

Sobre la posible supresión de la agravante genérica de publicidad

CARMEN LAMARCA PEREZ
Profesor Ayudante de Derecho penal

I. LA PUBLICIDAD EN EL CODIGO PENAL VIGENTE

La publicidad entendida en sentido amplio, como exteriorización de una conducta, constituye un elemento indispensable para que las acciones humanas adquieran relevancia jurídica. Como ya indicábamos en un trabajo anterior (1), en las conductas y en las mismas intenciones es posible hallar ciertos grados o condiciones de exteriorización que, por suponer esa relación intersubjetiva en que consiste la alteridad propia del Derecho, se transforman en objetos relevantes para la norma jurídica. Sin embargo, desde una perspectiva penal, la publicidad no equivale a pura exteriorización, sino que más bien se configura como un modo peculiar de exteriorización; modo constitutivo, es decir, esencial para formular un reproche penal, o modo accidental, que puede o no acompañar a una conducta, que de por sí resulta relevante en el ámbito punitivo. En particular, cuando en Derecho penal se habla de publicidad, suele aludirse a esta última dimensión: la publicidad como circunstancia, agravante o atenuante, y la publicidad como elemento de cualificación de una figura básica. Se trata en cualquier caso de una concurrencia accidental.

En realidad, hoy la publicidad ha perdido todo efecto atenuatorio. Tal vez por las críticas doctrinales, de las que dimos noticia en el anterior trabajo ya citado, o quizá atendiendo a una práctica jurisprudencial casi unánime, lo cierto es que el Código penal, texto refundido de 1944, hizo desaparecer todo sentido atenuatorio de la circunstancia de publicidad. Frente a la labor, tan discutible en sus resultados, de la doctrina histórica para hallar un fundamento a la atenuación, la literatura científica posterior a 1944 ha destacado su eminente y exclusiva naturaleza agravatoria, siendo muy escasas las

(1) Vid. *Publicidad y Derecho Penal: una aproximación conceptual e histórica*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, Madrid, 1980, fasc. II.

voces discordantes que defiendan el carácter mixto (2). Así, para Castejón, la publicidad provoca un daño moral equivalente al ensañamiento o al medio ocasionador de grandes estregas (3) y, según Quintano (4), su utilización expresa un abuso de superioridad por el poder de disposición sobre los medios que procuran o facilitan la propagación, aumentando deliberada e innecesariamente el daño ocasionado.

En la actualidad, cuando se está elaborando un nuevo Código Penal, no parecen existir indicios de regreso a la tradición histórica superada en 1944. Ciertamente, los motivos que referían los comentaristas para justificar la naturaleza mixta de la publicidad son en gran parte atendibles; en definitiva, expresaban un temor cierto, como era el de que castigando la publicidad se estaba premiando la clandestinidad, lo que tenía importantes consecuencias en algunos tipos delictivos; si hoy la publicidad se quiere comparar al ensañamiento, no debe ocultarse que esta circunstancia denota en cierto modo la ausencia de alevosía o, mejor dicho, una falta de secreto que facilita la defensa. No creemos, sin embargo, que aquellos motivos deban obtener su articulación técnica mediante la circunstancia genérica de publicidad.

El secreto por el secreto no debe tener relevancia jurídica en esta sede; cuando la clandestinidad de la acción provoque un grave quebrantamiento de las posibilidades de defensa, el legislador puede, si lo estima necesario, preverlo expresamente. Tampoco la publicidad debe considerarse en función del puro resultado, o de la mera utilización de ciertos medios en la exteriorización de la conducta; así adquiere especial relevancia el elemento subjetivo, la intención del agente. Si, siguiendo los planteamientos de algunos autores como los reflejados en 1928 en el Alcubilla (5) atendiésemos solamente al resultado obtenido, la publicidad podría jugar como atenuante o como agravante si se considera, por ejemplo en el delito de sedición, que el autor, consigue su propósito mejor o peor; la publicidad facilita la acción delictiva, haciendo posible unir voluntades a la sedición, pero también hace peligrar su resultado al poner sobre aviso al poder instituido.

(2) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español*, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 687.

(3) CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 13 de diciembre de 1944*, RGLJ, Madrid, 1945, p. 341; en el mismo sentido, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1946, p. 352.

(4) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, 2.ª ed., renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliografía por E. Gimbernat, Madrid, 1966, p. 214.

(5) ALCUBILLA, *Código Penal de 8 de septiembre de 1928, ajustado a las rectificaciones por Real Decreto de 30 de octubre y Real Decreto Ley de 10 de noviembre de 1928, con notas y concordancias*, Madrid, febrero de 1928, p. 24, cita 89 dup.

1. *Concepto de publicidad como circunstancia.*

Como ya decíamos en un trabajo anterior, la publicidad constituye una cualidad intrínseca de muchos fenómenos jurídicos que, en ocasiones, son jurídicos precisamente porque son públicos; lo que, sin duda, sucede también en el orden penal que acoge numerosas conductas delictivas cuya forma típica de exteriorización incorpora un cierto grado de publicidad. Sin embargo, junto a este concepto básico de publicidad, implícitamente expresado en el Código, nuestro legislador recoge, en la agravante genérica y en algunas modalidades delictivas, una noción distinta de publicidad que pudiéramos denominar «máxima» (6), no porque haya de ser necesariamente superior en los medios utilizados o en el número de destinatarios, aunque así sucede normalmente, sino porque se configura como una verdadera «circunstancia» de la acción delictiva, que puede concurrir o no. Esta circunstancia que, por lo común, sólo conviene a aquellas conductas delictivas que incorporan en su forma básica de comisión una cierta publicidad, razón por la cual se define en un sentido predominantemente instrumental y no constitutivo, es quizá la que ofrece un mayor interés desde el punto de vista jurídico-penal, ya que requiere una más complicada labor de delimitación en cuanto que no se halla incorporada de forma necesaria a la propia acción punible.

Sin duda, resulta difícil precisar en el ámbito del Derecho un concepto unívoco de publicidad. Existe una publicidad mercantil, otra que es relevante en el Derecho público, etc., y como ya indicábamos en el trabajo anteriormente citado, la noción de publicidad que pudiera ofrecerse, por ejemplo, desde una perspectiva iusprivatista no siempre debe compartirse en otras disciplinas jurídicas. Ni siquiera en el estricto marco del Derecho penal resulta fácil hallar un concepto generalmente admitido de la circunstancia de publicidad, y nuestro legislador parece ofrecer una buena prueba de ello cuando propone al menos dos clases de publicidad, una genérica y otra específica, que como veremos inmediatamente parecen tener un sentido diferente, no ya porque su alcance o intensidad sean diversas, sino por la propia disparidad de su naturaleza.

En primer lugar, prevé nuestro Código Penal en el número 4.º de su artículo 10 la circunstancia denominada genéricamente «de publicidad», en la que, contrariamente a lo que en buena lógica pudiera pensarse, dado su carácter general, no se nos ofrece un concepto de publicidad, habiéndose limitado el legislador a otorgar a efectos agravantes en la comisión del delito a su realización «por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad» (7). La mayor eficacia de estos medios para conseguir que los

(6) Véase nuestro trabajo *Publicidad y Derecho Penal: una aproximación conceptual e histórica*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, Madrid, 1980, que recoge la distinción formulada por Quintano, op. cit., p. 214.

hechos sean públicos, es decir su conocimiento por la generalidad, otorga a la circunstancia esa cualidad de publicidad «máxima» a que anteriormente hacíamos referencia y que permite su aplicación en aquellos supuestos que, aún requiriendo cierta trascendencia pública o notoriedad o la especialidad de la escritura, no precisan para la consumación del tipo delictivo la utilización de los mencionados medios.

Como ya es tradicional en nuestro Derecho penal, el artículo 10, 4.º contiene una noción instrumental de la circunstancia de publicidad, que pone el acento más en la utilización de ciertos medios que en la efectiva existencia de publicidad. En cierto modo, esta forma de proceder es comprensible si tenemos en cuenta los motivos históricos que inspiran la agravante y, en concreto, el propósito de incrementar la tutela penal frente al uso generalizado de la imprenta, un propósito que se pone de relieve ya en los comentaristas de la Codificación de 1870 (8); pero, además, esta noción instrumental goza de una cierta justificación lógica, pues, habida cuenta que la circunstancia de publicidad está pensada de modo principal para agravar aquellas conductas cuya exteriorización supone ya una cierta notoriedad, su definición de acuerdo con un criterio constitutivo hubiese dificultado notablemente la labor del Juez, que se vería en la necesidad de ponderar dos conceptos de publicidad sustancialmente idénticos y sólo diferenciables por el grado o alcance de la notoriedad.

Ahora bien, ¿es suficiente el empleo de la imprenta, radiodifusión u otro procedimiento para que opere la circunstancia agravante? Esta parece ser la opinión de Ferrer Sama cuando afirma que basta la utilización consciente de estos medios para que se produzca «publicidad» en el sentido del artículo 10, 4.º (9) y, según creemos, es también la interpretación más razonable que cabe obtener del tenor literal del precepto comentado. No obstante, el profesor Córdoba, seguramente guiado por el propósito de restar objetivismos a un Código que tanto abunda en esta característica, estima que, según el sentido del término «facilite» consignado en la circunstancia, sólo puede proceder su aplicación cuando se ha conse-

(7) La redacción del Texto Refundido de 1944, análoga a la de los Códigos de 1870 y 1932, era: «realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad», suprimiendo este segundo «medio» la reforma de 1963.

Solamente el Código Penal de 1928 nos ofrece en la circunstancia modificativa un concepto jurídico de publicidad, que existe cuando concurren los medios enumerados sin fijarse en la facilidad de su comisión.

(8) Vid., por ejemplo, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, Burgos, 1870, pp. 393 y s.; y BUENAVENTURA SELVA, *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, 1870, pp. 29 y 30.

(9) FERRER SAMA, A., op. cit., p. 354.

guido la publicidad del hecho (10). Esta segunda opinión es, sin duda, aceptable, si bien creemos que, en el contexto del artículo 10, 4.º, por medio que facilite debe entenderse sencillamente medio idóneo, pues si bien «facilitar» puede entenderse como «proporcionar», significa también posibilitar o allanar, es decir, hacer más fácil el camino que conduce a la efectiva publicidad, y de haberse querido adoptar la primera acepción parece que hubiese resultado superflua la enumeración de medios o procedimientos, en cuanto que lo importante no sería su utilización, sino la real obtención del efecto; precisamente, esa enumeración parece tener el sentido de orientar al intérprete acerca de los medios idóneos: lo son la prensa, la televisión o la radio, y además cualquier otro que haga posible la difusión, es decir que la facilite.

En este sentido, tal vez no ha sido muy afortunado el mantenimiento por nuestro Código vigente de la expresión «... u otro que facilite la publicidad» (11). La fórmula utilizada por el legislador de 1928, quizá censurable en cuanto al fondo, no dejaba lugar a dudas al afirmar que cuando se utilizaban determinados medios en la comisión del delito como la imprenta, grabado, teléfono, etc..., u otros análogos de difusión, había de apreciarse la existencia de publicidad y, una vez constatada, los Tribunales, teniendo en cuenta la naturaleza, accidentes y efectos de la infracción, podían aplicarla como agravante o atenuante o bien dejar de tomarla en consideración. Pero ahora la cuestión es distinta porque la publicidad no parece consistir en la simple utilización de ciertos medios, sino en el empleo de procedimientos que ayudan más eficazmente a conseguirla, que la favorecen o posibilitan; y no es fácil deducir a simple vista si la agravante se refiere a la efectiva consecución de la publicidad o a la utilización de determinados procedimientos que por esa mayor eficacia o su restringido uso pudieran revelar en el sujeto una mayor perversidad.

Como es habitual en el lenguaje de nuestra legislación punitiva, la circunstancia de publicidad se configura de manera preferentemente objetivista, pues al margen de los esfuerzos doctrinales que en honor de un elemento de culpabilidad han propiciado una interpretación más atenta a las intenciones del sujeto, parece que en su tenor literal la agravante existe aunque de hecho no se produzca efectiva publicidad. Pero, ciertamente, de aquí tampoco podemos derivar que la simple utilización de medios, incluso inidóneos, sea suficiente para considerar cumplidos los requisitos de la circunstancia 4.ª, pues, en efecto, de la propia dicción del precepto y de una interpretación unitaria y coherente de nuestro texto punitivo, así

(10) CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1972, p. 575. «La agravante no deberá ser aplicada si no obstante haberse propuesto el sujeto la publicidad del hecho, y haber incluso interpuesto un medio idóneo, ésa no se ha alcanzado».

(11) La expresión procede del Código Penal de 1870, «u otro medio análogo que facilite la publicidad», suprimiendo el de 1932 la referencia a la analogía.

como de la doctrina jurisprudencial y científica, debemos concluir que en cualquier caso es condición indispensable para la aplicación de la agravante la existencia de un ánimo específico cuyo objeto no es la realización de la conducta típica, sino precisamente su realización con publicidad (12).

La concurrencia de este elemento subjetivo que se expresa en la utilización de un medio de difusión con el propósito de lograr la publicidad es, sin duda, necesaria, pero no suficiente para la apreciación de la circunstancia que comentamos. Además, se requiere que la conducta delictiva sea susceptible de merecer un mayor reproche cuando se verifica con publicidad y, en este aspecto, es opinión unánime que no a todos los delitos conviene la aplicación de la agravante contenida en el artículo 10, 4.º, si bien, como es lógico, no existe acuerdo a la hora de proponer el catálogo de conductas susceptibles de agravación. En cualquier caso, los planteamientos doctrinales más afinados tratan de buscar en el bien jurídico tutelado por los diversos tipos penales el criterio para delimitar los supuestos en que cabe la apreciación de la circunstancia de publicidad, reduciendo en consecuencia su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que la publicidad pueda suponer un aumento del daño producido en el bien jurídico protegido (13). Otra interpretación, que pretendiese extender el ámbito de aplicación de la agravante a figuras delictivas que, si bien pueden realizarse con publicidad, vulneran bienes jurídicos indiferentes a esta circunstancia, creemos que conduciría a resultados absurdos y contrarios a la «ratio legis» que inspira el precepto contenido en el artículo 10, 4.º: la publicidad sólo puede jugar como agravante cuando incide sobre el mismo bien jurídico que el delito, cuando la lesión del bien jurídico protegido aumenta o disminuye según se efectúe o no con publicidad. No puede, pues, aplicarse la agravación cuando el bien jurídico no es susceptible de ser más o menos lesionado por el hecho de que haya o no publicidad.

Lo que sucede, a nuestro juicio, es que este criterio, sin duda valioso, resulta inseguro e insuficiente. Inseguro porque no es fácil obtener una regla general que nos indique en cada caso si la lesión del bien jurídico se incrementa por el hecho de la publicidad o por el empleo de medios de difusión; ello será indiscutible en algunos casos, como en las calumnias o injurias que pretenden llevar el descrédito a una persona, pero en otros supuestos la solución parece más dudosa, pues incluye una referencia a la moral social, a los valores vividos por la comunidad, que si bien deben ser ponderados por el Derecho y por el juez, no son firmes ni muy

(12) Así lo exigen entre otras las sentencias de 6 de octubre de 1885, 23 de enero de 1886, 11 de enero de 1936 y 5 de febrero de 1964; en el mismo sentido, Ferrer Sama indica que la publicidad ha de ser «buscada y aprovechada por el sujeto», op. cit., p. 353, y Córdoba añade que «éste debe representarse la extensión del mal causado por la publicidad y al menos aceptar tal evento», op. cit., p. 576.

(13) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 575.

duraderos en una sociedad cambiante y dinámica como la actual. Ciertamente, el problema podría solucionarse si fuese el legislador, como intérprete de esa voluntad general que debe delimitar la trascendencia jurídica de los valores, quien estableciese el catálogo de bienes jurídicos susceptibles de una mayor lesión por el hecho de la publicidad pero sería probablemente una solución relativa, pues si bien ofrecería al juez una orientación segura, no impediría el progresivo desajuste de la ley a las condiciones sociales y a la propia evolución de los valores. No obstante, y con las cautelas que siempre convienen a una afirmación de este tipo, estimamos que con carácter general la publicidad debe tomarse en consideración en aquellos delitos que integren un importante elemento de injuria, entendida esta expresión en sentido amplio; lo que en verdad tampoco constituye un criterio muy seguro, ya que casi todas las conductas delictivas suponen un cierto agravio y sería necesario en cada caso ponderar el alcance e importancia del mismo en relación con todos los elementos que configuran la lesión del bien jurídico.

Por otra parte, y teniendo en cuenta el concepto predominantemente instrumental de publicidad que ofrece nuestra legislación penal, creemos que el criterio comentado es también insuficiente, pues, como decíamos anteriormente, si la circunstancia de agravación debe aplicarse siempre que la publicidad produce un incremento en la lesión del bien jurídico, no se entiende por qué se niega su trascendencia penal en conductas que presentan un fuerte componente de injuria, como algunos supuestos de lesiones, violación o incluso homicidio, que, junto a la pura agresión física, representan en muchos casos un ataque frontal a la dignidad humana y un desprecio al honor de las personas. Por ello, parece que, a la luz de nuestro Código, un criterio que también debe valorarse es el de las modalidades comisivas; no se trata de un criterio definitivo y excluyente, pero sí creemos que puede orientarnos en la interpretación de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 10, 4.º. La agravante de publicidad encuentra su acomodo principalmente en aquel conjunto de acciones delictivas cuya forma de exteriorización admite el empleo de alguno de los medios o procedimientos de difusión previstos en el Código o es susceptible de valerse, para lograr más eficazmente el fin delictivo, de alguna de las condiciones que facilitan la publicidad.

2. Ambito de esta circunstancia

El ámbito de aplicación de la agravante genérica deberá circunscribirse, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, a los supuestos de publicidad mínima, es decir, a aquellos que requiriendo cierta trascendencia o publicidad, o incluso la especialidad de la escritura, no precisan para la consumación del tipo delictivo la efectiva utilización de alguno de los medios a que se refiere el artículo

10, 4.º (14). En otras palabras, la agravante genérica sólo es relevante en aquellas conductas delictivas cuya descripción legal integra un cierto grado de publicidad, de tal forma que el empleo de los procedimientos a que alude sea susceptible de incrementar el elemento «notoriedad» en atención al cual determinadas conductas han adquirido relevancia jurídico-penal. Las formas de comportamiento que, según la interpretación jurisprudencial, merecen por ejemplo el calificativo de escandalosas a los efectos prevenidos en el artículo 431, exigen siempre una cierta forma de exteriorización, una publicidad mínima (15) susceptible de extenderse por la utilización de los medios previstos en el artículo 10, 4.º; y de extenderse además en un doble sentido, ya que no ha de bastar el simple incremento material de la notoriedad, constatable mediante el examen del supuesto de hecho, sino que además debe requerirse un incremento, al menos posible, del daño. De donde se desprende que la agravante de publicidad genérica sólo adquiere trascendencia en relación con los tipos penales que, además de requerir una publicidad mínima en su forma comisiva, tutelan un bien jurídico susceptible de ser más o menos lesionado según el grado de publicidad de los hechos. El pensamiento no delinque, ni tampoco los actos que, según la moral social dominante, ofenden el pudor; su trascendencia penal exige una cierta publicidad, y precisamente la aplicación de la agravante del artículo 10, 4.º sólo es posible porque el legislador ha tomado esa publicidad como elemento cualificador de la acción. La publicidad cualifica en el tipo y cuantifica en la agravante, pero para que ésta se aplique es necesario que la publicidad haya sido considerada por el legislador en orden a cualificar para el Derecho una conducta o relación jurídicamente neutra en sí misma, pues de lo contrario el empleo de los medios descritos en el artículo 10, 4.º no sería susceptible de incrementar el daño en cuanto que en el resultado de la acción la existencia de publicidad constituiría una circunstancia puramente fáctica y sin relevancia jurídica. Para que la publicidad incremente el daño, o sea, cuantifique, es necesario primero que cuantifique, transformando una conducta humana en un supuesto de hecho con trascendencia jurídico-penal.

Pero esta caracterización, que pudiéramos llamar positiva, no es suficiente para delimitar los supuestos delictivos en que cabe considerar la circunstancia genérica del artículo 10, 4.º; su idoneidad

(14) Puede apreciarse en los delitos de escándalo público (art. 431), en los comprendidos en el Capítulo VIII del Título II (arts. 240, 241, 244 y 245), y también conforme a la actual redacción del Código en el delito de escarnio al dogma de la religión incluido en el primer supuesto del artículo 209.

(15) Aunque la Sentencia de 14 de junio de 1961 afirma, en relación con el exhibicionismo, que la existencia de este delito no se halla vinculada al mayor o menor número de escandalizados por este acto, es indudable que al menos se requiere la presencia de una persona, pero no de cualquiera, sino de una de las que racionalmente pueda esperarse que se escandalice ante la exhibición.

agravatoria exige además la concurrencia de dos características negativas, a saber: que la noción de publicidad recogida en el artículo 10, 4.º no constituya un elemento integrante del tipo (16), y que el propio Código haya previsto una modalidad específica que cualifique el tipo básico precisamente en atención a la existencia de publicidad (17).

3. *La publicidad en la parte especial: calumnias e injurias*

Junto a este concepto de publicidad que hemos llamado genérico por venir recogido en la «parte general», el legislador nos ofrece en el artículo 463 una noción que denominaremos específica por referirse en particular a un grupo de tipos delictivos, aunque no porque su sentido pueda obtenerse a partir del concepto básico, como una especialidad del mismo, ni porque su aplicación sea excepcional en comparación con la que se hace del artículo 10, 4.º; por el contrario, la publicidad del artículo 463 viene referida al núcleo de conductas delictivas en el que este elemento alcanza una mayor trascendencia, tanto en la cualificación inicial como en la cuantificación del daño.

Cierto que no es únicamente en estas modalidades delictivas en las que el Código ha recogido la comentada cláusula de «por escrito y con publicidad» (18), pero la verdad es que el artículo 463 ofrece un mayor interés, no sólo por la abrumadora superioridad estadística de su aplicación, sino sobre todo porque en él se describe el alcance del medio «por escrito» y de la circunstancia «con publicidad», aunque lo haga de tal forma que obtengamos una noción distinta y más amplia que la examinada hasta ahora en relación con el artículo 10, 4.º (19).

(16) Así sucede en los delitos de rebelión (art. 214), blasfemia (art. 239), propagandas ilegales (art. 251), en los denominados «delitos de imprenta» (arts. 165 y 165 bis), en el previsto en el artículo 432 acerca de la exposición de doctrinas contrarias a la moral pública y en los supuestos a que se refieren los artículos 126 y 164, 2.º. Finalmente, tampoco cabe apreciar la agravante genérica en el delito de apología previsto en el artículo 268 ni en el de ultraje a los dogmas de la religión que viene recogido en el segundo supuesto del artículo 209.

(17) Como cualificadora del tipo básico puede hallarse en los ultrajes a la nación del artículo 123; en las injurias o amenazas al Jefe del Estado o a su sucesor, previstas en los artículos 147 y 148; en el delito de blasfemias (art. 239) y, especialmente, en los supuestos de calumnias e injurias recogidos en los artículos 454, 459, 460 y 463.

(18) También se encuentra en el delito de blasfemias del artículo 239.

(19) Dice el artículo 463: «La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografías o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas.

Se equiparán a las del párrafo anterior la calumnia y la injuria emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas, o por radiodifusión, o en circunstancias o por medios análogos».

Recogiendo los criterios contenidos en la agravante genérica del Código de 1928, hoy desaparecidos en nuestro artículo 10, 4.º, el artículo 463 enumera una serie de medios y circunstancias de diversa naturaleza con el propósito de dilucidar el sentido de la expresión «por escrito y con publicidad», que se encuentra en varias ocasiones a lo largo del Título X del Libro II (20). El artículo 463 ofrece, sin duda, un concepto jurídico, pues no sólo especifica el alcance que en Derecho debe otorgarse a las expresiones del Código, sino que paradójicamente consagra un significado jurídico que es contradictorio con el significado vulgar, y en este caso lógico, de las palabras, ya que considera realizadas «por escrito y con publicidad» las calumnias e injurias «emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas...», es decir, las consumadas oralmente. Equiparación que, como ya señalase Quintano (21), no respeta el tenor literal de la cláusula contenida en los artículos 454, 459 y 460, y cuyo origen debe buscarse también en el Código de 1928, aunque éste omitiese la expresión «por escrito y con publicidad», incorporada a nuestro Código penal con el propósito de recoger los elementos esenciales que, según Carrara, caracterizan al «libelo famoso» (22).

Al margen de esta contradicción, que bien pudo evitarse con una más atenta y meditada recepción de nociones y técnicas jurídicas precedentes, lo que, sin duda, destaca del artículo 463 es su notable casuismo, nada infrecuente por otra parte en nuestro Código Penal (23). Esta forma de legislar plantea, como es sabido, numerosos problemas de interpretación en cuanto que la vida humana y las relaciones sociales ofrecen una extraordinaria riqueza de matices que difícilmente puede captar a priori la imaginación del legislador cuando emprende esa enojosa tarea de enumerar los casos particu-

(20) Como hemos visto, se halla también en el delito de blasfemias del artículo 239. Estimamos, sin embargo, que la noción de publicidad que ofrece el artículo 463 no es aplicable a las blasfemias; ante todo, porque de haberse querido la extensión, lo lógico es que así se dijese expresamente y, en segundo lugar y sobre todo, porque a tenor de dicho precepto la comisión de un delito «por escrito y con publicidad» puede verificarse oralmente, lo que supone una ampliación del sentido lógico de la expresión o, más bien, su contradicción, por lo que no debe aceptarse su aplicación más allá de los supuestos contemplados en el mismo.

(21) Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, vol. II, p. 1224.

(22) Vid. Díaz Palos, Nueva Enciclopedia Jurídica, voz «calumnia», vol. III, 1951, p. 590. Este autor defiende, por otra parte, la necesidad de que nuestro texto legal incorpore una figura intermedia entre la básica y la agravada, esto es, la difamación.

(23) La configuración casuística del supuesto de hecho constituye el contrapunto del sistema de cláusula general y puede definirse, de acuerdo con Engisch, como aquella expresión «del supuesto de hecho legal (entendido como conjunto de presupuestos que condiciona la ordenación jurídica de la consecuencia jurídica) que abarca grupos de casos especiales en su específica peculiaridad», «Introducción al pensamiento jurídico», trad. E. Garzón, Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 152 y s. (1.ª edición, Stuttgart, 1956).

lares que han de formar el supuesto de hecho legal. El problema no se presenta sólo en Derecho penal (24), pero en nuestra disciplina supera los límites de la simple opción técnica para afectar a los mismos presupuestos ideológicos del «ius puniendi» y del principio de legalidad. No es momento de detenernos en el tema, pero conviene recordar que el sistema de «cláusula general» se vincula al valor de seguridad jurídica, a la ley impersonal que, como la Justicia, cubre sus ojos ante los particularismos y las especialidades personales; es el sistema, en fin, que responde al método lógico abstracto que se halla en el origen del Derecho penal moderno. Cuando Beccaria reclamaba leyes claras y sencillas (25) tenía a la vista el Derecho penal de la monarquía absoluta (26), todavía teñido de infinidad de excepciones y desigualdades personales (27).

Tal vez hoy convenga replantear nuevamente la cuestión. Que el Derecho anterior a la revolución liberal utilizase con demasiada frecuencia las enumeraciones casuísticas no invalida el método cuando el legislador procede con fidelidad a los principios del Estado de Derecho. Cláusula general y casuismo pueden compatibilizarse perfectamente, aunque ello suponga un obstáculo al pensamiento abstracto del jurista teórico, y aún de cualquier jurista, que precisa confirmar la certeza de su ciencia en proposiciones generales y que quiere llevar el método de conocimiento al área de la producción normativa. Es más, a veces el respeto del principio «nullum crime sine lege» hace indispensable una cierta casuística.

Así pues, el casuismo del artículo 463 nos parece, en principio, una opción perfectamente lícita; e incluso comprensible si recordamos que la publicidad constituye un elemento propio de infinidad de acciones humanas y, sobre todo, si tenemos en cuenta que las conductas delictivas susceptibles de agravación incorporan en sus tipos básicos un cierto grado de publicidad, que hemos llamado mínima, pero que ciertamente no podemos delimitar con precisión, es decir, no podemos hallar un criterio sustancial que sirva para diferenciar la publicidad que cualifica el hecho de un supuesto con relevancia jurídica de aquella otra publicidad del artículo 463. De ahí la dificultad de reclamar una «cláusula general» para describir

(24) Vid., por ejemplo, las consideraciones de Starck para el Derecho público alemán, quien incluso habla de la ley como una predeterminación abierta, «El concepto de Ley en la Constitución alemana», trad. de L. Legaz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 367 y s. (edición alemana, Baden Baden, 1970).

(25) «De los delitos y de las penas», primera edición, 1764; cito por la traducción castellana de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974, en especial pp. 181 y s.

(26) Sobre el tema vid. principalmente la obra de F. TOMÁS VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969.

(27) El propio Beccaria añade en la obra y lugar indicados en la cita (1): «Haced que las leyes favorezcan menos a las clases de hombres que a los hombres mismos».

la noción de «por escrito y con publicidad» (28). Sólo la enunciación de medios, resultados o circunstancias podía configurar una agravante de publicidad que está pensada en función de unos tipos penales que en sí mismos implican una indudable publicidad, pues de lo contrario hubiese sido necesario contar con el auxilio de una «escala de publicidad» en la que el legislador hubiera grabado el punto a partir del cual había de entrar en juego la agravación.

Naturalmente, estas consideraciones no deben interpretarse como una defensa de la actual redacción del artículo 463, ejemplo de cómo no deben ser las leyes claras y sencillas, pues en verdad el método casuístico, siempre menos elegante que el de cláusula general, no tiene por qué recurrir a enumeraciones tan sumamente prolifas y equívocas como la del precepto reseñado.

En efecto, de su lectura cabe deducir que la publicidad referida a calumnias e injurias se define legalmente en función de un doble criterio: los medios utilizados y las circunstancias en que se produzca la acción; aquéllos aparecen recogidos en el párrafo primero y, parcialmente en el segundo (la radiodifusión) y los medios análogos), mientras que las circunstancias figuran sólo en el segundo. Sin embargo, y aunque este elemento sea el más llamativo, lo que verdaderamente diferencia a los dos párrafos del artículo 463 es la naturaleza de la acción que persigue la publicidad y que se traduce en el establecimiento de dos momentos distintos de consumación. La cualificación del artículo 463 sólo procede, tratándose de los medios enunciados en el párrafo 1.º, cuando la calumnia o la injuria «se propagaren»: en cambio, basta que sean «emitidas ante un concurso de personas...» para que deban considerarse realizadas «por escrito y con publicidad», en el caso del párrafo 2.º.

Pudiera pensarse que la diferencia responde a la propia naturaleza de los medios o circunstancias, suponiéndose que una injuria emitida ante un concurso de personas es efectivamente propagada, lo que pondría de relieve que la intención del legislador ha sido llevar el momento de la consumación al de la real propagación y no al de la simple emisión. No obstante, del párrafo 2.º cabe obtener otros resultados, ya que, en su tenor literal, deberían reputarse cualificadas las injurias o calumnias proferidas mediante gritos en reuniones públicas aun cuando las palabras no llegasen a ser audibles por más de dos o tres personas, debido a la multiplicación de gritos o al estado de agitación general. Por ello, hubiese sido preferible utilizar el mismo verbo en ambos párrafos: emitir o propagar y, a nuestro juicio, mejor el segundo que el primero. Por otra parte, si la propagación se quiere vincular a los medios y la emisión a las circunstancias, no se explica por qué «la radiodifusión» y los otros «medios análo-

(28) Noción, por otra parte, en la que el casuismo sí es inútil habida cuenta de que más tarde se describe con precisión. Bastaba con utilizar la expresión «con publicidad» y definirla luego en el artículo 463.

gos» figuran en el párrafo 2.º. La radiodifusión consiste en la difusión del sonido por medio de la radio, lo que no supone su efectiva recepción, que puede verse dificultada o impedida, por ejemplo, por motivos técnicos.

En cualquier caso, lo que parece claro es que la utilización de los medios enunciados en el párrafo 1.º no sólo ha de enderezarse a la propagación de la calumnia o injuria, sino que tal resultado ha de conseguirse efectivamente. No obstante, también aquí el precepto se muestra confuso, pues al especificar en relación con los carteles y pasquines que han de hallarse fijados en los sitios públicos (29), cabría deducir que ello no es necesario tratándose de litografías, grabados o papeles impresos. No lo creemos así: la aplicación del artículo 463 requiere que se consiga la propagación, cualquiera que sea el medio utilizado.

Ahora bien, ¿qué sucede entonces cuando los papeles o grabados no obtienen, por motivos ajenos a la voluntad del autor, la difusión deseada y, en consecuencia, las injurias o calumnias no se propagan? Teóricamente, caben al menos dos soluciones, a saber: considerar que se ha producido un delito de injurias o calumnias «por escrito y con publicidad» en grado de tentativa, o bien entender que se ha consumado la acción típica, pero sin la concurrencia de dicha circunstancia. En este sentido, Vanini señala (30) que cuando la circunstancia se refiere a los medios o en general a las modalidades comisivas es lógico admitir tentativa de delito circunstanciado si se inició el uso de tales medios, lo que evidentemente sucede en la hipótesis apuntada en que los papeles han podido ya ser impresos o grabados, pero no distribuidos.

Más precisa nos parece la opinión de Bettiol (31), que si bien reconoce la posibilidad de formas imperfectas en delitos agrabados, no las considera admisibles en relación con las circunstancias en sí mismas, de manera que cabría la tentativa de injuria con publicidad, pero siempre que se hubiesen verificado por completo las conductas enderezadas a lograr la propagación. La forma imperfecta ha de referirse, pues, a la acción de injuriar y no a la circunstancia de agravación. En este mismo sentido, Rodríguez Mourullo (32), tras examinar las tesis de Vannini y Bettiol, afirma que tratándose de agravantes integradas en el tipo puede en principio aplicarse la regla del artículo 3.º a condición de que

(29) Lo que, por cierto, no era necesario decir, al menos en relación con los pasquines, que requieren siempre su fijación en lugares públicos, como luego veremos. Sucede que el Código no utiliza la acepción rigurosa, sino una más amplia y que se ajusta mejor al significado ordinario, según la cual el cartel o pasquín existen antes de su efectiva fijación en lugar público.

(30) VANNINI, O., *Il problema giuridico del tentativo*, 2.ª ed., Milán, 1950, p. 152.

(31) Vid. BETTIOL, G., *Diritto penale*, 6.ª ed., Padua, 1966, pág. 479.

(32) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*. Vol. I. Ariel, Barcelona, 1972, p. 147.

la circunstancia que fundamenta la agravación se haya realizado íntegramente, aunque el hecho básico permanezca en una fase imperfecta de ejecución.

Creemos que este punto de vista es el más razonable, pues existiendo una figura básica plenamente consumada repugna aplicar una figura específica en forma imperfecta, cuando dicha imperfección deriva precisamente de no haberse realizado enteramente los hechos que integran la circunstancia agravatoria. Es evidente que las dos clases de injurias o calumnias, definidas en función de la comentada circunstancia, representan dos figuras en que es difícil hallar puntos intermedios. La norma específica debe primar sobre la general, pero sólo a condición de que la conducta satisfaga todos los elementos en ella requeridos, pues de lo contrario se corre el riesgo de transformar lo específico en general.

Pero la exclusión de formas imperfectas deriva no sólo de estas consideraciones, ya que en principio y de acuerdo con ellas, pudiera concebirse la consumación de la circunstancia y la frustración de la acción típica. Esta posibilidad debe excluirse, a nuestro juicio, en el supuesto de las injurias o calumnias. Si éstas no se consuman existirá una tentativa, pero no de la figura agravada, sino de la básica, siempre que admitamos naturalmente la posibilidad de formas imperfectas (33). El motivo es que la publicidad constituye un «plus» que lógicamente ha de concebirse como posterior a la injuria o calumnia, de manera que su comisión imperfecta impide considerar realizada la conducta que integra la circunstancia de agravación. En ocasiones, los hechos que definen la agravante se producen con anterioridad o coetáneamente a la acción punible, por lo que resulta posible consumir éstos e intentar aquéllos (34). No creemos que suceda así con las injurias o calumnias, que necesitan consumarse para que se propague; ciertamente, es pensable la iniciación de la conducta enderezada a la publicidad antes de consumir la acción típica, pero no parece posible finalizar aquélla por completo permaneciendo la injuria en forma imperfecta, sobre todo teniendo en cuenta que se requiere efectiva propagación.

Ya hemos aludido anteriormente a alguno de los problemas que plantea la, a nuestro juicio, recusable técnica del precepto; para

(33) Según la opinión dominante, las injurias no constituyen delito formal en todo caso, pues como indica Rodríguez Devesa, la actividad del agente puede descomponerse en varios actos para conseguir que llegue la ofensa a conocimiento del agraviado, por lo que son pensables las formas imperfectas cuando se cometen por medio de actos o por escrito. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español*. Parte Especial, 7.ª ed., Madrid, 1977, p. 210; DÍAZ PALOS, op. cit., pág. 588, y QUINTANO-GIMBERNAT, *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*. Tomo I, vol. II, 2.ª ed., Revista de Derecho Privado. Madrid, 1972, pp. 1252 y ss.

(34) Por ejemplo, en el asesinato premeditado la circunstancia constituye un plus de la acción, que luego puede frustrarse.

finalizar con esta cuestión nos referiremos ahora a ciertas dificultades de interpretación sobre el alcance y las condiciones requeridas para la apreciación de los diversos medios o circunstancias recogidas en el artículo 463. Así, en relación con los papeles manuscritos, el párrafo 1.º exige que se comuniquen a más de diez personas para considerar la conducta agravada por la publicidad; sin embargo, tratándose de medios mecánicos o de calumnias o injurias orales no se señala ningún límite mínimo de propagación. En relación con las formas orales tal vez no exista dificultad en extender el requisito de la comunicación a más de diez personas (35), de manera que la calumnia manuscrita o emitida ante un número escaso de personas pasaría a integrar el tipo básico, y en el supuesto de injurias leves constituirían la falta prevista en el artículo 586, 1.º.

Por lo que se refiere a los medios mecánicos, si bien la Sentencia de 25 de octubre de 1951 propone la aplicación del requisito aludido, la solución nos parece más discutible, ya que la omisión en este caso creemos que ha sido intencionada y responde a la vieja idea de que la utilización de la imprenta o el grabado, antes más dificultosa y minoritaria que hoy, entraña una superior perversidad en el agente, que se supone que ha previsto mejor las consecuencias de la infracción, por lo que su mera utilización acompañada de una difusión mínima, incluso inferior a diez personas, sería suficiente para integrar la circunstancia comentada. No obstante, y teniendo en cuenta que siempre es necesaria la propagación y que ésta supone multiplicación del conocimiento (36), parece correcto unificar el criterio numérico y exigir como mínimo la divulgación entre diez personas en cualquiera de los supuestos del artículo 463.

También por lo que se refiere a la extensión que alcance la propagación, cabe preguntarse si la exigencia del elemento subjetivo requerido en esta figura debe comprender también el conocimiento del número de destinatarios o, por el contrario, en este aspecto debemos rendir fidelidad a la prolongada tradición objetivista de nuestro Derecho penal, no abandonada en el Código vigente. Según creemos, no es preciso que el autor se represente con toda precisión el número o la personalidad de los sujetos conocedores de la ofensa, pues en ciertos casos tal exigencia sería incompatible con la naturaleza misma del medio utilizado. Sin embargo, y en honor de un elemento subjetivo que juzgamos fundamental a la hora de delimitar la responsabilidad en el ámbito punitivo, debe requerirse que el agente haya podido prever razonablemente el número aproximado de personas a cuyo conocimiento habría de llegar la injuria o calumnia en el supuesto de utilizar determinados medios o de realizarla en ciertas condiciones.

(35) En este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 1951.

(36) Del latín *propagare*, de *pro* (por) y *pagus* (distrito).

Naturalmente, y siempre a partir del número convencional de diez personas, el que se divulgue la ofensa más o menos no puede resultar indiferente y así una reiterada jurisprudencia (37) viene manifestando que la extensión de la publicidad lograda por el culpable sólo sirve para graduar la extensión de la pena, a lo que hoy debe añadirse la previsión contenida en el artículo 4, 5.º de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (38). En efecto, dicha ley, además de reducir los presupuestos de perseguibilidad al establecer que para los casos del artículo 463 «basta denuncia de la persona agraviada o de su representante legal...» (art. 4, 1.º), ordena que la indemnización por perjuicios materiales y morales deberá fijarse expresamente en la sentencia (39), teniendo en cuenta «el agravio producido y el medio a través del cual se cometiera el delito o falta, así como la difusión del mismo» (40). De donde se desprende que el alcance de la propagación no sólo sirve para graduar la pena, sino también la indemnización.

La profusión de tipos y circunstancias relacionados con la publicidad, ya sea porque la incorporen en su definición, la acepten como agravante o pretendan describir sus caracteres a la vista de una figura concreta, es sin duda causa de perturbación, sobre todo en un Código como el nuestro, formado y reformado con aportaciones diversas y cuya imperfección técnica deriva muchas veces de esa pluralidad de fuentes no siempre bien ajustadas en un cuerpo legal que debe ser coherente. En este aspecto, no podemos pasar por alto la comparación entre los tipos recogidos en el artículo 463, respecto de los cuales el legislador ha previsto una figura agravada, y las calumnias e injurias que integran el Capítulo VIII del Título I, que se caracterizan en función del sujeto pasivo: la Autoridad o funcionario público «en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas»; paradójicamente, aquí el Código no recoge ninguna figura agravada análoga a la del artículo 463, por lo que sólo cabe apreciar la circunstancia genérica del artículo 10, 4, cuyos resultados penales son menos rigurosos.

El fenómeno es anómalo en un doble sentido. Ante todo, porque desde un punto de vista teórico no es fácil entender que una misma conducta delictiva modifique su régimen jurídico en relación con una circunstancia que afecta a la acción por el simple cambio del sujeto pasivo. Pero es que, en segundo lugar, lo lógico en el planteamiento del Código hubiese sido que las injurias o calumnias fuesen en todo caso tratadas con más rigor cuando se

(37) Sentencias de 28 de octubre de 1911, 3 de diciembre de 1934 y 27 de noviembre de 1978.

(38) Ley 62/78, de 26 de diciembre.

(39) Frente a la reserva de acciones civiles que establece el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se conserva para el tipo básico. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, parte especial, Suplemento a la 7.ª edición, p. 55.

(40) Nótese la inconveniencia de hablar de faltas.

dirigen contra una Autoridad o funcionario, ya que, como reiteradamente señala nuestra jurisprudencia, «los delitos contemplados en el Capítulo VIII constituyen una modalidad agravada de la calumnia, injuria y amenaza por razón del sujeto que la recibe» (41). En cualquier caso, lo que no se comprende es que la publicidad de la conducta genere mayor severidad cuando se protege el honor de los particulares que cuando se tutela el prestigio y buen nombre de las autoridades o funcionarios.

El problema examinado presenta una indudable importancia para el objeto de nuestro trabajo, ya que un somero estudio de la jurisprudencia nos indica que la circunstancia genérica del artículo 10, 4 no es tan genérica como cabría deducir de su ubicación sistemática, sino que más bien parece pensada exclusivamente para agravar las conductas de injurias o calumnias; existiendo una modalidad específica para las figuras del artículo 463, resulta entonces que la eficacia real del artículo 10, 4 se circunscribe en la práctica al Capítulo VIII del Título I. La consecuencia inmediata es que el catálogo de medios y resultados que integran la publicidad no es el mismo en todo caso, sino que la coincidencia es sólo parcial, ya que el concepto que se deduce del artículo 463 es más amplio que la agravante genérica, de manera que, en relación con autoridades o funcionarios, sólo cabe agravar la responsabilidad cuando se utiliza la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad, pero no según creemos, cuando las injurias son orales o manuscritas, ya que estas últimas resultan equiparadas por la figura especial del artículo 463 y, por lo tanto, deben considerarse excluidas de la circunstancia genérica; en otro caso, no hubiese sido preciso «equipararlas», pues un concepto sólo se equipara a otro cuando es distinto. Todo ello prueba, por otra parte, la ausencia en nuestro Código de un concepto unívoco de publicidad, ni siquiera en relación con la misma clase de figuras delictivas.

Debe tenerse en cuenta, además, que los artículos 240 a 245 constituyen normas en blanco, en el sentido de que la determinación de las conductas que integran las calumnias o injurias allí recogidas debe buscarse en el Título X. Y lo mismo sucede con los criterios que miden su gravedad, enunciados en el artículo 458 para las injurias y en el 454 para las calumnias; según este último precepto, son graves las calumnias que se propaguen por escrito y con publicidad.

Ahora bien, si la gravedad de las calumnias se determina en función de la publicidad, parece evidente que repugna aplicar a esta figura la agravante genérica; si es leve, porque la publicidad la convierte en grave, y si es grave, precisamente en virtud de esa publicidad, porque la misma circunstancia no puede cualificar y agravar al mismo tiempo. En consecuencia, ¿cómo aplicar a los

(41) Sentencias de 21-X-72 (4163), 25-X-74 (3964), 3-VIII-75 (3059) y 16-XI-77 (4263), entre otras muchas.

supuestos del Capítulo VIII la agravante genérica? Salvo que intentemos buscar los criterios de gravedad prescindiendo del elemento comentado (42), lo que no resulta fácil, parece que la circunstancia genérica no debe agravar las conductas del Capítulo VIII, lo que supone que la sanción sería inferior a la que correspondería en el supuesto básico de la calumnia contra particulares.

El fenómeno comentado se produce en otros supuestos, lo que pone en entredicho la afirmación de que en el Capítulo VIII se recoge una modalidad agravada de los delitos contra el honor en razón del sujeto que las recibe. Así, por ejemplo, en la hipótesis de calumnias prevista en el artículo 244 resulta que si aplicamos la circunstancia genérica de publicidad, que sólo eleva la pena al grado máximo, la sanción sería inferior en un grado a la establecida para tutelar el honor de los particulares (43). Finalmente, y sin ánimo exhaustivo en la enumeración de posibles incongruencias, indiquemos que la omisión de las calumnias en el artículo 245 provoca una mayor severidad cuando el sujeto pasivo es un funcionario que cuando se trata de una autoridad, ya que en el primer caso es preciso acudir a los supuestos ordinarios del Título X (44).

En definitiva, todos estos problemas son consecuencia de un escaso rigor técnico. Ya hemos indicado que la circunstancia pretendidamente genérica del artículo 10, 4 encuentra su acomodo casi de forma exclusiva en los delitos contra el honor. De querer mantenerla, en razón de esa presunta abstracción que quiere acompañar a la «parte general», lo lógico es no crear figuras cualificadas por la publicidad, y menos en relación con los tipos que naturalmente aceptan la aplicación de la circunstancia genérica. Si, por el contrario, se estima que las injurias y calumnias deben tener una modalidad cualificada por el hecho de la publicidad, no se comprende su previsión para las formas ordinarias del Título X y su omisión en el Capítulo VIII. En realidad, ya parece discutible la existencia de una doble tipificación motivada por la diferente cualidad de los sujetos pasivos, pero, en cualquier caso, los delitos comprendidos en el Capítulo VIII deberían gozar de esa misma cualificación incorporando al menos ese concepto de gran publicidad que ofrece el artículo 463, de mayor amplitud que la agravante genérica. Ciertamente, en este caso ¿qué sentido tendría mantener la circunstancia genérica, de aplicación excepcional ante las modalidades cualificadas que casi monopolizarían toda la relevancia jurídica de la publicidad?

(42) En este sentido, Jaso, en *Derecho Penal*, de Antón Oneca-Rodríguez Muñoz, tomo II, Madrid, 1949, p. 95.

(43) Según Rodríguez Devesa, la incongruencia debe salvarse mediante el concurso de delitos del art. 68 entre los arts. 244 (calumnia contra la autoridad) y el 454 (calumnias contra particulares por escrito y con publicidad), ob. cit., p. 764.

(44) Lo mismo cabe decir lógicamente de los particulares respecto del supuesto contemplado.

IV.—EXAMEN DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL Y SOLUCION QUE SE PROPONE

Aunque lógicamente no podemos conocer todavía la decisión del nuevo legislador acerca del problema discutido en este trabajo y sería aventurado preverlo, teniendo en cuenta el largo camino parlamentario que ha de recorrer el Proyecto de Código penal (45), parece obligado comentar, siquiera sea brevemente, la redacción que ofrece el citado Proyecto sobre la circunstancia genérica de publicidad y las enmiendas que a la misma se han presentado.

Según la primera redacción que conocemos y que figura en el denominado Anteproyecto de Código Penal, agrava la responsabilidad criminal «realizar el hecho con cualquier clase o medio de publicidad divulgadora del daño» (46). No puede decirse que la fórmula sea innovadora ni en cuanto al fondo ni en cuanto a la redacción; se recoge esa doble referencia a la «clase o medio» de publicidad que juzgamos innecesaria, aunque no perturbadora, ya que, en definitiva, entendemos que sólo caben dos clases de publicidad, la oral y la escrita, que pueden servirse de cualquier medio, desde la palabra hasta el más sofisticado procedimiento de difusión. Lo que sucede es que al vincular clase y medio mediante la conjunción «o» parece que la publicidad puede aparecer en cualquiera de sus clases o bien utilizar cualquiera de los medios, cuando en realidad la publicidad siempre pertenece a una clase y utiliza un medio. Por otra parte, el verbo divulgar que se utiliza en la redacción comentada tiene un alcance más restrictivo que otros que también fueron propuestos (por ejemplo, «que aumente el mal del delito»), pero nos parece correcto y ajustado a la realidad de este tipo de conductas, ya que expresiones como divulgar, propagar o difundir parece que aluden siempre a ideas o conceptos, que es el ámbito propio de la circunstancia de publicidad. Expresiones como «aumentar el mal del delito», sin duda más generales y que recuerdan los términos de la agravante de ensañamiento, no describen, en cambio, lo que son las conductas cuya exteriorización admite la agravante de publicidad. Bien es cierto que al utilizar el verbo divulgar o propagar el mismo legislador está confesando los propios límites de la circunstancia y la escasa justificación de su predicada cualidad de «genérica», como tuvimos ocasión de comprobar en los epígrafes anteriores.

Más precisión quiso dar a sus palabras el Proyecto de Código Penal, presentado por la Comisión General de Codificación, cuan-

(45) Cuando escribimos estas líneas aún no se conoce la Ponencia que ha de discutir las 1.801 enmiendas propuestas y que deberá presentar el correspondiente Informe a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.

(46) Anteproyecto de Código Penal, artículo 26, circunstancia 8.ª.

do dice que constituye motivo de agravación «realizar el hecho con cualquier clase de publicidad o medio de difusión que propague el daño». El verbo «propagar» es sinónimo de «divulgar», si bien en castellano parece sugerirnos una mayor amplitud, es decir, que puede definir mayor número de conductas (47). En segundo lugar, la nueva redacción especifica que la «clase» es de publicidad y el medio de «difusión», pero ello no creemos que elimine la objeción antes apuntada; bastaría decir que la circunstancia se produce cualquiera que sea la clase de publicidad, pues todo medio de difusión supone siempre una clase de publicidad, y, a la inversa, para lograr el fin siempre es necesario utilizar un medio.

Aunque las consideraciones precedentes en general creemos que siguen siendo válidas para esta formulación del Proyecto de Código Penal, la nueva redacción presenta no obstante algunas novedades de interés. En primer lugar, antes la publicidad se concebía como el efecto de una conducta (48), mientras que ahora aparece como una conducta en sí misma cuya consecuencia ha de ser la propagación del daño: la circunstancia se produce cuando el hecho se realice con publicidad que propague el daño. Por otra parte, la referencia a «cualquier medio de difusión» evita los problemas que siempre derivan de las cláusulas enumerativas. En segundo lugar, tanto la expresión «divulgadora del daño» como, sobre todo, la definitiva incluida en el Proyecto «que propague el daño», suponen también una modificación importante. Frente a la razonable duda que surge de la redacción vigente, el nuevo texto facilita una interpretación menos instrumental, ya que parece requerirse una efectiva consecución de la publicidad; no basta el medio idóneo, es decir, capaz de producir la publicidad, sino que ha de propagarse el daño, de manera que es esta propagación lo que genera la aplicación de la agravante y no la mera utilización de determinados medios de difusión, que no siempre ayudarán a conseguirla. En este sentido, parece más acertada la redacción incluida en el Proyecto, pues la expresión «divulgadora del daño» pudiera tal vez entenderse como abstractamente divulgadora, es decir, como medio idóneo en general, mientras que la forma gramatical que aparece en el Proyecto parece sugerir la efectiva propagación: «que propague el daño» Se confirma así el verdadero sentido que debe tener la agravante, excluyendo un concepto de publicidad puramente instrumental.

Ahora bien, al margen de que en general juzguemos positiva la nueva redacción que de la agravante de publicidad ofrece el

(47) Según el Diccionario de la Lengua Española, propagar significa «extender, dilatar o aumentar una cosa», «extender el conocimiento de una cosa o la afición a ella». Real Academia Española. Decimonovena edición. Madrid, 1970, p. 1072.

(48) «Realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad».

Proyecto de Código Penal, y fuera de los supuestos especialmente previstos donde la publicidad representa un elemento inherente o una figura de cualificación, ¿tiene una verdadera relevancia, no ya en la reflexión teórica, sino en la experiencia jurídica, la existencia de una circunstancia genérica de publicidad? Probablemente, un estudio estadístico que en esta ocasión no hemos realizado nos llevaría a la conclusión de que la publicidad sólo adquiere importancia práctica en muy determinados tipos penales, a saber, en los delitos de injurias, calumnias y, en general, en todos aquéllos que protegen la fama, la dignidad o el respeto debido a personas e instituciones. Es decir, que el único bien jurídico que parece susceptible de ser especialmente ofendido o lesionado por la circunstancia de publicidad es el honor, entendido éste en un sentido amplio. Tal vez, debamos añadir otra serie de conductas como el escándalo público o el escarnio al dogma de la religión, en las que, sin detenernos ahora en su análisis o crítica, se pretenden tutelar los valores morales vigentes en una sociedad; pero, no obstante, parece que todos estos supuestos pueden reconducirse a la categoría del delito de opinión, esto es, que la publicidad se aplica casi exclusivamente a aquellos tipos que constituyen el límite penal al ejercicio de la libertad de expresión (49).

Estas consideraciones nos llevan a preguntarnos si en verdad tiene justificación el mantener la publicidad como circunstancia genérica, es decir, si acaso no se ajustaría mejor a lo que es la experiencia jurídica el prever en cada supuesto concreto que lo requiera una modalidad agravada, de la misma manera que en las calumnias e injurias del Título X; no deja de ser significativo que precisamente en aquel tipo penal en el que la publicidad tiene una mayor relevancia práctica se haya previsto de una manera específica una modalidad agravada y lo que es más, una modalidad específica que como hemos visto no coincide plenamente con el concepto genérico de la agravante de publicidad. Y la propia técnica seguida por el Código nos lleva a preguntarnos qué sentido tiene mantener la circunstancia genérica de publicidad cuando en realidad el precepto que llamamos genérico es un precepto excepcional desde el momento en que es la noción específica contemplada en el artículo 463 la que se aplica continuamente por nuestros Tribunales.

Estimamos que el mantenimiento de una circunstancia agravante de publicidad, en principio de general eficacia, sólo puede

(49) Excepcionalmente, quizá pueda pensarse en los delitos de rebelión o afines, propagandas ilegales o el denominado delito de imprenta, pero estimamos que en estos casos la consideración de esta circunstancia respondería a una «ratio» muy diferente que, en cualquier caso, podría tipificarse de forma específica, como así sucede, pero no asimilarse a la agravante genérica, concebida con otra finalidad. Por otro lado, indiquemos que, por ejemplo, en el delito de rebelión nos parece muy discutible y forzada la aplicación de una circunstancia de publicidad y que incluso dudáramos si su sentido habría de ser siempre agravatorio.

responder a un residuo histórico que si no resulta perturbador, como antes hemos señalado, es por la razonable interpretación que nuestro más alto Tribunal ha hecho de ella; porque, si pregonar mediante el escrito una determinada conducta ilícita constituye motivo de agravación de la responsabilidad criminal, ¿por qué otra conducta, que no requiere una subjetividad distinta, ni unas condiciones diferentes de ejecución material, no ha de provocar una agravación en el reproche penal, pues se ha utilizado ese mismo procedimiento que en palabras de nuestro Código vigente «facilita la publicidad»? La respuesta que nos ofrece la doctrina a esta pregunta nos parece escasamente satisfactoria o, por mejor decir, casuística. Se está pensando en efecto, que determinados bienes jurídicos no son susceptibles de ser más o menos lesionados según exista o no publicidad; y ello porque se atribuye a esos bienes jurídicos unas cualidades que se entienden intrínsecas pero que en realidad no parecen pertenecer a su propia esencia sino a una circunstancia que pudiéramos llamar exterior e históricamente cambiante como es la conciencia social que existe en relación con esos bienes o con las conductas que les afectan. Las lesiones, por ejemplo, se dice que no merecen mayor reproche penal cuando se realizan en público; pero ello no sucede «por naturaleza», sino porque entendemos que esa conducta es un delito contra la integridad física de las personas y suponemos que esa integridad no resulta más dañada por el hecho de la publicidad. Sin embargo, según creemos, las lesiones incorporan también un elemento de injuria (50), que sin duda lo consideramos secundario, pero que puede ser relativamente importante cuando el ataque a la integridad física es de mínima cuantía. Es más, si llegásemos a considerar que el daño físico provoca un correlativo daño moral, ¿no sería comprensible suponer que la ofensa es mayor cuando se realiza en público? En definitiva, lo que queremos indicar es que la publicidad se relaciona con una serie de conductas y bienes jurídicos que resultan especialmente sensibles a los cambios de opinión y que desde un punto de vista técnico no siempre es fácil delimitar con precisión los motivos que justifican la aplicación de la circunstancia en unos casos y no en otros.

Por todo ello y teniendo presentes las consideraciones que hicimos en los epígrafes anteriores, hoy, con motivo de la discusión del nuevo Código penal, nos atreveríamos a proponer la desaparición de la circunstancia agravante de publicidad (51), y su toma

(50) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*, Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado, pp. 613 y ss., y BARBERO SANTOS, Marino, *Honor e Injuria en el Derecho Romano*, en «Estudios de Criminología y Derecho Penal», Universidad de Valladolid, 1972.

(51) Coincidimos en este punto con el criterio de la enmienda número 293 del Grupo Parlamentario Socialista, único grupo que, según creemos, solicita la supresión de la circunstancia 8.ª del art. 28, basándose en la siguiente motivación: «La penalización específica de los delitos cometidos a través de los medios de difusión a los que es inherente, la hace normalmente superflua y su extensión a otros casos podría resultar peligrosa».

en consideración exclusivamente en aquellos supuestos delictivos en los que tenga una verdadera relevancia.

Agravar las injurias, calumnias y, en general, todas aquellas conductas que el legislador como intérprete de la conciencia social estime que conllevan un «plus de maldad o de daño» cuando son realizadas con publicidad; una conciencia social que ciertamente es histórica y cambiante, pero que no lo es más que la ley pese a que ésta quisiese presentarse en la filosofía racionalista como una manifestación de la razón eterna o natural y ajena al devenir de las sociedades.

Con lo que proponemos se lograría por otra parte una verdadera adecuación de la modalidad agravatoria a la conducta básica evitando así la difícil labor interpretadora que nos obliga a entender la publicidad en sentidos no siempre coincidentes según la conducta que se trate de agravar. Merece la pena intentar una formulación específica de la publicidad en aquellos tipos que no requiriéndola por sí mismos la acepten sin embargo como circunstancia que añade ese plus de maldad o de daño a que antes nos referíamos.

En definitiva, nuestra propuesta consiste sólo en que el legislador asuma, al menos parcialmente, una función que hasta ahora desempeñaban, con acierto y prudencia casi siempre, los Tribunales de Justicia. A él le corresponde determinar qué conductas pueden ser agravadas por la publicidad y qué debe entenderse en cada caso por publicidad, de acuerdo y en conexión con las características del tipo. Bien es cierto que se propiciaría tal vez un mayor casuismo y que se perdería ese punto de referencia relativamente abstracto que es siempre una circunstancia incluida en la «Parte General» (52). No olvidamos que gracias a las partes generales de los Códigos modernos se lograron incorporar muchos elementos de humanización y racionalización al Derecho penal, pero tampoco parece buena técnica llevar a lo general lo que es particular. La parte general es fruto de una abstracción sobre los tipos penales que constituyen, histórica y lógicamente, la base del ordenamiento punitivo, pero para que esa abstracción ofrezca resultados positivos es necesario que opere sobre fundamentos firmes, es decir, que el «concepto» obtenido con vocación de ser aplicado generalmente pueda ver corroborada esa vocación en la experiencia jurídica diaria, lo que, a nuestro juicio, no sucede con la publicidad.

(52) Conviene tener en cuenta que en algunos países, como Alemania y Suiza, la única circunstancia agravante que figura específicamente como tal es la reincidencia, mientras que en otros, como Francia e Italia, que mantienen la enumeración genérica, no se incluye la circunstancia de publicidad.