

Como el delito de traición está tan sustancialmente ligado al ámbito castrense, y como el plano militar no ha sido ajeno a esta idea de fidelidad, la figura se ha configurado en consonancia con la “militarización” existente en cada momento. Esto se manifiesta en la exhaustiva regulación en el derecho romano, pues en Roma las armas eran elemento esencial de lo político. En esencia, el concepto ha cobrado intensidad en atención a las necesidades bélicas existentes y, sin embargo, ha sido relevado en periodos de paz; pero, en cualquier caso, más allá de la mutabilidad que se ha apuntado, lo cierto es que se puede sostener una continuidad histórica en sus elementos básicos vinculados a la fidelidad: el Digesto, al reunir en la traición militar el dar sabiduría al enemigo, el unirse a él para guerrear contra el propio pueblo o el no unirse a la hueste, es una clara manifestación de la unión de fidelidad y deberes militares. Estos conceptos, en esencia, han sido basamentos históricos de la traición, de forma que puede afirmarse una cierta estabilidad en el tiempo, la que, en ocasiones, ha concurrido con una cierta indeterminación, que se ha favorecido por el legislador cuando, como en el Código Penal Militar de 1985, se relataban hasta diez modalidades. Aunque, en principio, pudiera pensarse que esto daría como resultado una depurada técnica legislativa, más bien conducía a una enumeración un tanto trivial. En ese sentido, la técnica del Código Penal Militar vigente parece más adecuada, en tanto que compendia los comportamientos esenciales y sublima la continuidad histórica de las bases de la traición.

IV. Esta idea de fidelidad y su relieve político para la conservación del poder del soberano, por una parte; y la vinculación de las armas a la conservación de ese poder, enlazan, en la modernidad, con el pensamiento de Maquiavelo. Pero es precisamente

en Maquiavelo donde se manifiesta el primado de lo político y, por tanto, el origen de la desvinculación.

Maquiavelo contempla la traición en la perspectiva de sus consecuencias más drásticas, como una de las causas de pérdida del poder y, por tanto, como un gravísimo mal. La historia muestra que es tan peligrosa, que ha sido causa de que muchos príncipes hayan perdido la vida o el Estado.

Por esa razón, la fidelidad se establece como el cauce principal de conservación del poder. No se trata de una fidelidad vacía, porque “un príncipe tiene que tener al pueblo de su parte, o de lo contrario no tendrá salvación en momentos de peligro”, y, para lograrlo, el soberano habrá de procurarse la lealtad haciendo que el ciudadano necesite del Estado. Todo ello se entrelaza con el aspecto militar que es “palanca del poder”, ya que los Estados requieren de “buenas leyes y buenos ejércitos” y el soberano necesita de las armas, las cuales generan obediencia, guardándose este de las “conjuras”, concepto plenamente asimilable a la traición y que generan la ruina del conjurador y de su patria.

Por esto, es claro que Maquiavelo no se limita, en esta consideración de la fidelidad, a una perspectiva unidireccional, porque la conservación del poder exige la fidelidad mutua entre el soberano y los gobernados: el primero no debe ser odiado por los súbditos al igual que no debe realizar ofensas a estos, ello sobre todo contra los bienes y el honor. Pero el aspecto decisivo tiene que ver con la defensa de la patria, finalidad que aparece, en virtud de estas ideas, como libre de cualquier condicionamiento, justificando cualquier sacrificio. Por esta razón, en un plano estrictamente filosófico-político, la lucha contra el traidor aparecería libre de cortapisas. Este es el primer paso que desvincula, en la traición, lo político de lo militar, señalando algo sólo propio de

la esfera política: no hay límites al evitar la traición en tanto riesgo para la conservación del poder.

V. El contractualismo, desde Hobbes, marca el paso definitivo hacia esta desvinculación entre lo militar y lo político en el delito de traición moderno. En la medida que al Leviatán se debe la paz y la seguridad, porque constituye una salida a la situación de guerra o de estado de naturaleza donde prima la barbarie a través de un contrato, la falta de lealtad al Leviatán se convierte en infidelidad al compromiso prestado y, sobre todo, en un riesgo de regreso al estado de naturaleza. El deber de fidelidad está ligado, por ello, casi de forma exclusiva, a lo político.

Desde Hobbes, la protección de la estructura social es protección del contrato, y muestra como execrables los ataques contra el mismo, lo que lleva a considerar a los rebeldes y traidores como enemigos del Estado: son los rebeldes y los traidores quienes regresan, al margen del contrato, a una condición de guerra, a incluso han de ser castigados, no con el derecho civil o estatal, sino con el derecho de la guerra, entendido como la lucha sin límites. El derecho de la guerra es, en esta perspectiva, el ejercicio del poder ilimitado -sin los límites del contrato- por parte del Estado frente a sus enemigos; significa, por tanto, la primacía de lo político en la traición.

La manifestación más clara de este paso es, precisamente, la exclusión del traidor y su consideración como un enemigo del sistema. En Locke y en Rousseau, esta exclusión se manifiesta en los mismos términos, aunque se formule de modo positivo. Para Locke, el punto de partida es la confianza social, depositada esta por cada individuo en el cuerpo social y que tiene como fin la garantía de la paz y seguridad. Para Rousseau, la fidelidad es esencial en el “pacto social”, de suerte que cada individuo debe mostrar absoluta lealtad con el resto de “contratantes” y con el soberano y, en

suma, con el cuerpo político ya que de ello se deriva la vigencia de dicho pacto. Pero en ambos autores, la infidelidad al pacto significa la salida de éste y, por tanto, su confrontación y su enemistad con quienes lo han suscrito. El traidor se significa por su enemistad con el pacto político, y la primacía de lo político constituye el punto de partida de la traición.

Es cierto que Rousseau, en cierto modo, parece generalizar esta contraposición a todo delito. La fidelidad es esencial en el “pacto social”, de suerte que cada individuo debe mostrar absoluta lealtad con el resto de “contratantes” y con el soberano y, en suma, con el cuerpo político ya que de ello se deriva la vigencia de dicho pacto. Asimismo, dicha lealtad debe alcanzar incluso la entrega de la vida, ya que gracias al Estado el individuo ha vivido en seguridad, siendo la vida un don condicional del Estado. Pero de esta posición se derivan algunos postulados referidos al derecho penal, que parecen ir más allá de lo político como conservación del poder: “Todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes, y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la de él; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicar la pena de muerte al criminal, la patria lo hace más como a enemigos que como a ciudadanos”. Este sujeto ha dejado de ser miembro del Estado, lo cual será conminado con penas severas, a saber, la pena de muerte o el destierro, ya que el delincuente es tenido aquí por un enemigo público, deja de ser persona, y el derecho de guerra establece la posibilidad de matar al vencido. Pero esta generalización no es absoluta: se refiere a hechos muy graves, castigados con penas muy graves, y en la medida en que -como la traición en sentido estricto- ponen en riesgo la subsistencia del contrato.

VI. Una recuperación de la idea de unión entre lo militar y lo político en la traición aparece en Carl Schmitt, en quien confluyen su concepción del Estado, su determinación en el orden concreto del ejército prusiano y su idea del enemigo.

Carl Schmitt entiende que la deserción o la traición no es un delito sin más, una “esencial injusticia”, “un crimen de perjurio e infidelidad”, y esto está vinculado a su idea del Estado que, como se mostró en su momento, es el ente que puede determinar quién es el enemigo y cómo luchar contra el mismo, e incluso la competencia de requerir a los miembros el mismo a estar dispuestos a matar y a ser muertos. El enemigo interior es, entonces, el traidor, que aparece objeto paradigmático de la declaración del sujeto como *hostis*, y que provoca el ostracismo del sujeto.

Por otro lado, el concepto de “orden concreto” cobra especial relevancia aquí, en la pretensión de alejarse del “normativismo”, que reduciría su concepción del delito como la mera consumación de un caso legalmente previsto. Pero, fundamentalmente, el orden concreto del Estado se encuentra, en Carl Schmitt, en el ejército prusiano, donde es jurídicamente imposible e impermisible separar la jefatura militar, el ejercicio de la disciplina, la cualificación de los oficiales y las cuestiones del tribunal de honor.

En Carl Schmitt, el delito se considera desde la óptica de un orden, que forma un todo, y sólo este todo puede ser infringido. Esta visión desemboca en una visión del clásico *nullun crimen, nulla poena sine lege*, en la que prima la concepción del delito como una verdadera traición a la comunidad, al orden de convivencia, y al citado “orden concreto”. La idea de traición, latente en todo delito, es la deslealtad a la comunidad; y el traidor en sentido estricto, en su visión de la política, es el “enemigo público”. En este sentido, lo dicho nos reconduce a uno de los elementos centrales de la obra del

autor, el cual se establece en la distinción política específica que es la de “amigo” y “enemigo” siendo el traidor un caso de “enemigo público”.

VII. No obstante, la relación del delito de traición militar con los delitos de rebelión y de sedición se explica precisamente sobre la base de la distinción del origen castrense de la traición: en la rebelión se manifiesta con claridad el primado de lo político; y, en la sedición militar, la protección de la disciplina.

El delito de traición militar, como se ha señalado, guarda grandes similitudes con el delito de rebelión y también con el delito de sedición, En su distinción, no obstante, resulta clave considerar la estructura estatal, que, contemplada en su esencia como poder originario e independiente y como unidad política unitaria, es objeto del delito de traición por cuanto éste ataca la “materia” -lo sustancial- del Estado, mientras que la rebelión violenta la forma estatal atacando el revestimiento público orgánico que adoptan las instituciones políticas tales como la propia figura del Rey, las Cortes Generales, o el Gobierno de la Nación. Sobre esta diferenciación, se aprecia que la regulación actual requiere para la existencia de rebelión militar que la misma tenga lugar en el contexto de conflicto armado internacional y sea cometida por un militar, lo que, además de un vaciamiento competencial del código castrense, hace derivar el tipo penal a la protección de la disciplina en momentos críticos, en los que el solapamiento de lo militar y lo político es, prácticamente, una consecuencia necesaria de la situación.

Respecto a la sedición, existe una clara separación entre los ilícitos, ya que este ataca el ámbito de la disciplina castrense y su núcleo se establece en el menoscabo de la institución militar afectando principalmente a su organización y funcionamiento. En realidad, la naturaleza de la sedición militar es muy diferente de la sedición en el

Código penal común: en la sedición militar, la relación -al menos indirecta- con lo político se desvanece.

VIII. En sentido estricto, la traición militar, como tipo penal, se articula en torno a la idea de fidelidad a los deberes propios y en su colisión con los intereses del enemigo. La traición es, por tanto, un tipo penal en vinculación esencial con lo castrense, y esto sucede también en el delito regulado en el Código penal común y que afectaría a no militares.

En efecto, el delito de traición militar se sustancia y se identifica principalmente por la idea de *fidelitas* que late en la organización castrense: la ausencia de dicha fidelidad es el elemento central del ilícito por la especial confianza situada sobre el sujeto, depósito este que realiza el Estado en su organización militar y esta a su vez en sus integrantes particulares. A esta conclusión no obsta que el militar sea parte de un “todo” dispuesto a un fin concreto.

En suma, lo que aparece aquí sancionado es el “ultraje” que realiza el militar al principio de confianza que gravita en su persona como parte de una organización, y cuyos actos pueden socavarla al igual que dañar de forma mediata a la organización social dada. Esto es: el militar, como pieza de su institución, debe velar de que su círculo organizativo se enmarque dentro de la norma vigente no generando perjuicios externos, ya que al realizar eventualmente una traición daña en igual, o incluso en mayor medida, la construcción social que el ámbito militar, esto es, nos encontramos ante un delito que requiere ser realizado -en su vertiente castrense- por un sujeto “institucional” cuya responsabilidad por las consecuencias se trasladan extramuros de la propia institución. Dicho lo anterior, el núcleo del ilícito parece hallarse

fundamentalmente en la obligación del militar de ser fiel con su patria y con la estructura en la que se inserta, es decir, en el deber de fidelidad.

IX. En todo caso, el regreso a su origen fundamentalmente castrense se confirma en la inclusión de un especial elemento subjetivo del ilícito, que aquí se compendia en el ánimo favorable a las armas ajenas, o, tal y como dispone el tipo, en “el propósito de favorecer al enemigo”.

En este aspecto, este requisito se muestra como esencial en la construcción del ilícito, ya que sin el mismo nos hallaríamos en presencia de otras figuras penales. Esta perspectiva conecta con la idea más amplia de la traición como “entrega al enemigo”; esto es, que el traidor busca con su conducta el beneficio ajeno, concretamente del enemigo, elemento este que se define en el artículo 7 del Código penal militar y debe incluir no sólo la concepción del clásico enemigo, sino cualesquiera otras formaciones que, en contextos diferentes a la clásica guerra, puedan actuar bélicamente contra tropas españolas.

Una de las modalidades del tipo donde se observa como especialmente relevante el ánimo subjetivo es la fuga de filas, y esto resulta claro en su comparación con la mera desertión. De hecho, como se ha indicado reiteradamente, ya que en ordenamientos pretéritos la simple desertión era tenida por traición. En este sentido, el elemento subjetivo cristaliza en la aplicación del tipo de traición: mientras, en la desertión, el militar tiene el mero ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones, como dispone el artículo 57 del Código penal militar (es decir, una finalidad puramente individualista o egoísta); en la traición, como ya se ha dispuesto, el fin determinante es el favorecimiento del contrario que tiene como consecuencia el detrimento de lo propio. La verificación de la concurrencia de este elemento subjetivo

no sólo es fundamental en la determinación del tipo y, por tanto, en la valoración de si un comportamiento es típico; sino que, además, recuerda esta perspectiva castrense que se encuentra en el origen de la traición.

X. Finalmente, en esta misma dirección cabe apuntar la punición de los actos preparatorios del delito de traición y la caracterización del delito como especial: por un lado, la apelación a lo castrense es obvia cuando se trata de la delimitación de la autoría al militar; por otro, la sanción de actos preparatorios constituye -por supuesto, en la traición militar, pero también en el Código penal común- no sólo una confirmación de su gravedad, sino un engarce nuevo con su origen castrense.

Por un lado, la restricción de la autoría al militar presupone ya en sí misma un enfoque al ámbito en el que tiene lugar la acción de favorecimiento del enemigo. Por otra parte, esto se muestra ya en la tentativa, que, como ha de ser necesariamente dolosa, ha de contener el mismo elemento subjetivo del tipo que se requiere para la traición (el ánimo de beneficio del enemigo); y que, en más de una ocasión, podría concurrir con el derrotismo y los sabotajes dispuestos, respectivamente, en el artículo 24.3 y 24.4 del Código penal militar. Pero resulta especialmente claro en la tipicidad de los actos preparatorios de la traición, a saber: la conspiración, proposición y provocación (art. 33 del Código penal militar) que no sólo apuntalan la gravedad del delito. La cuestión es aquí no sólo político-criminal: el castigo de los actos preparatorios de la traición militar supone también un adelantamiento de la barrera de punición para quienes, en un ámbito especialmente jerarquizado, ha mostrado su deslealtad con actos de resolución manifestada.

BIBLIOGRAFÍA

Abanto Vázquez, M.A, «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista penal*, núm. 18, 2006, pp. 3-44.

Abanto Vázquez, M.A, «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber», en *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 3-23.

Aguilar Blanc, C, «La fundamentación teórica del terror de Estado en la filosofía jurídica nacionalsocialista de Karl Larenz», *Revista internacional de pensamiento político*, Vol. 9, 2014, pp. 231-248.

Ahrens, E, *Compendio de Historia del Derecho Romano*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1879.

Alarcón Roldán, F, *Código de Justicia Militar vigente*, Editorial Reus, Madrid, 1940.

Alcale Sánchez, M, «Los delitos de mera actividad», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 10, 2002, pp. 11-46.

Almirante, J, *Diccionario Militar*, Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869.

Alonso de Escamilla, A; Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2021.

Álvarez García, F.J, *Sobre el Principio de Legalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

Álvarez García, F.J, Ventura Püschel, A, (coord.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Antón Oneca, J, «El Código Penal de 1870», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, pp. 229-252.

Arndt, H, *Grundriss des Wehrstrafrechts*, 2ª edic., C.H Bechsche, München, 1966.

Arangio-Ruiz, V, *Storia del Diritto Romano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1947.

Arranz Hierro, C.M, *Amor conyugal y matrimonio en el Derecho romano*, Tesis Doctoral, Universidad San Pablo Ceu, 2018.

Azcárraga y Bustamante, J.L, *Derecho del Mar*, Tomo I, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1983.

Bacigalupo, E, *Manual de derecho penal*, Temis, Bogotá, 1996.

Baró Pazos, J, «El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 83, 2013, pp. 105-138.

Barrios Pintado, F., Domínguez Nafría, J.C., & Maqueda, C, *Textos de historia del Derecho español*, Universitas, Madrid, 2002.

Baumann, J, *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1973.

Beling, E. V, *Esquema de derecho penal: La doctrina del delito-tipo*, Librería “El Foro”, Buenos aires, 2002.

Bello, A, *Principios de derecho internacional*, Atalaya, Buenos Aires, 1946.

Blanch Nougués, J.M, «Una visión histórica y jurídica sobre el ejército romano», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 44, 2011, pp. 29-48.

- Blecua Fraga, R, *el delito de traición y la defensa nacional*, Edersa, Madrid, 1983.
- Blecua Fraga, R; Rodríguez-Villasante, (Coords), *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, Civitas, 1988.
- Bobbio, N, *Locke y el Derecho Natural*, Tirant, Valencia, 2017.
- Bodino, J, *Los seis libros de la república*, Tecnos, Madrid, 1997.
- Brunner, H, *Historia del Derecho Germánico*, Editorial Labor, Barcelona, 1936.
- Burgos Nadal, T, «Concepto de “sacramentum” en Tertuliano», *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, tomo X, núm. 31-33, 1959, pp. 227-256.
- Busolt-Swoboda, G, *Griechische Staatskunde*, Beck, München, 1920.
- Calliess, R.P, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlegendiskussion*, Fischer, Frankfurt am Main, 1974.
- Cancio Meliá, M; Gómez-Jara Díez, C, (Coords), *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Vol. I y II, Edisofer, Madrid, 2006.
- Cano Perucha, J.L, «Los bandos penales militares», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 36, Fasc-Mes 2, 1983. pp. 311-326.
- Cañizar Palacios, J.L, «Posibles causas de desertión en el ejército romano vistas a través del “Codex Theodosianus”: Problemática bajo Constantino a partir de la segunda mitad del siglo IV d.C», *Studia Histórica. Historia Antigua*, núm. 16, 1998, pp. 217-232.
- Carminignani, G, *De iure Criminali*, Luca, lib. I, 1779.

Cattaneo, M.A, *Carl Schmitt y Roland Freisler: La doctrina penal del nacional-socialismo*, en Nieto Martín, A (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

Cerezo Mir, J, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1996.

Cobo del Rosal, G, «El Proceso de Elaboración del Código Penal de 1928», *en Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 82, 2012, pp. 561-602.

Cobo del Rosal, M; Vives Antón, T, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Coronas González, S.M, *Manual de historia del derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Cotino Hueso, L, *El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2007.

Cruz Villalon, P, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

Cuerda Arnau, M.L, *Los delitos de atentado y resistencia*, tirantonline.com, documento TOL. 349.199, 2003.

Dahm, G, «Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft», *in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, pp. 225-294.

Dahm, G, *Der Tatertyp im Strafrecht*, Th. Weicher, Leipzig, 1940.

Dahm, G, *Gemeinschaft und Strafrecht*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1935.

Dahm, G, Schaffstein, F, *et al.*, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker & Dünnhaupt, Berlin, 1935.

Dahm, G, & Schaffstein, F, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933.

Dahm, G, *Verbrechen und Tatbestand*, Junker und Dünhaupt, Berlin, 1935.

Dahn, F, *Historia Universal. Los pueblos Germánicos y Romanos*, Tomo X, Montaner y Simón, Barcelona, 1934.

De Castro-Camero, R, *El Crimen Maistatis a la Luz del Senatus Consultum de CN. Pisone Patre*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.

De Hinojosa Rodríguez, E, *El elemento germánico en el Derecho Español*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1915.

De la Mora, G, *Schmitt y la Democracia*, en Negro Pavón, D (Coord), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid 1996.

Del Rosal, J, *Principios de Derecho Penal Español*, Tomo I, Casa Martín, Valladolid, 1945.

Del Rosal, J, *Lecciones de Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1954.

Demetrio Crespo, E, «Del “derecho penal liberal al “derecho penal del enemigo”», *en Revista de derecho penal y criminología*, núm. 14, 2004, pp. 87-116.

De Moxó, S, «El Derecho Militar en la España Cristiana Medieval», *en Revista española de derecho militar*, núm. 12, 1961, pp. 9-61.

De Puente y Franco, A, *Historia de las Leyes, Plebiscitos y Senadoconsultos más notables desde la fundación de Roma hasta Justiniano*, Imprenta de Vicente de Lalama, Madrid, 1840.

De Rivera Delgado, M, *El criterio legal en los delitos políticos*, Imprenta y litografía de Nicolás González, Madrid, 1873.

De Salas López, F, *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, Mapfre, Madrid, 1992.

De Ureña y Smenjaud, R, *La Legislación Gótico-Hispana*, Idamor Moreno, Madrid, 1905.

Díez Ripollés, J.L, «El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista», en *Jueces para la democracia*, núm. 30, 1997, pp. 10-19.

Di Vico, P, «Il reato de sedizione militare», en *Revista di diritto e procedura penale militare*, [s.n], 1937.

Domínguez Nafría, J.C, «Consejo de Guerra y Desarrollo de las Estructuras Militares en Tiempos de Felipe II», en *Las Sociedades Ibéricas y el Mar a Finales del Siglo XVI*, Sociedad Estatal Lisboa, 1998, pp. 437-475.

Domínguez Nafría, J.C, «Recopilación y Codificación del Derecho Militar en el siglo XVIII: La colección General de Ordenanzas Militares de José Antonio Portugués», en *El Ejército y la Armada en el Noroeste de América: Nootka y su Tiempo*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, pp. 211-250.

Dopico Gómez-Aller, J (coord.), *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, Concursos de normas y delitos: arts. 74,76 y 77 CP*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

D'Ors, A, *Estudios Visigóticos II, El Código de Eurico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Sucesores de Rivadeneyra, Roma-Madrid, 1960.

Du Boys, A, *Historia del Derecho Penal de España*, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1872.

Edgardo Biagini, H, «El liberalismo lockiano», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 194, 1974, pp. 223-232.

Escudero López, J.A, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, Solana e Hijos, Madrid, 1995.

Fernández Asiain, E, *El delito de rebelión militar*, Editorial Reus, Madrid, 1943.

Fernández de Buján, A, *Derecho Público Romano*, Aranzadi, Navarra, 2012.

Fernández-Flores y de Funes, J.L, *El derecho de los conflictos armados, De Iure Belli, El Derecho de la Guerra*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001.

Fernández Peychaux, D, «John Locke, Las posesiones o los derechos políticos como garantía de la libertad», en *Revista Colección*, núm. 20, 2009, pp. 34-74.

Fernández Segado, F, «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España. Reflexiones en torno al artículo 8 de la Constitución de 1978», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 49, 1995, pp. 23-78.

Ferrajoli, L, «El derecho penal de enemigo y la disolución del derecho», en *Jueces para la democracia*, núm. 57, 2006, pp. 3-10.

Ferrini, C, *Storia delle Fonti del Diritto Romano e della Giurisprudenza Romana*, Ulrico Hoepli, Milano, 1885.

Fetscher, I, «Filosofía moral y política en J.J. Rousseau», en *Revista de estudios políticos*, núm. 8, 1979, pp. 7-32.

Feuerbach, P.J.A, *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*, Henning, Erfurt, 1798.

Filangieri, C, *Scienza della Legislacione*, vol. III, Nápoles, 1780-1785.

Fichte, J.G, *Discursos a la Nación Alemana*, Tecnos, Madrid, 1988.

Fontán Balestra, C, *Derecho penal, introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Fornasari, G, «Derecho penal liberal y derivas autoritarias», en *Revista Electrónica de Derecho penal y criminología*, núm. 16-01, 2014.

Frassek, R, «Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de posguerra», en *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, núm. 9, 2007, pp. 55-75.

Frisch, W, «Fran Von Liszt- Obra e influencia», en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2017. pp. 2-29.

Gabriele, N, *Il Diritto Penale Romano Nelle Sue Attenze Col Diritto Penale Moderno*, G de Angelis e Figlio, Napoli, 1878.

Gallegos, F, *El ejército visigodo: el primer ejército español*, Reflexiones sobre poder, guerra y religión en la historia de España, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011.

Gallego García, E, *Fundamentos para una Teoría del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.

Gárate Córdoba, J.M, *Espíritu y Milicia en la España Medieval*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1967.

García Amado, J.A, «El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs», en *Nuevo foro penal*, núm. 69, 2006, pp. 100-136.

García Gallo, A, «Cuestiones de historiografía jurídica», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 44, 1974, pp. 741-764.

García-Gallo de Diego, A, «La obra legislativa de Alfonso X, hechos e hipótesis», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 54, 1984, pp. 97-162.

García Gallo, A, «Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 13, 1936, pp. 168-264.

García González, J, «Traición y Alevosía en la Alta Edad Media», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 32, 1962, pp. 323-346.

García Moreno, L.A, *Historia de España Visigoda*, Cátedra, Madrid, 1989.

García Rivas, N, «El delito de rebelión: vestigios de un autoritarismo secular», en *Jueces para la democracia*, núm.8, 1988. pp. 9-11.

García Rivas, N, *La rebelión militar en derecho penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1990.

Garro Carrera, E; Asúa Batarrita, A, *Atenuantes de reparación y confesión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

Gil Gil, A, «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 6, 2000. pp. 103-138.

Giuffrè, V, *Testimonianze sul Trattamento Penale dei "Milites"*, Jovene, Napoli, 1989.

Gómez Orfanel, G, «Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt», en *Revista de estudios políticos*, núm. 123, 2004, pp. 251-270.

Grima Lizandra, V, *Los delitos de tortura y trato degradante por funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

Grossi, P, *El Orden Jurídico Medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

Haubold, G.H, *Tablas Cronológicas*, Nicolás de Castro Palomino, Madrid, 1848.

Hegel, G.W.F, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, Edhasa, Barcelona, 1999.

Henkel, H, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934.

Hermosa Andújar, A, «La doctrina Penal de Hobbes», en *Fragmentos de Filosofía*, núm. 6, 2008, pp. 81-103.

Herrero-Tejedor Algar, F, y Pascual Sarría, F, *Código Penal Militar*, Colex, Madrid, 2011.

Higuera Guimerá, J.F, *El delito de coacciones*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1983.

- Hobbes, T, *Antología de textos políticos, Del Ciudadano*, Tecnos, Madrid, 1982.
- Hobbes, T, *Behemoth*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Hobbes, T, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, Alianza, Madrid, 2011.
- Iglesia Ferreiros, A, *Historia de la Traición, la Traición Regia en León y Castilla*, Universidad de Santiago de Compostela, Burgos, 1971.
- Iglesia Ferreiros, A, *La traición*, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 1966.
- Ihering, R.V, *El fin en el Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2000.
- Jakobs, G, Coacción y Personalidad. «Reflexiones sobre una Teoría de las Medidas de Seguridad Complementarias a la Pena», *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2009, pp. 1-16.
- Jakobs, G; Cancio Meliá, M, *Derecho Penal de Enemigo*, Civitas, Madrid 2003.
- Jakobs, G, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jakobs, G, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.
- Jean Jacques, R, *El Contrato Social*, Altamira, Madrid, 1983.
- Jellinek, G, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Jellinek, G, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura económica, México, 2000.

Jescheck, H.H; Weigend, T, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2003.

Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Editorial Losada, Argentina, 1964.

Jiménez de Asúa, L, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Editorial Losada, Argentina, 1951.

Jiménez Segado, C, «Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 62, núm. 1, 2009, pp. 451-482.

Jiménez y Jiménez, F, *Introducción al derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987.

Kant, I, *Principios Metafísicos del Derecho*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873.

Kelsen, H, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

Lamadrid Luengas, M.A, *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2015.

Lamarca Pérez, C, (coord), *Derecho Penal-Parte especial*, 3ª edición, Colex, Madrid, 2005.

Larenz, K, *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Editorial Reus, Zaragoza, 2008.

Lasso Gaité, J.F, *Crónica de la codificación española*, codificación civil núm.4, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

Lo Cascio, M, *Diritto penale militare*, Giufrè, Milano, 1958.

- Locke, J, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza, Madrid, 1994.
- López-Amo y Marín, Ángel, «El Derecho Penal Español de la Baja Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 26, 1956, pp. 337-368.
- López Garrido, D, «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 949-971.
- López Sánchez, J, *Protección penal de la disciplina militar*, Dykinson, Madrid, 2007.
- Maitland, F.W; Pollock, F, *The History of English Law*, Vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, Vol. II, 1899.
- Manzini, V, *Commento ai Codici penali militari*, Fratelli Bocca, Milano, 1916.
- Maquiavelo, N, *Del Arte de la Guerra*, Tecnos, Madrid, 1988.
- Maquiavelo, N, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza, Madrid, 2000.
- Maquiavelo, N, *El Príncipe*, Espasa Calpe, Madrid, 1995.
- Martínez-Buján Pérez, C, *La autoría en Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Martínez de la Vega y Zegri, J, *Legislación militar de España en la Edad Media*, Oficina Tipográfica de Pedro Carra, Zaragoza, 1912.
- Massanero, A, *Codici penale militare*, Vol. II, Milano, [s.e], 1951.
- Menéndez Pidal, R, *Cantar de Mio Cid*, Imprenta de Bailly-Baillière é Hijos, Madrid, 1908.

Menéndez Pidal, R, *Primera Crónica General de España*, Tomo I, Gredos, Madrid, 1965.

Mezger, E, *Derecho penal, parte general*, Editorial bibliográfica argentina, 1958.

Millán Garrido, A, *El delito de Deserción Militar*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1980.

Millán Garrido, A, «Estudio sobre la regulación de las penas en el vigente Código de Justicia Militar», en *Cuadernos de la facultad de Derecho*, núm. 10, 1985, pp. 73-104.

Millán Garrido, A, «Las excusas absolutorias en el Código Penal Militar», en *Revista española de derecho militar*, núm. 65, 1995. pp. 143-202.

Miró Llinares, F, «La oportunidad criminal en el ciberespacio», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-07, 2011, pp. 1-55.

Mir Puig, S, «Bien jurídico protegido y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 14, 1989-1990, pp. 203-216.

Mir Puig, S, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Reppertor, Barcelona, 2006.

Mir Puig, S, «El delito de coacciones en el Código Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc/Mes 2, 1977. pp. 269-306.

Mir Puig, S, «límites del normativismo en derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-18, 2005, pp. 1-24.

Molet, L, *Historia del Derecho Romano*, imprenta de Victor Berdós y Feliu, Barcelona, 1880.

Mommsen, T, *Compendio de Derecho Público Romano*, Anacleto, Navarra, 1999.

- Mommsen, T, *El Derecho Penal Romano*, T. II, Anacleto, Navarra, 1999.
- Mommsen, T, *Historia de Roma, libros I y II, desde la fundación de roma hasta la reunión de los estados itálicos*, Epublibre, s.l.i., 2013.
- Mommsen, T, *Historia de Roma, libro III, desde la reunión de Italia hasta la sumisión de Cartago y Grecia*, Epublibre, s.l.i., 2013.
- Mommsen, T, *Historia de Roma, libro IV, La Revolución*, Epublibre, s.l.i., 2013.
- Montoro Ballesteros, M.A, «En torno a la idea del delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)», en *Anales de derecho*, núm. 18, 2000, pp. 131-136.
- Montull Lavilla, E, en Cobo del Rosal, M; Bajo Fernández, (Coords), «La reforma de los delitos contra la defensa nacional», *Revista de derecho público*, Tomo X, 1989, pp. 1-631.
- Mosca, G, *Historia de las doctrinas políticas*, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1941.
- Muro Martínez, J, *Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes de Estilo y Ordenamiento de Alcalá*, Imprenta de Caviria y Zapatero, Valladolid, 1874.
- Muñoz Conde, F, «De nuevo sobre “el derecho penal del enemigo”», en *Revista Penal*, núm. 16, 2005, pp. 123-137.
- Muñoz Conde, F, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

Muñoz Conde, F, «¿Es el Derecho penal internacional un “derecho penal del enemigo”?»», en *Revista penal*, núm. 21, 2008, pp. 93-102.

Muñoz Conde, F; García Arán, M, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

Nieto Fernández, I, «La letalidad del ciberterrorismo», en *Revista General de Marina*, núm. 275, 2018, pp. 133-142.

Núñez Barbero, R, «Derecho penal militar y Derecho penal común», en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo 24, Fasc/Mes 3, 1971, pp. 713-768.

Olof, P, «Locke, Las bestias salvajes y el derecho a destruirlas», en *Revista de Filosofía*, núm. 67, 2011, pp. 233-250.

Orlandis, J, *Historia del Reino Visigodo Español*, Rialp, Madrid, 2003.

Orlandis Rovira, J, «La Paz de la Casa en el Derecho Español de la Alta Edad Media», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 15, 1944, pp. 107-161.

Orlandis, J, «Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta edad media», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 16, 1945, pp. 112-192.

Otero Varela, A, «El Riepto en los Fueros Municipales», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 29, 1959, pp. 153-174.

Palomeque Torres, A, «Contribución al Estudio del Ejército en los Estados de la Reconquista», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 15, 1944, pp. 205-351.

Pannain, R, «Sulla diserzione al nemico», en *Archivio Penale I-I*, Roma, 1945.

Peña Echeverría, J, «Rousseau y la idea de comunidad política», en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 11, 1995, pp. 126-143.

Peña González, J, *Derecho y Constitución*, Dykinson, Madrid, 2003.

Peña González, J, *Historia Política del Constitucionalismo Español*, Prensa y Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1995.

Pawlik, M, *La pena retributiva y el concepto de delito*, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

Pérez Carrandi, J, *La alta traición en el Derecho Penal romano monárquico-republicano: de la perduellio a la maiestas*, Tesis doctoral, Universidad Complutense, 2018.

Pérez del Valle, C, «Deslealtad militar, deber de decir la verdad y posición de garante», en *Revista española de derecho militar*, núm. 77, 2001, pp. 231-248.

Pérez del Valle, C, «En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos», en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 2006, pp. 1-17.

Pérez del Valle, C, «La Fundamentación Iusfilosófica del Derecho Penal de Enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 10, 2008, pp. 1-14.

Pérez del Valle, C, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, Dykinson, Madrid, 2017.

Pérez del Valle, C, «Rebelión y violencia, (reflexiones en torno a la aplicación del delito de rebelión en el “caso del 1 de octubre de 2017”»), en *La Ley Penal*, núm. 135, 2018, pp. 1-19.

Pérez del Valle, C, «Sobre los orígenes del “Derecho Penal de enemigo”», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 75, 2001, pp. 597-614.

Pérez Lorca, B, «El delito de Sedición Militar», *Revista general de derecho penal*, núm. 26, 2016, pp. 1-13.

Pérez-Prendes, J.M, *Breviario de Derecho Germánico*, Beramar, Madrid, 1993.

Pérez-Prendes, J.M, *Historia del Derecho Español*, Universidad Complutense, Madrid, 2004.

Pérez-Prendes, J.M, *Instituciones medievales*, Síntesis, Madrid, 1997.

Pérez-Prendes, J.M, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

Pérez Sánchez, D, *El Ejército en la Sociedad Visigoda*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1989.

Polaino Navarrete, M, «Revista de Libros: Amelung Knut: *Rechtsgüterschutz una Schutz der Gesellschaft*», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Fascículo 2, 1973, pp. 439-449.

Polaino-Orts, M, *Libro homenaje al profesor Günter Jakobs, el funcionalismo en derecho penal*, Montealegre Lynett (coord.), Tomo II, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Querol y Durán, F, *Principios de Derecho Militar*, T. II, Editorial Naval, Madrid, 1948.

Quero Rodiles, F, *Introducción a la teoría de la Seguridad Nacional*, Servicio de Publicaciones del EME, Madrid, 1989.

Quintero Olivares, G, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, Cymys, Barcelona, 1974.

Rodríguez-Cano Giménez-La chica, E, C, *El delito de atentado y los profesionales de la administración de justicia*, tirantonline.com, documento TOL. 3.671.034, 2013.

Rodríguez Devesa, J.M, *Derecho Penal Español Parte General*, Ediciones Castilla, Madrid, 1970.

Rodríguez Mesa, M.J, *Los delitos de daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Rodríguez Ramos, L, «Hacia una teoría de las fuentes materiales del Derecho penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 34, Fasc-Mes 2-3, 1981, p. 721-738.

Rodríguez Santisteban, J.A, *Los delitos contra el patrimonio en el Código Penal Militar*, Reus, Madrid, 2017.

Rodríguez-Villasante, J.L; Javier de León Villalba, F; Juanes Peces, A, (Directores), *El Código Penal Militar de 2015, reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Rodríguez Villasante y Prieto, J.L, «El Derecho Militar del Siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario», en *Revista española de derecho militar*, núm. 77, 2001, pp. 91-134.

Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., «Los Principios Generales del Código Penal Militar», en *Boletín de Información*, núm. 196-X del CESEDEN, noviembre 1986, pp. 1-41.

Roig Torres, M., *El concurso ideal de delitos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

Roig Torres, M., *El delito de atentado*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

Rousseau, J.J., *El Contrato Social*, Altamira, Madrid, 1983.

Rousseau, J.J., *Escritos sobre la paz y la guerra*, Civitas, Madrid, 1982.

Roxin, C., *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.

Roxin, C., «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15-01, 2013, pp. 1-27.

Ruiz-Funes, M., *Evolución del delito político*, Biblioteca de la Cátedra del Exilio, Madrid, 2013.

Sánchez-Albornoz, C., *Estudios Sobre las Instituciones Medievales Españolas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1965.

Sánchez de Muniain y Gil, F, y Carrillo Alcañiz, M, «La lealtad en la filosofía de nuestra historia», en *Revista Ejército*, núm. 554, 1986, pp. 7-13.

Sánchez Estop, J.D., «El Sujeto y el Súbdito en el Leviathan de Thomas Hobbes», en *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, núm. 5, 1985, pp. 249-258.

Santalucia, B, *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, Giuffrè editore, Milano, 1998.

- Santos Yaguas, N, «Acusaciones de alta traición en Roma en época de Tiberio», en *Memorias de historia antigua*, núm. 11-12, 1990-1991, pp. 167-198.
- Schaffstein, F, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Dünker und Dunhaupt, Berlín, 1933.
- Schaffstein, F, «Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems», in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, pp. 295-336.
- Schmitt, C, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991.
- Schmitt, C, *La dictadura*, Alianza, Madrid, 1985.
- Schmitt, C, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1996.
- Schmitt, C, *Staat, Bewegung, Volk*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933.
- Schmitt, C, *Teología Política, cuatro ensayos sobre la soberanía*, Struhart & Cía, Argentina, 1998.
- Schmitt, C, *Teoría del partisano*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1966.
- Serrano Maíllo, A, «Elementos de autor en el asesinato», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 14, 1999, pp. 413-446.
- Serra Ruiz, R, «Finalidad de la pena en la legislación de Partidas», en *Anales de la Universidad de Murcia*, Murcia, 1963, pp. 199-257.
- Silva Sánchez, J.M, *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.

Silvela, L, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte Segunda, 2ª edición, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903.

Soler, S, «Derecho penal liberal, soviético y nacionalsocialista», en *Revista Cursos y Conferencias*, 1937, [s.p].

Tácito, C, *De vita Iulii Agricolaе, De origine et moribus Germanorum*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Telp, J, *Ausmerzung und Verrat: zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich*, Peter Lang, Frankfurt am main, 1999.

Teruel Carralero, D, «Evolución legislativa de los delitos contra el Estado», en *Revista española de derecho militar*, núm. 15, 1963, pp. 9-48.

Thomas, J.A.C, «Desarrollo del derecho criminal romano», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 32, 1962, pp. 7-24.

Thonissen, J.J, *Le Droit Penal de la République Athénienne*, Bruylant-Christophe & Comp, Bruxelles, 1875.

Tolomei, G.P, *Diritto e Procedura Penale*, Padua, 1875.

Tomás y Valiente, F, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969.

Tomas y Valiente, F, *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2010.

Torres Aguilar, M, *Manual de Historia del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2015.

Torres López, M, «El Estado Visigótico», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 3, 1926, pp. 307-475.

Torres López, M, «Naturaleza Jurídico-Penal y Procesal del Desafío y Riepto en León y Castilla en la Edad Media», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 10, 1933, pp. 161-173.

Truyol y Serra, A, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Vol. 2, Alianza, Madrid, 2007.

Truyol y Serra, A, «La guerra y la paz en Rousseau y Kant», en *Revista de estudios políticos* núm. 8, 1979, pp. 47-62.

Valdeavellano, L, *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*, Alianza, Madrid, 1986.

Valdeavellano, L, *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*, Ediciones Castilla, Madrid, 1968.

Vallejo Girvés, M, «Violación del Sacramentum y Crimen maiestatis: la cobardía en el ejército de roma», *Habis*, núm. 28, 1997, pp. 167-177.

Venditti, R, *Il diritto Penale Militare nel sistema penal italiano*, Guiffré Editore, Milán, 1985.

Varrón, M, T, *De Lingua Latina*, 1ª edición, Antrophos, Madrid, 1990.

Verri, P, «Le leggi Penale Militari dell'Impero Bizantino nell'Alto Medioevo», *Rassegna della Giustizia Militare Supplemento al núm. 1-2*, Roma, 1978.

Vigier, A, *Curso de Derecho Marítimo*, Subsecretaría de la Marina Mercante, Madrid, 1969.

Villamartín, F, *Nociones del arte militar*, Imprenta militar de D. P. Montero, Madrid, 1869.

Vismara, G, *Estudios Visigóticos I*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Sucesores de Rivadenayra, Roma-Madrid, 1956.

Villarroel González, O, «El crimen político en la Baja Edad Media: Entre la oposición política y el delito», *Clío y Crimen: Revista del centro de historia del crimen de Durango*, núm. 5, 2008, pp. 268-374.

Von Liszt, F, *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, 1995, Granada.

Weber, M, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

Welzel, H, *Derecho Penal, parte general*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956.

Welzel, H, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, editorial B de F, Buenos Aires, 2004.

Zaffaroni, E.R, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

Zaffaroni, E.R, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos aires, 1981.

Zeumer, K, *Historia de la Legislación Visigoda*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1944.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS TC

STC 21/1981, de 15 de junio

STC 31/2000, de 3 de febrero

STC 115/2001, de 10 de mayo

SENTENCIAS TS

STS (Penal) de 30 de junio de 1978

STS (Penal) de 3 de junio de 1989

STS (Penal) de 22 de marzo de 1991

STS (Penal) de 16 de julio 1991

STS (Militar) de 26 de septiembre de 1994

STS (Militar) 22 de febrero de 2007

STS (Militar) de 11 de diciembre de 2007

STS (Militar) 30 de enero de 2009

STS (Militar) 14 de diciembre de 2009

STS (Militar) 29 de enero de 2010

STS (Militar) 18 de marzo de 2010

STS (Penal) de 19 de febrero de 2014

STS (Penal) de 29 de enero de 2019

STS (Penal) de 18 de diciembre de 2019

STS (Penal) de 10 de diciembre de 2021