

El bandolerismo en la legislación vigente

MARINO BARBERO SANTOS
Catedrático de Derecho penal en la Universidad
de Valladolid

SUMARIO: I. PREÁMBULO.—II. ANTECEDENTES LEGALES DEL DECRETO DE 21-9-1960.—III. DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA FIGURA PREVISTA EN EL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO SEXTO: A) Naturaleza del sujeto activo; B) Medio empleado.—IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO: A) Introducción a su estudio; B) Dedicación al bandidaje; C) Dedicación al merodeo; D) Dedicación a la subversión social.—V. PROBLEMÁTICA DE LA CO-DELINCUENCIA.—VI. EL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO SEXTO.—VII. JURISDICCION Y PROCEDIMIENTO.

I. PREAMBULO

Se cumple este año el décimo de vigencia de una de las más importantes leyes penales españolas, precedida tan sólo quizá —por la suma gravedad de las penas que conmina, la frecuencia de su aplicación por los tribunales, los numerosos problemas dogmáticos y de política criminal que plantea— por el Código penal común y el de Justicia militar: el decreto de 21 de septiembre de 1960 sobre rebelión militar y bandidaje y terrorismo.

La fecha de promulgación del decreto no debe inducir a error sobre los años de vigencia de sus preceptos, ya que el decreto de 21 de septiembre de 1960 refunde, sin que las figuras que acoge sufran con el cambio apenas variación, la ley de 2 de marzo de 1943 y el decreto-ley de 18 de abril de 1947. En 1960 no surge, pues, una regulación *ex novo* de conductas delictivas; la nueva data temporal concede una simple apariencia novedosa a lo que en realidad regía desde varios años antes.

A pesar de los decenios transcurridos desde la entrada en vigor de estos preceptos, y de su no escasa trascendencia en tantos órdenes, no han merecido hasta la fecha la atención de la doctrina española, si se exceptúan observaciones agudas de Jiménez de Asúa y de Rodríguez Devesa, que no constituyen, sin embargo, un estudio a fondo de su total problemática (1).

(1) Se debe citar también el reciente estudio —de carácter eminentemente informativo— de CASTELLS ARTECHE, *En torno al Decreto-Ley sobre rebelión*

Quisiéramos contribuir a reparar este olvido, sumando nuestras reflexiones a la de tan eminentes penalistas. La gran complejidad de esta poco afortunada ley y el dispar carácter de sus figuras obliga, no obstante —para que la exposición no exceda del marco de un artículo— a renunciar *a priori* al análisis de la generalidad de sus preceptos, limitando el estudio al que plantea, sin duda, las máximas dificultades: el artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 regulador de diversas conductas de bandolerismo.

II. ANTECEDENTES LEGALES DEL DECRETO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1960

El decreto de 21 de septiembre de 1960 —cuyo artículo segundo, derogado en 1963, ha sido puesto de nuevo en vigor por decreto-ley de 16 de agosto de 1968 (2)— refunde la ley de 2 de marzo de 1943 y el decreto-ley de 18 de abril de 1947.

La ley de 2 de marzo de 1943 equiparaba a la rebelión militar distintas infracciones que podían repercutir en la vida pública, en el sentido de trastornar el orden público interior, desprestigiar al Estado, Ejército o Autoridades u ocasionar un conflicto internacional. El artículo 2.º del decreto de 21 de septiembre de 1960 ha acogido, literalmente o con leves alteraciones, algunas de estas figuras delictivas que se caracterizan, aunque hay alguna excepción, por exigir un móvil de tipo político y que se equiparan legalmente —aunque material u ontológicamente tanto se diferencian de ella— a la rebelión militar (3). La irregularidad procede de la ley de 2 de marzo de 1943 que, como en el preámbulo explícitamente declara, condensa en una disposición “los distintos bandos y medidas excepcionales, que se han dictado a par-

militar, bandidaje y terrorismo, publicado en diciembre de 1969 en el número extraordinario de “Cuadernos para el Diálogo” *Justicia y Derecho*.

(2) La ley de 2 de diciembre de 1963 (disposición final núm. 5.ª y artículo 2.º) derogó el artículo 2.º del decreto de 21 de septiembre de 1960 y modificó los artículos 3.º y 8.º Según una circular del Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar de 5 de septiembre de 1968 el decreto-ley de 16 de agosto de 1968 restablece tan sólo la vigencia del artículo 2.º del decreto de 21 de septiembre de 1960, sin afectar a las modificaciones introducidas por la ley creadora del Tribunal y Juzgado de Orden Público.

(3) Hasta 1884 la rebelión, aunque fuese cometida por militares, era delito común. El Código penal del Ejército, de 1884, crea, por vez primera en nuestra legislación, el delito de rebelión militar como especialidad puramente militar *siempre que lo cometan individuos del Ejército* (Exposición de motivos). La evolución posterior se caracteriza por la paulatina absorción de la rebelión común por la rebelión militar, bien por la vía de la doble incriminación, bien por la ficción de equiparar a la rebelión militar conductas que nada tienen que ver con el delito de rebelión. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *La ley de 2 de marzo de 1943 y el delito de rebelión en el Código de Justicia Militar*, en “Revista de Estudios Penales”, I, Valladolid, 1943, pág. 49. Del mismo: *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Madrid, 1969 (3.ª ed.), pág. 680.

tir del 18 de julio de 1936", es decir, en las anómalas circunstancias de la última guerra civil y de la postguerra.

Las restantes conductas delictivas reguladas por el decreto de 21 de septiembre de 1960 proceden, y en la casi totalidad de los casos sin haber sufrido la menor modificación, del decreto-ley del 18 de abril de 1947. Se trata de típicas figuras de robo, bandidaje o terrorismo que poco tienen que ver con las acogidas en el artículo segundo que exigen, como acabamos de exponer, una finalidad de orden político (4).

El decreto-ley de 18 de abril de 1947 acoge a su vez diversas figuras de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941. Ley de excepción a la que el decreto-ley de 1947 deroga expresamente (artículo 10) por los siguientes motivos: a) la disminución de las más graves especies delictivas —bandidaje y terrorismo— secuela de toda situación de postguerra; b) las dificultades técnicas que plantea la interpretación del artículo 604 del Código penal (5); c) la estabilidad de la situación política. Se estima, en consecuencia, que a los fines punitivos hasta con las disposiciones de la legislación común y con mantener preceptos de especial rigor únicamente para "las más graves formas de la delincuencia terrorista y del bandolerismo, adaptando a las circunstancias actuales los preceptos de las antiguas leyes de secuestros y de explosivos" (Preámbulo). Leyes (de 1.º de julio de 1894 y de 11 de octubre de 1934) que han de considerarse también antecedente de la que analizamos.

La figura básica de bandolerismo, que se describe en el apartado 1) del artículo sexto del decreto de 1960 procede pues del Decreto-ley de 18 de abril de 1947, en el que constituía el artículo quinto, con el siguiente tenor, igual al actual: "Los que apartándose ostensiblemente de la convivencia social, o viviendo subrepticamente en los núcleos urbanos, formaren partidas ó grupos de gente armada para dedicarse al merodeo, al bandidaje o la subversión social." Se impone la pena capital, como pena única, al jefe de la partida en todo caso y a los componentes de la misma que hubiesen colaborado de cualquier modo a la comisión de algún delito castigado con pena de muerte en el decreto.

(4) Como es sabido, los delitos terroristas no se cometen necesariamente por fines políticos. Véase, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, III, 1965 (3.ª ed.), pág. 237. Del mismo: *Terrorismo*, en "El Criminalista", Buenos Aires, 1951, IX, pág. 55.

(5) El artículo 604 del Código penal de 1944 establecía —al igual que el texto revisado de 1963— que quedaban subsistentes, mientras no se dispusiese lo contrario, los preceptos de la Ley de Seguridad del Estado no incorporados al Código "tanto en el aspecto sustantivo como en el de la determinación de la jurisdicción competente".

III. DETERMINACION DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA FIGURA PREVISTA EN EL APARTADO 1 DEL ARTICULO SEXTO

A) NATURALEZA DEL SUJETO ACTIVO

La mayoría de las figuras que prevé el artículo sexto requieren un sujeto activo plural. Las menos, singular: verbigracia, la prevista en el número 3.º, del apartado 1.º a pesar de que se inicie con las palabras "los que".

Son numerosos, en efecto, los preceptos del Código penal o de leyes penales especiales en los que, a pesar de aludirse literalmente a un sujeto o activo plural, no por ello se necesita realmente la concurrencia de varias personas para que pueda realizarse la correspondiente figura delictiva. Constituye una imprecisión técnica —de las que tantas muestras hay en el texto punitivo fundamenal y en las leyes especiales— que debiera desaparecer en la reforma a fondo— y seriamente preparada— que con tanta urgencia necesitan nuestras leyes penales. A título ilustrativo podrían citarse como ejemplos que el Código penal proporciona: "los que... mantuvieren inteligencia... con Gobiernos extranjeros" (art. 129), "*los que* invadieren... el Palacio de las Cortes" (art. 149) (6), "*los que* perturbaren gravemente el orden de las Cortes" (art. 157,1.º), "*los que* injuriaren o amenazaren gravemente en los mismos actos a algún miembro de las Cortes" (art. 157,2.º), "*los que* fuera de las sesiones injuriaren o amenazaren" (art. 157,3.º), "*los que* emplearen fuerza, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro de las Cortes asistir a las reuniones" (art. 157,4.º), etc. En todos estos supuestos, y en muchos más que es posible añadir, no se exige, a pesar de la letra de la ley, un sujeto activo plural, pudiéndose realizar la figura delictiva por un sujeto activo individual (7).

Las leyes especiales presentan un número no menor de ejemplos. Sin salir del marco del decreto de 21 de septiembre de 1960 podrían citarse, entre otros, el número 1.º del artículo segundo (*los que* difundan noticias falsas o tendenciosas), el número 1.º del artículo tercero (*los que* para atentar contra la seguridad pública) y el párrafo 1.º del artículo cuarto (*los que* para cometer un robo) (8).

A la problemática del delito pluripersonal ha dedicado abundantes

(6) En el sentido del texto, RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho Penal Español*, Parte Especial, cit., pág. 573): aunque la ley habla de "los que invadieren", el sujeto activo no es por ello necesariamente colectivo.

(7) Así lo reconoce, en ocasiones, el mismo legislador al referirse, verbigracia, en el segundo párrafo del artículo 129 al "culpable" y no a los culpables; o al aludir el artículo 158 —en relación con el 157— al "delincuente" y no a los delincuentes.

(8) En el sentido del texto el núm. 2.º a), del artículo 4.º del decreto de 21 de septiembre de 1960 se refiere al *malhechor* o malhechores. Véase Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 7 de octubre de 1955 ("Revista Española de Derecho Militar", 1956 (núm. 2), pág. 215).

páginas la doctrina italiana y tedesca, muy escasas hasta ahora la española (9). Los autores italianos suelen tratar este tema —aunque no siempre— bien al ocuparse del sujeto activo de la acción, a propósito del requisito de la *corrispondenza al tipo*, bien en la autoría, o como forma de manifestación del delito (10). La generalidad de los penalistas alemanes, por el contrario, lo analizan en la participación, bajo el epígrafe de la “participación necesaria” (11).

Ni el encuadre sistemático, ni la denominación, empleados por los juristas alemanes son afortunados. Y resulta extraño, conocida su inclinación por el purismo terminológico y su escrupulosidad ante el sistema, que no los hayan sustituido por otros más precisos, a pesar de no ignorar su evidente impropiedad. El hecho mereció, ya a principios de siglo, una crítica severa por parte de Beling. Para el profesor de Tubinga únicamente cabría participación necesaria si las conductas de las diversas personas condicionasen de tal forma el carácter del delito que sólo todos los autores, o ninguno, pudieran cometerlo (12). Y añadía: lo característico de esta clase de delitos se encuentra simplemente “*in der Formulierung des Tatbestandes*” (13).

(9) La naturaleza jurídica de la institución se determina acertadamente por COBO —que sigue a Dell’Andro— en su estudio “*Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio*”, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1967 (XX), pág. 152. RODRÍGUEZ DEVEVA, en cambio, por seguir en este punto a los autores alemanes, la considera —equivocadamente a nuestro entender— modalidad de la participación (*Derecho Penal Español*, Parte General, Madrid, 1970, pág. 647).

(10) ANTOLISEI: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, 1960 (traducción de Del Rosal y Torio), pág. 490. BETTIOL: *I lineamenti del concorso di più persone nel reato*, en “*Archivio Giuridico*”, 1931. Del mismo: *Sulla natura accessoria della partecipazione*, en “*Riv. it. dir. pen.*”, 1930, página 425, recogido en “*Scritti giuridici*”, Padua, 1966, pág. 1. BOSCARRELLI: *Contributo alla teoria del “concorso di persona nel reato”*, Padua, 1958. CICALA: *Teoria del fatto illecito penale collettivo*, Roma, 1942. CRESPI: *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, en “*Riv. it. dir. pen.*”, 1957, pág. 517. DELL’ANDRO: *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milán, 1956. FROSALI: *Il concorso necessario di persone nel reato (reati plurisoggettivi)*, en “*Scritti giuridici in onore de A. de Marsico*”, Milán, I, 1960. GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*, Milán, 1952, II, pág. 220. LATTAGLIATA: *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964 (2.ª ed.). PEDRAZZI: *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952. PISAPIA: *Unicità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato*, en “*Scritti per Manzini*”, 1954. RANIERI: *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, Padua, 1968 (4.ª ed.), pág. 414. RENDE: *Saggio di una teoria del reato collegiale*, en “*Il pensiero giuridico penale*”, 1943. SESSO: *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milán, 1955.

(11) Entre los Tratados o Manuales más recientes: JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, Berlín, 1969, pág. 462. MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, Karlsruhe, 1965 (3.ª ed.), pág. 566. MEZGER-BLEI: *Strafrecht* (Studienbuch), Allg. Teil, Munich, 1970 (14 ed.), pág. 277. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969 (11 ed.), pág. 122.

(12) BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, pág. 401.

(13) BELING, ob. cit., pág. 402. Welzel, Mezger-Blei, Maurach, etc., manifiestan claramente que la designación no les satisface, al referirse los primeros a la “sogeanante”, y el último a la “unechte” participación necesaria. También Rodríguez Devesa alude a la “llamada” participación necesaria.

Con mayor rigor aún se expresó Lange al respecto desde el mismo pórtico de su monografía sobre el tema: He mantenido como título de este trabajo, escribe, la denominación usual de “participación necesaria” porque da una idea inmediata, aunque no el concepto, de la cuestión a tratar. Estoy, sin embargo, convencido —añade— de que esta denominación es errónea y fragmentaria. Errónea: porque, como probaremos a continuación, la citada modalidad de actuación conjunta no constituye participación (*ist ...keine Teilnahme*). Fragmentaria: porque idénticos problemas a los de la “participación necesaria” surgen en todos los casos en que un sujeto toma parte en un acto “*in mehrfacher Weise*” (14).

No resulta factible, por obvias razones, realizar una exposición detallada de las numerosas cuestiones que plantea esta materia al análisis dogmático. Debemos limitarnos por ello a subrayar que, a nuestro juicio, hay que partir de la descripción de la figura delictiva para determinar si estamos frente a un delito con sujeto activo individual o pluripersonal. El último existe cuando en la descripción de la figura de delito se exija que dos o más personas actúen de una forma determinada para que la conducta tipificada pueda verificarse (15); con independencia de su culpabilidad o punibilidad en concreto (16).

A diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de las figuras delictivas, que pueden ser cometidas por una persona que actúe sola, en ésta se requiere que la conducta descrita se realice por dos o más personas, faltando una de las cuales el delito no se produce (17) por incumplimiento de los presupuestos del tipo (18). Es esencial pues para la substantividad de la figura delictiva la intervención de dos o más sujetos. En la participación, por el contrario, la intervención de varias personas es eventual o contingente (19). En el delito pluripersonal la pluralidad de sujetos es elemento constitutivo de la figura delictiva. La participación extiende, en cambio, el ámbito de aplicación de una figura delictiva, de la que es algo accesorio, no substancial (20).

(14) LANGE: *Die notwendige Teilnahme*, Berlín, 1940, Vorwort.

(15) RANIERT: *Manuale*, cit., pág. 414. A pesar de la impropiedad de la designación, es acertada la definición de FREUDENTHAL: Delikte mit nothwendiger Theilnahme sind die, welche nach ihrem gesetzlichen Thatbestande das Zusammenwirken Mehrerer bei Vornahme der unter Strafe gestellten Handlung voraussetzen (*Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, Breslau, 1901, pág. 100).

(16) PISAPIA: *Unità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato*, en “*Scritti per Manzini*”, Padua, 1954, pág. 386. JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 462.

(17) GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*, II, cit., pág. 221.

(18) Con terminología de Beling se trataría en estos casos de un supuesto de “Mangel am Tatbestand” (ob. y pág. últim. citada).

(19) BATTAGLINI: *Diritto penale*, Parte Generale, Padua, 1949 (3.^a ed.), pág. 441. FIERRO: *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, 1964, pág. 36.

(20) BAUER: *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, Gotinga, 1904, *passim*. DAHM: *Täterschaft und Teilnahme im Aemtllichen Entwurf eines Allgemeinen*

Las figuras de bandolerismo del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 constituyen una modalidad de sujeto activo pluripersonal a la que se suele denominar delitos de convergencia (21) (*rectius*, delitos con conductas convergentes). Se designan así porque la actividad de los distintos sujetos es de idéntico signo y se dirige hacia el mismo fin (22). Diversamente a lo que sucede con los delitos pluripersonales con conductas contrapuestas respecto al fin común (*Begegnungsdelikten*, de la doctrina alemana), en los que a veces el legislador prevé la punición de una sola de las personas que realizan la conducta —verbigracia, en el estupro (artículos 434, 435, 436, etcétera, del Código penal), raptó (artículo 441), etc. (23)— en los

Deutschen Strafgesetzbuches, Breslau, 1927, pág. 64. BOCKELMANN: *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Gotinga, 1949, pág. 1: Die Teilnahme ist notwendig akzessorisch, d.h. abhängig vom Dasein einer Haupttat. Diese Akzessorität ist kein "Produkt des Gesetzes". Sie liegt in der Natur der Sache. Beihilfe sowohl wie Anstiftung setzen begrifflich ein "Etwas" voraus, vozu sie geleistet werden. BETTIOL: *Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa*, en "Scritti giuridici", cit., pág. 1. SANTORO: *Manuale di Diritto penale*, Turín, 1958, I, pág. 502. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pág. 422. JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Ley y el Delito*, Méjico-Buenos Aires, 1963, pág. 506.

(21) Córdoba (en su traducción al castellano del *Tratado* de Maurach, Barcelona, 1962, II, pág. 351) y Rodríguez Devesa (*Derecho Penal Español*, Parte General, Madrid, 1969, pág. 647) —dos de nuestros penalistas con más experiencia, en particular el segundo, en el difícil arte de la traducción— vierten a nuestro idioma las expresiones alemanas *Konvergenzdelikte* y *Begegnungsdelikte* por "delitos de convergencia" y "delitos de encuentro". En contra de una versión tan autorizada abogan, sin embargo, importantes razones tanto de tipo gramatical como lógico: 1) porque toda convergencia o encuentro presupone más de delito, y aquí nos hallamos frente a uno tan sólo; 2) porque lo que converge o se encuentra en las figuras de que se trata no son los delitos, sino las conductas. Debe añadirse, no obstante, que la denominación no es impropia únicamente en castellano, también lo es en la lengua de Goethe, a pesar de tener este idioma otras exigencias. Puede bastar para demostrarlo la confesión paladina del mismo Freudenthal a quien se debe, como es sabido, la acuñación de ambos términos. Repetimos sus palabras respecto a los *Konvergenzdelikte*: Eine treffende und doch auch handliche deutsche Bezeichnung hat sich nicht finden lassen (el subrayado es del propio autor citado) (*Die Nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, Breslau, 1901, pág. 122, nota).

(22) A esta modalidad de delito pluripersonal se la conoce asimismo con el nombre de "delito colectivo", designación que la doctrina española ha empleado, en cambio, —con menor precisión— como equivalente a delito pluripersonal (ASÍ, ORTEGO: *Ensayo sobre la parte especial*, Universidad de La Laguna, 1959, pág. 38). Tampoco es acertada la distinción de QUINTANO entre delitos multitudinarios (sedición, riña tumultuaria) y delitos "plurisubjetivos" (adulterio, bigamia) (*Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, I, pág. 243). Ya que los primeros también son "plurisubjetivos", o mejor, pluripersonales.

(23) La impunidad de uno de los sujetos activos de la acción se debe, en la mayoría de los casos, a que el precepto se establece en su beneficio (verbigracia, en el estupro). Sobre la problemática de los delitos con conductas contrapuestas: JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 463. La persona impune deja de ser sujeto activo de la acción, y se convierte en mero objeto material, si la ley no exige una determinada conducta por su parte (verbigracia, en la violación). Sobre este punto, véase por todos, GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*, cit., pág. 223.

delitos colectivos todos los sujetos físicos son punibles en abstracto como autores (24) por ser sujetos activo del delito (25). No hace falta, sin embargo, su punibilidad en concreto.

¿Cuántas personas deben concurrir para que se den los presupuestos del apartado 1 del artículo sexto del decreto de 1960?

Al legislador no le basta que el número sea plural ("los que") (26) —con lo cual serían suficientes dos sujetos—, exige además otro requisito: que esas personas formen "partidas o grupos de gente armada".

La formulación legal puede inducir a error, al referirse a partidas y a grupos. Estimamos, empero, que el decreto equipara ambos conceptos. En primer lugar, porque la conjunción disyuntiva puede ser empleada en su acepción de equivalencia. En segundo término —y parece argumento decisivo— porque al concretar la punición de los autores (artículo sexto, apartado 1, núm. 1, letras *a*) y *b*), únicamente se refiere el legislador a las partidas y no a los grupos. Creemos igualmente que es suficiente que se forme una partida o grupo para que el precepto se cumpla, a pesar de que el legislador emplee en la determinación de la conducta el número plural. Lleva a este resultado no sólo la interpretación teleológica de la figura, sino la propia redacción literal del precepto —acabado de mencionar— en que se especifica la pena a imponer a los autores: se habla entonces de los jefes o componentes de la partida, no de las partidas (27).

El decreto de 1960 emplea las expresiones de partida y de grupo, términos de menor raigambre que el de cuadrilla —aunque creemos que de similar contenido—, que fue el que los monarcas españoles utilizaron durante siglos profusamente en sus pragmáticas para designar a ese tipo de bandas de malhechores. Denominación tradicional que llega hasta el mismo texto punitivo fundamental vigente que le acoge en tres de sus preceptos (28).

A pesar del cambio de nombre hay base para pensar que la partida a que el decreto alude se origina únicamente cuando concurren

(24) JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 463.

(25) SESSO: *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, cit., pág. 40. No parece aconsejable seguir la opinión de DE MARSICO —para quien los diversos sujetos físicos constituyen un único sujeto jurídico, la "societas" (*Diritto penale*, Nápoles 1969, pág. 260)— porque puede inducir a error acerca de la punibilidad en abstracto como autores de cada uno de los sujetos activos del hecho.

(26) ORTEGO (ob. cit., pág. 27) habla con acierto respecto de las figuras delictivas que se inician con las expresiones "el que", "los que", de sujeto activo indiferenciado.

(27) En aras de la precisión conceptual, exigencia agravada en este caso porque la pena conminada es la de muerte, es conveniente que las leyes españolas prescindan de este tipo de escauceos literarios —de que tanto abusan—, porque ponen en grave peligro la seguridad jurídica, postulado fundamental de todo Estado de Derecho.

(28) El Código penal alude a la cuadrilla en los artículos 10-13.º, 502 y 558-4.º.

a la comisión del delito más de tres malhechores armados (29). A favor de esta tesis abogan diversos argumentos. En primer lugar, razones históricas. La partida no se define en el ordenamiento penal vigente y el legislador se refiere a ella al ocuparse de las mismas bandas de facinerosos a las que, a lo largo de varios siglos, se designó con el nombre de cuadrilla. 2) El idioma equipara ambos términos. La acepción octava de la voz partida del Diccionario de la Academia es precisamente la de cuadrilla. 3) La suma gravedad de las penas que se imponen (pena de muerte como pena única, y respecto al jefe de la partida incluso por un simple delito de peligro) obliga a acoger el significado más estricto del precepto —por imperiosa exigencia del principio *odiosa sunt restringenda*, dado que la voluntad de la ley permanece oscura y para no arriesgarse a castigar, y de manera tan grave en este caso, contra la voluntad legal (30). Ya que —y, siguiendo el ejemplo de Antón Oneca, acudimos a Manzini— la libertad es el principio general del ordenamiento jurídico, y las restricciones, la excepción; de forma que cuando exista duda acerca de la existencia o el alcance de una incriminación penal saldrá beneficiado el reo, no en consideración a su persona, sino por efecto de la obligada interpretación más favorable a la libertad de todos los ciudadanos (31). 4) El decreto-ley de 18 de abril de 1947, del que procede —como más arriba hemos expuesto— la figura que analizamos, manifestó en su preámbulo que abrogaba “la ley de excepción que lleva el nombre de Ley de seguridad del Estado”, porque, superada la situación de la postguerra, a los fines punitivos bastaba con “las disposiciones de la legislación común y con mantener preceptos de especial rigor únicamente para las más graves formas de la delincuencia terrorista y del bandolerismo”. Ahora bien, la severísima ley de excepción (32) que reprimió durante seis años “las especies más graves de toda situación de postguerra”: el bandillaje y el terrorismo, exigía en el bandolerismo para llegar, por la circunstancia del número de sujetos intervinientes, a la imposición de la pena capital —que prodigaba en su articulado— que los hechos “fueren ejecutados por tres o más malhechores” que portaran armas u otros medios peligrosos (33). No cabe duda que resulta incongruente con la finalidad

(29) Acogemos, pues, el concepto de cuadrilla del artículo 10-13.º del Código penal.

(30) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 99. Para Quintano Ripollés este principio se ajusta al de legalidad, al repudiar interpretaciones analógicas contrarias al inculpado (*Curso de Derecho penal*, I, cit., pág. 202).

(31) MANZINI: *Trattato di Diritto penale italiano*, Turín, I, 1961 (4.ª ed.), pág. 314.

(32) Empleó por vez primera el superlativo para calificar la ley de 1941 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en su admirable estudio *Justicia penal de guerra civil*, recogido en “Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional”, Buenos Aires, 1944, pág. 294 (nota).

(33) Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, art. 53-1.º.

que el legislador pretendía mediante el decreto-ley de 1947 el sostener que puede originarse una partida cuando la forman dos o tres malhechores tan sólo: *a*) porque no se produciría la mitigación punitiva a que se aspiraba, sino todo lo contrario: ya que bastaría el mismo número de sujetos —tres—, o dos incluso, para poderse imponer a uno de ellos —el jefe— la máxima pena; *b*) porque no es posible calificar de modalidad particularmente grave de bandolerismo aquella en que interviene un número tan limitado de sujetos —que hace menos peligrosa la conducta y menos profunda la conmoción social ocasionada por el hecho (34)—, máxime cuando la legislación común, a la que remite el decreto-ley de 1947 para calificar las conductas que no revistan “la gravedad suficiente” (artículo 9.º), prevé también la posibilidad del robo en cuadrilla (artículo 502 del Código penal).

La distinción entre la partida del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 y la cuadrilla del artículo 502 del Código penal podría basarse en las siguientes consideraciones:

1) La partida es un elemento constitutivo de las conductas descritas en el artículo sexto del decreto; la cuadrilla una circunstancia de agravación. En consecuencia, cabe en el primer caso la existencia de una partida aunque no se haya verificado aún —por tratarse de un mero delito de peligro abstracto— acto alguno de latrocinio; no así en el segundo.

2) Una vez verificado el robo habría que inclinarse por la aplicación del artículo 502 del Código penal —respecto al jefe de la cuadrilla— en los casos en que la misma no esté totalmente armada; salvo que se acepte la opinión de Rodríguez Devesa que exige, para apreciar la agravación del artículo 502, que concurren al menos cuatro malhechores armados todos ellos. Esta tesis se opone no sólo al claro tenor literal del precepto, sino también a la razón sistemática de que el legislador ha dado aquí un concepto de cuadrilla distinto del genérico; pero tiene a su favor el argumento de los antecedentes históricos del precepto y razones teleológicas (35).

3) Cuando han tomado parte en el latrocinio más de tres malhechores totalmente armados ha de llevar a la aplicación del artículo sexto del decreto, la particular gravedad de las consecuencias (36), las especiales circunstancias de los hechos (37) y la mayor estabilidad de la partida (siempre que se den los requisitos exigidos para formar ésta que a continuación analizaremos).

4) La cuadrilla del artículo 502 del Código penal cabe solamente en los delitos de robo con violencia o intimidación en las perso-

(34) Cfr. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 379.

(35) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*. Parte especial. *cit.*, página 390.

(36) Decreto de 21 de septiembre de 1960. Preámbulo.

(37) Decreto de 21 de septiembre de 1960, artículo 8.º.

nas (37 bis); la partida del artículo sexto del decreto cabe también en los robos con fuerza en las cosas (38).

La simple concurrencia de un mínimo de cuatro malhechores armados no basta para que, desde el plano del sujeto activo, se perfeccione el delito previsto en el apartado 1 del artículo sexto del decreto de 1960. Es necesario además que entre las conductas de esos sujetos exista una relación de cierta estabilidad (39) ("formen partidas") y que las mismas tengan una dirección determinada (del mismo sentido en este caso: bandolerismo, merodeo, subversión social), presupuesto un *apartamento ostensible* de la convivencia social o una *vida subrepticia* en núcleos urbanos. El tipo incluye asimismo un particular elemento anímico ("para dedicarse"). Tiene razón por ello Grispigni al afirmar que la estructura de los delitos pluripersonales difiere de la de los delitos con sujeto activo singular tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el cualitativo (40).

El legislador exige, como acabamos de exponer, que los malhechores formen partidas o grupos de gente armada. No es suficiente pues la mera reunión de más de tres sujetos totalmente armados para que se realice el tipo. Se necesita además que entre ellos exista alguna cohesión y que la relación tenga cierta permanencia, ya que formar significa gramaticalmente juntarse diferentes personas para que hagan un cuerpo moral, es decir, algo más que un simple congregar.

La exigencia de dedicación ("para dedicarse") confirma también el carácter de estabilidad de la partida, puesto que dedicación, según el "*Diccionario de Autoridades*", equivale a abrazar por entero una actividad, con renuncia de las demás. Ha de tratarse, por tanto, de una actividad a la que los sujetos se entreguen por entero, no cumpliendo los requisitos legales la mera reunión ocasional de malhechores para cometer esporádicos actos de latrocinio. A la "constitución" en cuadrilla de bandoleros aludía asimismo Pacheco cuando clamaba en el pasado siglo por la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la figura delictiva de la "formación misma de la cuadrilla con ánimo de delinquir", que veía acogida en otras legislaciones y echaba de menos en la española (41).

Al ser la pluralidad de sujetos activos elemento constitutivo del tipo en los delitos pluripersonales, se exige en la figura que anali-

(37 bis) OLESA: *La cuadrilla como unidad delincuente*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1957 (X), pág. 311.

(38) Respecto a los problemas que plantea la aplicación del artículo 513 del Código penal, véase: GONZÁLEZ GARCÍA: *Asociación para cometer el delito de robo*, en "Revista Gen. de Legisl. y Jurispr.", 1947 (182), pág. 54.

(39) GRISPIGNI: ob. cit., pág. 224. SESCO: ob. cit., pág. 40

(40) GRISPIGNI: ob. y pág. últim. citada.

(41) PACHECO: *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1881, III, (5.ª ed), pág. 298. Para apreciar la presunción de haber estado presente en los atentados cometidos por la cuadrilla, le basta, por el contrario, al legislador, que el malhechor *ande habitualmente en ella* (Cód. pen., art. 502-3.º).

zamos para configurar el dolo —por aplicación de las reglas de carácter general—, a) la conciencia y voluntad del propio acto —con los requisitos descritos en la figura (entre ellos: la interrelación de las diversas conductas)— en cuatro al menos de los componentes de la partida; b) la concurrencia, en el mismo número mínimo de malhechores, del dolo específico que la figura requiere (42).

B) MEDIO EMPLEADO.

En principio y en la mayor parte de los casos —enseña Jiménez de Asúa— las modalidades de la acción, es decir, las referencias temporales y espaciales, la ocasión y los medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir el hecho en un tipo legal. De ordinario tienen su papel en las atenuantes y agravantes. Pero a veces, añade, y como excepción en verdad frecuente, el tipo se ha compuesto conforme a *determinadas referencias al tiempo, lugar, ocasión y, sobre todo, a los medios empleados* (42 bis).

El párrafo primero del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 prevé, en relación al medio, dos modalidades de comisión caracterizadas: a) por un apartamiento ostensible de la convivencia social; b) por una vida subrepticia en núcleos urbanos.

El apartamiento ostensible de la convivencia social no incluye una referencia expresa al lugar de comisión. La interpretación histórica podría llevar a admitir que el legislador ha querido referirse aquí a la verificación del hecho en lugar despoblado (por equiparación con el “en despoblado” de las tradicionales pragmáticas contra los bandoleros, que se acoge todavía hoy, como agravante genérica, en el artículo 10 del Código penal). Resultado al que también podría conducir la interpretación sistemática: ya que esta conducta se contrapone a la de formar partidas en núcleos urbanos. Pero el precepto exige algo más: un apartamiento ostensible de la convivencia social, o, con otras palabras, un colocarse fuera, con carácter manifiesto y estable, de la vida social, que no se da en el supuesto de un esporádico asalto en lugar no poblado. Del primigenio lugar de comisión en despoblado se ha pasado, pues, a una modalidad delictiva caracterizada por un vivir separado —enfrente, podría decirse— de la sociedad y fuera de un núcleo urbano.

El elemento que analizamos es descriptivo —en cuanto delinea una determinada situación fáctica—, a pesar de que incluya una cierta referencia normativa: “ostensible”, que equivale a que de forma manifiesta y clara los sujetos hayan roto los lazos que les vinculaban a la vida en sociedad. La función del juez instructor se reduce en

(42) GRISPIGNI, ob. cit., II, pág. 267. FROSALI: *Il concorso necessario di persone nel reato (reato plurisoggettivo)*, en “Scritti giuridici in onore di A. de Marsico”, Milán, 1960, I, pág. 614.

(42 bis) JIMÉNEZ ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1965, III (3.ª ed.), pág. 814.

consecuencia a un mero proceso cognoscitivo (43). La acogida de la referencia normativa no altera su carácter objetivo-descriptivo. Hoy se sabe que los tipos descriptivos suelen presentar referencias normativas y que lo raro es hallar tipos puramente descriptivos o normativos. Al igual que tampoco existe una neta separación entre los elementos objetivos y subjetivos del tipo. En cualquier caso, el juzgador no goza como antes se pensaba de absoluta libertad en la apreciación de los elementos absoluta o predominantemente normativos (44). Se encuentra vinculado a la ley en el sentido de que el ordenamiento jurídico no espera una valoración netamente personal y parte, por el contrario, del hecho de que en la colectividad existen valores a los que el juez está subordinado (45).

La segunda modalidad delictiva a que el legislador alude requiere

(43) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., III, pág. 800. Debe anotarse que, en nuestros días, no se parte de una neta separación entre fenómenos cognoscitivos y valorativos. Kunert, por ejemplo, defiende la configuración unitaria de ambos fenómenos y admite, verbigracia, la posibilidad de revisar en apelación las sentencias del juez de hecho decisorias de un fenómeno valorativo (*Die normativen Merkmale der strafrechtliche Tatbestände*, Berlín, 1958, página 98). Ruggiero, después de subrayar también la identidad de contenido entre los dos fenómenos que exteriorizan “una modificazione dello spirito al cospetto di un dato della realtà” (pág. 189), estima que la diferencia entre procedimiento axiológico y procedimiento cognoscitivo se basa en el tipo de relaciones que con ellos se instauran entre espiritualidad del sujeto y dato objetivo. Quando questo si realizza, añade, tramite un contatto immediato, senza l'intervento di fattori intermediari, si è in presenza di un atto valutativo; quando, viceversa quel rapporto si attua con l'inserimento del dato obiettivo in una superiore categoria spirituale si è in preveza di un atto conoscitivo (*Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Nápoles, 1965, I, pág. 191).

(44) Ruggiero niega, por una parte, que “alla struttura dell'elemento normativo parteciperebbe sempre l'espressione di un giudizio di valutazione da parte del giudice” (ob. cit., pág. 126) y sostiene que la actividad del juez en la determinación de los elementos normativos es “meramente ricognitiva di un'astratta qualificazione normativamente predisposta”, es decir, no constitutiva de la valoración del caso concreto (pág. 244).

(45) JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 92. El problema más delicado se produce respecto de los elementos “con valoración cultural”, según la terminología mezeriana. El loable intento de Jescheck de salvaguardar también aquí la vinculación del juez a la ley, exigiendo que su valoración se fundamente en las representaciones morales unitarias (*einheitliche* Moralvorstellungen) de la colectividad, no parece llevar a puerto seguro en momentos, como los actuales, de neta oposición entre las concepciones valorativo-culturales tradicionales —mantenidas en general por el sector de más edad— y las más progresivas. Piénsese que lo que el juez tiene que determinar —vinculado por esa moral unitaria— es, por ejemplo, si en el caso concreto hubo ofensa al “pudor o las buenas costumbres”. Más certera parece la concepción de Ruggiero para salvar la necesaria objetividad en la determinación de las reglas morales. Sostiene que su concreción debe buscarse más que en un plano abstractamente espiritual, en la vida concreta de la sociedad; más que en exigencias ideales abstractas en orientaciones morales concretas de la colectividad. Pero sin estimar necesario que estas reglas se observen en la realidad histórica de que se trate, bastando “un diffuso riconoscimento del valore” de las mismas (ob. cit., páginas 179 y 180 (nota)).

para efectuarse la vida subrepticia en los núcleos urbanos. En la figura aparece una expresa referencia al lugar. La conducta sólo puede originarse, por tanto, por la residencia o morada, oculta o a escondidas, en poblaciones de alguna importancia, puesto que urbano alude a ciudad, no a caserío o aldea.

IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

A) INTRODUCCIÓN A SU ESTUDIO

La dogmática moderna, en la fase que Jescheck, en su reciente Tratado, denomina clásica (46), es decir, la vinculada a los nombres de Liszt y de Beling, otorgó a la antijuricidad naturaleza estrictamente objetiva.

En el delito se distinguían dos componentes plenamente diferenciados. El objetivo, que se desdoblaba a su vez en dos elementos: la antijuricidad y la tipicidad (47); y el subjetivo, que se separaba en otros dos: el dolo y la culpa.

El tipo de delito consistía en una descripción de carácter objetivo. *Der Verbrechenstypus* (48) —según escribía Beling en 1906— *ist nicht anderes als ein objektiver Umriss* (49). La antijuricidad estribaba en la contradicción entre el comportamiento objetivo del autor y las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad se concretaba en una relación psicológica entre el autor y el acto, presupuesta la imputabilidad. Entre la tipicidad y la culpabilidad no había la menor conexión. La relación interna del autor respecto a la acción típica constituía, para Beling, un elemento nuevo y autónomo del delito, de tal forma que la ausencia de esa relación no suprimía la tipicidad de la acción (50).

46) JESCHECK (*Lehrbuch*, cit., pág. 139) distingue cuatro períodos bajo el epígrafe "Fases de evolución de la moderna teoría del delito": antecedentes de la moderna teoría del delito (Binding), teoría clásica del delito (Liszt, Beling), teoría neoclásica del delito (Dohna, Hippel, M. E. Mayer, Frank, Mezger) y la teoría del delito del finalismo (Welzel).

(47) La separación entre antijuricidad y tipicidad no aparece claramente perfilada en el Tratado de Liszt hasta la edición de 1908. Subraya Liszt entonces, por vez primera, los méritos de la concepción de Beling respecto a la *Tatbestandsmäßigkeit* como elemento del delito, aunque estima que la ha llevado a las mayores exageraciones (Er ist dabei aber vielfach über das Ziel hinausgeschossen); frase, es menester hacerlo notar, que no aparece en las sucesivas ediciones. Añade, sin embargo, que el concepto del delito de Beling "deckt sich im wesentlichen mit meiner Begriffsbestimmung" (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1908 (16-17 ed.), pág. 116, nota).

(48) Sobre lo que por tipo de delito entendía entonces Beling y sus diferencias con el *Tatbestand* o tipo rector, de su ulterior monografía *Die Lehre vom Tatbestand*, de 1930, véase la Nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ a su versión castellana del Tratado de Mezger, Madrid, 1955, I (2.ª ed.), pág. 353.

(49) BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, pág. 178.

(50) BELING: ob. cit., pág. 178-179.

Idéntica independencia había entre la antijuricidad y la culpabilidad. Por principio —y acudimos de nuevo a Beling— la antijuricidad es, en todo caso, independiente de la voluntad y del querer del autor, y de sus propósitos; y también, por principio, la relación psíquica solamente se toma en consideración cuando se trata del elemento de la culpabilidad, es decir, de la “responsabilidad y de las consecuencias jurídicas de la culpabilidad” (51).

Este sistema que, como hemos visto, se basaba primordialmente en la separación entre el aspecto objetivo y el subjetivo del delito, concediendo a la antijuricidad naturaleza objetiva (52) y fundamentando la culpabilidad en una relación psicológica, fue el preferido durante decenios por la dogmática a pesar de que la orientación subjetiva de la antijuricidad no careció de esclarecidos partidarios. La aparición de la doctrina normativa de la culpabilidad y el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto típico —que permitió la intercomunicación de los diversos caracteres o elementos del delito— conmovieron los fundamentos de la espléndida construcción clásica (53), que se apoyaba en la existencia de una especie de compartimientos estancos.

La doctrina de los elementos subjetivos del injusto o del tipo (54) salvó las antiguas distancias entre las concepciones objetivas y subjetivas, tendiendo entre ellas un puente de unión. No en vano los elementos subjetivos del injusto constituyen, como advirtió Mezger, una zona fronteriza (*Grenzgebiet*) entre la antijuricidad y la culpabilidad (55).

Pocos autores han expuesto esta doctrina con la claridad de Antón Oneca, por lo que nos permitimos reproducir su formulación, sin perjuicio de que intentemos completarla aludiendo a los problemas que la misma en la actualidad presenta. Si por regla general —escribe el profesor Antón— el carácter antijurídico de la conducta no depende de elementos subjetivos, hay casos en que excepcionalmente la tipicidad de la conducta o la existencia de una causa de justificación depende de la intención o móviles del sujeto: de modo que entre dos

(51) BELING: ob. cit., pág. 142.

(52) Respecto de la doctrina italiana puede verse, por ejemplo, la clásica obra de DELITALA: *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padua, 1930, página 26: es antijurídico todo comportamiento que, objetivamente considerado, contrasta con los fines del ordenamiento jurídico.

(53) Cfr. VON WEBER: *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935, pág. 5. GALLAS: *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en “ZStW”, 1955, pág. 3 de la separata.

(54) Según Jescheck (*Lehrbuch*, cit., pág. 213), ambas denominaciones son equivalentes. Die erste —añade— stellt ab auf die Zugehörigkeit der ganzen Merkmalsgruppe zu den das Unrecht einer Deliktsart betreffenden Faktoren, die zweite besagt, dass diese Merkmale zum Aufbau des Tatbestandes benutzt werden. Véase también Mezger: *Tratado de Derecho penal*, I, cit., pág. 387.

(55) MEZGER: *Die subjektiven Unrechtselemente*, en “Der Gerichtssaal”, 1924 (89), pág. 207.

acciones externamente iguales, una será antijurídica y otra no, en virtud de elementos psicológicos del sujeto activo (56).

Queda fuera del objeto de nuestro estudio exponer la evolución dogmática de esta importante concepción; lo que, por otra parte, tampoco es necesario, ya que con mayor o menor amplitud se ocupan de ella —a partir del desarrollo que adquirió con Mezger (57)— numerosos manuales y un sinnúmero de monografías (58). Aceptada la teoría por la generalidad de la doctrina española, Jiménez de Asúa la analiza con su habitual erudición en su gran Tratado (59). En Alemania es hoy día la concepción imperante, siendo Oehler el más decidido opositor (60). También la admiten los suizos y parte de la doctrina italiana, argentina y chilena, mientras la mayoría de los penalistas austriacos la rechazan.

La teoría de los elementos subjetivos del injusto parte del supuesto de que en la determinación de la antijuricidad de ciertas acciones es esencial la actitud anímica que el sujeto ha unido a ellas, y que se refleja en el tipo. Muy discutido es si también el dolo pertenece al tipo del injusto. Lo afirman los penalistas, por considerar al dolo componente de la acción (61), y algunos autores no finalistas que sostienen que determina su desvalor (E. Schmidt, Bockelmann, Gallas, Heinitz). La mayor parte de la doctrina, por el contrario, lo excluye.

A los elementos subjetivos del injusto se atribuyen diversas funciones: a) individualizar el injusto típico de las respectivas figuras delictivas, contribuyendo a fundamentarlas y a delimitarlas; b) cualificar o privilegiar ciertas figuras básicas; c) fundamentar la exclusión del injusto de las causas de justificación; d) configurar la tentativa, particularmente en el Derecho alemán que alude a la “resolución” (*Entschluss*) de cometer un crimen o delito (parágrafo 43) (62);

(56) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 179.

(57) A Mezger se deben dos trabajos fundamentales (*Die subjektiven Unrechtselemente*, en “*Der Gerichtssaal*”, cit., y *Wom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, en “*Tracger-Festschrift*”, 1926, pág. 187 y ss.) y una magistral síntesis (*Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Munich y Leipzig, 1931, págs. 168-173).

(58) Es todavía de obligada consulta, respecto a las fases de elaboración de la doctrina hasta 1932, el trabajo de habilitación para la docencia de SIEVERTS: *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Hamburgo, 1934, págs. 4 y ss.

(59) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 825.

(60) Para OEHLER (*Das Objektive Zweckmoment der rechtswidrigen Handlung*, 1959, *passim*) la antijuricidad penal sólo puede surgir de la objetiva puesta en peligro (*Gefährdung*) de bienes jurídicos, por medio de actos objetivos concluyentes (en relación a su dirección final objetiva). También H. Mayer mantiene una postura discrepante.

(61) En los delitos consumados el dolo es, según Welzel, “in seinem ganzen Umfang ein finale Element der Handlung” (*Das Deutsche Strafrecht*, 1969, cit., pág. 64). En contra, ENGISCH: *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, en “*Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*”, Karlsruhe, 1960, I, pág. 426. MEZGER: *Einleitung*, al “*Leipziger Kommentar*”, Berlín, 1954, I, pág. 9.

(62) Sobre si la “resolución” incluye al mismo tiempo el dolo como elemento del tipo —como pretenden los finalistas— véase, MEZGER-BLEI: *Strafrecht* (Studienbuch), 1970, cit., págs. 100, 103 y ss.

e) constituir la base de la futura "teoría general de la parte especial (63); f) impedir que el delito pueda cometerse culposamente. Su importancia, sin embargo, no debe exagerarse (64): a) ampliando por encima de la realidad el número de figuras delictivas que los contienen (65); b) multiplicando las clasificaciones de las figuras delictivas, sobre la base del elemento subjetivo que expresa o implícitamente acogen, hasta el extremo de convertir la labor dogmática en un estéril bizantinismo preciosista.

Aceptada la doctrina, no por ello desaparecen las dificultades. Problemas, y de no fácil solución, plantea ante todo el delimitar los elementos subjetivos del injusto de los elementos de la culpabilidad (66). Los origina también la determinación del lugar que corresponda a la disposición anímica (*Gesinnung*) dentro de los caracteres del delito (67)

(63) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 927.

(64) Del peligro de valorar en exceso su "revolutionierende Rolle" advirtió Mezger hace ya muchos años.

(65) Doctrina científica española —e incluso jurisprudencial— muy reciente, niega, por ejemplo, que los delitos de injuria, calumnia, abusos deshonestos, falso testimonio, etc., incluyan un elemento subjetivo del tipo.

Rodríguez Devesa sostiene, verbigracia, que "cualquiera que sean los móviles del sujeto, la injuria subsiste cuando se produce de manera abiertamente contraria a los límites que el respeto a la dignidad y el decoro ajeno demandan" y rechaza la tesis de que la partícula "en" indique finalidad (*Derecho penal español*, parte especial, cit., pág. 216). Antón Oneca ha defendido últimamente en sus explicaciones de Cátedra —en contra de lo que mantuvo en su Manual (pág. 179)— que los abusos deshonestos no exigen la concurrencia del ánimo lúbrico: los actos contrarios al decoro lesivos del pudor constituyen, para Antón, conducta antijurídica y pueden determinar legítima defensa aunque los móviles del agente no fuesen lascivos; celo indiscreto del médico que no se adaptase a las normas del decoro impuesto por la *lex artis* y la costumbre generalmente admitida. El Tribunal Supremo respecto a la calumnia ha sostenido en varias sentencias la siguiente doctrina: aunque la calumnia es, como la injuria, un delito contra el honor, la doctrina del dolo específico que es de esencia en el último de los expresados delitos, no es de estricta aplicación a la calumnia, bastando para ésta que los actos ejecutados sean voluntarios, conforme al precepto general del artículo 1.º del Código penal (Sentencias de 28 de enero de 1941, 6 enero de 1933, 14 noviembre 1944). Para Torio el delito de falso testimonio no puede concebirse como violación de un deber de veracidad, sino como un ataque a intereses jurisdiccionales, sobre todo porque el tipo agravado del artículo 326-1.º, del Código penal, establece que la sentencia condenatoria debe ser consecuencia de la declaración falsa. Estima, por tanto, que la violación del deber de veracidad constituye tan sólo el tipo subjetivo, objeto del juicio de culpabilidad; lo que quiere decir que no admite en la figura un elemento subjetivo del injusto (*Introducción al testimonio falso*, en "Revista de Derecho procesal", 1965, págs. 23 a 25 de la separata).

(66) WELZEL: *Deutsche Strafrecht*, 1969, cit., pág. 79. GALLAS: *Zum gegenwärtigen Stand*, 1955, cit., pág. 45.

(67) Merece particular mención el cambio de opinión de Schmidhäuser, autor de la mejor monografía sobre el tema (*Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübinga, 1958). En esta monografía, Schmidhäuser sostenía que la disposición anímica pertenece a la culpabilidad, puesto que "das Gesinnungsmerkmale das Ausmass der Schuld steigern" (pág. 206). Stratenwerth criticó esta postura en el *von Weber-Festschrift*. En su reciente Tratado Schmidhäuser divide ahora las características de la disposición anímica en dos grupos. Unas que "única-

e igualmente la agrupación sistemática de los elementos subjetivos del tipo (68). Fuente de confusión es asimismo el incluir las figuras delictivas concretas en grupos o subgrupos bajo una denominación ya tradicional (procedente de Binding) pero a la que se otorga dispar contenido (69).

Como un medio para evitar esta última causa de equívocos pudiera ser quizá aconsejable retornar a Binding —el cultivador “todavía sin par” de la Parte Especial, según escribía Sieverts en 1934— que se anticipó a la problemática de la teoría de los elementos subjetivos del tipo y dio nombre —comúnmente aceptado— a varias agrupaciones de delitos que contienen esta clase de elementos: delitos de resultado cortado, delitos mutilados de dos actos y puros delitos de tentativa; los cuales se caracterizan porque su consumación se anticipa al estadio de tentativa o, incluso, al de simples actos preparatorios (70). Grupos de delitos que han solido reunirse posteriormente —cuando surgió la concepción de los elementos subjetivos del tipo— en el más amplio de delitos con tendencia interna trascendente o de intención, con variedad de matices, y sin faltar autores (Mezger, Zimmerl), que absorben los delitos de pura tentativa en los de resultado cortado.

De acuerdo con esta terminología se puede estimar que la figura prevista en el apartado 1 del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960 constituye un delito de tendencia interna trascendente o de intención mutilado de dos actos, ya que se estructura de acuerdo con el siguiente esquema: “quien hace algo... para realizar de nuevo algo” (Erik Wolf). La impaciencia del legislador es grande (71) y eleva a delito consumado la mera realización de actos preparatorios.

En evitación de que se produzca la ulterior conducta que se tiene por mira, el legislador, al anticipar formalmente la consumación al momento en que se realizan ciertos actos preparatorios (72) con

mente modifican la culpabilidad”; y otras que “también alteran el injusto” (*Strafrecht*, Allg. Teil, Tubinga, 1970, pág. 203).

(68) JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 215: Die Gruppierung der subjektiven Tatbestandsmerkmale ist im einzelnen umstritten.

(69) Puede bastar para mostrarlo un solo ejemplo, tomado de los recientes Tratados de Rodríguez Devesa y Jescheck. El profesor de Madrid estima que el hurto es un delito de tendencia de resultado cortado (*Derecho penal español*, parte general, cit., pág. 330), mientras Jescheck lo incluye en los delitos de intención, en el subgrupo de delitos incompletos de dos actos (*Lehrbuch*, cit., pág. 215).

(70) BINDING: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Bes. Teil, Leipzig, 1902, pág. 11 y ss.

(71) BINDING: *Lehrbuch*, cit., pág. 13.

(72) Por tratarse de meros actos preparatorios elevados a delito no cabe en la figura la posibilidad de tentativa. Véase BINDING: *Lehrbuch*, cit., pág. 13. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 478.

aquella finalidad, transforma el que en otro caso constituiría un delito de lesión o daño (73) en un delito de peligro abstracto (74).

En consecuencia, la efectiva realización de actos de bandolerismo, merodeo o subversión social si puede ser en ocasiones una condición de mayor punibilidad no determina el momento consumativo del comportamiento delictivo (75). La pena pues a imponer al jefe de la partida —haya o no cometido actos de bandolerismo, merodeo, etc.— es la pena capital (art. sexto, apartado 1, número 1.º, a]). Y la pena a imponer a los miembros o componentes de la partida —hayan o no cometido actos de bandolerismo, merodeo, etc., y con independencia de la gravedad de los eventuales resultados, salvo en los escasos supuestos que a continuación analizaremos— es la de reclusión mayor (núm. 3.º del mismo apartado) (76).

En dos momentos concreta el legislador —como condición de mayor punibilidad— la pena a imponer a los componentes de la partida que lleven a cabo los actos que tuvieron por ulterior mira. En el apartado 1, núm. 1.º, b) en que se conmina con pena capital a “los componentes de la partida que hubiesen colaborado de cualquier modo a la comisión de algún delito castigado con pena de muerte en este decreto”. Y en el apartado 1, número 2.º, que prevé la pena de reclusión mayor a muerte para “los que hubieren tomado parte en la comisión de cualquier otro delito comprendido en este decreto”.

(73) Contra la propiedad o, eventualmente, el orden económico-social.

(74) SIEVERTS: ob. cit., págs. 146 y ss. y 176. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 479 (respecto a la rebelión). RODRÍGUEZ DEVESA niega (*Derecho penal español*, parte general, 1969, cit., pág. 347) que pueda configurarse el peligro abstracto desde un punto de vista técnico, entendiéndose por peligro abstracto un peligro estadísticamente demostrado, que se da por consiguiente en una mayoría de casos, aunque falte en el supuesto concreto. Pero, si falta en el supuesto concreto —y el juicio de probabilidad, según el mismo autor sostiene, debe ser *ex ante*—, ¿cómo puede hablarse de *peligro* respecto a ese concreto supuesto? ‘El delito de peligro abstracto (Mezger, Jiménez de Asúa, etc.) representa la específica puesta en peligro de bienes jurídicos, pero la punibilidad es independiente de que se demuestre en el caso concreto la especial situación de peligro, como ocurre en el apartado primero del artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960.

(75) En los delitos de peligro cualificados por el resultado, escribe JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho penal*, III, 1965, cit., pág. 479), el daño efectivo funciona como condición de mayor punibilidad, pero jamás puede estimarse como perfección del delito.

(76) La mencionada en el texto es, desde el plano lógico-sistemático, la única interpretación posible del número 3.º del apartado 1 del artículo sexto. Ya que el número 3.º —al igual que los restantes del mismo apartado— no hace otra cosa que concretar la punición de “los que... formaren partidas... para dedicarse al bandidaje”. A mayor abundamiento el apartado 2 alude textualmente a “los componentes de los grupos o partidas a que se refiere el apartado anterior”. Estimamos por ello que no puede aplicarse este precepto a quienes no siendo miembros de las partidas realicen actos de complicidad, como ha sucedido en alguna ocasión: Sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar de 10 de marzo y de 2 de junio de 1949 respecto al idéntico precepto del decreto-ley de 18 de abril de 1947 (cfr. DÍAZ LLANOS: *Leyes penales militares*, Madrid, 1968 [9.ª ed.], pág. 164, nota).

A pesar de su aparente generalidad estas disposiciones tienen legalmente un ámbito de aplicación restringido. Ya que el fin de dedicarse al bandidaje, al merodeo o a la subversión social es distinto de las finalidades que constituyen el elemento subjetivo del injusto de gran número de las figuras del decreto. Es manifiestamente incompatible, verbigracia, con todas aquellas que de forma expresa o tácita requieren un fin de carácter político. La única figura cuya compatibilidad con la que analizamos no ofrece dificultades es la de robo prevista en el artículo cuarto. El secuestro de una persona (regulado en el artículo quinto) sólo es compatible, en cambio, si se verificó con ánimo de lucro o eventualmente de subversión social, no en otro caso (77). La solución correcta, en el caso concreto, no podrá en absoluto prescindir del hecho de que la partida, en el sentido del decreto, *únicamente* tiene entidad jurídico-penal si se forma para uno de los tres fines tantas veces citados.

Dada su importancia, examinamos a continuación por separado y con algún detenimiento el elemento subjetivo del injusto de dedicarse al bandidaje, al merodeo y a la subversión social.

B) DEDICACIÓN AL BANDIDAJE

La punición del bandolerismo tiene una larga historia. No en vano este fenómeno delictivo es en nuestro país prácticamente endémico y nunca se ha desarraigado por entero. Brota una y otra vez con renovada energía cuando se producen las circunstancias socio-económicas que constituyen su caldo de cultivo. Costa ha estudiado, en "*Antigüedades ibéricas*", algún ejemplo ibérico de bandolerismo en la forma de cuatrería o abigeato. Y otros muchos autores (78) han mostrado que desde entonces hasta la época actual aparecen en nuestro país, en los más diversos períodos históricos, manifestaciones —muchas veces horribles (79)— de este fenómeno delincencial. Al

(77) Verbigracia, con miras deshonestas (rapto), vindicativas (detención ilegal), etc. Cfr. BERNALDO DE QUIRÓS: *Secuestro de personas*, en "Enciclopedia Jurídica Española" (Seix), XXVIII, pág. 246.

(78) BERNALDO DE QUIRÓS: *Bandolerismo y delincuencia subversiva en la Baja Andalucía*, en "Anales de la Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas", Madrid, 1913 (IX), DELEITO Y PIÑUELA: *La mala vida en la España de Felipe IV*, Madrid, 1939 (3.ª ed.), pág. 98. ESPINA: *Luis Candelas*, Madrid, 1964 (4.ª ed.). MAJADA, *Notas a la traducción castellana de la Historia de la criminalidad de RADBRUCH-GWINNER*, Barcelona, 1955. MARAÑÓN: *El "Empcinado" visto por un inglés* (Hardmann), Madrid, 1954 (5.ª ed.). REGLÀ: *El bandolerisme català del barroc*, Barcelona, 1966 (2.ª ed.). TOMÁS VALIENTE: *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, pág. 259. VILAR: *La Catalogne dans l'Espagne Moderne*, París, 1962, I, pág. 621. ZUGASTI: *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas*, Madrid, 1876-1880 (10 volúmenes), etc.

(79) Véase, por ejemplo, la descripción que hace Zugasti de la situación en Córdoba al ser nombrado gobernador civil: *El bandolerismo*, cit., I, 1876, pág. 14.

mismo resultado se llega a través del análisis de la evolución legislativa: estudio de las numerosas pragmáticas, reales cédulas, leyes, decretos, etc., que han pretendido acabar —particularmente en los últimos siglos— sin conseguirlo (a pesar de las rigurosas penas que siempre se han previsto para estos crímenes) con el bandolerismo en nuestro suelo (pragmáticas de Carlos I de 1539, de Felipe IV de 1643, de Carlos III de finales del siglo XVIII (de 1781, 1782, 1783 y 1784), ley de Secuestros de 8 de enero de 1877, etc.

Podríamos fácilmente formular por nosotros mismos, como resultado de esta dúplice investigación, el concepto del bandidaje, o lo que es igual, pero idiomáticamente más castizo, del bandolerismo. Pero nos parece preferible, por coincidir su análisis criminológico con el resultado de nuestro propio investigar, acudir a la autoridad del que puede considerarse el mejor criminólogo español, Rafael Salillas.

En su clásica obra "*Hampa*" (80) enseña Salillas que los modos de acción del bandolerismo son tres: el salteamiento, la conminación y el secuestro. El salteamiento consiste, según el mismo autor, en acometer, reducir y despojar a los pasajeros en los caminos y a los propietarios en sus viviendas. La conminación es amenazar anónimamente, y alguna vez directamente, a los propietarios, con perjuicios en sus personas y en sus haciendas, si no dan la cantidad que se les pide. Y el secuestro es apoderarse de una persona acaudalada, mantenerla en rehenes y exigir un precio por su rescate (81).

El denominador común de las diversas modalidades de bandolerismo es pues el *latrocinium*: obtención de un lucro por medio de la violencia o la intimidación. Esta es exactamente la actividad propia del bandolero que Bernaldo de Quirós define con las siguientes palabras: Forma de criminalidad caracterizada por las agresiones rapaces sistematizadas de un grupo colocado frente a la ley, en situación de rebeldía.

Con no menos precisión describió Iriarte en una de sus fábulas la actividad delictiva del bandolero:

Prendieron por fortuna a un bandolero
a tiempo cabalmente
que de vida y dinero
estaba despojando a un inocente.

La investigación gramatical coincide con la histórica y criminológica: bandolerismo es, según el Diccionario de la Academia, desafueros y violencias propias de los bandoleros. Y bandolero es "ladrón, salteador de caminos".

(80) SALILLAS. *Hampa*, Madrid, 1898, pág. 508.

(81) El salteamiento ha sido en nuestro país, hasta tiempos recientes, prácticamente endémico. La conminación prosperó en los albores del siglo actual. Y el secuestro en las postrimerías del XIX y al terminar la última guerra civil.

C) DEDICACIÓN AL MERODEO

La palabra "merodear" tiene un sentido propio y otro por extensión. En su sentido propio merodear es "apartarse algunos soldados del cuerpo en que marchan, a reconocer en los caseríos y el campo lo que pueden coger o robar", al cual obviamente no puede referirse el precepto que pretendemos interpretar (82). Por extensión significa "vagar por el campo cualquier persona o cuadrilla viviendo de lo que coge o roba", concepto cuya diferencia con el bandolerismo consiste en que permite abarcar junto a las conductas de robo e intimidación en las personas las de fuerza en las cosas.

La esencia del merodeo consiste pues en elevar a modo de vida —a hábito o profesión— una actividad de vagabundeo que se concreta en ataques a la propiedad. En el mismo sentido la Enciclopedia Jurídica Seix considera merodear: vagar, rondar en torno a los lugares de probable provecho furtivo, acechando los despojos consiguientes. De la conexión legal, por otra parte, para fines represivos de conductas de vagabundeo y de bandolerismo hay numerosas muestras en los últimos siglos. Dejemos hablar a Reglá: *Ben sovint, els bandolers comencen per ésser vagabunds... Les pragmatiques contre els vagabunds, considerats com a "seminari de lladres i bandolers", es van succeint ininterrompudament* (83). El legislador unía de esta forma en la punición conductas vinculadas también desde un plano idiomático. Es curioso saber —y al mismo tiempo altamente ilustrativo para el fin de interpretación del precepto que nos ocupa— que la palabra castellana bandolero procede de la catalana *bandoler*, la cual hace también originar el término bearnés *bandoulè* (vagabundo) y la vasca *bandil* (indolente) (84).

D) DEDICACIÓN A LA SUBVERSIÓN SOCIAL

La subversión social es la tercera modalidad final a que se refiere el número 1 del artículo sexto para tipificar las conductas de los que se apartan ostensiblemente de la convivencia social, o viven subrepti-

(82) Según COROMINAS (*Diccionario crítico etimológico de la Lengua castellana*, Madrid, 1954, III, voz: *merodear*) la Academia, ya en 1817, da el masculino *merode* como sinónimo de pillaje y considera merodear "apartarse los soldados del cuerpo o tropa a reconocer en los caseríos y campo lo que pueden recoger o robar". El merodeo adquirió excepcional gravedad durante la Guerra de los Treinta Años y en la época posterior por obra principalmente de los lansquenetes. Para acabar con el merodeo se aplicaron castigos ejemplares. Radbruch-Gwinner (ob. cit., pág. 271) relatan que en Breslau, por ejemplo, fueron ejecutados en un solo día —la vigilia de la Ascensión del año 1620— sin haberles permitido confesarse, un grupo de 27 lansquenetes.

(83) REGLÀ: ob. cit., pág. 13.

(84) COROMINAS: ob. cit., I, pág. 386.

ciamente en los núcleos urbanos, formando partidas o grupos de gente armada con aquel fin.

Gramaticalmente, subvertir significa "trastornar, revolver o destruir", por lo cual subversión social, desde un punto de vista formal, ha de ser la acción dirigida a perturbar o destruir, fuera de los cauces legales, un determinado orden social (85).

Como el ordenamiento jurídico penal ha de constituir un todo armónico es preciso partir en la investigación de lo que se entienda por subversión social del hecho del encuadre legislativo de la finalidad de subversión social al lado de la de bandidaje y merodeo. Hacemos uso en este análisis de la que suele denominarse interpretación sistemática. La pregunta a responder es la siguiente: ¿Existen conductas de bandidaje o vinculadas a él que pretendan de forma primaria perturbar o destruir un determinado orden social? Si la respuesta a este interrogante fuese afirmativa, parece lógico pensar que esas conductas son precisamente las que ha previsto el legislador español en el precepto que analizamos, por haber tomado en cuenta los fines de subversión social junto a los fines de merodeo y bandidaje.

Es de sobra sabido que las causas del bandolerismo son fundamentalmente socio-económicas. De manera meridiana lo ha expuesto REGLÀ en la que puede considerarse la mejor obra escrita hasta ahora en nuestro país sobre el bandolerismo: "sense la misèria entre els humils difícilment podria explicar-se un bandolerisme actiu i endèmic, capaç d'amenajar continuament la seguretat dels Estats" (86).

Por el hecho de serlo todo bandolero en sentido propio, es decir, el que REGLÀ llama "hijo de la miseria", lucha de forma violenta contra un orden social en el que no hay cabida para él o en el que no se siente integrado. Pero esta observación no nos vale aún para dis-

(85) Subversión social no es la acción tendente a producir cambios sociales, ya que los cambios sociales, según nos dicen los sociólogos, "at some level and degree, is as characteristic of man's life in organized systems as is orderly persistence" (W. E. MOORE: *Social Changes*, en "International Encyclopedia of the Social Science", 1968, XIV, pág. 365). Pueden equipararse, sin embargo, ambos fenómeno en las anómalas circunstancias en que los cauces legales no permitan, por su angostez, producir los cambios que exigen unas relaciones sociales que resultan inapropiadas.

(86) REGLÀ: ob. cit., pág. 9. La causa fundamental tanto del bandolerismo barroco catalán como del bandolerismo romántico andaluz es, según Reglà, una falta de adecuación entre la demografía y la economía. En el mismo sentido se manifiesta Pierre VILAR en su magnífica obra, *La Catalogne dans l'Espagne Moderne*, 1962, I, citada, pág. 621. Les conditions par où s'expliquaient les progrès du banditisme catalan au XVI^e siècle n'ont pas cessé au XVII^e: surpeuplement rural, misères de sans-travail, tentations offertes par la circulation de l'argent et l'inflation de la mauvaise monnaie. Il n'est pas étonnant que l'agitation dans les campagnes ait culminé entre 1605 et 1615 en même temps que le désordre monétaire. Igualmente se expresa ZUGASTI (*El bandolerismo*, cit., 1878, VI, pág. 315): debo decir, que la causa fundamental del bandolerismo en Andalucía consiste en los antecedentes históricos, y en el estado presente de la propiedad territorial.

tinguir el bandolero común del que actúa impulsado por móviles sociales, del bandido revolucionario.

Ahora bien, la historia de todos los pueblos muestra numerosos ejemplos de estos últimos, loados en las leyendas, ensalzados en el teatro, cantados por el pueblo: los bandidos generosos. Bandoleros que conmovidos por las iniquidades de un orden social injusto pretendían subvertirle “robando a los ricos y socorriendo a los pobres”. “No crea que yo robo como un ladrón vulgar” —podía decir uno de ellos en un cuento de los hermanos Grimm—, “tomo únicamente lo que a los ricos les sobra. Y doy a los pobres con mayor gusto que les quito”.

Estos bandidos generosos, auténticos bandidos revolucionarios, aparecen en los pueblos en los momentos de graves tensiones sociales. Y hay una línea recta que pasa de Harmodio y Aristogeiton en Grecia, a Robin Hood y Guillermo Tell en el medioevo y llega a Diego Corrientes (87) y José María el Tempranillo (88). Son protagonistas de fábulas de Grimm, de dramas de Schiller (89), de novelas de Maupassant (90), de canciones populares. El pueblo los hace suyos, los lleva en su corazón, con expresión de von Hentig (“hat diese kriminel len an sein Herz genommen” (91). Y el pueblo canta como un himno

(87) Los bandidos generosos no sólo conquistan —como exponemos en el texto— el corazón del pueblo. También el de los criminólogos. Bernaldo de Quirós, por ejemplo, muestra sin rebozo su simpatía hacia Diego Corrientes entre otras en la frase que a continuación transcribimos: Diego Corrientes, de Utrera, salteador, “ladrón de caballos padres”, el “bandido generoso”, el mejor de todos los bandidos, y el que, como tal, tuvo el peor destino, a los 27 años de su vida, arrastrado, ahorcado y descuartizado, en viernes de marzo, no habiendo muerto jamás hombre alguno, ni desgarrado otra cosa que su pregón de arresto en la plaza de Mairena del Alcor, ante el pueblo congregado para leerle (*Bandolerismo y delincuencia subversiva*, cit., pág. 18).

(88) José María, el “Tempranillo”, “Rey de Sierra Morena”, capituló “de igual a igual”. —según Bernaldo de Quirós— con Fernando, Rey de las Españas. Indultado de sus crímenes, con los componentes de su cuadrilla, fue nombrado comandante de escuadrón franco de Protección y Seguridad pública de Andalucía.

(89) Sobre *Die Räuber*, de Schiller, véanse las bellas páginas de FERRI, en *Los delincuentes en el arte*, trad. castellana de Bernaldo de Quirós, Buenos Aires, 1948, pág. 85.

(90) También Blasco Ibáñez ha descrito, en *Sangre y Arena*, los rasgos más característicos de estos bandidos, y sus modos de actuar, con motivo de la visita que uno de ellos hace en su cortijo al protagonista de la novela, el torero Gallardo (cap. VI). En páginas anteriores (cap. IV) Blasco había caracterizado al bandido generoso, y al eco que en el pueblo encuentra, perspicaz y escuetamente. El Plumitas, que así se llama el bandolero de la célebre obra del escritor levantino, “era reverenciado y ayudado por los pobres del campo, tristes siervos de la enorme propiedad, que veían en el bandido un vengador de los hambrientos, un justiciero pronto y cruel, a modo de los antiguos jueces armados de punta en blanco de la caballería andante”.

(91) VON HENTIG: *Das Verbrechen*, Berlín-Gotinga-Heidelberg, 1961, I, pág. 49.

de guerra las canciones a ellos dedicadas cuando hay tensión en el ambiente (92).

¿Quién se atreverá a decir, sin la nota de temerario —escribía el sobremanera cauto y conservador político Segismundo Moret— hasta qué punto la espontaneidad misma de semejante conducta (la de Diego Corrientes y José María) obedecía o no a sus sentimientos meramente personales, o a los que les inspiraba el espectáculo desgarrador de los exclusivismos, privilegios y miserias sociales de su tiempo? (93).

No seremos nosotros, ciertamente. Todo lo contrario. Estos bandidos generosos se separan del bandolero común, como acabamos de ver, precisamente porque pretenden no ya el robar como fin, sino mediante el robo como medio subvertir el orden social de su época. Ellos son, sin duda, los tenidos presentes por el legislador patrio en el artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960. En favor de esta interpretación abogan, como acabamos de mostrar, razones lógico-sistemáticas e históricas.

Pudiera pensarse, sin embargo, que el legislador español no fue lógico y pretendió regular en el artículo sexto, número 1.º, del decreto de 1960 conductas que nada tienen que ver con el bandolerismo y el merodeo. Se trataría de un imperdonable —nos atreveríamos a decir—, fallo sistemático, dada la excepcional gravedad de las penas que se conminan.

Pero, en cualquier caso, el lenguaje de la ley es terminante y no cabe extenderlo analógicamente a conductas que el legislador no ha previsto, sobre todo porque la pena conminada —pena de muerte, como pena única en ciertos casos— repugna a la sensibilidad de nuestra época, y puede considerarse sin énfasis como anómala (94).

El legislador ha hablado de subversión social, no de subversión política. Los términos subversión política y subversión social corresponden a dos tipos de delincuencia plenamente diferenciadas, la denominada delincuencia política y delincuencia social, que no pueden confundirse, máxime cuando la ley las distingue.

La equiparación de lo político a la social, o, con otras palabras, el sostener que los regímenes políticos dependen estrechamente de las estructuras socio-económicas es una concepción que el marxismo popularizó hace unos años y que hoy está en crisis (95). Esta idea arrastró incluso a pensadores muy alejados de las doctrinas marxistas. En el

(92) VON HENTIG: ob. y pág. citada. Del mismo: *Estudios de psicología criminal*, Madrid, 1960, I, pág. 173, trad. de Rodríguez Devesa.

(93) Segismundo MORET: *Prólogo* a la obra de ZUGASTI, *El Bandolerismo*, 1876. I, cit., pág. XIX.

(94) BARBERO SANTOS: *La pena de muerte, problema actual*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964, *passim*.

(95) DUVERGER: *Introduction a une sociologie des régimes politiques*, en "Traité de Sociologie", publicado bajo la dirección de Gurvitch, París, 1960, II, pág. 10.

campo penal puede verse un reflejo en la noción de delito social defendida por Quintano (96).

Politólogos y sociólogos enseñan actualmente, sin embargo, que lo político y lo social no puede confundirse: que un régimen social de propiedad privada no se vincula necesariamente a un régimen político pluralista (ejemplo manifiesto es la dictadura nazi) y que es sobremedida dudosa que una economía socialista tenga que estar fatalmente unida a un Estado de partido único (97). Tampoco es cierto, por otra parte, que un mayor desarrollo económico origine una mayor libertad política. Rusia es, por ejemplo, entre los países comunistas el más avanzado en el plano económico, pero los fenómenos más importantes de liberalización (verbigracia, la admirable "primavera de Praga") no se han producido precisamente allí (98).

En el ámbito jurídico-penal merece citarse el intento de distinción entre las diversas modalidades delictivas relacionadas con lo político o lo social por parte de Jiménez de Asúa, a pesar de defender sus íntimas conexiones. El afán constructor, escribe el eximio criminalista, impera en el delito político; el amor aberrante a los que sufren y el odio a los opresores caracteriza al delincuente anarquista puro (99), y el delincuente social opera por causas fundamentalmente económicas. La delincuencia que afecta a la lucha de clases y al problema económico es la única que puede denominarse, siguiendo a Jiménez de Asúa, delincuencia social (100). El delincuente social, según el mismo autor, opera por causas fundamentalmente económicas. Los explotados, los que han recibido la peor parte en el reparto del trabajo y del producto, quieren transformar la actual organización social de la propiedad, quieren más equidad en las distribuciones (101). El móvil es menos soñador que en las otras formas de delincuencia evolutiva, y por eso más fuerte, más positivo —y en consecuencia más amenazador contra las clases dominantes— en estos tiempos de lucha abierta entre capital y trabajo (102).

(96) QUINTANO RIPOLLÉS: *Delito social*. en "Nueva Enciclopedia Jurídica" (Seix). Barcelona. 1954, VI, pág. 620.

(97) DUVERGER: ob. y pág. cit.

(98) DUVERGER: ob. cit., pág. 18.

(99) De interés sobre una de las más importantes manifestaciones anarquistas españolas, la andaluza de finales de siglo, DIAZ DEL MORAL: *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas*, Madrid, 1967, pág. 122.

(100) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, 1965, III, cit., pág. 183. BOUZAT-PINATEL: *Traité de droit pénal et de criminologie*, París, 1970, I (2.ª ed.), pág. 233.

(101) Se combate la actual organización de la sociedad —alegaba, entre otras razones, MARTÍNEZ SANTONJA (*El problema social*, Madrid, 1927 [2.ª ed.], pág. 20)— porque se la considera injusta, porque se cree que favorece a una minoría con perjuicio de la mayoría, acumulando en manos de los menos la mayor suma de beneficios, y condenando a los más a la mayor parte de las penas.

(102) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, 1965, III, cit., pág. 242.

En su interesante ensayo sobre la conspiración de tipo político Tierno ha separado igualmente los condicionamientos socio-económicos. Los intereses económicos que intervienen en la conspiración —escribe el profesor salmantino— se ponen de inmediato en un nivel secundario. Se consideran instrumentos del altruismo. Desde otro punto de vista, los complejos económicos de clase social o la estructura económica del grupo inmediato son elementos condicionantes, pero no admitidos en las ideologías que intervienen en la conspiración (103).

El legislador, por último, también distingue entre subversión política y social. Los ejemplos son numerosos. Citaremos como concluyente —la figura tiene, por otra parte, una estructura análoga a la que pretendemos interpretar— el artículo 251 del Código penal, en el que se enumeran, como distintas, dentro de las propagandas ilegales, las finalidades de subvertir la organización política, social, económica o jurídica del Estado.

Un problema importante que se debe resolver antes de finalizar el estudio del elemento subjetivo de la figura es el siguiente: en el supuesto de que se forme una partida, con los requisitos que la ley exige, para dedicarse no sólo al bandolerismo, sino también al merodeo y a la subversión social, ¿existirá concurso de delitos? A nuestro juicio la respuesta es negativa tanto si se sostiene la homogeneidad como la heterogeneidad de tales conductas. El tema ha sido estudiado con extrema penetración por Gianniti, que estima que estas figuras, que denominada con conductas fungibles (104), no dan lugar a un concurso de delitos, en cuanto el delito es siempre *unum et idem* incluso en la hipótesis de que el sujeto realice —“in unità di contesto”, naturalmente— dos o más de estas conductas. Para que se origine concurso de delitos no basta una pluralidad de acciones, se necesita además que las mismas violen diversas disposiciones penales no integradas en unidad jurídica, en cuyo caso, al ser considerada cada una de ellas penalmente equivalente a las restantes, se viola —al realizarse juntamente las diversas acciones— una sola disposición legal (105).

V. PROBLEMATICA DE LA CODELINCUENCIA

El apartado 1 del artículo sexto configura diversos delitos de peligro y cualificados por el resultado que pueden ser cometidos únicamente por el jefe o componentes de la partida, los cuales serán cas-

(103) TIERNO GALVÁN: *Anatomía de la conspiración*, Madrid, 1962, pág. 63.

(104) En cuanto exigen para su realización el cumplimiento alternativo de una de las diversas conductas naturales, las cuales son consideradas, por lo tanto, como equivalentes por la ley, como modalidad de la misma violación jurídica.

(105) GIANNITI: *La fattispecie legale a condotta fungibile*, en “La Scuola Positiva”, 1961, págs. 659, 681 y 682, principalmente.

tigados como autores aún en la eventualidad de que en el caso concreto hayan actuado como cómplices o encubridores, puesto que el legislador, respecto a los miembros de la partida, alude ya al hecho de haber colaborado en el delito cualificado por el resultado “de cualquier modo” (si está conminado con pena capital en el decreto), ya al de haber “tomado parte” en la comisión (si no está conminado con pena capital) e impone al jefe de la partida la pena de muerte “en todo caso”.

El Consejo Supremo de Justicia Militar ha aplicado —como antes némos expuesto— alguna de las disposiciones citadas (v. gr., la equivalente al número 3.º del apartado 1 del decreto ley de 1947) a sujetos que sin formar parte de las partidas han colaborado con ellas de alguna forma (Sentencias de 2-6-1949 y 10-3-1949) (106). Esta jurisprudencia merece repulsa, ya que el apartado 1 configura delitos propios, es decir, delitos que sólo pueden ser cometidos por quien tenga la cualidad de jefe o componente de la partida, no por extraños a ella. El extender su aplicación a sujetos que no formen parte de la partida es claramente *contra legem* (107).

El apartado 2 del artículo sexto se refiere a una conducta de auxilio que tanto por carecer de entidad técnico-jurídica (no cabe dentro de las categorías de autoría, complicidad o encubrimiento del Código común) (108), como por la gravedad de la pena conminada, ha de interpretarse correctivamente, es decir, que será conducta de auxilio “en sentido del decreto” cualquiera que no constituya por sí complicidad (109) o encubrimiento, pero en la que no falte, al menos, por una parte, el correspondiente componente subjetivo, o sea, voluntad de verificar un favorecimiento personal relacionado con el bandolerismo; por otra, actos objetivos de auxilio a los miembros de las partidas. Estimamos, en consecuencia, que la conducta consistente, verbigracia, en proporcionar, con un fin caritativo, unos antibióticos a un bandolero herido, no puede ser calificada de “auxilio al bandidaje” (110); salvo que el término “auxilio” se convierta en un cajón sin fondo en el que todo quepa (111), lo cual estaría en contra de la naturaleza de las cosas, del principio de seguridad jurídica y del

(106) Cfr. DÍAZ LLANOS: *Leyes penales militares*, 1968, cit., pág. 164, nota.

(107) Véase la nota 76.

(108) Cfr. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, 1949, cit., pág. 376.

(109) Sobre los límites entre complicidad y conducta impune, véase, GIMBERNAT: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pág. 209.

(110) Como ha hecho una Sentencia de 21 de octubre de 1969 (Sumarísimo 30/69) de un Consejo de Guerra celebrado en Burgos.

(111) En este sentido, algunas sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar han aludido para calificar ciertas conductas como “de auxilio” a la compra de jabón o pañuelos con destino a una partida (S. de 10 marzo 1949), o al hecho de haber suministrado tabaco a los bandoleros (S. de 2 de julio 1949). Cfr. DÍAZ LLANOS: *Leyes penales militares*, 1968, cit., pág. 165, nota. El decreto-ley de 1947 consideró auxilio la simple omisión de pronta denuncia. El precepto, por fortuna, no pasó al decreto de 1960.

postulado de que las leyes penales han de interpretarse restrictivamente. Menos aún podría calificarse esta conducta como de "auxilio" desde un plano subjetivo, salvo que se sustituya arbitrariamente la voluntad caritativa real con que el sujeto actuó por otra hipotética de auxilio a bandoleros. No cabe duda, por otra parte, que cuando se dan las circunstancias del artículo 489 bis del Código penal, la conducta del que realizase actos de auxilio está justificada por haber obrado en cumplimiento de un deber legal. Más aún, el sujeto que no socorriere al bandolero que se halla desamparado y en peligro manifiesto y grave incurrirá en la responsabilidad penal que el precepto establece.

VI. EL APARTADO TERCERO DEL ARTICULO SEXTO

El legislador ha configurado en él otra típica modalidad de bandolerismo, a la que ya hemos hecho referencia: la denominada por Salillas "cominación" (112). Esta manifestación delictiva tuvo un particular florecimiento en nuestro país en las postrimerías del siglo pasado (113) —Zugasti nos relata numerosos ejemplos—, pero hoy ha prácticamente desaparecido, al igual que las restantes. De forma muy expresiva dieron cuenta de este hecho Radbruch-Gwinner en su conocida "*Geschichte des Verbrechens*": La época de las fechorías de las cuadrillas de bandoleros ha pasado a la historia (114).

El apartado 3, cuya exégesis no plantea particulares problemas —si se exceptúa el que a continuación aludiremos—, reafirma nuestro convencimiento de que el legislador ha pretendido incriminar en el artículo sexto todas las posibles conductas de bandidaje.

¿Las conductas previstas en el apartado 3 tienen siempre gravedad o características adecuadas para ser calificadas con arreglo al decreto? Rodríguez Devesa lo afirma de manera categórica, por estimar que ello se desprende "de modo inequívoco y constante" del precepto mismo, con la consecuencia de corresponder siempre su conocimiento a la jurisdicción militar (115). Sentimos discrepar de la opinión de nuestro colega de la Universidad de Madrid, ya que es posible imaginar supuestos de escasa gravedad. Y que estos supuestos se presentan en la vida real, lo muestra el hecho de su acogida en alguna sentencia de la propia jurisdicción militar (116).

(112) SALILLAS: *Hampa*, cit., pág. 508.

(113) Bernaldo de Quirós denominó "neo-bandolerismo" a la modalidad a que nos referimos en el texto, la cual al comenzar la actual centuria había sustituido casi por entero a las demás.

(114) RADBRUCH-GWINNER: *Geschichte des Verbrechens*, Stuttgart, 1951, página 290.

(115) RODRÍGUEZ DEVESEA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., páginas 272-3.

(116) Verbigracia, en la de 14 de marzo de 1951, del Consejo Supremo de Justicia Militar, se determina que no comete este delito, y sí el de amenazas

Un punto de este apartado 3 merece especial mención, el de la pena que conmina: que es de seis meses y un día a muerte, es decir, una pena prácticamente indeterminada. No han sido parcos los juristas españoles en sus reproches a tal margen de arbitrio, que consideran excesivo (117), pero parece necesario dar un paso más: el de declarar que el precepto es anticonstitucional, ya que al establecer una pena arbitraria (118) viola el fundamental postulado de la seguridad jurídica (119), acogido en el artículo 17 del Fuero de los españoles.

VII. JURISDICCION Y PROCEDIMIENTO

El artículo octavo del decreto de 21 de septiembre de 1960 establece que la jurisdicción militar será la competente para conocer de los delitos comprendidos en el decreto, que serán juzgados por procedimiento sumarísimo.

Desde el plano histórico uno de los antecedentes más significativos del precepto que comentamos quizá sean las órdenes cursadas por Carlos III el 25 de septiembre de 1781 a los capitanes generales de las provincias de Andalucía y Extremadura para que destinasen la Tropa bajo su mando a perseguir y prender las cuadrillas de bandideros, y se ofrecía ascensos a los oficiales como si se tratase de "guerra viva" y a la tropa parte del botín que confiscase.

Antecedente menos lejano, y que por haber regido una centuria su vigencia ha llegado a la actual, es el Decreto de las Cortes de 17 de abril de 1821, que atribuyó al fuero militar el conocimiento de los delitos de robo en despoblado —o en poblado, si cometidos en cuadrilla— cuando los reos fuesen aprehendidos por fuerza armada destinada a su persecución, o resistían con armas a las tropas aprehensoras.

Este sistema, u otros no menos expeditivos que, con harta frecuencia, han sido empleados, no produjeron jamás —así lo aseguran

del artículo 493 del Código penal ordinario, el vecino de un pueblo que, careciendo de antecedentes penales y político-sociales, dirige a otro vecino una carta anónima en la que, bajo amenazas de muerte para el destinatario y su familia, le exige depositase al siguiente día la cantidad de 3.000 pesetas en el lugar que expresamente se le indicaba en el anónimo, no comparciendo el procesado en el lugar y día expresado a recoger el dinero. La inhibición se basa en que en el presente caso se dan modalidades que enervan el relieve de los hechos hasta el punto de que en el propósito del autor más que el ánimo de beneficiarse con la exigencia se descubre el de gozarse simplemente con el temor que infundía a su convecino y amigo, y tanto es así que ni se presenta a recoger el sobre, etc.

(117) Véase por todos, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., págs. 272 y 1119.

(118) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., página 757, nota.

(119) JESCHECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 97. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 93.

los historiadores (120)— el triunfo definitivo de las tropas reales sobre los bandoleros. Los monarcas se ven forzados por ello a dictar órdenes, instrucciones, pragmáticas, cédulas, cada vez más severas. La situación es análoga a la que con tan fina ironía ha descrito Manzoni, respecto de los *matones* italianos del Renacimiento, en las páginas iniciales de su bellísima novela. Y de la misma forma que el *crescendo* punitivo de los virreyes hispánicos no terminó en Italia con las fechorías de los *bravi e bagabondi*, la agravación de las penas, el endurecimiento de la represión, lo sumario del procedimiento o la concesión de competencia al estamento militar para perseguir o juzgar a los bandoleros (121), tampoco produjo en nuestro país el efecto pretendido. Lo reconocen paladinamente los mismos reyes. Elegimos dos ejemplos al azar. En la Real Orden de 18 de junio de 1784 confiesa Carlos III que “a pesar de las activas y paternas providencias que he tomado para preservar a mis amados e inocentes vasallos de los insultos que experimentan en los caminos y aún en los pueblos, no se ha logrado todo el fruto que debía esperarse”. Veinte años más tarde la situación no había mejorado, si hemos de creer al monarca reinante. En Ordenes de 30 de marzo de 1801 y 10 de abril de 1802 Carlos IV se refiere, en efecto, a “los escandalosos delitos que están cometiendo por todas partes la multitud de malhechores, facinerosos y contrabandistas que las infestan con sus latrocinios y atrocidades”. Que el medio elegido por el soberano —que los salteadores aprehen-

(120) REGLÀ: ob. cit., pág. 117. TOMÁS VALIENTE: ob. cit., pág. 249.

(121) En la represión del bandolerismo catalán de 1616 el duque de Albuquerque, virrey de Cataluña, se jactaba, por ejemplo, de recibir “cada día, cargas de bandoleros vivos y muertos” (VILAR: *La Catalogne*, I, 1962, cit., pág. 624). Uno de los métodos más recriminables fue el empleado en gran escala por Zugasti, en el último tercio del siglo XIX, en su lucha contra el bandolerismo andaluz: la muerte de los malhechores por la Guardia Civil con el pretexto de que los aprehendidos pretendían fugarse o iban a ser liberados por los miembros de su cuadrilla. Esto es lo que, con un eufemismo posterior —nos dice MAJADA en las *Adiciones* a su traducción castellana de la *Historia de la Criminalidad* de RADBRUCH-GWINNER, cit., pág. 339— se ha llamado la “ley de fugas” y que constituye una verdadera pena capital de carácter gubernativo. Desde el punto de vista legislativo, la disposición más vituperable quizá sea la pragmática dictada el 6 de julio de 1663, que constituye la ley 1.ª, tit. XVII, lib. XII, de la Novísima Recopilación. Insertamos un fragmento: “Ordenamos y mandamos que cualesquier delinquentes y salteadores que anduvieren en cuadrilla, robando por los caminos o poblados, y habiendo sido llamados por edictos y pregones de tres en tres días, como por caso acaecido en nuestra corte, no parecieren ante los jueces que procedieren contra ellos a compurgarse de los delitos de que son acusados, substanciando el proceso en rebeldía, sean declarados, tenidos y reputados, como por el tenor de la presente pragmática los declaramos, por rebeldes, contumaces y bandidos públicos, y permitimos que qualquier persona, de cualquier estado y condición que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos y prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos o muertos ante los jueces de los distritos donde fueren presos o muertos; y que pudiendo ser habidos sean arrastrados, ahorcados y hechos cuartos y puestos por los caminos y lugares donde hubieren delinquido y sus bienes sean confiscados para nuestra cámara.”

didados por las tropas comisionadas en su persecución fuesen juzgados en Consejo de guerra— tampoco fue eficaz, lo prueba la Real Cédula de 22 de agosto de 1814 y el Decreto de las Cortes de 17 de abril de 1821, más arriba citado.

No solamente por razones históricas o de política criminal, o por consideraciones de Derecho comparado (122), sino por las derivadas de exigencias fundamentales de un Estado de Derecho (123), es de *lege ferenda* absolutamente preciso que la competencia para conocer de todo tipo de delitos comunes corresponda a la jurisdicción ordinaria. Esta necesidad es particularmente imperiosa en nuestra legislación, ya que el Derecho español vigente presenta una serie sumamente amplia de excepciones a esta básica aspiración jurídica de nuestra época:

a) Delitos comunes previstos en leyes especiales cuyo enjuiciamiento compete en exclusiva a tribunales militares (v. gr., diversas figuras de la Ley penal y procesal de la navegación área de 24 de diciembre de 1964).

b) Delitos comunes previstos en leyes especiales cuyo enjuiciamiento compete a la jurisdicción militar, que puede inhibirse en favor de la ordinaria (v. gr., las conductas tipificadas en el artículo sexto del decreto de 21 de septiembre de 1960).

c) Delitos que se regulan tanto en el Código penal común como en el de Justicia Militar y que por razones de competencia y de mayor gravedad de las penas consignadas en el último han de juzgar los tribunales militares y de acuerdo con lo que establece el Código de Justicia Militar (124).

(122) RODI: *La justicia militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la NATO y en España y Suiza*, en "Rev. Esp. de Der. Militar", 1961 (11), pág. 101.

(123) SCHORN: *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, Neuwied am Rhein, Berlin-Spandau, 1963, págs. 29, 39 y 52 principalmente. LEVASSEUR: *Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité*, en "Recueil d'études en hommage à Huguency", París, 1964, pág. 15: Le principe de la légalité est indispensable pour donner à la répression le caractère objectif fondamental sans lequel on ne peut parler de "justice"; il est lié à la séparation des pouvoirs, et trouve son application à chacune des phases de l'oeuvre répressive. JAFFRE: *Les tribunaux d'exception 1940-1962*, París, 1962, pág. 9. RUIZ JIMÉNEZ (*El asno y la llama*, en "Cuadernos para el diálogo", agosto-septiembre de 1970 [83-84], pág. 7) estima que el Decreto de 16 de agosto de 1968 es "anticonstitucional" —de *contrafucero*— valorando a la luz del art. 31 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, en relación con el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, todavía vigente.

(124) Contra este sistema de doble incriminación se han manifestado, entre otros: TERUEL CARRALERO: *La pluralidad legislativa*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1963, pág. 17. QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso*, II, 1963, cit., pág. 463. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., págs. 530 y 1075. MATTES: *Spanien*, en "Die strafrechtlichen Staatsschutz Bestimmungen des Auslandes", Bonn, 1968 (2.ª ed.), pág. 328.

d) Delitos comunes que por ficción legal se consideran delitos militares, debiendo ser juzgados por tribunales militares y de acuerdo con las disposiciones del Código de Justicia Militar, salvo que tales tribunales se inhiban (v. gr., los delitos previstos en el artículo segundo del decreto de 21 de septiembre de 1961).

Si merece una crítica severa el hecho de que tribunales militares, compuestos casi en su totalidad por jueces legos y nombrados para un caso concreto, sean competentes para juzgar delitos comunes, la vía del procedimiento sumarísimo (125) es digna de una censura aún más desfavorable. Si el juicio sumarísimo, escribe Alcalá-Zamora y Castillo, ofrece el mínimo de garantías procesales apetecibles, ¿por qué no se le aplica a todos los delitos flagrantes?; y si no las presenta, ¿cómo se le reserva para los delitos más graves, cuya condena puede resultar irreparable? (126).

La situación es en particular reprochable en lo que afecta a los delitos de bandolerismo: por los complejos problemas de interpretación que las figuras plantean, los numerosos sujetos que pueden estar implicados en cada caso, la anómala conminación de pena de muerte como pena única en varios supuestos, la inexistencia de las excepcionales circunstancias que pueden hacer indispensable este tipo de procedimiento en la esfera militar, supuesta la flagrancia, que el decreto no exige.

Ninguna duda nos cabe de que en la reforma a fondo de las leyes penales y procesales vigentes, por la que la doctrina clama, las aguas tendrán que tornar a sus cauces propios: delitos militares podrán ser únicamente los cometidos por militares —por poseer el carácter de *delicta propria* (127)— que constituyan infracción de graves deberes militares (128). Es altamente esperanzador en este sentido que los militares sostengan en los últimos años, con firmeza no inferior a quienes no lo son, la necesidad de una reforma a fondo de *lege ferenda*. Transcribimos para mostrarlo las palabras de un auditor, en reciente artículo acerca del delito de traición, que no tendríamos inconveniente en hacer nuestras: resulta forzoso propugnar que vol-

(125) El procedimiento sumarísimo se regula en los arts. 918 y siguientes del Código de Justicia Militar.

(126) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: *Justicia penal de guerra civil*, cit., página 256, nota.

(127) MANESSERO: *Il Codici penali militari*, Milán, 1951, I (2.^a ed.), pág. 49. El general CASADO, en su obra *Por qué condené a los capitanes Galán y García Hernández* (Madrid, 1935, pág. 74), cita unas palabras del entonces general Franco Bahamonde que merecen ser reproducidas: La justicia militar no es, ni ha sido nunca un fuero; ha sido una necesidad de que los delitos militares, de esencia puramente militar y cometidos por militares, fuesen juzgados por personal preparado militarmente para esa misión.

(128) BOUZAT-PINATEL: *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1970, cit., pág. 244. RODRÍGUEZ DEVESA: *La nueva Ley Penal Militar Alemana*, en "Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca", mayo-octubre de 1957, pág. 59.

viendo las instituciones a sus cauces naturales, deba rehabilitarse tanto la tipología como la atribución de competencia de los Tribunales ordinarios en punto a la traición, de manera que, mediante una correcta técnica, las conductas criminales a las que ordinariamente pueden acceder todos los españoles, militares o no, sean regularmente catalogadas y sancionadas en la Ley penal común, dejando reducido el cuadro punitivo castrense a aquellos supuestos de hecho que por afectar única, exclusiva y directamente a la existencia y al mantenimiento eficaz de las Fuerzas Armadas, singularmente en tiempo de guerra, se acomodan mejor a la naturaleza propia de esta rama penal especial. Si a esto añadimos la atribución de competencia de la Jurisdicción castrense por razón de la persona que ostenta esta condición habremos perfilado un Derecho punitivo militar, de acuerdo con los postulados hoy en vigor (129).

Lo expuesto, que se refiere al futuro, no puede hacer olvidar las exigencias de *lex data*. Es obligado tornar al artículo octavo del decreto de 1960 para investigar cuál es el alcance de la posible inhibición de la jurisdicción militar en favor de la ordinaria. Parece simplista en exceso —como sostiene Rodríguez Devesa— el giro procesal que se ha dado a la solución: que la jurisdicción militar pueda declinar a su arbitrio la competencia. Hay que buscar, pues, una delimitación de orden material. En sus líneas generales, es aceptable la que el mismo autor propone: la competencia se atribuirá a la jurisdicción militar solamente cuando las conductas previstas en el decreto de 1960 guarden relación de algún modo con el cometido de las fuerzas armadas, y habrá de referirse a una perturbación grave del orden público que aumente la indefensión de las víctimas en un determinado lugar, o se trate de una organización tal de los malhechores que les permita hacer frente por su número y la calidad de las armas a las autoridades civiles encargadas de su persecución y castigo (130). La Jurisprudencia, sin embargo, no ha seguido esta razonable vía (131).

(129) MONTULL LAVILLA: *Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición de Derecho penal común*, en "Rev. Esp. de Der. Militar", 1968 (25-26), pág. 53.

(130) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, cit., página 389.

(131) El Tribunal Supremo, en Auto de 5 de mayo de 1969, resolutorio de una cuestión de competencia negativa entre las Jurisdicciones ordinaria (Juez de Orden Público) y castrense, ha estimado, por ejemplo, que a la autoridad militar compete legalmente apreciar las especiales circunstancias de los hechos, en cuanto a su mayor o menor gravedad, o características adecuadas para determinar la competencia de la Jurisdicción Castrense o de la Ordinaria... todo lo cual aparece confirmado por el artículo único del Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968, sobre las *libres facultades* de inhibición antes señaladas y que están motivadas por razones de seguridad y eficacia fáciles de comprender ("Aranzadi", 1969, Ref. 1.393).