

Consumación y aplicación de Ley penal en el delito continuado

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Valladolid. Abogado de los I. Colegios de Burgos,
Valladolid y Madrid

SUMARIO: I. *Supuesto de hecho*.—II. *Calificación del Tribunal "a quo"*.—III. *Fundamentos jurídicopenales dictados por este Tribunal*.—IV. *Impugnación por el Ministerio público*.—V. *Exposición del fallo de la Sala segunda del Tribunal Supremo*.—VI. *Estimación técnicojurídica de la sentencia*: a) *Especial naturaleza jurídica del "delito continuado"*; b) *Algunos aspectos del mismo en relación con el fallo en cuestión*; c) *Especial resaltamiento en el Código y en la doctrina jurisprudencial del principio "in dubio pro reo"*; d) *Alcance de este principio*.—VII. *Breve examen del fallo de la Sala segunda*.

I. Supuesto de hecho

RESULTANDO: Que la indicada sentencia, de fecha 28 de mayo de 1947, contiene el siguiente: PRIMER RESULTANDO: probado y así declara: A) El procesado don J. L. G., farmacéutico establecido en la calle de Queipo de Llano, de esta ciudad, desde el 3 de febrero de 1944 a 14 de marzo de 1945, despachó 196 recetas suscritas por el médico don R. Z. O., todas ellas con la prescripción de 30 ampollas de cloruro mórfico de dos centigramos, y dos firmadas por el facultativo don N. F., de 25 ampollas de dos centigramos de la misma droga; las 198 susodichas recetas se extendieron en papel corriente, prescindiendo del talonario creado al efecto por las disposiciones reglamentarias, sin que hayan sido canjeadas por las llamadas oficiales, pues constan unidas a la causa, y en todas se expresa por los médicos aludidos que se disponen de las oficiales, se dispensaron tres de las recetas indicadas en 3 de febrero, otra en 4 de febrero, otra en 13 de marzo y otra en 14 de marzo de 1945, siéndolo con fecha anterior las demás; en la expendición de estos productos, así como en los de que después se hablará, el señor L. cobró exclusivamente el precio asignado a ellos por las disposiciones a la sazón vigente.

B) El procesado médico ya antes citado, con ejercicio en esta ciudad, don R. Z. O., en el tiempo comprendido entre el 1.º de abril de 1944 y el 31 de marzo de 1945, extendió recetas de cloruro mórfico a favor de M. D., por una cantidad total de 126 gramos; dicho D. era morfínómano, pero carecía de documento de garantía dispuesto por el Decreto de 29 de agosto de 1935 y Orden de 31 del mismo mes y año, para que a los enfermos habituales puedan prescribirse dosis extraterapéuticas; extendió además el señor Z., en días sucesivos, diversas recetas de 30 ampollas de 0,02 gramos de cloruro mórfico; consta también que desde el 3 de febrero de 1945 al 31 de marzo del mismo año autorizó recetas por 135 ampollas de 0,02 gramos del expresado estupefaciente; todas estas recetas fueron despachadas al enfermo D. por el procesado señor L.; C) El repetido procesado señor Z., en el año transcurrido desde 1.º de abril de 1944 al 31 de marzo de 1945, recetó para la también morfínómana C. R. O. fórmulas por una cantidad total de 279 gramos de cloruro mórfico, repitiendo, como en el caso anterior, las recetas por cantidades superiores a la dosis de cuatro días, que permite el artículo 17 de la Orden de 31 de agosto de 1935; pero con el sólo fin de evitarle dificultades, que podían surgir en el despacho de esta dosificación antirreglamentaria, extendió estas recetas oficiales, consignando el nombre auténtico de la enferma en sólo 42 recetas y nombres supuestos o de personas reales para las cuales no era apropiado el medicamento en las 436 recetas citadas, todas entregadas a C. R.; hay 36 extendidas entre el 3 de febrero de 1945 y 1.º de abril del mismo año, todas de 30 ampollas de 0,02 gramos, de ellas cuatro a nombre de la interesada y las demás con nombres supuestos. No consta que el señor Z. tuviera conocimiento de que C. R. traficaba con parte de la morfina por este medio obtenida, y dicho facultativo se limita a cobrarle la exigua cantidad de 3 a 4 pesetas, como honorarios, por cada una de las recetas. D) El también procesado don S. A. M., médico ejerciendo en esta capital, que como tal trataba a T. A. G., asimismo afecta del hábito de la morfina, extendió para ella las siguientes recetas: en 2 de abril de 1944 dos cajas de 100 ampollas de cloruro mórfico de 0,02 gramos y la misma cantidad en cada uno de los días 3 y 22 de mayo de 1944; además, para la misma paciente, pero por confusión con el nombre de las personas que recogieron personalmente las recetas, formuló en 27 de abril de 1944 igual cantidad de morfina a nombre de M. A., y en 20 y 24 de julio y 1.º de septiembre del mismo año sendas recetas a nombre de A. S., pero todas éstas por 300 ampollas de 0,02 gramos cada una; el expresado facultativo no cobraba retribución especial por la expendición de las recetas, sino tan sólo la iguala que tenía convenida con la señora A. en la módica suma de 8 pesetas mensuales. E) La procesada C. R. O., que como toxicómana se aplicaba parte de la morfina que conseguía mediante las recetas del señor Z., todas despachadas en la farmacia del señor L., traficaba con el resto, revendiéndolo en casas de lenocinio a precios elevados; no puede puntualizarse el período de tiempo en que estuvo dedicada a tal tráfico, pero sí ha de asegurarse que en su mayoría corresponde al año anterior a 3 de febrero de 1945, aunque también lo realizó durante los meses pos-

teriores a dicha fecha. F) Todos los facultativos procesados gozan de acrisolado prestigio social y han alegado que ignoraban al detalle la legislación especial respecto a la expendición de estupefacientes; que se hallaban en la creencia de que tan sólo se requería la receta llamada oficial, y que desconocían la exigencia de la autorización o carnet reglamentario para la extradosis. La Sala, ante la carencia de prueba demostrativa de tal aserto y la dificultad e imposibilidad de penetrar en la intimidad del pensamiento, no afirma ni niega la ignorancia aducida, aunque reconoce que en las clases médicas y farmacéuticas de V. existía alguna imprecisión o confusión en orden al límite de la dosis de morfina en la Farmacopea oficial. G) Los hechos que dieron origen a este sumario fueron descubiertos en virtud de una visita de inspección practicada por la "Restricción de estupefacientes" a la farmacia del señor L., en abril de 1945, motivada por la relación que a dicho Centro oficial había enviado el señor L. de la morfina despachada; tanto este facultativo como los médicos procesados y otros que no lo están fueron sancionados por la Dirección de Sanidad con multas por infringir las disposiciones sobre estupefacientes, constando que con posterioridad ha sido condonada totalmente la impuesta al señor L., y también, en todo o en parte, la de los señores A. y Z. H) No consta que a consecuencia de la expendición de la morfina se haya producido daño alguno.

II. Calificación del Tribunal "a quo"

La Audiencia consideró a don J. L. G., don R. Z. O. y don S. A. M., el primero por ejecución material y estos dos por estar comprendidos en el núm. 3 del artículo 14 del Código penal, como autores de un "delito continuado" contra la salud pública, que estimó procedía encuadrar en el artículo 347 del Código penal de 1932, por sancionar los hechos con más levedad que el de 1944; y consideró igualmente a C. R. O. como autora del mismo delito, incurso en el artículo 346 del mismo Código. Y no apreciando en aquéllos ni en ésta ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad, condenó a cada uno de los tres primeramente citados a la pena conjunta de dos meses y un día de arresto mayor y multa de 1.000 pesetas, y a C. R. a dos meses y un día del mismo arresto y multa de 500 pesetas; condenando a los cuatro, además, al correspondiente arresto sustitutivo, en su caso, del pago de dichas multas y a las consiguientes accesorias y costas." (*Segundo Resultando.*)

III. Fundamentos jurídicos dictados por este Tribunal

Interesa sobremanera, con vista al mejor conocimiento de los problemas jurídicos planteados por el fallo de la competente Sala segunda del Alto Tribunal de Justicia, ir en busca de los "considerandos" en que apoyó en su día el fallo el Tribunal "a quo". De particular relieve es uno de los "considerandos" en el cual se precisa y determina la tesis man-

tenida por la Audiencia Provincial. Dice así: "Que el hecho de apreciarse la existencia de dos delitos continuados con actos de consumación ejecutados durante *la vigencia de dos Códigos distintos*, que los sancionan con penas diferentes, plantean *un problema de aplicación de la Ley penal en orden al tiempo, que debe resolverse comprendiéndolos en la más favorable*, como ya queda expuesto, toda vez que siendo el delito continuado una ficción jurídica, no admitida expresamente por la Ley, pero creada por la doctrina y acogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo *precisamente en beneficio de los reos*, a tal ficción hay que atenerse con todas sus consecuencias, y si aquélla, en uno de sus requisitos sustanciales, los demás: *unidad de resolución y de lesión jurídica*, están patentes y de delitos continuados acusa el Ministerio público, estriba en simular que se ha cometido una sola infracción constituida por actos sucesivos que integran uno tan solo para la punición, *no es lícito para castigarlos elegir los últimos de la vida del delito* cuando éstos están regidos por una legislación más severa, porque se *quebrantaría la unidad en que la ficción se fundamenta*, con daño para los procesados, que tienen derecho a ser juzgados por la Ley más benigna, por el principio de irretroactividad de las Leyes penales *en cuanto las perjudiquen, y por ello, en este caso, procede encuadrar los hechos en el Código penal de 1932, que evidentemente los sanciona con más levedad que el vigente* (1).

IV. Impugnación por el Ministerio público

El Ministerio público interpuso recurso de casación contra la decisión de la Audiencia Provincial, fundándolo en dos motivos: señala como infringidos, por aplicación indebida, los mencionados artículos del Código penal del año 1932 y por no haber aplicado los 341, 343 y 344 del hoy vigente. Y en cuanto al segundo, relativo a la no apreciación por la Audiencia de los delitos de falsedad en documento público, desistió en su día, manteniendo el recurso pura y exclusivamente contra los cuatro procesados, "porque, a su juicio, el delito continuado de referencia no debió entenderse cometido en su total integridad hasta que terminaron los actos de su ejecución, y como ello ocurrió hallándose en vigor el Código de 1944, los citados preceptos de él debieron ser aplicados al caso en cuestión".

V. Exposición del fallo de la Sala segunda del Tribunal Supremo

La competente y digna Sala segunda acoge la impugnación realizada por el Ministerio público, dando con ello entrada a una postura por demás digna de comentario, ya que en buena medida produce un cambio en

(1) Hemos subrayado, con objeto de resaltar los extremos esenciales de la tesis del Tribunal "a quo".

punto a la Ley aplicable en el caso del delito continuado verificado bajo la vigencia de dos Leyes penales.

Veamos más de cerca lo que nos dice a este respecto el "primero de los considerandos" de la más alta Sala de la Justicia penal. "Que una sola cuestión viene propuesta en el recurso, y a ella exclusivamente ha de contraerse la resolución de esta Sala, cual es la de fijar las normas sancionadoras aplicables a las actividades delictivas de aquellos procesados por el Tribunal sentenciador declara comenzadas durante la vigencia del Código penal de 1932 y perseguidas hasta después de regir el texto refundido de 1944, todas las que se agrupan y califican como integrantes de un delito continuado, que debe castigarse y se castiga con pena única para cada sujeto culpable..." (2).

Una vez sentado el presupuesto del problema jurídico planteado sigue razonando la Sala en otro "considerando" de esta manera: "Que, dados los supuestos de hechos fundamentales de la sentencia reclamada, es indudable que cada uno de los tres procesados a quienes el recurso afecta ejecutaron actos de igual naturaleza punible que los realizados en fechas anteriores, ya entrado el mes de marzo de 1945, y como quiera que en esta sucesión de momentos consumativos estriba la existencia del delito continuado que se califica, **TODOS ELLOS IMPORTAN Y DE NINGUNO PUEDE PRESCINDIRSE PARA REPUTAR PERFECTA Y CABALMENTE PRODUCIDA LA INFRACCION, TANTO ES EL PROPOSITO DEL SUJETO COMO ES EL RESULTADO DE SU CONDUCTA, con la ineludible consecuencia DE QUE LAS ULTIMAS ACTIVIDADES DIERON TERMINO A LA EJECUCION, Y ENTONCES, CIERTAMENTE, QUEDO EL DELITO PERPETRADO,** es decir, en fecha posterior a la señalada por el artículo 2.º del Decreto que promulgó el nuevo texto sancionador para que comenzara su vigencia" (3).

A la vista de la doctrina jurisprudencial del anterior "considerando", el punto de vista subsiguiente no es otra cosa si no una clara consecuencia. Y por ello, la Sala segunda continúa su decisión en estos párrafos: "Los tres aludidos procesados delinquieron hallándose ya en vigor el Código penal de 1944, según acaba de afirmarse, **OBVIO ES QUE SUS PRECEPTOS DEBEN APLICARSE PARA SANCIONAR AL DELITO** que les atribuye y castiga el Tribunal de Instancia, de conformidad con la tesis mantenida por el Ministerio fiscal en el recurso interpuesto, cuya procedencia resulta, además, corroborada por recientes declaraciones jurisprudenciales de significación análoga, enjuiciando sobre la trascendencia y los efectos penitativos que a las infracciones de carácter continuado debe reconocer en orden al tiempo de su desarrollo y consumación definitiva, como fase final de las actuaciones criminosas del agente" (4).

(2) Hemos subrayado.

(3) Hemos subrayado y destacado con mayúsculas los párrafos, a nuestro juicio, fundamentales.

(4) Hemos subrayado, por los mismos motivos que decimos en la anterior nota.

VI. Estimación técnicojurídica de la sentencia

Independientemente de otras consideraciones técnicas y también sustantivas que la sentencia en cuestión plantea al estudioso de nuestra disciplina, no se requiere pupila de especialista para observar a seguida que el nudo de la cuestión radica esencialmente en estos dos extremos: ¿Cuándo se entiende *consumado* el llamado “delito continuado”? Y como consecuencia de ésta: ¿Qué Ley penal es aplicable en caso en que rigieran *dos* Códigos penales de distinta naturaleza sancionadora, pero ambos configuradores del mismo tipo de delito? En el desarrollo de las respuestas a estas dos preguntas habremos de tocar, por supuesto, algunas otras particularidades del “delito continuado”, ya que, dicho sea de paso, esta *ficción jurídica* aparece una serie de cuestiones, surgidas de su especial naturaleza jurídica.

a) *Especial naturaleza jurídica del “delito continuado”*.—Ya en otra ocasión, y a propósito de una interesante sentencia de esta misma Sala, hicimos una larga explanación del contenido del delito continuado, tanto en la doctrina como en las legislaciones (5). En aquel modesto comentario nuestro puntualizamos la extremada dificultad de la noción del “delito continuado” y las consecuencias tanto técnicas como sancionadoras que implica un concepto delictivo, como éste, que nace al mundo del Derecho con la tacha indeleble de dar de lado a la realidad de la vida. Porque para nadie es un secreto de penalista que, aunque se polemice sobre la verdad efectiva del origen del “delito continuado”, lo que no tiene vuelta de hoja es, sin duda, que la acción continuada ha tenido que salir por entero de las mentes de los juristas, ya que la misma entraña una versión falsa de lo que *realmente* sucede en toda la conducta delictiva. En término vulgar y moliente, ¿qué acontece en la “acción continuada”? Ni más ni menos que una serie de acciones, efectivamente, independientes unas de otras; una línea respunteada de delitos, los cuales se contraen en un solo haz, desde el punto de vista jurídicopenal, en consideración a este doble juicio de referencia: existencia de un mismo propósito delictivo (unidad de resolución), como también identidad de

(5) Véase JUAN DEL ROSAL: *Estudios penales*. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1948, capítulo IV, titulado “Sobre el delito continuado” (hurto).

Se trataba de una sentencia de fecha 22 de junio de 1945. En ella, una vez más, reitera la doctrina jurisprudencial su punto de vista de que el “delito continuado” resulta de una doble estimación, unidad de resolución (culpabilidad) y unidad de bien jurídico lesionado. Esto es, elementos subjetivo y objetivo. Criterio digno de alabanza, pues recoge las dos vertientes de antijuridicidad y culpabilidad, sin las cuales sería punto menos que imposible la configuración de esta noción delictiva.

Incluso hasta tuvimos la pretensión, a este respecto, de recoger la equilibrada investigación de nuestro colega y amigo portugués CORREIA, quien en una espléndida tesis doctoral ha precisado ciertos extremos de particular importancia en la teoría del concurso, y que, dicho sea sin ánimo de menoscabo, no habían sido tratados con el exigido rigor científico. Y es más, dieron lugar a torcidas interpretaciones doctrinales.

Véase igualmente la Literatura penal que citamos en las notas de nuestro estudio, de interés para este comentario de ahora.

bien jurídico lesionado (unidad de interés infringido). Lo de menos, en este caso, son los apuntamientos de otras estimaciones, tales como homogeneidad de lugar y tiempo, momentos procesales, que en el fondo no juegan más que un papel secundario, comparado con los dos anteriores elementos, integradores constitutivamente de lo que es el “delito continuado”.

Si en verdad no cabe discutir la anterior postura, que viene a tener carta de naturaleza en la Dogmática penal, cabría preguntarse—como ya lo hicimos otra vez—¿qué ocurre, en verdad, en el “delito continuado”?, ¿por qué no se considera la pluralidad de delitos? Porque el fundamento del vínculo de unión en el “delito continuado”, decía MITTER MAIER, “está en continua ligazón con el pensamiento de la gravedad penal”. A saber: la voluntad criminal es menos intensa y grave que en el concurso real. Es decir que, en resumidas cuentas, las teorías correctas son todas aquellas que apuntan la construcción del “delito continuado”, por el lado de que verdaderamente lo que ocurre en esta especie de delito es que se produce una “disminución de culpabilidad” (6).

Pero de otro lado, con este elemento no se satisfacen las exigencias jurídicas de este concepto, sino que será necesario subrayar que “si el límite mínimo lo da la culpabilidad, ésta no puede extenderse, y con tal fin los penalistas señalan como tope de la culpabilidad la existencia de “unidad de bien jurídico”—claro está que teniendo en cuenta la división de los bienes jurídicos a la manera usual que apuntamos en MEZGER—y homogeneidad de las actividades del agente” (7).

“En resumen, y sin pretender con ello explicar una definición, puede decirse que el fundamento dogmático y técnico del “delito continuado” radica en el área de la culpabilidad, sirviendo de frontera objetiva los otros dos elementos de “unidad del bien jurídico” y “homogeneidad en las acciones”. Pero, aunque se dieran tales presupuestos, queda siempre en manos del llamado a juzgar, vistas las circunstancias concurrentes y la situación especial del hecho, el juicio valorativo sobre la existencia de una *unidad de culpabilidad*, como igualmente la unidad del bien jurídico y la homogeneidad de las actividades, pues no se olvide ni por un momento que el “delito continuado” es siempre en un principio un *delito único*, sea del lado que se contemple” (8). Si bien téngase presente que es un *delito único* visto desde el plano jurídicopenal, puesto que desde el mundo naturalístico son varios delitos independientes, todos ellos enhebrados en razón a su referencia a una valoración jurídicopenal, la cual está apoyada en los supuestos que anteriormente señalamos.

b) *Algunos aspectos del mismo en relación con el fallo en cuestión.*—De entre los distintos aspectos del delito continuado nos interesa destacar dos de ellos, que son los que vendrán a ser objeto de discusión. Nos referi-

(6) V. J. DEL ROSAL: *Estudios penales*, obra cit., págs. 154 y sigs.

(7) V. J. DEL ROSAL, obra anteriormente cit., pág. 156.

(8) V. J. DEL ROSAL, obra cit. anteriormente, págs. 157-158.

mos, por supuesto, al problema de la determinación de la *consumación*; de otro lado, a la fijación de la Ley con respecto al *tiempo* en el delito continuado. Vayamos por partes.

El presupuesto más esencial del "delito continuado" está constituido por la llamada pluralidad de acciones u omisiones. No sólo la doctrina es unánime a este respecto, sino que algunos Códigos que le han regulado —valga de ejemplo el Código penal italiano, en su artículo 81—expresamente consignan este elemento esencial, pues no se pierda de vista que estamos en la problemática de la "teoría del concurso": pluralidad de acciones u omisiones con un mismo resultado típico. CARRARA ya nos había dicho que "la noción del delito continuado presupone la repetición de varias acciones, algunas de las cuales representa una perfecta violación de la Ley" (9). Pero no había dado certeramente en el blanco, porque en verdad se trata de infracciones completas cada una de ellas.

Ahora bien; precisamente por la singular peculiaridad de esta provincia delictiva, nos encontramos con que no se agota con sólo decir que requiere determinados elementos esenciales para su constitución, sino que lo sobresaliente de esta noción jurídicopenal radica justamente en que aparece una serie de problemas, los cuales exigen diferente tratamiento técnico y dogmático. Tales son, sin ir más lejos, por ejemplo, lo referente a la *consumación*, al *resultado*, a las *circunstancias agravantes* o *atenuantes*, a la *aplicación de la Ley con respecto al tiempo* y otros muchos más que no interesa detallar (10).

Por lo que toca al "resultado", los autores dan en decir que no existen ni *resultado* ni tampoco *momento consumativo propio* (11). Esta afirmación se desprende de la misma definición del "delito continuado", puesto que como consta de pluralidad de violaciones jurídicas, resulta claro que existan tantos resultados como acciones, unidos por un mismo propósito criminal y por la identidad del bien jurídico lesionado.

En cuanto a la "consumación", otro tanto cabe decir, ya que si se entiende por delito consumado la realización del tipo delictivo, ¿cuándo, en verdad, se estima *consumada* la "conexión continuada"? No es posible hablar de "consumación" en el sentido de un delito normal, porque en el continuado siempre habremos de convenir en que aparece un momento consumativo, pero nunca una consumación propia. Así, se nos dirá en la Dogmática penal contemporánea que tendremos tantos *momentos consumativos* cuantos son los delitos deducidos de la acción continuada. Esta posición parece de suyo correcta, habida cuenta de lo que es técnicamente el delito continuado (12). De modo que se llega a la conclusión que en el delito continuado no existe un único resultado, ni tampoco forma un solo hecho.

(9) V. F. CARRARA: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, vol. I; Ed. Depalma. Buenos Aires, 1944, págs. 335 y sigs.

(10) Para una mejor comprensión de estas cuestiones, véase L. PILLITU: *Il reato continuato*. Cedam. Padova, 1936, particularmente el cap. VI, págs. 109 y sigs.

(11) V. L. PILLITU, obra cit., págs. 110 y sigs.

(12) Para un examen detallado del problema, véase, entre otras obras, MANZINI: *Trattato*, vol. II, n.º 489, y la obra cit. de PILLITU, págs. 111 y sigs.

Por lo que respecta a la aplicación de la Ley penal en relación con el tiempo en el "delito continuado", habrá de resolverse a la vista de la naturaleza jurídica de esta noción. Es decir, que no se trata pura y exclusivamente de una cuestión técnica, de estricto derecho transitorio, sino, antes bien, la técnica utilizada, en cuanto a la aplicación de la Ley, habrá de sufrir una revisión, impuesta por la misma esencia del "delito continuado". Si fuera una noción corriente de delito, regirían los principios del llamado derecho transitorio; iluminados por las reglas de la interpretación penal. Pero la propia idea del "delito continuado" impone una modificación, tanto en lo relativo a la interpretación penal como en punto a la precisión del lugar y tiempo de la conducta delictiva. Tan es así, que el viejo aforismo *tempus regit actus* o, como dicen algunos Códigos, nadie podrá ser castigado si al tiempo de realización del hecho no estaba sancionado por una Ley como delito, experimenta una completa modificación.

¿Qué acontecerá, por tanto, en aquellos casos de sucesión de Leyes, en que la segunda Ley penal configure un nuevo tipo de delito no previsto en la primera? En este caso, ¿puede reclamarse la violación cometida anteriormente para establecer la conexión continuada del delito? Conforme al principio de la irretroactividad de la Ley penal, no es admisible la continuación. Será delito único o continuado, según las infracciones verificadas contra la nueva Ley.

La segunda hipótesis viene planteada así: ¿Qué sucederá en el caso en que la Ley posterior haya abolido el delito? Aquí tenemos el principio opuesto de la retroactividad de la Ley penal. En este supuesto, si hubo continuación bajo el imperio de la Ley precedente, cesan los efectos criminales, o, si fué condenado, cesa la ejecución y los efectos penales.

La tercera hipótesis, que es en realidad la que se refiere al caso concreto de los "hechos probados" reza de la manera siguiente: Si la Ley que regía durante el tiempo en que fué cometido el delito y la posterior son diversas, se aplicará aquella disposición que sea más favorable al procesado, salvo que haya sido pronunciada sentencia irrevocable.

c) *Especial resaltamiento en el Código y en la doctrina jurisprudencial del principio "in dubio pro reo".*—Tal como han sucedido los "hechos probados", parece que estamos a presencia de la tercera y última hipótesis, anteriormente señalada; esto es, cuando durante el transcurso de la continuación se hayan sucedido dos Leyes de distinta penalidad, pero ambas configurando el mismo tipo de delito. La duda respecto a cuál de las dos Leyes—en este caso Códigos, el del 1932 ó 1944—deban de aplicarse, parece achicarse en grandes proporciones en tanto en cuanto se tenga presente la especialísima posición de nuestras Leyes penales en lo que respecta a la *Lex mitior* (13).

(13) Con objeto de no repetir las numerosas doctrinas e hipótesis en relación con el aforismo *favorabilis sunt amplianda odiosa sunt restringenda*, véase DEL ROSAL: *Principios de Derecho penal español*, tomo II. Valladolid, 1948. Librería Lara. Lección 34, páginas 186 y sigs.

A fin de precisar del mejor modo posible esta nuestra visión legislativa, veámosla en diferentes apartes.

1.º El artículo 24 del Código penal español mantiene una singularísima postura, conduciendo su criterio humanitarista a tales límites que concede efecto retroactivo a la Ley más favorable al reo, aun cuando hubiese recaído sentencia y estuviere cumpliendo la sentencia (14).

2.º Este precepto quiebra, por tanto, con la expresa consignación de irretroactividad de las Leyes, del artículo 3.º del Título Preliminar del Código civil, con lo que se evidencia el carácter particular de la Ley penal y del ámbito de aplicación y consecuencias de la interpretación en la Ciencia de los delitos y de las penas (15).

3.º Todavía resulta más esclarecida la intención querida por el legislador español en el artículo 24 del Código penal vigente, cuando el "texto refundido del 1944", en su Decreto de Promulgación—*artículos 3.º y 4.º*—refuerzan, por decirlo así, los términos humanitarios del citado precepto, puesto que *limita los plazos de vigencia* del cuerpo punitivo vigente en beneficio del reo. En el artículo 3.º llega, incluso, el legislador, siguiendo la línea de benignidad, a dar carácter retroactivo al Código del año 1944, en cuanto favorezca al reo. Y la misma trayectoria sigue el artículo 4.º (16).

4.º Así es que el legislador español "ha resaltado de tal modo en la interpretación de la Ley penal el elemento humano, que ha resuelto la debatida cuestión siguiendo una ruta digna de encomio. Con esto toma posición la Ley de cara a ciertos problemas *interpretativos, doctrinales y prácticos* en la delimitación y alcance de la retroactividad de la Ley penal. No podía llegarse a más en la retroactividad, pero ni tampoco cabe mayor realce al aforismo "lo que favorece se amplía, lo odioso se restringe", de rancio abolengo en la "teoría de la Ley española". Así, con acertada frase la Memoria de la Fiscalía del Supremo califica a este artículo 24 de declaración del principio (al igual que los artículos 1.º, 12, 23) "de tradicional constancia en los textos de esa categoría jurídica" (17).

5.º Por otra parte, en la mayoría de los casos no se trata de la puesta en marcha de un problema técnico a secas; todavía mejor, no se refiere a aspectos de pura mecánica de "derecho transitorio", de si se debe aplicar

(14) El artículo 24 del Código penal vigente dice: "*Las Leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena.*"

(15) V. J. DEL ROSAL: *Principios de Derecho penal español*, obra cit., tomo II, páginas 97 y sigs., en que tratamos de la teoría de la interpretación en el Derecho penal.

(16) Los artículos 3.º y 4.º dicen así: "*Los hechos punibles que se realicen hasta el día en que entra en vigor la nueva Ley penal serán sancionados con arreglo a los preceptos del Cuerpo legal que deroga, o lo establecido en la Ley penal especial respectiva, a menos que las disposiciones del nuevo Código sean más favorables para el reo, y entonces se aplicarán éstas.*" Y el artículo 4.º preceptúa "*que los Tribunales y Juzgados procederán de oficio a rectificar las sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente, dictadas conforme a las disposiciones del Código penal de 1932, en las que, con arreglo a las normas del nuevo Código, hubiere correspondido al reo la absolución o una condena más beneficiosa por la aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio de arbitrio judicial. En caso de tratarse de penas de distinta naturaleza, será oído el reo.*"

(17) V. J. DEL ROSAL: *Principios...*, obra cit., tomo II, pág. 153.

esta o la otra Ley, pues no existe reparo alguno en decir que inclinarse por una u otra Ley entraña una expresa declaración acerca del comportamiento antijurídico de la persona o sobre la culpabilidad, ya que siempre en los problemas de técnica penal está en primer plano la persona humana del delincuente, que, al fin y a la postre, padece en su propia humanidad la sanción penal.

A este supuesto antropológico se debe que la técnica penal presente una particular orientación tanto en lo relativo a la interpretación cuanto en lo referente a qué Ley es aplicable.

6.º No quiere decirse con ello que la interpretación penal esté toda ella supeditada al viejo aforismo de la *Lex mitior*, pues, indiscutiblemente, aquél funcionará siempre y cuando que no contradiga la pureza técnico-dogmática del problema que se discute. Y en razón a esto, la Jurisprudencia no deberá de antemano vincularse al principio *in dubio pro reo*, de forma que se vea obligada a dirimir el problema aferrándose a éste, sin prestar atención a la cuestión técnica que suscite el supuesto de hecho (18). Pero en una Legislación como la española cabría preguntar: ¿Qué alcance reviste el viejo brocardo *favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda*?

7.º Por de pronto, la doctrina jurisprudencial "ha interpretado el citado principio conforme a la más estricta *ratio legis*, a su máxima *extensión* y carácter *absoluto*" (S. 5 junio 1935) e incluso alcanzando el privilegio a las *Leyes especiales*, como cuando dice: "el humanitario y equitativo principio de la retroactividad de las Leyes penales, en todo lo que al reo sean beneficiosas, es, sin duda alguna, aplicable con plenitud de alcance y con el mismo obligado imperio en la especial materia punitiva de contrabando y defraudación" (SS. 4 octubre 1940, 9 noviembre 1944). Como en caso de si suprime en el nuevo Código el concepto punible de la falsedad con lucro del Código de 1932 (SS. 17 febrero 1945, 16 abril 1945 y 3 mayo 1945), sosteniendo en todas estas sentencias el principio de la *retroactividad* en favor del reo. La posible colisión que pudiera existir en el caso de un conflicto de Leyes entre el Código penal común y las Leyes especiales por lo que toca a este concreto lado de la retroactividad, igualmente queda resuelto por el Alto Tribunal, abogando que "el principio de irretroactividad en lo perjudicial al reo, que es sustancial en la técnica penal" (S. 10 junio 1943), prevaleciendo con idéntica eficacia en las Leyes penales especiales. Asimismo lo reitera la doctrina jurisprudencial en cuanto las Leyes de competencia y procedimiento, las cuales, por ser de interés público, tienen efecto retroactivo, salvo alguna excepción, en cuanto favorezcan (S. 20 mayo 1940 y 17 enero 1946).

Por el mismo motivo, en virtud de una correcta interpretación teleológica del precepto, la circunstancia agravante de reincidencia "desaparece

(18) V. A. SCHOENKE: *Auslegung. Analogie und Gewohnheitsrecht im Strafrecht*, trabajo expresamente redactado para el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, que acabamos de traducir al español, y que aparecerá en el fascículo segundo del año 1948. De especial interés para el tema del texto lo relativo a la interpretación penal en este estudio del Profesor de la Universidad de Friburgo (Alemania).

cuando ha dejado de ser delito el hecho anterior que la determinaba, y por el cual el culpable había sido condenado" (SS. 30 noviembre 1876 y 28 diciembre 1887). En razón a este favor en la penalidad se pronuncian las sentencias de 26 abril 1934, 9 julio 1934, 11 junio 1945 y 3 marzo 1945 (19).

8.º De cuanto hemos expuesto se infiere que el principio de la *Lex mitior* alcanza en nuestra legislación y en las decisiones judiciales una extensión que no guarda parentesco con los ordenamientos penales de otros países. Con lo que dicho se está que estamos en el caso de evaluar los problemas técnicos a la luz de esta declaración, de tradicional abolen-go en nuestras Leyes, como dice la Memoria de la Fiscalía del Supremo.

VII. Breve examen del fallo de la Sala segunda

Conviene de nuevo exponer los fundamentos en que se apoya el presente fallo. Se dice que "es indudable que cada uno de los tres procesados a quienes el recurso afecta ejecutaron actos de igual naturaleza punible que los realizados en fechas anteriores, ya entrando el mes de marzo de 1945, y como quiera que en esta sucesión de momentos consumativos estriba la existencia del delito continuado que se califica, todos ellos importan y de ninguno puede prescindirse para reputar perfecta y cabalmente producida la infracción, tanto es el propósito del sujeto como es el resultado de su conducta, con la ineludible consecuencia de que las últimas actividades dieron término a la ejecución, y entonces, ciertamente, quedó el delito perpetrado, es decir, en fecha posterior a la señalada por el artículo 2.º del Decreto que promulgó el nuevo texto sancionador para que comenzara su vigencia" (Considerando segundo).

Precisamente, lo que confiere vida y cifra a la *lex posterior*, aun habiendo entrado en vigor el nuevo Código, es que el delito continuado presenta—como todo concepto jurídico—una unidad formal y sustancial; y sería quebrar la misma, si se prescindiera de las acciones realizadas bajo la vigencia del anterior texto punitivo. Máxime si, como sucede en los presentes "hechos probados", se ha realizado un número muy superior de infracciones bajo el imperio del Código del año 1932. Porque importan los "momentos consumativos" verificados antes del mes de marzo de 1945, adquiere vigor la argumentación contraria, esto es, que debiera plantearse la cuestión de derecho transitorio; de cuál de las dos Leyes vendrá en aplicación. Y parece que, dada la naturaleza de la acción continuada, que es una mera ficción jurídica con vistas a beneficiar al reo; de otro lado, el marco tan amplísimo en que se recoge el privilegio en nuestras Leyes y práctica judicial, no debiera repugnar ni al sentido ni a la finalidad de nuestro orden penal traer a colación la *Lex mitior*, ya que, por el con-

(19) V. J. DEL ROSAL: *Principios...*, obra cit., tomo II, págs. 154 y sigs.

(20) Hacemos expresa abstracción de otros extremos que refuerzan la argumentación expuesta en el texto, dada la finalidad de esta nota.

trario, se quebrantaría la armonía formal y sustancial que implica toda acción continuada.

No se trata de que el delito continuado se fragmente en *propósito* y en *resultado*, y pareciera, por tanto, que sólo ha tenido existencia el *propósito* en tanto regía el Código penal de 1932, y que el *resultado* se ha producido estando en vigor el Código penal de 1944, pues entonces se desnaturalizaría la noción del delito continuado. Y lo que es mucho peor, la pluralidad real y sustantiva de acciones, que es lo que constituye el llamado delito continuado. Durante la vigencia del Código penal de 1932 se han perpetrado tantos delitos cuantas infracciones punibles han perpetrado los condenados, y esta línea de continuidad persiste en el mismo grado posteriormente, una vez establecida la promulgación del nuevo texto penal. Es más: si hiciéramos un balance de los comportamientos delictivos, nos encontraríamos con que se han perpetrado muchas más acciones antes que después de cesar la vida del Código penal de 1932.

Y si bien es verdad que las últimas infracciones se verificaron imperando el nuevo Código penal, esto no hace más que reforzar el argumento de que estamos a presencia de una hipótesis de "derecho transitorio", en que sin desdoro de la técnica y de la dimensión antropológica que informa el pensamiento punitivo, pudo aplicarse la Ley más benigna, habida cuenta, sobre todo, de la *clase de delito*, del *daño criminal*, de las *circunstancias configurantes de la acción* y, en último extremo, de la *propia personalidad de los condenados*, ya que de todo ello se colige que la aplicación de uno u otro Código envuelve una estimación respecto a la conducta antijurídica y culpable de los condenados (21).

No se olvide que la pena viene proporcionada en razón a un doble juicio objetivo-subjetivo (antijuridicidad y culpabilidad) y a la naturaleza de la infracción, a las circunstancias concurrentes en la misma y la persona del supuesto delincuente (22). Pues bien; en el presente caso varía tanto la pena de aplicar una u otra Ley, que la decisión judicial habrá de parar mientes en todos estos elementos de juicio, antes de pronunciarse en un problema de estricta técnica penal. Y respecto a estos extremos tenemos los datos siguientes:

(21) Puesto que cabe pensar, como ya decía MEZGER (v. *Tratado*, págs. 270 y sigs.), al tratar de los problemas relativos al "lugar y tiempo de la acción", que aunque aparentemente pudiera creerse que se discute una cuestión de índole externa, en el fondo—como sucede ahora en lo tocante a cuál de las Leyes es aplicable—estamos ante problemas que guardan el más estrecho vínculo con la punibilidad de la conducta. De aquí que se *deba* despegar el proceso técnico de aplicación de Ley, teniendo bien presente lo que constituye núcleo y esencia del comportamiento delictivo; esto es, *su conducta antijurídica y culpable*. Máxime si, como sucede en este "supuesto de hecho", la calificación jurídicopenal entraña una "ficción"—decir que es *delito continuado*—, y puesto con esta coyuntura de aplicar una ficción, admitida y construída por decisiones jurisprudenciales, poco hubiera costado—como hizo el Tribunal "a quo"—estimar (según consta en el "considerando sexto") que no repugna al espíritu y preceptos del Código aplicar la Ley más favorable al reo.

(22) Véase para una información sobre el sistema objetivo-subjetivo seguido en el Código penal vigente, nuestro estudio recientemente aparecido en el fascículo primero de este ANUARIO, titulado "Estimación de la teoría del "tipo de autor" en la Legislación española".

- a) Que son delincuentes primarios.
- b) Que han realizado un delito de *peligro*, sin que se haya producido *efectivamente daño criminal inmediato*.
- c) Que en verdad no existe *malicia*, sino una negligencia de índole profesional.
- d) Que no ha existido *lucro* alguno.
- e). Que todos los facultativos gozan de acrisolado prestigio social, cantan los "hechos probados".

De otra parte, nada de extraño tiene que las cuestiones conexas con el *delito continuado*, relativas, por ejemplo, a la "consumación", a la "ley aplicable", al juego de las "circunstancias agravantes o atenuantes", a la "gravedad del daño", y otras muchas más (23) sean de difícil solución y en algunos casos sean causa de duda, tanto en la doctrina como en la práctica, puesto que el pensamiento punitivo está montado sobre hechos de la vida real, los cuales son transformados en la construcción del concepto de la *acción continuada*, en puras entelequias jurídicas, lo que acarrea, por supuesto, un cambio profundo en la manera y modo de plantear y dar salida práctica a todas aquellas consecuencias que apareja tamaña *ficción jurídica*, cual es la del *delito continuado*.

Basta y sobra para cerciorarse de ello observar de cerca lo que acontece en la "teoría de la acción" en el *delito continuado* (24), que a veces da la impresión de que realmente no se han terminado las distintas acciones, sino que parece como si en verdad no se consumaran hasta tanto se realice la última acción, siendo así que la acción está perfeccionada en cada una de las varias conductas de que consta el *delito continuado*. De aquí que no tuviéramos reparo en sostener en otra ocasión que "la acción" en el "delito continuado" no está constituida por actos sucesivos, ni mucho menos son momentos y pausas necesarias, pues la acción se agota en toda su integridad en cada una de las realizadas por la persona. La persona que yace una y otra vez con la misma mujer casada, consume íntegramente en cada yacimiento la figura de adulterio; la criada que hurta un collar de perlas—el clásico ejemplo de los Tratados—, verifica en cada sustracción un delito de hurto, de tal manera, tanto en uno como en otro, que la unidad viene conferida *ad íntegro*; en el primer caso, por la identidad de sujeto pasivo y de bien jurídico lesionado, además de la idéntica estructura de culpabilidad de los distintos actos, y en el segundo, por la "unidad de bien jurídico lesionado y unidad de ocasión", aparte de la misma dirección de culpabilidad. Es decir: la "acción" en la teoría del "delito continuado" se nos ofrece, no como momentos o pausas necesarias, sino, antes al contrario, *completa*, desde el *punto de vista naturalístico*, y lo que aglutina esas diferentes acciones en una unidad jurídica proviene, ni más ni menos, que del *punto de vista valorativo del orden jurídico*. Esto es: la idéntica significación penal de las varias acciones contempladas desde la altura de la culpabilidad, bienes jurídicos lesionados y referen-

(23) V. L. PILLITU, obra cit., págs. 109 y sigs.

(24) Véase una exposición detallada de la misma, en referencia a la doctrina jurisprudencial española, en nuestra obra *Estudios penales*, ya citada, págs. 172 y sigs.

cias especial-temporales o motivos procesales a veces. Siempre la calificación de si es o no un "delito continuado" depende íntimamente del orden jurídico, puesto que el "delito continuado" es un delito único, no *naturalísticamente*, sino *jurídicamente*, lo cual no es traducible por creación "ficticia", al menos, en los términos de los penalistas antiguos" (25):

De suerte que las acciones en esta noción delictiva no se nos presentan como proyecciones no independientes de un proceso intencional, sino que si bien es cierto que todas ellas van engarzadas por el sutil hilo de una misma resolución criminal, tampoco es menos verdad que *naturalísticamente* gozan de sustantiva propia e independiente.

A la vista de este fallo nos vemos obligados a repetir la misma frase con que pusimos punto final a otro comentario: "Quizá los redactores del actual "texto refundido del año 1944" debieron no dejar en desamparo la fórmula del "delito continuado". Si bien no se nos oculta la dificultad que ello entraña, pero, al menos, el Tribunal Supremo dispondría de algún asidero legal, aunque la orientación jurisprudencial ha proveído con sumo tacto jurídico. Sin embargo, las innumerables circunstancias con que en la vida real se nos presentan las hipótesis de "delito continuado", hacen sumamente enojoso un correcto enjuiciamiento penal, so pena de no tener en cuenta la necesidad teórica que en nuestros días exige el tratamiento y solución de esta repetida noción (26).

(25) V. JUAN DEL ROSAL: *Estudios penales*, obra cit., págs. 173-174 y sigs..

(26) V. JUAN DEL ROSAL, obra citada en la nota anterior, pág. 177.