

Teoría general de las infracciones contra el Estado

DOMINGO TERUEL CARRALERO

Magistrado

SUMARIO: I. Parte general y Parte especial del Derecho penal.—II. Parte o teoría general de cada grupo de infracciones en particular.—III. Teoría general de estas infracciones en particular.—IV. Su colocación en los Códigos.—V. La dureza de sus sanciones.—VI. La progresión del delito.—VII. Concurso de delinquentes.—VIII. La frecuencia de los delitos de omisión.—IX. Aminoración específica de las penas.—X. La aminoración de las penas por el motivo.—XI. Las excusas absolutorias en estos delitos.—XII. Conclusión.—XIII. Bibliografía.

I. PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

La creación de la parte general del Derecho Penal es relativamente reciente. En su origen y durante mucho tiempo la legislación penal no fue más que una enumeración de actos prohibidos junto con la conminación de penas por su realización.

Un doble movimiento se advierte después como preludio y preparación de lo que había de ser la codificación. De un lado la caótica enunciación se va sistematizando en las compilaciones y recopilaciones, esbozándose agrupaciones de delito, según el bien que atacan, sobre ellas por una preocupación de lógica y de sistema, se ha de construir su agrupación o clasificación en los códigos, que aún no siendo perfecta supone un gran adelanto sobre la legislación anterior, por otra parte antes de la codificación se van decantando de las leyes, recopilados o no, principios generales que, por tanto, son comunes a todos los delitos o a un grupo de ellos. Esto último es obra de los «prácticos» que son los verdaderos creadores del Derecho penal, sus creadores históricos, dice Quintano (1).

(1) *Infracciones contra las personas*, página 3 y siguiente. Este autor estudia también en las páginas citadas la creación de la parte general y el intento de crear una Parte General de la Parte especial, vislumbrando una Parte General en ALFONSO DE CASTRO, COVARRUBIAS y PLAZA DE LA MORAZA. Véase también JIMÉNEZ ASEÑO, *Teoría general del Derecho Penal General*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, aunque el problema se

Así las cosas, el filosofismo iluminista en sus abstracciones lógicas quiere poner un orden racional en esta legislación, para ello estudia el delito y no los delitos, la pena y no las penas, como abstracciones fundamentales que han de preceder al estudio de los delitos y de las penas y al racionalizar y sistematizar la ley penal en los códigos, el concepto de delito, la enumeración de las penas, su duración y determinación de sus efectos se consignan en su abstracción en el principio de dichos textos legales, junto con las garantías penales, suprema razón política de ellos.

A continuación, en una especie de desdeñada segunda parte, se enumeran los delitos, pero ya agrupados de manera más lógica formando grupos con los que tienen elementos comunes, que los une entre sí y los diferencia de los demás, el más fundamental, el bien jurídico que atacan, indicando su orden de colocación la gravedad que tienen para el legislador los delitos que los forman.

Queda así el Derecho y la ley penal escindidos en dos bloques, que debiendo ser continuación uno de otro parecen paralelos, sin que entre uno y otro haya más puente o comunicación que la aplicación en la práctica judicial de los principios de la parte general a cada delito considerado para su punición. Doctrinalmente no existe tal puente o comunicación, además se observa que por la dramática atención que merecen los delitos de sangre o contra las personas, y la frecuencia de los contra la propiedad o patrimoniales, la parte general de los tratados y las normas generales de la ley penal se construyen, sobre todo, con principios deducidos de la dinámica de aparición de estos delitos, así la teoría de la causalidad se construye fundamentalmente sobre el homicidio y las lesiones.

II. PARTE O TEORÍA GENERAL EN CADA GRUPO DE INFRACCIONES EN PARTICULAR

De esta manera la parte general y las normas abstractas sentadas al principio de los Códigos penales, con ambición de universalidad para todos los delitos que se van a enumerar, pueden ser aplicados directamente a los que hemos mencionado, pero no es tan fácil su aplicación respecto a otros delitos de los que, por su infrecuencia o falta de sangriento relieve, no se han deducido principios a consignar en los lugares indicados del Derecho y de la ley penal.

El estudio de éstos necesita un puente o comunicación y se ha intentado por los positivistas, que crean lo que por su director pueden llamarse Enciclopedia o Tratado Florián en la que, si bien éste como jefe del equipo se encarga de la parte general, él mis-

vea desde muy distinto punto de vista. PACHECO quiere ver en el Fuero Real de Castilla una obra casi filosófica (pág. XXXIX).

mo y los demás componentes (2) van estudiando los diversos grupos de delitos encabecando su estudio con consideraciones generales sobre ellos, buscando las analogías entre sí y las diferencias con los demás, y sobre todo las modalidades de aplicación a ellos de los preceptos consignados en la parte general, constituyendo una parte general de cada grupo de delitos, o más ampliamente infracciones, que, huyendo de equívocos, prefiero llamar teoría general de cada grupo de infracciones en particular (3).

III. TEORÍA GENERAL DE ESTAS INFRACCIONES EN PARTICULAR

Creo que este sistema es fundamentalmente necesario para las infracciones contra el Estado, por lo caótico, a veces contradictorio y a veces reiterativo de los preceptos dedicados a su punición, por la poca influencia que la dinámica de su aparición ha ejercido en la elaboración de la parte general del Derecho y de las normas generales de la ley penal, al atenderse frecuentemente a su punición por medio de leyes especiales dictadas por la necesidad del momento y que luego sin orden ni sistema se mezclan y añaden a las figuras de delito, que ya estaban en los códigos, por lo que es particularmente difícil su aplicación a ellos de las normas generales dictadas y deducidas para delitos, y de delitos que aún no existían como tales cuando se dieron. Es más, creo, que sin esta teoría general de las infracciones contra el Estado, es imposible aclarar y sistematizar los preceptos del Código, creados para su sanción, preparando el expositor con su labor la simplificación que el legislador ha de realizar.

Esto es bien distinto de la creación de una parte general de los delitos en particular incongruente hasta su enunciación, por lo que hasta para borrar el recuerdo de los intentos realizados para ello, rehuyamos hablar de estas consideraciones generales de parte general de las infracciones contra el Estado refiriéndolas a una teoría general, que por comprender también, cuando sea posible y necesario, las faltas degradación de estos delitos no la refiramos exclusivamente a éstos, sino también a aquellas microinfracciones

(2) ANGELOTTI: *Contro il patrimonio*. LOMBARDI: *Contro la fede pubblica*. FLORIÁN: *Contro il sentimento religioso e la pietá dei defunti; contro la libertà individuale; contro la sicurezza dello Stato*. ZERBOGLIÓ: *Contro l'ordine pubblico*. LEVI: *Contro la pubblica amministrazione*. ALTAVILLA: *Contro la persona; contro la integritá e la sanità della stirpe*. MANFREDINI: *Contro la moralità. contro la famiglia*. JANNINI-PIROMALLO: *Contro l'amministrazione della giustizia*. BERENINI: *Contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*. ZERBOGLIO: *Contro la pubblica incolumità*. SABATINI: *Delle contravvenzioni*.

(3) He seguido este sistema en *Las Faltas*. BOSCH. Barcelona, 1956, y creo haber conseguido, respecto a su exposición, la clarificación y sujeción a un orden lógico que buscaba. Esta creencia, cierta o no, me ha animado a intentarlo ahora respecto a estas infracciones, que en la escala de gravedad de sanciones están al otro extremo, pero cuyo ordenamiento en nuestro sistema primitivo adolece de igual falta de lógica y de sistema que aquéllas.

comprendidas en la denominación genérica de infracciones y prescindamos de la atribución o referencia a la «seguridad» del Estado con que figuran en los Códigos, por creer que todas las infracciones lo son contra la seguridad en el disfrute de un bien jurídico, y que el empleo de la expresión entrecomillada ha sido perturbador y en gran parte causante del estancamiento en el estudio de ellas.

IV. SU COLOCACIÓN EN LOS CÓDIGOS

El primer problema es el de la colocación de estos delitos en los Códigos, existiendo dos sistemas. Uno basado en el argumento no desdeñable desde el punto de vista liberal, de que siendo el Estado para el individuo y no al revés, atiende primero a la protección de los bienes individuales como hacen los Códigos argentinos del 22, peruano del 24, suizo del 37, brasileño del 40, y costarricense del 41, dejando para su final la enumeración de esta clase de delitos, mientras el otro, que siguen los demás Códigos, empieza la enumeración con los delitos contra el Estado como bien jurídico fundamental.

Esta práctica legislativa no se debe, como cree Quintano (4), a una laización de los delitos contra la Divinidad, ni siquiera a una divinización del propio Estado en Códigos que son la inmediata consecuencia del triunfo de las doctrinas individualistas, de la reacción contra el excesivo poder del Estado personificado en el Rey, sino que tiene una fundamentación más lógica, tanto desde el punto de vista cualitativo, como desde el cuantitativo.

Si el Estado tiene como suprema función el aplicar el Derecho, más aún, es el encargado de decirlo, de hacerlo nacer, si es la fuente por donde éste mana y si la protección de los derechos se realiza mediante fórmulas a ello encaminadas que son los delitos, la protección de esta protección se realiza con los delitos creados para la del Estado y la libre actuación de sus órganos. El Estado obra como el prudente jardinero que se ocupa, ante todo, de que el manantial que ha de fecundar su jardín, el jardín donde viven los derechos y existe su protección, no tenga obstáculos en su fluir y de que esté protegido por una defensa o seto contra los fuertes agentes exteriores que pudieran destruir lo que dentro de él nace y se desarrolla, es decir, destruir el Derecho al destruir el Estado. Esta es la razón cualitativa de su colocación.

Si la colocación en el Código de los grupos de delitos se hace por razón de su gravedad, podemos observar que si es grave el daño producido por el asesino, el violador o el ladrón, éste está circunscrito a una persona determinada, ¿pero a qué persona determinada se puede circunscribir el daño producido por el traidor?, ¿cuántos asesinatos, violaciones y daños contra la propiedad cau-

(4) *Infracciones*, pág. 15.

sará la declaración de una guerra a España? ¿No es más grave delito inducir a una determinada potencia a declararla o el de declarada informar al enemigo sobre la situación de fuerzas propias para que al subsiguiente bombardeo mueran millares de soldados, quizá mientras duermen? Esta es la razón cuantitativa de su preferente colocación.

Sólo es válida la razón, admitida por Quintano (5), de que pudiendo consistir estos delitos en el homicidio del Jefe del Estado, en las injurias a la autoridad o en el allanamiento del Palacio de las Cortes, por ejemplo, se ha de fijar previamente el concepto jurídico de homicidio, injuria o allanamiento para la comprensión de aquellos delitos, pero esta razón sólo es válida en un aspecto docente, por lo que se ha de circunscribir a la exposición para estudiantes o estudiosos en compendios y tratados, pero no para la ley penal, pues el intérprete, al que ésta va dirigida, ha de haber rebasado ya el ciclo de su aprendizaje y formación profesional, en que sería conveniente la preferencia de conceptos sugerida.

V. LA DUREZA DE SUS SANCIONES

La gravedad cualitativa y cuantitativa de estas infracciones justifica la gravedad proporcional de las penas impuestas que se señalan como su característica y que lo ha sido históricamente (6). Pero esto sólo es cierto en parte y se justifica en los delitos más graves, entre ellos los que suponen un seísmo político y social, como la traición y rebelión, por ejemplo.

Están otros en que la dureza, aunque menos si no se justifica, se explica por tratarse de ataques a órganos esenciales que promueven la formación de las leyes y que además los Códigos reciben como herencia de la legislación que derogan, pueden servir de ejemplo la mayor dureza de los delitos contra el Consejo de Ministros, transplantado de las leyes antiguas, respecto a la mayor benignidad de los delitos contra las Cortes que sin tradición alguna crean los Códigos ya históricos.

Aún hay otros en que se establece la misma penalidad, para el delito contra la Autoridad, órgano del Estado, que contra el particular, como la calumnia al Ministro o Autoridad del artículo 244 y la calumnia contra el particular del 455, y aun una penalidad me-

(5) Páginas y *Obra citada* en la nota anterior.

(6) Su sanción en la historia la expongo en *Evolución legislativa de los delitos contra el Estado*. «Revista Española de Derecho Militar». Enero-Julio 1963. En este trabajo expongo también los motivos históricos que llevaron a la denominación de estos delitos como «contra la seguridad del Estado», razón por la que no la expongo en este lugar. Debe perdonárseme esta autocita y alguna otra que aún haré por constituir este trabajo un aspecto que de la exposición de esta materia vengo haciendo en otros análogos, que no son más que exposiciones parciales de un pensamiento central que en ellos se va desarrollando.

nor que la de su delito paralelo situado en otro lugar del Código, como los delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia de los artículos 192 y 366.

La tónica de la gravedad de las sanciones no se sostiene sólo por las conminadas directamente en el Código para la mayoría de estos delitos, sino que busca otros caminos para atlorar, tiene expresiones distintas, que van a ser consideradas en esta exposición en los inmediatos epígrafes.

VI. LA PROGRESIÓN DEL DELITO

Desde que nace en la mente del agente la idea de realizar un acto que constituye infracción hasta que ésta se realiza hay un largo camino que suele llamarse el *iter criminis*, que por fortuna no siempre se recorre completo, y que tiene diversas etapas. Esta progresión o camino, esta diferencia de sus etapas, tienen respecto a estos delitos características especiales, cuyo análisis y consideración es una de las razones que justifica la existencia de esta teoría o parte general de este grupo de infracciones en particular.

Dejando aparte la fase interna de tentación, deliberación y resolución que sólo tienen valor moral o religioso, por lo que el análisis jurídico ha de empezar cuando esta resolución se manifiesta ya en los actos preparatorios, sobre los que los Códigos no hacen declaración general, o sólo la hacen como el portugués para declarar que no son punibles, y que cuando inequívocamente se dirigen a la realización de un acto criminal suelen considerarse ya comprendidos en la tentativa, ya en la proposición, la provocación y la conspiración, sobre lo que no es unánime el sistema de los Códigos ni aun de los patrios (7).

Así nuestro Código del 48-50 (art. 4) y el del 28 (art. 36) las establecen como grados generales de ejecución, el del 70 (art. 4) y el del 32 (art. 4) sólo declaran punibles la proposición y la conspiración cuando se establezca expresamente. El Código de justicia militar de 1390 remite a estos efectos al Código penal común que era el del 70. Es de notar que en estos últimos Códigos sólo se declaraba especialmente su punición en alguno de estos delitos.

En la legislación penal actual del Código penal común (art. 3)

(7) Es más unánime la opinión de los autores, pues ya PACHECO creía que la proposición y la conspiración quedarían, sobre todo, para los delitos que llamaba políticos y, desde luego, colectivos (tomo I, pág. 101 y siguiente), considerando peligroso extenderlo a todos, debiéndose reservar sólo a aquellos que cuando pasan a más son revoluciones (pág. 106), opinión coincidente con el Colegio de Abogados de Madrid, expuesta cuando se realizó el endurecimiento del Código del 48, que fue el del 50, y es también ésta la opinión de los comentaristas de los Códigos posteriores que se suceden: GROIZARD (t. I, pág. 120), VIADA (t. I, pág. 77), FERRER SAMA, que cree no deben castigarse más que en graves delitos contra la seguridad del Estado, consignándolo en la Parte especial, pues en otro caso sólo merecerían una medida de seguridad por el peligro social revelado (t. I, pág. 78).

y del Código de justicia militar de 1945 (art. 184), se vuelve al sistema de considerar punible para todos los delitos la proposición, la provocación y la conspiración para delinquir, pero de tal manera parece que estos grados de ejecución sólo son aplicables a los delitos contra el Estado, ya que quizá por nuestra formación en el estudio de la doctrina y de los Códigos anteriores, es difícil pensar y calificar un hecho como proposición para el asesinato o de conspiración para la violación que no se intentan, que además sigue estableciéndose la punición de estos grados de ejecución en determinados delitos que son precisamente los contra el Estado, lo que nos obliga a la consideración detenida de ellos.

En cuanto a la provocación parece, por su naturaleza, que sólo puede tener lugar dirigida a una multitud, que sólo es posible en los delitos multitudinarios o colectivos que sólo tienen alguno de los delitos aquí considerados, aunque como ejemplo de cátedra puede hablarse de la dirigida a una multitud enfurecida, proponiéndole el linchamiento de alguna persona a la que se crea o sea responsable del delito cuyo conocimiento causó la irritación multitudinaria, o al allanamiento y saqueo de un establecimiento mercantil en el que en época de escasez se abuse del hambre general.

Respecto a la proposición es cierto que bajo la vigencia del Código penal actual el Tribunal Supremo ha declarado su existencia en las reiteradas instancias y gestiones de un individuo para que su amante consintiese el aborto que no se llegó a realizar (8), sin que tan alto Tribunal haya declarado en ningún otro caso la existencia de este grado de ejecución y en ninguno de la conspiración, tampoco el Consejo Supremo de Justicia Militar haya declarado, que yo sepa, la existencia de ninguno de los tres en delitos no comprendidos en esta agrupación.

El señalamiento de penas distintas y diferenciadas de las que resultarían de la aplicación del principio general de punición de estos grados, sólo puede atribuirse al deseo de agravación de penas para estos delitos de que ya hemos hablado en epígrafe anterior, así según el artículo 52 a los autores de la proposición, la conspiración o provocación de un delito se le impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, al autor en estos grados de ejecución de la muerte del Jefe del Estado, que tiene fijada la de reclusión mayor a muerte, podría imponérsele la de prisión mayor si el artículo 143 no fijase para este caso y este grado de ejecución la de reclusión menor.

Este endurecimiento o agravación se consigue igualando en penalidad la realización en estos grados con el delito consumado, como cuando el artículo 169 del Código de justicia militar faculta al Tribunal a imponer para la conspiración y la proposición para la traición la pena señalada para la traición consumada.

(8) Sentencia 5 de febrero de 1954.

Más frecuente es que la agravación se consiga adelantando, porque la ley lo quiere, el momento consumativo de la acción, es decir, castigando como consumados delitos que aún no lo son, como el inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra a España, aunque ésta no se declare (art. 120), provocar con actos ilegales la declaración de guerra a España (art. 127), aunque no lleguen a declararse, realizar actos encaminados a abolir la Religión católica, apostólica y romana, como Religión del Estado (artículo 205), que no se pide que temporal o momentáneamente se haya conseguido, la colocación de explosivos con el fin de atentar a la seguridad del Estado, aunque no lleguen a estallar (núm. 3.º del art. 266), como ejemplos más claros.

Aún más, respecto a los actos preparatorios, algunos se castigan como delitos contra el Estado, aunque no se demuestre que inequívocamente estaban dirigidos a su ataque, como la tenencia de armas del artículo 254 y de explosivos del número 3.º del artículo 264 y aunque llegue a demostrarse que su realización no tiene este fin, como en el artículo 256, de tan extraña dureza, que sólo podría mitigarse con la proposición de indulto por el mismo Tribunal sentenciador al amparo del párrafo 2.º del artículo 21.

VII. CONCURSO DE DELINCUENTES

Más que en otro alguno busca el legislador en estos delitos la ejemplaridad de la sanción, para evitar que desaparezca con la impunidad se establece la responsabilidad en cascada de los autores de delito de imprenta (arts. 13 y 15), medio frecuentemente empleado en la comisión de estos delitos, y se penalizan infracciones administrativas respecto a impresión de folletos o periódicos, aunque no se haya cometido con estas infracciones actos que en sí sean delitos (núms. 2.º y 3.º del art. 165) y estableciendo una responsabilidad para los impresos clandestinos (núm. 1.º del art. 15) que Quintano (9) y Ferrer (10) creen en cascada mientras Cuello Calón (11) teme con Silvela (12) que se trate de volver a la responsabilidad de los editores, en todo caso.

Pero la ejemplaridad con la agravación de las penas (véase V) se busca también en la coautoría, pues no sólo se castiga a los autores cómplices y encubridores de éstos como en todos los demás delitos (art. 12), sino también agravando, estableciendo una nueva y más dura penalidad para los que entre los autores resulten jefes de los que cometen esta clase de delitos, muchos de naturaleza multitudinaria.

Se puede determinar así: en el de piratería para el jefe, capi-

(9) *Compendio*, t. I, pág. 396.

(10) T. II, pág. 62.

(11) T. I, pág. 604.

(12) T. II, pág. 249 y siguiente.

tán o patrón pirata (núm. 5.º del art. 139); para los promovedores directores o presidentes de manifestaciones de los alrededores del Palacio de las Cortes (art. 150); para los que ejerzan mando en la fuerza armada que presente colectivamente peticiones a las Cortes (art. 174); para los promotores o jefes de los que entablen lucha armada para cambiar la forma de Gobierno (art. 163); para los directores o promotores de cualquier reunión o manifestación ilegal (arts. 167 y 168); para los que no se disolviesen al requerimiento de la autoridad (art. 160); para los fundadores directores y presidentes de asociaciones ilícitas (arts. 164, 65 y 66), y para los fundadores de establecimientos de enseñanza contrarios a las leyes (art. 177). Para cuando no esté expresamente determinado, el propio Código dice quién ha de entenderse por jefe (art. 268 bis).

Respecto a la rebelión el Código penal ordinario establece tres clases de autores: Los inductores, determinadores y sostenedores de la rebelión: los que ejercen mando subalterno, y los meros participantes (art. 215), que repite respecto a los autores de sedición (art. 219).

En el Código de justicia militar, en el que, como es natural, el grado jerárquico ha de jugar un más relevante papel, por ello se destacan la responsabilidad de los jefes militares y no militares de los delitos de traición enumerados en los tres primeros números del artículo 258 al establecer el párrafo 2.º de este tercer número la pena de reclusión mayor a muerte para los no jefes, mientras es la indivisible de muerte la conminada con carácter general. En el delito de rebelión no sólo establece pena mayor para su jefe o el que ejerza mando de compañía o unidad superior (art. 288), sino que establece otras tres clases de autores: los que sin ser jefes tomen parte en ella, con la que se identifican; los auxiliadores (art. 289), y los provocadores e incitadores de estos delitos (artículo 290). Resultando así cuatro graduaciones en la penalidad por su participación en él y, aunque parece que con ello no queda espacio para la consideración de cómplices y encubridores el párrafo 2.º del artículo 294, aún habla de estos grados de participación.

Aún quedan otras responsabilidades penales derivadas de este delito a las que el Código da cierta autonomía, aunque no sean más que maneras, si no de participar, de coincidir en él, en el ya cometido, como los que no siendo rebeldes se ofrezcan para desempeñar cargo a sus órdenes o reciban nombramiento de ellos (párrafo 2.º del art. 293), o los inferiores que continúen desempeñando bajo el mando rebelde las funciones que tenían antes de la rebelión (párrafo 3.º del art. 293).

En la sedición militar no sólo se castiga con mayor pena al jefe o promotor, sino extremando el afán sancionatorio ejemplarificador, se castiga con pena mayor al de mayor empleo de los sedicionados y en caso de tener varios el mismo, al más antiguo (pá-

rrafo 2.º del art. 295), que aún se extrema más cuando no pudiéndose determinar el que, estando la tropa sobre las armas, dé una voz sediciosa, castiga a los que estén más próximos al lugar de donde a juicio de los jefes que estén presentes, hubiese salido la voz (párrafo 2.º del art. 296) (13), y cuando se dan extrañas normas para determinar quién es el jefe por la colocación de la firma en el escrito sedicioso (art. 300).

VIII. LA FRECUENCIA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

En grupo alguno de delitos se castigan expresamente tantos cuya característica es la omisión como en estos de que nos ocupamos.

Tiene este carácter en el Código penal ordinario entre los catalogados por Jiménez de Asúa (14): el acto realizado por el funcionario público al dilatar el cumplimiento del mandamiento judicial de libertad (art. 185); el del funcionario de prisiones que recibiese a una persona en calidad de detenido y no lo pusiese en el tiempo prescrito en conocimiento de la autoridad judicial o le ocultare su existencia (núm. 1.º y 2.º del art. 187), o no lo pusiese en libertad en las setenta y dos horas siguientes a las que se le hubiese entregado detenido y no se hubiese decretado la prisión (núm. 2.º del art. 187); la autoridad judicial que no constituya en prisión por auto motivado a cualquier detenido dentro de las setenta y dos horas siguientes haberse acordado su detención (número 1.º del art. 188); el de el secretario judicial que dejase pasar dicho plazo sin notificar el auto constituyéndole en prisión o dejando sin efecto la detención (núm. 4.º del art. 188) o dilatare indebidamente la notificación del auto alzando la incomunicación o poniendo en libertad a un preso (núm. 5.º del art. 188), o dilatare dar cuenta de cualquier solicitud de libertad (núm. 6.º del artículo 188); el del funcionario público que después de disuelta una manifestación o reunión o suspendida cualquier asociación se negase a poner en conocimiento de la autoridad que lo reclamare los motivos por los que la acordó (art. 195), que son penalizaciones del incumplimiento de deberes profesionales establecidos en las leyes, en busca de una mayor protección de los derechos individuales, pero que dejan subsistente la responsabilidad de tipo disciplinario que puede exigirse paralelamente.

También existen otros casos en el Código penal ordinario como el de las autoridades, sean o no de nombramiento directo (núm. 1.º y 2.º del art. 228), que no resistieren a la rebelión o sedición, que

(13) QUINTANO RIPOLLÉS ha estudiado este extraño pretexto en *La Culpa en el Derecho Penal Militar*, julio-diciembre 1957. También lo ha estudiado JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *En torno al requisito de culpabilidad en nuestro delito de sedición militar*. Ambos en la «Revista Española de Derecho Militar».

(14) T. III, pág. 435.

lo son de omisión de la acción esperada y exigible de ellos por su condición de autoridad, de inacción, donde es de esperar la acción, que se ha de suponer realizada por quien no sea rebelde, o sedicioso, ni quede inactivo para facilitar la rebelión o sedición, pues, entonces, al faltar el hacer, pero existir el querer (Mezguer), constituirían delitos de comisión por omisión al cooperar al logro de una mutación en el mundo exterior, no haciendo lo que se esperaba del agente que es la característica de estos delitos (15), fácilmente imputable como auxilio o complicidad en ellos (16).

El Código de justicia militar repite el tipo de no resistencia de las autoridades en la rebelión (art. 293) y establece el de no dar parte a sus superiores de que se intenta cometer el delito de traición, que llega hasta conminar para el omisor la misma pena que para el traidor (art. 267) (17).

IX. AMINORACIÓN ESPECÍFICA DE LAS PENAS

El afán intimidador y ejemplarificador que se manifiesta en la dureza de las penas conminadas, se atenúa a veces por el propio legislador en los casos concretos en que la gravedad disminuye y la sanción resultaría cruel por desproporcionada, con el daño resultante aún dentro de la tónica general de dureza.

Esta aminoración se consigue en el Código penal estableciendo dos penas, según la gravedad del delito, de la manera que se hacen en los demás, como en las injurias al Jefe del Estado (art. 146), a los ministros (art. 161) o a los miembros de las Cortes (artículo 157), o por la extensión, también como en los demás delitos, del daño producido, como en la inducción a declarar la guerra a España si no llega a declararse (párrafo 2.º del art. 127), la piratería, tan próxima al antiguo corso, contra los súbditos de una nación que no estuviese en guerra con España (párrafo 2.º del artículo 138) o cuando la sedición no hubiese embarazado de modo grave el ejercicio de la autoridad, ni hubiese dado lugar a la perpetración de delitos graves (art. 224), o cuando es nula o escasa la peligrosidad del sujeto, como en el caso del que tiene un arma prohibida, o por estar gravemente amenazado (art. 256), a que ya hemos aludido.

(15) JIMÉNEZ ASÚA: Obra y tomos citados, pág. 400.

(16) Existen otros, como los artículos 357, 359, 365, 366, 369, 371, 372, 381, 394, 395, 398, que aun refiriéndose a funcionarios públicos no puede decirse que sean delitos contra el Estado, en la amplitud que a éstos da el Código. También existen numerosas faltas de omisión de las que no nos hacemos cargo por ser ajenas a nuestro estudio.

(17) Existe, además, un grupo de delitos de negligencia, se sobreentiende en cumplimiento de deberes militares (cap. VIII del Tít. XII) y aún en las Ordenanzas militares se establecen sanción disciplinaria para «el que disimular cualquier desorden o especie prohibida si no diese puntual noticia a su jefe, a la guardia o a la persona que más prontamente pudiera tomar providencia».

No son tan frecuentes estas aminoraciones en el Código de justicia militar, dado los amplios márgenes de arbitrio concedido en él en la aplicación de las penas, que llega como en el auxilio de la rebelión de los seis años y un día de prisión a los veinte años de reclusión, pero aún así se establece la aminoración en los casos en que existiendo una excusa absoluta para los meros ejecutores, no puede aplicarse a los jefes como en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 294, o cuando el sedicioso no persevera en su actitud, como en el caso del artículo 297.

X. LA AMINORACIÓN DE LAS PENAS POR EL MOTIVO

Se ha tratado de buscar una aminoración más fundamental basándose en el motivo que guía a los autores de estos delitos, buscándola y fundamentándola en el delito político, concepto que ha acabado naufragando en un mar de tinta, producido por la pasión que despertaba su consideración en la que bajo aspecto y técnica penal se enfrentaban concepciones y aun momentáneas posiciones políticas.

Históricamente su creación es la reacción frente a la extensión y crueldad de las penas conminadas por los delitos contra el Estado y contra el Rey que lo personificaba, recuerdo aún del crimen *maiestatis*, es Beccaria, con la extraordinaria difusión de su obra, el que da universalidad a la idea de que los autores de esta clase de delitos, por la ausencia de ilicitud que los guiaba, habían de beneficiarse del privilegio de una sanción especialmente benigna (18), que encuentra apoyo en el propio Carrara, que llega a proclamar que los ataques al Estado no tienen encuadramiento en lo penal (19), llamados políticos estos delitos por Klutt a quien siguió, popularizando la denominación *Filangieri*, que tiene ya que delimitar su territorio reduciéndolo a los ataques contra la constitución del Estado y la soberanía (20).

Alcanzan su máxima popularidad cuando en 1830 Rusia, inviablemente cruel, cualquiera que sea su régimen, aplasta una sublevación polaca con la misma ferocidad que en nuestros días aplastó la húngara, y aquellos rebeldes vencidos pasean por Europa el airón de su patriotismo desgraciado y producen tal estado de opinión que en la República coronada de Luis Felipe, en la ley de 18 de octubre de dicho año, si no se definen, por que es imposible dada la diversidad de opiniones (21), sí se dice qué de-

(18) Cap. VIII.

(19) Parágrafos 3.916 a 3.919.

(20) Libro 3.º, Parte 2.ª.

(21) Tan es así, que mucho después, en 1915, cuando la pasión se ha calmado, puede agruparlas FLORIÁN en cinco grupos: el de los que los caracteriza por la índole del derecho lesionado por el objeto del delito, como ROSSI; los que estiman que el fin y el móvil es el criterio determinante, como ORTOLÁN; los que los caracterizan por el modo o forma de ejecución,

litos se consideran políticos para que sus autores sean tratados con una benignidad especial (22), estado de opinión que en España tiene la consecuencia del establecimiento de dos escalas de penas: en el Código penal de 1870 y la enumeración en el Decreto de 15 de febrero de 1873, de qué delitos habían de tener un trato penitenciario más benigno (23).

Sin embargo, esta romántica concepción de los delitos políticos no llega a dominar en lo que aún queda de siglo. Las atrocidades anarquistas y terroristas provocan a su vez una reacción que borra la primera, y llega en oscilación pendular a que, sobre todo el terrorismo, sea castigado más severamente que los delitos comunes. Mientras y aparte va abriéndose camino dentro del Derecho penal la valoración de los motivos que impulsan a la acción.

Por otra parte, la aparición de la delincuencia política mercenaria, casi siempre terrorista, la realidad de agitadores que cobran por la agitación y viven de ella, y de individuos que sin lucro personal realizan delitos objetivamente comunes, como el robo con violencia para financiar las organizaciones revolucionarias, borran toda diferenciación objetiva y así el delito típicamente político de sedición puede provocarse para que la obligada concentración de fuerza pública para dominarla deje sin vigilancia una frontera próxima y haga fácil el preparado contrabando, y, al contrario, el asalto a un banco puede ser realizado para lograr medios económicos

como PESSINA; otros, como CARELLI, en las circunstancias de su comisión, y un último, en el que está el propio FLORIÁN, y en el que puede incluirse a nuestro CUELLO CALON, estiman que sólo puede determinarse por el bien jurídico lesionado junto con el móvil que los motiva. JIMÉNEZ DE ASÚA, en las páginas que dedica a este delito, las clasifica en objetivas, subjetivas y mixtas (t. III, parágrafo 1.017 y siguiente).

(22) Estos eran los contra la seguridad del Estado y contra la carta constitucional, las críticas, censuras y provocaciones dirigidas a la autoridad públicas en discursos pastorales pronunciados públicamente, los delitos correspondientes a la correspondencia de los Ministros con las Cortes o las potencias extranjeras en materia de religión, las reuniones y asociaciones ilícitas, los ataques a símbolo de la autoridad y la exposición de emblemas sediciosos.

(23) Son los cometidos por la imprenta, la traición, los que comprometen la paz y la independencia del Estado, los contra el derecho de gentes, lesa majestad, contra las Cortes, los Ministros y la forma de gobierno, los cometidos por los particulares con ocasión de ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución, los contra la libertad de culto y algunas modalidades de obstaculización de los derechos de reunión, asociación y manifestación.

Hoy hay una indicación legal de qué delitos son políticos, al establecer la ley de 2 de diciembre de 1963 la competencia del Tribunal de Orden Público, que crea, para los delitos comprendidos en el título I del libro II, en el título II del mismo libro, qué son lo que pueden considerarse como tales objetivamente y los que enumeran del título XII, si la comisión de estos últimos obedeciese a un móvil político o social, por lo que parece que la enunciación se hace por yuxtaposición de los criterios objetivo y objetivo-subjetivo. Pero esto no tiene más valor de la determinación de competencia y establecimiento de algunas variantes en el procedimiento.

con los fines de financiación de un movimiento político ya mencionado.

Queda, pues, borrada la diferenciación objetiva y de muy difícil determinación *a priori* con carácter general de la subjetiva. Los motivos sólo pueden determinarse *a posteriori* en cada caso particular, sólo se puede determinar la existencia o no de móvil altruista o generoso después de realizado el hecho, como ocurre en los demás delitos, por lo que su valor aminorante queda reducido a que si bien es verdad que en esta clase de delitos se dan las formas más repugnantes de delincuencia, es de suponer que sean más frecuentes en ellos los casos en que el impulso generoso la motivación idealista sea más frecuente que en cualquier otro grupo de delitos.

Ni aun se puede generalizar proponiendo *a priori* un trato penitenciario diferenciado para el delincuente político, pues entre ellos si se encuentra el idealista a que se refiere Concepción Arenal (24), también se encuentra el «matoide» lombrosiano (25), que aprovecha la coyuntura política de subversión para dar rienda suelta a sus instintos, el psicópata somático combativo de Di Tullio (26), cada uno merecedor y necesitado de un trato distinto, que sólo puede determinarse tras el examen clínico de la personalidad criminológica, que, como en los demás delincuentes determine la criminogénesis y criminodinámica de la acción, para poder elegir el tratamiento adecuado.

XI. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN ESTOS DELITOS

A veces un acto aparentemente ilegal resulta justificado y se dice que no hay delito, otras hay un acto ilegal y está determinado su autor, pero éste no es responsable, y en otras existe un delito y un autor responsable de él, al que no se castiga por razones de política penal, porque existe lo que desde Silvela (27) se llaman en nuestro Derecho patrio excusas absolutorias (28), esto es, porque por razones de política penal resultaría inconveniente su sanción. En ningún grupo de delitos esta conveniencia de no punición se aconseja mejor que en éstos, pues por la no sanción de actos que aún no ha producido daños materiales se evitan éstos y los necesari-

(24) Págs. 227-231, 292-320, 341-343, Vol. II, 1892, y algunas observaciones sobre el delito colectivos en *La nueva Ciencia Jurídica*.

(25) *Glianarchiste*.

(26) Pág. 68.

(27) 2.º cap. XXXVII.

(28) Contra la tricotomía: causas de justificación, causas de imputabilidad y excusas absolutorias, reacciona RODRÍGUEZ MUÑOZ en una nota a su traducción del *Derecho penal*, de MEZGER (t. II, pág. 7), diciendo que sólo cuando la articularidad de la conducta y la culpabilidad de la gente aparecen indudables, la ausencia de pena es una excusa absolutoria. JIMÉNEZ DE ASÚA ve las excusas absolutorias como un enorme cajón de sastre del que hay que ir sacando y colocando en su lugar todo lo que sin ton ni son se arrojó en él (t. VI, pág. 1.014).

rios para el restablecimiento del orden material que se va a perturbar.

El Código penal establece la necesidad de intimidar dos veces en el transcurso de dos horas a los rebeldes o sediciosos para que depongan su aptitud, y en relación con esto la excusa absolutoria de quedar exentos de pena, tanto los meros ejecutores en la rebelión y sedición como los sediciosos, que no fueren funcionarios públicos, que se disuelvan sin haber abierto fuego (arts. 219, 225 y 226).

El Código de justicia militar no sólo la establece para los no oficiales que en caso de rebelión depongan las armas en el tiempo que se determine en los bandos que al efecto se dicten (art. 294), sino que la establece para los delitos más graves de traición (artículo 264) y de espionaje (párrf. 2.º del artículo 278), pero con la condición activa de que el complicado en la traición dé parte a sus jefes antes de que se empiece a ejecutar y sea tiempo de evitar sus consecuencias y respecto al espionaje, que la denuncia se produzca, aunque sea después de que se haya cometido, si con ella se logra evitar todos o algunos de los efectos de él. Sin embargo, respecto a la sedición militar la deposición de las armas a la primera intimidación de un superior sólo tiene el efecto de aminorar la pena.

XII. CONCLUSIÓN

Aún habían de tratarse en esta teoría general que en busca del grafismo de la expresión hemos llamado una vez, aunque sabemos que impropriamente, parte general de estos delitos en particular, otras cuestiones, aparte del obligado estudio histórico como la pluralidad legislativa respecto a ellos, que enrevesa el estudio y aplicación de los preceptos dedicados a su punición (29), la razón del porqué están comprendidos entre ellos los delitos que son ataques a los derechos que se consideran esenciales y fundamentales del Estado (30), los cometidos contra la religión (31) y aun contra el sentimiento religioso (32), y habrían de fijarse los límites de esta agrupación de delitos y hacer una clasificación lógica de ellos (33).

(29) Traté la cuestión en *La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, t. XVI (1963), F. I.

(30) Lo traté en *Desarrollo penal del Fuero de los Españoles*. «Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», núm. XVII. 2.º semestre 1958.

(31) Expuesto por mí en *Los delitos contra la religión entre los delitos contra el Estado*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. T. XIII (1960), F. II.

(32) Lo consideré en *El delito de blasfemia*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. T. IV (1951), F. III.

(33) Lo he intentado en *Panorámica de las infracciones contra el Estado*. «Revista de Derecho Español y Americano», núm. 7. Enero-marzo 1965, que es mi aportación al libro-homenaje al Padre PEREDA.

pero creo que con lo dicho y con esta enunciación queda justificada la necesidad de que sea elaborada una teoría general de las infracciones contra el Estado, por una vez, volviendo al fácil e inexacto grafismo, una parte general de estas infracciones en particular.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANCEL, Marc.: *Le Crime politique et le droit penal au XX sicle*. «Rev. ihist pol et const. 1938.
- ARENAL, Concepción: *Obras completas*. Madrid. Sucesores de Rivadeneyra y Victoriano Suárez. 1894-1901.
- BECCARIA, Marqués de: *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1941.
- BISCARETTI DI RUFA, Pablo: *Diritti politici*. Novissimo Digesto italiano, 3.^a edición, 1957. U. T. E. T.
- BOCERO, Enrico: *Tratatus compendiosus de crimene maiestatis*. Tubinaga, BUCCELLATI: *Istituzioni di Diritto e Procedura penale*. Milán, 1884.
- CAPOCELLI, Alfonso: *Alto tradimento*. Enciclopedia Giuridica Italiana (Pesina. Tomo I. Parte II).
- CASTRO, Alfonso de: *De potestate legis poenali*. Reproducción facsímil de la edición príncipe. Madrid, 1961.
- CUELLO CALON, Eugenio: *Derecho penal*. 13.^a edición. Barcelona, 1960.
- CHAVEAU ET HALIE: *Theorie de Code penal*. París, 1872.
- DEL ROSAL: Juan: *Principios de Derecho penal español*. Valladolid, 1945.
- DEBURRET: *L'espionnage et la trahison*. París, 1900.
- DI TULLIO: *Principi di Criminologia Clinica e Psichiatria Forense*. Roma, 1963.
- FERNÁNDEZ MIRANDA, Torcuato: *La justificación del Estado*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1946.
- FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios al Código penal*. Murcia, 1946-1956.
- FILANGIERI: *La scienza della legislazione*. Librono, 1827.
- GARCÍA GOYENA: *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes comentado y comparado con el de 1822*. Madrid, 1843.
- GROIZARD, Alejandro: *El Código penal de 1870 comentado y concordado*. Madrid, 1902-1914.
- JIMÉNEZ ASENJO, Enrique: *Teoría del Derecho penal especial*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. T. II. F. III.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires. Editorial Losada. T. III. 1951. T. VI. 1961.
- KLUTT: *De deditione profugorum*. Leida, 1829.
- LE CLERE, Marcel: *Les reunion, manifestations et atroppemennt en droit. Française et comparé*. París, 1945.
- LOMBROSO, César: *Gli anarchici*. Milán, 1895.
- LOMBROSO e LASCHI: *Il delitto politico*. Turfn, 1890.
- MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho penal*. Trad. Rodríguez Muñoz. «Revista de Derecho Privado». 13.^a edición, 1956.
- NAPODANO, Gabriele: *Il delitti contro la sicurezza dello Stato*. Enciclopedi del Diritto penale italiano (Pesina). T. VI. 1.^a parte. Milán, 1909.

- NOCITO, Pedro: *I reati di Stato*. 1893.
- ORTEGO COSTALES, José: *Ensayo sobre la parte especial de Derecho penal*. La Laguna, 1959.
- PUIG PEÑA, Federico: *Derecho penal*.
- PACHECO, Francisco: *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1956.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la parte especial de Derecho penal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Infracciones contra las personas. Madrid, 1962.
- *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1946. «Revista de Derecho Privado».
 - *Compendio de Derecho penal*. Madrid, 1958. «Revista de Derecho Privado».
 - *Delito político*. Nueva Enciclopedia jurídica española. T. VI. Seix. Barcelona, 1954.
- SALTELLI e ROMANO DI FALCO: *Commento teórico-práctico de nuovo Codice penales*. 2.^a edición. Turín, 1940.
- SCIEHELE, Scipio: *La folla delinquente*. Turín, 1895.
- VIADA y VILASECA, Salvador: *Comentarios al Código penal*. 4.^a edición. Madrid, 1890.