

Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal

MANUEL COBO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. Planteamiento general.—2. Desarrollo histórico legal. Conclusiones.—3. Desarrollo histórico doctrinal de la interpretación verificada del artículo 226. Antiguos comentaristas. Génesis de la actual situación. Conclusiones. Doctrina contemporánea. Resumen.—4. Su fundamento. Precisión sobre los supuestos en los que despliega su eficacia. Arrepentimiento o desistimiento. Limitación a los “meros ejecutores”. Resumen.—5. Presunta significación del artículo 226 en referencia con el concepto y estructura del delito. Valoración crítica de la tesis de Rodríguez Muñoz. El artículo 226 como causa especial de exclusión de la pena.—6. Valor del artículo 226 en los concretos tipos a los que afecta. Ambito de vigencia. Solución a los problemas planteados.

1. *Planteamiento general*

Los distintos problemas que presenta la interpretación técnica del artículo 226 del Código penal español, han sido estudiados por la doctrina española en su doble dimensión: *genérica*, en cuanto se han pretendido extraer una serie de argumentos con relieve para la teoría jurídica del delito, su concepto y sistema; *específica*, en la medida que el citado precepto, por su propia situación sistemática y contenido, necesariamente afecta a determinados delitos y debe ser estudiado, en esa vertiente, en la Parte especial del Derecho penal.

Por nuestra parte, pretendemos ofrecer una posición en torno a la naturaleza y función desempeñada por el artículo 226 en los tipos específicos aludidos, planteando, asimismo, su posible eficacia en el terreno dogmático y general, especialmente, en orden a si la punibilidad constituye o no elemento de la estructura del delito o, al menos, de su concepto, y si bien no se desarrollará con extensión la totalidad del tema de la “punibilidad” en la teoría jurídica del delito, sin embargo, es obligado, como inevitable premisa lógica, fijar la atención en el artículo 226, entre otros, con la finalidad de comprobar si puede derivarse o no algún argumento, que fuese decisivo sobre dicho problema. Como es natural, hemos tenido que revisar las diferentes tesis que

se han mantenido al respecto con anterioridad, adoptando una actitud crítica y negativa en determinadas ocasiones, y en otras, aceptando aquellos puntos de vista que nos han parecido convincentes en la interpretación técnica del precepto.

Finalmente, debe destacarse que se trata de un estudio *parcial*, que se completará, de forma sucesiva, con otros de ámbito específico, y si se quiere, instrumentales, con vistas a desvelar la temática general de la cuestionada "punibilidad" en la teoría jurídica del delito.

2. Desarrollo histórico legal. Conclusiones.

Se suele señalar por los autores españoles, como inmediato precedente a la incorporación en los códigos penales del precepto legal estudiado, una disposición de la Novísima Recopilación (1), que textualmente indicaba: "todos los bulliciosos que obedecieren, retirándose pacíficamente al punto que se publique el bando, quedarán indultados, a excepción solamente de los que resultaren autores del bullicio o conmoción popular, pues en cuanto a éstos, no ha de tener lugar indulto alguno...". Posteriormente, el Código penal de 1822, en su artículo 292, lo recoge expresamente en los siguientes términos: "los individuos que habiéndose alzado en rebelión o sedición, según los artículos 274 y 280 se sometieren absolutamente al primer requerimiento de la autoridad pública, no sufrirán por la insurrección, si pertenecieran a la segunda o tercera clase, más penas que la de quedar sujetos por dos años a la vigilancia especial de las autoridades. Pero los reos de primera clase, en caso de rebelión, sufrirán una prisión de seis meses o tres años, con privación de los empleos o cargos públicos que obtuvieren, y sujeción por dos años más a la vigilancia expresada; y en caso de sedición serán condenados a una prisión de tres a dieciocho meses, con sujeción por un año más a la vigilancia de las autoridades, y con igual privación de empleos o cargos públicos".

Sin embargo, es en el artículo 182 del Código 1848-50, cuando se le concede una redacción que, en sus líneas generales, y con las salvedades que en su momento expondremos, llegará hasta nuestros días: "cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos, y también los sediciosos comprendidos en el artículo 175, si no fueren empleados públicos. Los Tribunales en este caso rebajarán a los demás culpables de uno a dos grados las penas señaladas en las dos secciones anteriores" (2).

(1) *Novísima Recopilación*, L. 5, Tít. 11, Lib. XII. Por la transcripción, J. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comitado*, T. II. Madrid, 1848, página 211.

(2) El artículo 175 del Código penal de 1848, decía: "Los que induciendo y determinando a los sediciosos, hubieren promovido o sostuvieren la sedición,

Un examen comparativo, conduce a la conclusión de que el precepto en cuestión no nace en el Código de 1822 como una causa que elimine totalmente la pena, sino más bien como atenuadora de la misma, en la medida que, si bien por demás reducida, subsiste incluso para los autores que pertenezcan a la "segunda o tercera clase". Por el contrario, en el Código de 1848, aparece ya como exención total de la pena, referida a los "meros ejecutores" y a los comprendidos en el artículo 175 de dicho texto legal, que, desde luego, no pueden ser considerados como simples ejecutores materiales de la rebelión o sedición. Parecida redacción emplea el Código de 1870 en su artículo 258, con las modificaciones consiguientes de carácter concordatorio: referencia al artículo 251 y a los "capítulos anteriores", en lugar de a "las secciones anteriores" (3).

El Código de 1928 introduce sensible modificación a través de su artículo 299: si "los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones legales o a consecuencia de ellas quedarán exentos de pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos. En tales casos se impondrá a los inductores, promotores o principales jefes de la rebelión o sedición, las penas respectivamente inferiores en uno o dos grados a las señaladas en los artículos anteriores, al prudente arbitrio del Tribunal".

Como puede observarse fácilmente el Código penal de 1928 restringe, de acuerdo con sus principios informativos, el beneficio que la cláusula legal suponía: los supuestos afines a los artículos 175 del Código de 1848 y 251 del de 1870, no gozarán en lo sucesivo de una exención absoluta, sino simplemente de atenuación. Queda, por tanto, ciertamente reducido el ámbito de aplicación en cuanto a la exclusión de la pena se refiere, que ahora sólo afectará a los "meros ejecutores", sin más.

El Código penal de 1932, en su artículo 254, recogía íntegramente el texto del artículo 258 del Código penal de 1870 y, finalmente, el Código penal de 1944-63, en su artículo 226 lo reproduce, sustituyendo la expresión "empleados públicos" por la de "funcionarios públicos", con indudable acierto coordinador.

De la anterior exposición histórico-legislativa, cabe deducir lo siguiente:

y los caudillos principales de ésta, serán castigados: 1.º Los que ejerzan autoridad civil o eclesiástica, con la pena de cadena perpetua, si se hubieran apoderado de caudales u otros bienes públicos o particulares, y con la de reclusión perpetua en otro caso. 2.º Los que no ejercieren autoridad, con la de cadena temporal, si se hubieren apoderado de los caudales o bienes de que se habla en el número anterior; y con la de reclusión temporal en otro caso."

(3) El artículo 251 del Código penal de 1870, decía: "Los que induciendo y determinando a los sediciosos hubieren promovido o sostenido la sedición y los caudillos principales de ésta serán castigados con la pena de reclusión temporal si se encontraren en alguno de los casos previstos en el párrafo primero del núm. 2.º del art. 184, y con la de prisión mayor si no se encontraren incluidos en ninguno de ellos."

a) Que el nacimiento del precepto debe ser visto en un deseo de *atenuar*, que no eximir, la responsabilidad criminal, aún cuando posteriormente se llegue a una exoneración absoluta.

b) Que lo expuesto en a), se encuentra informado por el principio de la *utilidad*, desde la perspectiva del poder constituido en un momento histórico determinado, en el mantenimiento de lo que podemos denominar, empleando la rúbrica legal, "seguridad interior del Estado".

c) Que, naturalmente, son razones político-criminales las que dotan de sentido a b).

d) Que de la investigación histórico-legal, apenas si se consigue un dato decisivo en orden a la naturaleza técnica del precepto en cuestión, a no ser que se trata, por decir así, de una cláusula por demás politizada: la restricción del Código de 1928 no significa, en la presente línea de pensamiento, otra cosa que el reflejo jurídico penal de determinada posición política.

3. *Desarrollo histórico doctrinal de la interpretación verificada del artículo 226. Antiguos comentaristas. Génesis de la actual situación. Conclusiones. Doctrina contemporánea. Resumen.*

a) Los primeros comentaristas del Código de 1848, apuntaron algunos problemas referidos a la interpretación del artículo 182 (actual 226), que, sin duda, ofrecen interés tanto para la concreción de su naturaleza, como para diagnosticar su valor hermenéutico, como, por último, para delimitar su ámbito de vigencia.

Cirilo Alvarez recoge plásticamente el principio político-criminal que sustancialmente le informa: "una rebelión o sedición que se disuelve a la primera o segunda intimación de la autoridad no ha hecho más que turbar ligeramente el orden público, no ha ocasionado grandes desgracias, y sobre todo, y esto es lo más importante, un movimiento político que se anuncia tan débilmente que se estingue con tal prontitud, no es de temer que se reproduzca, ni es para infundir serios celos al gobierno. Poca fe tienen los sublevados en su causa, poca confianza en sus medios, poco fanatismo en sus cabezas, poco poder y prestigio tienen sus caudillos y gefes, cuando arrojan las armas y cesan y se someten con tanta facilidad. Ningún peligro hay en estar generosos con ellos, sobre que la ley es más que generosa, previsora y justa apreciadora de los hechos, pues si fuera indiferente para los sublevados someterse a la autoridad o llevar adelante sus proyectos, nunca se someterían; en esta alternativa la *guerra*. y era de más toda intimidación" (4). Debe hacerse notar, que ya Cirilo Alvarez alude en su breve comentario a la "participación en el crimen" (5) cuando

(4) Cirilo ALVAREZ y T. M. DE VIZMANOS. *Comentarios al Código penal*, T. II, Madrid, 1848 págs. 120-121. Hemos respetado la ortografía del texto transcrito.

(5) C. ALVAREZ y T. M. DE VIZMANOS, *ob cit.*, pág. 121.

se trata de la aplicación de las penas a los que no sean meros ejecutores de la rebelión.

En el comentario de Pacheco, con independencia de los problemas planteados en particular, deben ser destacados dos aspectos generales. En primer lugar, desde el punto de vista de la *naturaleza* que pudiera asignársele al entonces art. 182, parece que el pensamiento de Pacheco resulta, dentro de lo posible, para el momento en que escribía, bastante claro. Pacheco alude expresamente a la "remisión, o... rebaja de la pena", y emplea en la redacción las siguientes expresiones: "perdone", "delito de sedición", "criminal obra" (6), "perdonar", "perdona", "perdonar", "crimen que éste cometió, y mucho más, había también cometido el otro", "perdone", "verdaderos sediciosos", "exime de penas", "atentados" (7), etc. No pasó inadvertido para Pacheco, en segundo lugar, el valor funcional, dinámico, del artículo 182 del Código de 1848, referido tanto al artículo 181 del mismo texto legal, como a los artículos 180 y 179 (8), poniendo de manifiesto su íntima vinculación con el primero y las específicas cuestiones que se deducen de su vigencia en relación con los segundos (9), y por ahora sólo interesa que así quede apuntado.

También los comentaristas del Código de 1870 —abundando generalmente en las anteriores afirmaciones—, llevaron a cabo en la exégesis del artículo 258 afirmaciones de interés para nuestro examen. Así, Viada, habla de "*exención* o disminución de la penalidad" (10) y de "*delito* de rebelión" y "*delito* de sedición" (11). Por su parte,

(6) PACHECO, *ob. cit.*, pág. 213.

(7) PACHECO, *ob. cit.*, pág. 214.

(8) El artículo 181 del Código penal de 1848, decía: "Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad gubernativa intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan y retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza pública para disolverlos. Las intimaciones se harán mandando ondear al frente de los sublevados la bandera nacional, si fuere de día, y si fuere de noche, requiriendo la retirada a toque de tambor, clarín, u otro instrumento a propósito. Si las circunstancias no permitieren hacer uso de los medios indicados, se ejecutarán las intimaciones por otros, procurando siempre la mayor publicidad. No serán necesarias respectivamente la primera o la segunda intimación, desde el momento en que los rebeldes o sediciosos rompieren el fuego". El artículo 180 del mismo texto legal, decía: "La conspiración para el delito de sedición será castigada con la pena de prisión correccional. La proposición se castigará con las penas de sujeción a la vigilancia de la autoridad, y caución". Y, por último, el artículo 179 del citado Código, decía: "En el caso de que la sedición no hubiere llegado a agravarse hasta el punto de embarazar de un modo sensible el ejercicio de la autoridad pública, y no hubiere tampoco ocasionado la perpetración de otro delito grave, serán juzgados los sediciosos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 182."

(9) Vid. PACHECO, *ob. cit.*, págs. 213-214.

(10) S. VIADA y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*. T. II, 4.ª ed. Madrid, 1890, pág. 196. Lo subrayado es nuestro.

(11) VIADA y VILASECA, *ob. cit.*, pág. 197.

Groizard, en un comentario por demás interesante, expresamente se refiere, con una serie de términos, a buena parte de los problemas que, con posterioridad, planteará la moderna doctrina española. Comienza hablando de “*perdón* o disminución de la pena señalada al *delito*” y que “el artículo actual no es otra cosa que una lógica consecuencia del que le precede”, que “la razón, los sentimientos humanitarios y el interés público aprueban el precepto” (12), y que “puedan *arrepentidos* retirarse a sus casas y *desistir* de sus propósitos”, que “la esencia o la *excusa legal* tienen origen y causa en el *desistimiento voluntario*”, “de una gracia”, que “los motivos que existen para romper con la teoría general de los delitos, creando una *excepción* respecto de los de rebelión y sedición, en virtud de la cual sus autores no son castigados o no lo son con todo el rigor de la pena” (13), “delito de rebelión y sedición”, “delito de rebelión o sedición”, de nuevo, “*si el desistimiento borra la pena del delito consumado*”, “la exención, la gracia, el perdón de la Ley es para el que *desiste*” (14), “el voluntario desistimiento de los sublevados” (15), “la exención” (16), “serán los exentos de toda pena, tratándose del delito de sedición”, “serán a su vez exentos de toda pena tratándose del delito de rebelión”, “si de resultas de ese concierto el delito de rebelión se consuma” (17), “consumado el delito”, “bien hace la Ley en perdonar por completo la pena” (18), etc.

Cuello Calón comentando el artículo 299 del Código de 1928, expresamente le denomina “beneficio” (19), y cuando se plantea la cuestión, al modo que hicieran Pacheco y con posterioridad Groizard, de si el precepto citado comprende la conspiración y proposición a la rebelión y sedición, en el supuesto de que se verifique la situación que el mismo describe, se pronuncia con expresiones que tienen relación con el tema central de su naturaleza: “yo creo esta solución la más justa, pues la situación de los ejecutores que se disuelven ante la autoridad, al someterse a ésta, anulan, destruyen, *su actividad delictuosa anterior* colocándose en situación análoga al que abandonó espontáneamente la ejecución del delito en el momento de la tentativa, mientras que los meros conspiradores en nada contrarrestan *su anterior actividad criminal*” (20).

b) Lo que se pudiera denominar actual situación, y los distintos problemas planteados en torno al vigente artículo 226 por la doctrina es-

(12) Alejandro GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, T. II, 2.ª ed. corr. y aument., Madrid, 1911, pág. 643.

(13) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 644. Hemos subrayado.

(14) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 645. Hemos subrayado (a excepción de “desiste”).

(15) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 646.

(16) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 647.

(17) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 648.

(18) A. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 649.

(19) CUELLO CALÓN, *El Nuevo Código penal español*. T. II, Barcelona, 1930, pág. 67.

(20) CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, pág. 68.

pañola, tienen, en verdad, su origen confesado, conforme veremos en su lugar, por Rodríguez Muñoz, en la tesis de Silvela, que ha sido utilizada en el posterior desarrollo dogmático del tema: Silvela inicia un planteamiento general del artículo 258 del Código penal de 1870 afirmando “que existen otras causas (se refiere además de las de justificación e inimputabilidad) que producen el efecto de eximir de responsabilidad criminal a la persona que ejecuta un hecho castigado por la Ley”, y la razón de “esta especie de exención... aparece más bien fundada en motivos transitorios y de conveniencia, correspondiendo a los que hemos llamado política dentro del Derecho penal. *Considera el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle aún conociendo que existe delito, y que hay personas que de él pudieran responder*”. “Estas causas, que no tienen denominación especial en nuestro Derecho, pueden ser, con bastante propiedad, designadas bajo el nombre de *excusas absolutorias*” (21). Entre otras que no son del caso, incluye Silvela el citado artículo 258. Silvela verifica el comentario siguiente, que de forma textual transcribimos: “Los delitos, pues, de rebelión y sedición comenzaron a ejecutarse por hechos exteriores, y, aplicando las reglas generales, eran punibles, con tanto motivo cuanto que respecto de ellos se castigan los estados de conspiración y proposición; y, siendo punibles el acto sólo de proponer y el hecho sólo de concertarse, con mucho más razón lo sería el empezar a ejecutar lo propuesto y a poner por obra lo decidido. Sin embargo, por las falsas ideas respecto a los crímenes llamados políticos por la necesidad de no cerrar jamás la puerta al que vuelve al camino del deber, siquiera sea temporalmente y quizá por miedo, el legislador español declara exentos de pena a los revoltosos que se someten y a los sediciosos que reconocen la autoridad legítima” (22).

La opinión de otro autor, el P. Jerónimo Montes —olvidado en ocasiones por la posterior doctrina científica—, merece reseñarse, a los efectos de delimitar la naturaleza y función del precepto comentado. El P. Montes, afirma que “existen, por último, algunas otras causas llamadas *excusas absolutorias*, que excluyen la responsabilidad criminal sin que el hecho pueda justificarse, a lo menos teóricamente, ni se dé en su autor causa alguna de inimputabilidad. Obedecen a razones de política penal, y a otros de diversos órdenes, fáciles de comprender en cada caso” (23). Una de ellas es, a su juicio, la descrita por el artículo 258 del Código de 1870, y en los pasajes que a continuación se recogen, ofrece su razonamiento general y la función que les asigna: “tanto estas causas de exención de pena como otras varias de que nos haremos cargo al tratar de los delitos especiales a que tienen aplicación no pueden fundarse en la excepción o el privilegio, sino

(21) Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (Parte Segunda), Madrid, 1903, pág. 201.

(22) L. SILVELA, *ob. cit.*, pág. 202.

(23) P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho penal español*. (Parte General), Vol. I, Madrid, 1917, pág. 464.

en que los hechos a que se refieren constituyen delitos a los ojos, de la ley... suponer que hay un verdadero delito sin responsabilidad criminal y sin pena, es, en el derecho legislado, un contrasentido. Solamente las acciones u omisiones penadas por la ley son delitos; luego no lo son las no penadas por la misma ley... hay imputabilidad moral, más no imputabilidad política, por diversas razones de este orden, que aconsejan la no punibilidad de ciertos hechos que, considerados en abstracto, son imputables y punibles. De donde se sigue que estas causas de excepción penal pueden reducirse a las de justificación, en cuanto están fuera de lo *ilícito penal*" (24).

c) La somera exposición verificada hasta el momento, conduce a las siguientes conclusiones:

a') De manera uniforme se ha fundado la cláusula legal en razones utilitarias, político-criminales, aunque con variada formulación.

b') No han faltado quienes, más concretamente, la cifraron en el premio que supone para el arrepentimiento y el desistimiento, habiendo sido empleados ambos conceptos indistintamente (Groizard).

c') Es doctrina dominante la que afirma la existencia de delito. Excepcionalmente, el P. Montes la niega en atención a la función que concede a las excusas absolutorias y a su estimación de la pena como requisito imprescindible del delito. Cuello Calón admite que el delito se ha verificado, aun cuando después queda anulado.

d') Específicamente se le vino denominando: causa de exención de la pena, excusa absolutoria, perdón, gracia, premio, etc.

e') Se señala, incluso, su valor coordinador con los tipos específicos de la rebelión y sedición, y sus problemas particulares fueron puestos de manifiesto para deducir su naturaleza (Silvela).

f') Asimismo es objeto de tratamiento y colocación sistemática en la Parte general, en inmediata referencia con la estructura del delito (Silvela y el P. Montes).

d) Una vez precisado lo anterior, cabe preguntar: ¿qué actitud ha seguido la *doctrina penal española contemporánea* sobre los diferentes problemas que el vigente artículo 226 plantea? No cabe la menor duda que ha sido Rodríguez Muñoz quien ha revalorizado la problemática técnica que el artículo 226 lleva consigo, muy especialmente en su proyección general, es decir, referida al concepto y estructura del delito.

Rodríguez Muñoz sitúa la cuestión en los siguientes términos: de si el "requisito de la pena" (25) es o no necesario en la definición de delito. Y continúa: "¿puede, en realidad, prescindirse de la pena como característica conceptual del delito?" (26). A su juicio, "lo que ahora importa de manera más directa es formular y resolver esta pregunta

(24) P. J. MONTES, *ob. cit.*, pág. 465.

(25) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de Derecho penal*, de E. MEZGER, T. I. Nueva ed. rev. y puesta al día, Madrid, 1955, pág. 157.

(26) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, l. cit.

en orden a la legislación española" (27). Así planteado el problema, y con la finalidad de resolverlo, Rodríguez Muñoz realiza un estudio crítico de la posición de Silvela sobre las llamadas *excusas absolutorias*, para concluir diciendo que la opinión de este último carece de fundamento en el Código penal español puesto que "no tiene consistencia alguna" (28). Según Rodríguez Muñoz, "es preciso someter a una revisión las denominadas excusas absolutorias al objeto de determinar su naturaleza propia. Pues si se llegara a demostrar que en dichas denominadas excusas absolutorias lo que realmente falta es, por ejemplo, la antijuridicidad o la culpabilidad de la conducta típica, se impondría la conclusión de que... podía ser definido el delito como acción típicamente antijurídica y culpable" (29). Por lo que al artículo 226 se refiere, de forma concreta, Rodríguez Muñoz estima que en él "no es posible percibir una ausencia de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Ello es clarísimo, ante todo, en lo que respecta al artículo 226, que contempla un caso típico de arrepentimiento. El arrepentimiento podrá en determinadas situaciones hacer desaparecer la pena, pero supone precisamente la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable" (30). Pero, continúa, "¿puede decirse que son conductas delictivas? ¿Puede sostenerse, como afirmaba Silvela, que se trata en un caso y en otro de delitos, a pesar de que el sujeto está exento de responsabilidad criminal? En lo que concierne al artículo 226, la cuestión debe resolverse en sentido afirmativo. En este caso se trata de acciones cuyo proceso de generación y consumación no ofrece peculiaridad de ninguna clase, y en la que sólo después de consumadas, la conducta posterior (arrepentimiento) de ciertos autores (no de todos) determina la exclusión de la pena. Sería absurdo negar en tales casos que la conducta es propia y verdaderamente un delito" (31). Para Rodríguez Muñoz el artículo 226 es una "verdadera" excusa absolutoria, en la que "lo característico es la ausencia de pena" (32), y "se trata de conductas delictivas. En referencia al artículo 226, porque ello resulta de manera indubitada de la propia esencia y naturaleza genuina del arrepentimiento (determinante aquí de la exclusión de responsabilidad)" (33), y, por tanto, concluye, finalmente, que para el concepto del delito en derecho español no es "necesario añadir el requisito de la pena" (34).

La tesis de Rodríguez Muñoz ha supuesto, sin duda, un paso decisivo en la forma de entender el artículo 226, de manera especial en cuanto a su función en la teoría general del delito. Sin embargo,

(27) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, l. cit.

(28) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 159.

(29) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, l. cit.

(30) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 161.

(31) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, págs. 161-162.

(32) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 162.

(33) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 163.

(34) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, l. cit.

la crítica de la doctrina española ha sido constante, y se ha resistido tenazmente a descartar la punibilidad como elemento del delito. Sin que sea éste el momento de plantear dicha cuestión, se ha negado por Jiménez de Asúa, Del Rosal, Ferrer-Sama, Quintano Ripollés, etcétera, que quepa deducir del artículo 226 la negación de la punibilidad como elemento del delito (35), y más adelante exponeremos las distintas razones que pueden ser aducidas.

Referida la exposición a los específicos problemas planteados sobre el artículo 226, se afirma por Cuello Calón que se trata de una excusa absolutoria fundada en razones de "conveniencia política", de un caso de "delito impune", de "perdón" (36). También para Ferrer-Sama se acepta que es una excusa absolutoria, en la que se comprueba la existencia de delito, dándose el "perdón de la ley" (37).

Para Quintano Ripollés es una excusa absolutoria (38), que no guarda relación con la atenuante novena del artículo 9 del Código penal (39). Por el contrario, Jaso Roldán, aunque admite sea una excusa absolutoria y son "razones de política criminal (las que) aconsejan en estos casos la impunidad de ciertos autores", afirma que en estos delitos es el "arrepentimiento como un puente de plata", "funciona el arrepentimiento como causa que determina la impunidad" (40), señalando, a continuación, los problemas que plantea su tesis con el artículo 219.

Antón Oneca se pronuncia en los términos siguientes: se trata de una auténtica excusa absolutoria, y su razón "es de pura conveniencia: evitar el derramamiento de sangre y demás duras consecuencias de la guerra civil" (41), y, posteriormente, dice literalmente así: "en el primero (se refiere al artículo 226) la tesis de Rodríguez Muñoz es seductora, y no faltan motivos para equiparar el desistimiento ante las intimaciones a las causas de extinción de la responsabilidad criminal (indulto, prescripción, perdón, del ofendido) por las cuales el Estado renuncia a castigar un hecho punible, cuya na-

(35) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, Caracas, 1945, pág. 536 y siguientes. Del mismo, *Tratado de Derecho penal*, T. III, Buenos Aires, 1951, página 71. DEL ROSAL, *Principios de derecho penal español*, T. II, Vol. I, Valladolid, 1948, pág. 423 y sigs. Del mismo, *Derecho penal español*, T. I, Madrid, 1960, pág. 204 y sigs. y T. II, Madrid, 1960, pág. 75 y sigs. y 81 y sigs. A. FERRER-SAMA, *Comentarios al Código penal*, T. I, Murcia, 1946, pág. 35. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, T. I, Madrid, 1958, pág. 366. Del mismo, *Curso de Derecho penal*, T. I, Madrid, 1963, pág. 398.

(36) E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (P. Gen.), 14.ª ed., Barcelona, 1964, pág. 595. Del mismo, *Derecho penal* (P. Esp.), 11.ª ed., Barcelona, 1961, pág. 112.

(37) FERRER-SAMA, *Comentarios*, cit. T. III, págs. 200-201.

(38) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit. T. I, pág. 406. Del mismo, *Compendio*, cit. T. II, pág. 56. Del mismo, *Curso* cit. T. II, pág. 495.

(39) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, 1946, pág. 100.

(40) JASO ROLDÁN (R. Muñoz y R. Devesa), *Derecho penal* (P. Esp.), Madrid, 1949, pág. 81.

(41) ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (P. Gen.), Madrid, 1949, pág. 316.

turaleza delictiva ha sido una realidad indiscutible. Mas por otro lado se impone el parangón con el desistimiento en la tentativa y la frustración que suprimen la infracción, no obstante haber sido punibles los actos anteriormente realizados si el culpable hubiera sido sorprendido antes del desistimiento, sin que naide dude de que la ausencia de éste es elemento del delito imperfecto. En efecto, en el caso del artículo 226 se supone realizado el alzamiento, pero el sujeto puede insistir más o menos tiempo en la violación jurídica; el delito está consumado, más no agotado (en realidad la ley, al poner el logro de la objetividad de la especie delictiva en el simple alzamiento, ha construido una consumación anticipada), y esto permite eximir a ciertos partícipes por el retroceso en su conducta, por una sumisión que borre su anterior rebeldía. No por que se tome en cuenta el arrepentimiento—que sería signo de menor culpabilidad—, pues no puede hablarse propiamente de arrepentimiento, en el sentido dado por la moral a la palabra, en quienes se rinden ante fuerzas mayores superiores por motivos de conveniencia, para favorecer la solución incruenta” (42).

Para Del Rosal, el artículo 226 es una “excusa absolutoria” (43), y más precisamente, una “excusa absolutoria característica” (44), y su estudio lo verifica en la teoría jurídica del delito, epígrafe relativo a “La punibilidad, su ausencia” (45). De la existencia en nuestro Código de dicho precepto extrae conclusión diametralmente opuesta a la de Rodríguez Muñoz, esto es, admisión de la punibilidad como elemento del sistema y concepto del delito (46), ya que “se trasluce de modo fehaciente cómo el legislador, debido a especiales razones, *no actualiza la aplicación de la pena*, pero con ello no desdice el requisito de la pena, como elemento del delito, puesto que en ambos artículos (se refiere tanto al 226 como al 564 del Código penal) la suspensión de la pena se limita a los meros ejecutores, quedando, por demás, vigente la punibilidad para los demás culpables” (47). A su juicio “resulta incuestionable que se trata de un caso de impunidad por razón políticocriminal, cifrada a las claras en un *premio al arrepentimiento*, con lo que dicho se está que sería incruenta la aplicación de la pena” (48). Más adelante, precisa: “en la decisión judicial se tendrá que apreciar el comportamiento delictivo, salvo que no se les aplicara pena alguna, debido a las especiales circunstancias señaladas en el meritado precepto penal. Se les declara culpables, en una palabra, y sobre esta declaración delictiva se estampa *la exención*.”

(42) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 317.

(43) DEL ROSAL, *Principios*, cit., II, pág. 428. Del mismo, *Derecho penal*, cit., I, pág. 205. En concreto, reafirma su tesis, en comentario jurisprudencial, titulado *De la excusa absolutoria del artículo 226 del Código penal*, en ADFCP, I, 1965, págs. 137 y sigs.

(44) DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, pág. 83.

(45) DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, págs. 80-86.

(46) DEL ROSAL, *Principios*, cit., II, págs. 426-431.

(47) DEL ROSAL, *Principios*, cit., II, pág. 429. Hemos subrayado.

(48) DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, pág. 84. Hemos subrayado.

de pena. La prueba de que ello es así se confirma con sólo pensar en que la culpabilidad y la consiguiente aplicación de la pena permanece íntegra para los participantes que fueren funcionarios públicos. Y, en consecuencia, esta *excusa* deberá ser reconocida en la sentencia" (49).

Para Rodríguez Devesa, recientemente, "es un reconocimiento de particulares efectos al arrepentimiento, aunque a veces no sea espontáneo ni cumpla con los requisitos que exige el número 9 del artículo 9" (50), y, a su juicio, Rodríguez Muñoz demostró que no estamos ante una "excusa absolutoria", sino ante un "caso típico de arrepentimiento" (51), planteándose a continuación el alcance específico del artículo 226 dentro de los tipos de rebelión y sedición (52).

e) Como puede observarse, la doctrina penal española contemporánea ha situado los problemas planteados en la interpretación técnica del artículo 226 de la forma siguiente:

a') Desde el punto de vista de los principios informativos, es opinión dominante, como sucedía con las tesis de los antiguos comentaristas, que estamos a presencia de razones político-criminales, de utilidad, de simple conveniencia. No obstante, existe abierta disconformidad de pareceres, colocada la cuestión en el estricto terreno técnico, pues se aduce como fundamentación del artículo 226:

a") El arrepentimiento.

b") El desistimiento.

c") Indistintamente ambos.

b') Referente a su denominación técnica, se prefiere el empleo de:

a") Excusa absolutoria.

b") Perdón de la ley.

c") Exclusión o exención de la pena.

c') Se discute, no estando resuelta la cuestión dogmáticamente, si y hasta qué punto el artículo 226 tiene valor funcional en orden a la configuración del concepto técnico jurídico del delito y de su estructura en la Parte general, concretamente referido a la consideración de la punibilidad como elemento de la misma. Más concretamente: si del artículo 226 pueden deducirse argumentos con significación, en el sentido que fuese, para el concepto técnico del delito en general.

d') Por último; su función coordinadora en los tipos específicos de rebelión y sedición, y concretamente el ámbito de aplicación del artículo 226.

e') La cuestión c') desde la perspectiva del presente desarrollo histórico-doctrinal, es, sin duda, nueva, pues las restantes fueron ya

(49) DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, pág. 85. Hemos subrayado.

(50) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, T. II (P. esp.), Valladolid. 1965, pág. 188.

(51) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 188, nota 1.

(52) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 189.

planteadas por la doctrina de los antiguos comentaristas, con más o menos variaciones terminológicas.

4. *Su fundamento. Precisión sobre los supuestos en los que despliega su eficacia. Arrepentimiento o desistimiento. Limitación a los "meros ejecutores". Resumen.*

De acuerdo con el sentir unánime de la doctrina, es evidente que el fundamento sustancial del artículo 226 responde a consideraciones de utilidad y conveniencia, en suma, político-criminales. En ese sentido, no existe la menor duda que, a efectos del legislador, supone una ventaja no castigar situaciones como las comprendidas por dicho precepto, en atención a la especial naturaleza de los tipos delictivos a los que se refiere.

Pero, al margen de lo anterior, interesa, antes de nada, verificar una consideración en orden a las *situaciones reales* contempladas por el artículo 226, con la finalidad de conseguir su justa comprensión.

Como es sabido, los delitos de rebelión y sedición se encuentran incluidos dentro de la rúbrica genérica de "delitos contra la seguridad interior del Estado". Tan ambigua expresión—como se ha dicho por su alusión al término "seguridad"—está sujeta a una serie de versiones, conteniendo un carácter proteico puesto de manifiesto por la doctrina (53), y únicamente pudiera ser concretado, en su caso, a la vista de cada uno de los tipos en particular. No obstante, en el presente estudio será utilizada en su expresión más amplia, pues, en definitiva, como simple instrumento de trabajo, puede ser entendida a nuestros efectos como "estabilidad, la continuidad de personas e instituciones" (54) y completada con la referencia al anormal desenvolvimiento de la función desempeñada.

Ahora bien: en el terreno fáctico, debe tenerse en cuenta que el artículo 226 lleva a cabo una remisión, por lo que a las conductas se refiere, a los artículos que regulan los delitos de rebelión y sedición, como es natural. Y dichos preceptos deben ser concretados de acuerdo con la situación descrita por el artículo 225 del Código penal, en la medida que el artículo 226 se expresa refiriéndose a las "intimidaciones", bien porque *a consecuencia de ellas* los rebeldes o sediciosos se sometan o disuelvan, bien porque esto último se produzca *antes* de las mismas, pero siempre girando en torno a una situación que las hace o puede hacer necesarias (55).

(53) RODRÍGUEZ DEvesa, *ob. cit.*, pág. 8.

(54) RODRÍGUEZ DEvesa, *ob. cit.*, pág. 9.

(55) El artículo 225 del texto revisado de 1963 dice: "Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad gubernativa intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan y retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraran inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará

De esa forma, en cuanto a la *sedición*, fundamentalmente habrá que operar con los artículos 218 y 222—este último en las situaciones reales en que el *medio* de verificarse sea comprendido por los artículos 225 y 226—, ya que el artículo 219 supone, evidentemente, la existencia de una genuina y auténtica sedición (56). Generalmente el esquema será el deparado por el tipo del artículo 218: “los que se alzan pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales cualquiera de los fines siguientes”.

Por lo que atañe a la *rebelión*, y con base en consideraciones afines a las anteriores, será el artículo 214 quien fijará los contornos de las situaciones en que puedan entrar en juego los artículos 225 y 226: “los que se alzarán públicamente y en abierta hostilidad contra el Gobierno para cualquiera de los fines siguientes”.

En ambos tipos, puede compartirse la opinión de Rodríguez Devesa de que “con arreglo a la *communis opinio* la *consumación* se produce con el alzamiento, sin ser necesario que los rebeldes alcancen los fines que se proponen. Es un delito de resultado cortado, en el que la consumación objetiva se anticipa, por razones de política criminal, a la subjetiva” (57). De suerte que el tipo se agota con la existencia de un “alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno”, informado por unas específicas finalidades descritas en el artículo 214, o de “un alzamiento público y tumultuario” que, mediante el empleo de la fuerza o por fuera de las vías legales, tiende a la consecución de determinadas metas, señaladas por el artículo 218 del Código penal vigente.

Si lo anterior se produce, y queda comprobada esa tendencia fina-

uso de la fuerza pública para disolverlos. Las intimaciones se harán mandando ondear al frente de los sublevados la bandera nacional, si fuere de día, y si fuere de noche, requiriendo la retirada a toque de tambor, clarín u otro instrumento a propósito. Si las circunstancias no permitieran hacer uso de los medios indicados, se ejecutarán las intimaciones por otros, procurando siempre la mayor publicidad. No serán necesarias, respectivamente, la primera o la segunda intimación desde el momento en que los rebeldes o sediciosos rompieran el fuego.”

(56) El artículo 219 del texto revisado de 1963 dice: “Los reos de sedición serán castigados con las penas siguientes: 1.º Los que hubieran promovido la sedición, o la sostuvieron, o la dirigieren, o aparecieren como sus principales autores, con la pena de reclusión mayor a muerte, si fueren personas constituidas en autoridad civil o eclesiástica, o si hubiere habido combate entre la fuerza de su mando y la fuerza pública fiel al Gobierno, o aquella hubiere causado estragos en las propiedades de los particulares, de los pueblos o del Estado, cortado las comunicaciones telegráficas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión. Fuera de estos casos, se impondrá al culpable la de reclusión mayor. 2.º Los que ejercieren un mando subalterno, con la de reclusión mayor en los casos previstos en el párrafo primero del número anterior, y con la de reclusión menor en los comprendidos en el párrafo segundo del mismo número. 3.º Los meros ejecutores de la sedición, con la pena de prisión mayor en los casos del párrafo primero del número primero de este artículo, y con la de prisión menor, en los del párrafo segundo del mismo número.”

(57) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 173.

lista de las conductas, en las formas normativamente reseñadas, es decir, si la rebelión o sedición se han consumado, la autoridad intimará, de acuerdo con el artículo 225, y empleando los medios legalmente previstos, a los rebeldes y sediciosos para que se sometan o disuelvan. Precisamente si esto sucede, y el éxito acompaña a la intimación, o si antes incluso de ella desaparece el alzamiento, el artículo 226 eximirá de pena a los “meros ejecutores”, como textualmente indica.

La situación fáctica, contemplada en su doble vertiente por el artículo 226, queda de la anterior forma en cierta medida precisada.

Una primera afirmación, de indudable interés, puede ser mantenida con fundamento en lo expuesto: no existirá inconveniente, en principio, para admitir que la rebelión y sedición, son en orden al resultado y al bien jurídico protegido —conforme ha sido éste precisado anteriormente—, delitos de peligro concreto si se tiene en cuenta lo expresado en referencia con su consumación y con el entendimiento de la rúbrica “seguridad interior del Estado”. Esta comprensión como delitos de peligro de la misma, sin que sea necesario se consigan los fines (resultados) a los que las conductas típicas se orientan, así como la estricta titularidad del Estado del bien jurídico protegido, desempeñará sin duda, un papel decisivo en la concreción del fundamento y naturaleza del artículo 226.

Desde otra perspectiva más específica, se ha aludido al *arrepentimiento* por algunos autores, revalorizando recientemente dicha posición Rodríguez Devesa, en el sentido de que es el genuino fundamento del precepto comentado (58). El arrepentimiento, pues, constituirá el *quid* del artículo 226, y su efecto inmediato reconocido por el Estado, en este caso concreto, será la exención de la pena correspondiente, con lo que estaríamos ante ese “puente de plata” que se tiende al enemigo que huye, o se expresaría aquél “derecho premial” en ocasiones sostenido, conforme veíamos expresaba un selecto sector de la doctrina española. Pero, ¿efectivamente se trata de un premio que se concede por el *arrepentimiento* a los rebeldes o sediciosos?, o mejor todavía: ¿puede decirse que sea el arrepentimiento quien informa al artículo 226? La anterior tesis, a nuestro entender, no puede ser aceptada, y tampoco creemos que Rodríguez Muñoz —como tajantemente afirma Rodríguez Devesa (59)—, demostrara pura y exclusivamente que no se trataba de excusa absolutoria, sino de un caso típico de arrepentimiento: el propio Rodríguez Muñoz —y afirmar lo contrario sería subvertir la propia expresión gramatical que utilizaba—, conforme quedó reseñado, la señaló como “verdadera” excusa absolutoria. Que, a su juicio, tuviese fundamento en el arrepentimiento la citada excusa, no significaba que Rodríguez Muñoz no la considerase como tal.

(58) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 188, nota 1. En parecido sentido, DEL ROSAL, *Derecho penal*, cit., II, pág. 84.

(59) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, l. cit.

No obstante, si continuamos el razonamiento, puede sostenerse perfectamente, que el artículo 226 de ninguna forma exige el arrepentimiento de los sujetos activos, y mucho menos, una conducta posterior, de naturaleza negativa, que así lo exprese (60). Tanto si se lleva a cabo una comprensión del arrepentimiento en su acepción "moral", como en la estrictamente jurídica (atenuante 9.^a del artículo 9 del Código penal), se nos muestra, con evidencia, que no puede ser la última razón del artículo 226: el arrepentimiento se dará o no realmente, *sin* que ello afecte a la vigencia o no de la aludida cláusula. El artículo 226 lo único que requiere es que la rebelión o sedición se haya disuelto efectivamente, y nada más, con independencia de que esa disolución sea producto del arrepentimiento o de cualquiera otra causa. El arrepentimiento, en cuanto denota una determinada actitud subjetiva, de contrición, pudiéramos decir, *ni* se le exige a los rebeldes y sediciosos, *ni* el artículo 226 lo requiere para eximir de pena, y buena prueba de ello es que los autores morales, —no "meros ejecutores"—, aunque constase su arrepentimiento no quedarían impunes, como también estarían exentos los que se disolviesen, aún cuando en otra ocasión, incluso cercana en el tiempo, verificasen las conductas típicas de rebelión y sedición, y desde luego no existirá mejor forma de negar sea el arrepentimiento el principal y único fundamento que le informa. En esa misma línea de pensamiento podemos concretar, por tanto, lo siguiente: no es el arrepentimiento, ni entendido en su acepción moral exquisitamente espiritualista ni tampoco en su concepción jurídica, quien da sentido al artículo 226.

Como consecuencia de lo anterior, asimismo quedará descartado, por idénticas razones, que pueda hablarse indistintamente de arrepentimiento y desistimiento, y de que *ambos* constituyan la causa que le hace desplegar su virtualidad eximidora de pena.

En realidad, más que de arrepentimiento y desistimiento, debiera hablarse, sin más, de este último (61), y la propia estructura de los delitos de rebelión y sedición favorece esa forma de pensar: desde el punto de vista de la objetividad jurídica protegida en los artículos de rebelión y sedición, su simple puesta en peligro, el intento de quebrantarla, es ya constitutivo de los citados delitos. Sin embargo, desde la perspectiva del éxito, de la verificación del fin perseguido, el delito queda consumado anticipadamente, por la sencilla razón de que, en algunos casos, sería materialmente imposible castigar a los rebeldes o sediciosos. Es, pues, un intento, o incluso si se quiere, un principio de ejecución—siempre en conexión con la última finalidad perseguida—, elevado a la categoría de delito completo por el legislador, pero que se encuentra sujeto, por su propia naturaleza, a la posibilidad de *desistimiento*, que no arrepentimiento, y que por su afinidad,

(60) 'En el mismo sentido, ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 317. QUINTANO RIPPOLLÉS, *Comentarios*, cit., vol. II, pág. 100.

(61) Así, ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 317.

daño su carácter reversible, desempeña pareja función que la que se le atribuye en la tentativa de delito, de acuerdo con la declaración general del párrafo tercero del artículo 3 del Código penal (62).

Ahora bien: ése no proseguir *en* la rebelión o sedición supone, efectivamente, un desistimiento *eficaz*: el alzamiento en su entidad objetiva, desaparece, y con él la situación de peligro de la denominada seguridad interior del Estado. Objetivamente, por tanto, se elimina la razón de ser del delito, y de esa manera, el Estado renuncia a la concreta aplicación de la pena en referencia solamente con los “meros ejecutores”. No sucede, sin embargo, lo mismo con aquellos que no puedan ser inscritos dentro de estos últimos, es decir, en los meros ejecutores, pues serán castigados ciertamente, aunque de forma atenuada, en atención al párrafo 2.º del artículo 226 referido a los “demás culpables”, ya que siempre subsistirá, por su contribución intelectual en los delitos, la posibilidad de que generen la puesta en marcha de similares actividades delictivas, y concretamente la Ley parte de la existencia de un peligro, siquiera sea larvado, de que nuevamente se produzcan, configurándose, por consiguiente, como una situación *irreversible*, y de ahí que la pena sea mantenida para ellos, a pesar de producirse la disolución.

Resumiendo, tenemos:

a) Que ciertamente son razones de *utilidad* y conveniencia, las que han aconsejado al legislador la instauración y vigencia del artículo 226.

b) Que su genuino fundamento debe ser encontrado en el *desistimiento*, en la medida que supone la desaparición de la *ratio* incriminativa de los delitos de rebelión y sedición, que en ese sentido tienen carácter reversible.

c) Que no puede ser aceptado el arrepentimiento como última razón de ser del artículo 226, desde el momento que éste puede desplegar su función y vigencia, *sin* el concurso del primero, ya sea entendido moral o jurídicamente.

5. *Presunta significación del artículo 226 en referencia con el concepto y estructura del delito. Valoración crítica de la tesis de Rodríguez Muñoz. El artículo 226 como causa especial de exclusión de la pena.*

a) Como ha sido expuesto en el número 2 del presente trabajo, en la literatura penal española, fue Rodríguez Muñoz quien concedió especial relieve al artículo 226, entre otros, en orden a su eficacia en la formulación del concepto técnico jurídico del delito. Conforme veíamos en su lugar, la conclusión de Rodríguez Muñoz, con independen-

(62) Vid. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, l. cit., quien también compara, conforme expusimos, la reversibilidad del supuesto presente a la función del desistimiento en la tentativa.

cia de su particularizado razonamiento, era ésta: del artículo 226 pueden ser deducidos argumentos para construir el concepto del delito de acuerdo con el derecho positivo español; tiene, pues, ciertamente relevancia y significación a ese respecto.

Es conveniente, al objeto de evitar cualquier confusión, llevar a cabo, en primer lugar, la siguiente precisión: en este apartado se tratará la cuestión de si la proposición de Rodríguez Muñoz es *verificable*, es decir, de sí y hasta qué medida tiene o no significación, operatividad, el artículo 226 en referencia con el concepto general del delito, que es cosa bien diferente a plantearse el tema de si la punibilidad es o no elemento esencial de su estructura, y por tanto, deba tener o no acceso a la definición técnica del delito (63).

Como es natural, esta última cuestión no podrá ser examinada en todo su alcance y proyección a base del solo estudio e interpretación del artículo 226. Por nuestra parte, en consecuencia, nos limitamos al primer problema, puesto que el segundo excede de los límites trazados para este estudio.

b) Si damos por reproducida la extensa y bien pensada nota, llena de agudeza, de Rodríguez Muñoz sobre la relevancia del artículo 226 (64), observaremos que la posterior doctrina científica, adoptando una actitud desestimatoria de la misma, ha fijado escasamente la atención *dentro* —por decir así—, de la línea lógica del que fue ilustre maestro de Derecho penal, aunque no por ello se desconozca que, en ocasiones, se hayan sugerido consideraciones críticas de la más alta calidad, en la mayoría de los casos de forma indiciaria, por lo que el planteamiento y posición del problema concretamente se refiere.

Es de destacar, dentro de los estrictos límites de este apartado, la opinión de Jiménez de Asúa, cuando observa que “ese análisis (se refiere al realizado por Rodríguez Muñoz), por agudo que parezca, sobre uno o dos artículos del Código, valiéndose más del elemento gramatical que de la interpretación sistemática y teleológica es contrario a las normas interpretativas actuales. Nada prueban esas disquisiciones sobre el breve ladrillo de un artículo —como quien baila el “chotis”—, contra la definición del artículo 1.º del Código penal español” (65). Desde otro punto de vista, se dijo por Quintano Ripollés,

(63) Vid., además de las obras españolas que venimos utilizando, MEZGER, *Strafrecht* (Ein Studienbuch), 5.ª ed., München-Berlin, 1954, pág. 40. BATTAGLINI, *Diritto penale*, 3.ª ed., Padova, 1949, págs. 162 y siguientes. Sobresale la valiosa contribución de B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, en Riv. it. di dir. e proc. penale, 1960, págs. 670 y siguientes. Su actitud general ante la sistemática del delito, en *Riesame degli elementi del reato*, en Riv. it. di dir. e proc. penale, 1963, págs. 351 y siguientes, por sólo citar algunos.

(64) Vid. notas 25 y siguientes de este trabajo, en donde se recoge un resumen de la misma y se remite al lugar en el que exploya su exposición.

(65) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley*, cit., pág. 538. Desde la perspectiva contraria a RODRÍGUEZ MUÑOZ, es decir, admitiendo la punibilidad como elemento del delito, vid. la posición crítica de DEL ROSAL, *Principios* cit., II, pág. 428.

un tanto imprecisamente, que “el que existan causas que excluyan la punibilidad sin afectar a la existencia del delito, que es la razón más frecuentemente aducida, no es convincente en absoluto, dado que las causas que excluyen la culpabilidad y la imputabilidad tampoco destruyen el delito, que en abstracto subsiste” (66).

c) La tesis de Rodríguez Muñoz, en sus líneas generales, debe ser revisada. Se trata de un razonamiento que efectivamente tiene fuerza lógica y cierto poder convincente, pero que es susceptible de una serie de consideraciones críticas:

En primer lugar, deberá tenerse en cuenta —y es correcta la objeción de Jiménez de Asúa anteriormente transcrita—, que la disquisición sobre el artículo 226 realizada por Rodríguez Muñoz, olvida la existencia y genérica eficacia del artículo 1 del Código penal que ofrece, nada menos, que el *concepto legal* de delito. La censura adquiere mayor fuerza si se tiene presente que Rodríguez Muñoz pretende ofrecer una definición del delito —como de forma expresa reconoce—, que satisfaga las exigencias del derecho positivo español.

Rodríguez Muñoz lleva a cabo una penetrante argumentación, que inevitablemente tenemos que adjetivar de “paradójica”: muestra, según su esquema mental, una posible contradicción entre el artículo 226 y el artículo 1, ambos del Código penal, pero no habrá que perder de vista que el primero tiene su ámbito de vigencia *reducido* solamente a las figuras delictivas de la rebelión y sedición, en tanto que el segundo nace, al menos, con la pretensión de virtualidad general para todo el catálogo de delitos del Libro II del Código penal. La argumentación paradójica, sin duda, puede ser empleada, como crítica aguda para el descubrimiento de excepciones y quiebras a formulaciones generales, o a la construcción de todo un sistema, pero sobre ella no puede ni debe construirse ninguno de los dos, ya que, en definitiva, solamente se contemplarían supuestos *límites*, perdiendo así su amplia y total eficacia: se corre el grave peligro de generalizar lo que por propia naturaleza es particular, con todos los inconvenientes que ello comporta.

Desde otra vertiente, tampoco se satisfacen con el planteamiento de Rodríguez Muñoz, exigencias *lógicas*, tan decisivas en un problema sobre el concepto y estructura general del delito, en donde a toda costa debe ser evitado incurrir en vicios que desde el origen inexorablemente condicionen el resultado de la investigación. Quizá sea éste

(66) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.* T. I, pág. 398. Ya anteriormente, y en el terreno dogmático, con mayor acierto, DEL ROSAL afirmó que “no se olvide que el legislador no puede ni desvanecer la acción antijurídica, que históricamente ha pasado y la ha conjugado una persona individual en su conducta voluntaria, pero ni tampoco la culpabilidad que va vinculada a la propia acción u omisión” (*Principios cit.*, II, pág. 428), en inmediata y real referencia con los específicos supuestos estudiados, y sin necesidad de recurrir a la distinción entre delito en abstracto y delito en concreto.

el argumento que pudiera inhabilitar la propia raíz de la posición comentada, e incluso veda la *posibilidad* de su verificación.

La tesis de Rodríguez Muñoz se mueve dentro de los límites siguientes: si los hechos descritos por el artículo 226 (67) son constitutivos de delitos (son *ya* delitos) —opinión que indudablemente acepta—, como falta la pena, aquél puede ser definido sin que se aluda a ésta última. Ahora bien; a renglón seguido se dirá ciertamente: si los citados hechos *no* son delitos —lo que sin duda, a efectos hipotéticos, se podría afirmar—, como falta la pena, justamente *no* lo son, porque ésta es un requisito imprescindible para definir el delito. Pero lo que *no* se dice *previamente* es qué se ha de entender por *delito*, siendo así que de manera insoslayable, para poder preguntarse si estamos a presencia de delitos o no, habrá que dejar sentado qué se entiende por *delito* con *anterioridad*, a no ser que la pregunta se formule en el vacío.

¿Cómo puede afirmarse que el artículo 226 contempla delitos, si todavía no se sabe qué requisitos deben tener estos últimos? Es más: ¿cómo puede partirse de un concepto, el de delito, precisamente cuando de lo que se trata es de determinar los requisitos y elementos que lo componen? Por último: ¿cómo puede negarse o afirmarse la necesidad de un elemento del concepto, si ya se acepta que, en esos casos, estamos a presencia del concepto completo del delito? Necesariamente habrá que decir que si se trata de delitos, la “pena” —empleando la terminología de Rodríguez Muñoz, que así plantea concretamente la cuestión—, no es requisito imprescindible, dentro de la dialéctica del ilustre autor, pues es evidente que en los casos previstos por el artículo 226 no se actualiza realmente. No obstante, lo que sigue sin demostrarse, y justamente aquí radica el error, es por qué los supuestos contemplados por el artículo 226 son o no delitos, o por emplear otras palabras: no puede afirmarse, ni tampoco negarse, ni siquiera preguntar, sobre si son o no delitos hasta tanto no se conozca qué se ha de entender por delito, y mucho más, en el presente problema, cuando lo que se discute y se pretende esclarecer es si el delito necesita de éstos o aquellos requisitos.

Sucede, en última instancia, que en el pensamiento de Rodríguez Muñoz ha estado operando ya una idea de delito que de antemano excluye el presunto elemento que él niega, y precisamente es esto último lo que debiera demostrar. Se trata, por tanto, de un *preconcepto* que *condiciona* la investigación sobre el concepto del delito, y puesto que para el primero se acepta que el cuestionado elemento no es necesario, tampoco lo será naturalmente para el segundo. Se quebranta de esa forma la pureza metódica de la investigación con un auténtico

(67) Y lo mismo puede decirse del artículo 564 del Código penal, que también es utilizado por RODRÍGUEZ MUÑOZ como instrumento lógico con el que fundamentar su conclusión.

prejuicio: se prejuzga antes de proceder a su examen y posterior conclusión lo que por delito debe ser entendido.

Por otro lado, cuando se afirma que el artículo 226 describe o recoge una figura delictiva, se está diciendo algo que no sólo es impreciso, sino que no se corresponde con la genuina y estricta función del precepto. El artículo 226 ni describe delitos, ni tampoco conductas: se remite, simplemente, a los delitos de rebelión y sedición (artículos 214, 218, 219 y 222, conforme hemos expuesto) (68).

El artículo 226 expresamente se refiere a los “meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos y también los sediciosos comprendido en el artículo 219, si no fueren funcionarios públicos”, y a nadie se le ocurrirá pensar, y ni siquiera poner en duda, que los preceptos recogidos en el anterior paréntesis, no sean auténticos delitos. Por esa sencilla razón no tiene el menor sentido preguntarse si el artículo 226 contempla delitos o no, pues está claro, hasta la saciedad, que dicho artículo no se refiere, en forma alguna, a la constitución *ex novo* de delitos, sino que opera en los casos en que se hayan cometido la rebelión o sedición.

Si continuamos el razonamiento tenemos que si efectivamente el artículo 226 lleva a cabo una remisión a los artículos precisados, con fundamento en él no podrá deducirse ninguna consecuencia sobre el carácter delictivo o no de estos últimos, pues eso sólo lo podrán decir los particulares y concretos tipos que componen la rebelión y sedición, y en ese sentido, es perfectamente correcto afirmar que cuando entre en juego el artículo 226, cuando tiene eficacia, es evidentemente porque tales delitos se han verificado, esto es, *son ya delitos*. Si así sucede, si son ya delito, el artículo 226 para nada podrá ser utilizado, puesto que el concepto se encuentra completo, y de ninguna forma desempeñará el anterior precepto la función de añadirle o privarle de uno de los elementos que pueden componer el concepto genérico de delito.

Nuestra conclusión, pues, se concreta en la afirmación siguiente: el artículo 226 carece de toda relevancia en orden a la configuración del concepto general del delito, y consiguientemente, de su estructura, y cualquier argumento que, en ese sentido, se pretenda extraer del mismo se encuentra invalidado de antemano por las anteriores razones.

Por último, y en referencia con la cuestión de fondo planteada por Rodríguez Muñoz, no podemos sustraernos a apuntar que el citado autor ni una sola vez habla de “punibilidad”, sino que constantemente pregunta si no castigando al autor puede existir delito, si la “pena”

(68) Vid. lo expuesto al inicio del número 4 de este trabajo. DEL ROSAL afirma todo lo contrario que RODRÍGUEZ MUÑOZ, en el sentido que justamente la vigencia del artículo 226 propugna por la admisión de la punibilidad como elemento del delito o, al menos, que “con ello no (se) desdice el requisito de la pena como elemento del delito”, aunque, según expondremos, la verdad es que finalizamos sosteniendo que con el artículo 226 *nada se dice*, o mejor, nada puede extraerse, sobre el cuestionado extremo. (Vid. DEL ROSAL, *Principios*, cit., II, págs. 428 y 429.)

es necesaria para su definición. Y las expresiones anteriores son ambiguas por demás, ya que no cabe duda que *sin pena* y *sin castigar* al autor podrá existir delito, y por tanto, no hay por qué concebir en esos términos la cuestión, pues ciertamente, si así se hace, no podrá llegarse a conclusión definitiva alguna. Sin duda, puede darse delito sin pena, pero es radicalmente absurdo que se hable de delito sin punibilidad, de hechos jurídicos, abstractamente considerados, sin consecuencia jurídica normativamente prevista (69). La diferencia entre pena y punibilidad es olvidada por Rodríguez Muñoz, siendo así que de la misma no puede prescindirse: la infinidad de "hechos" que nadie duda sean "delitos", y cuyo autor no es castigado, que cabe imaginar a la vista de nuestra legislación, es abrumadora y necesariamente convincente (artículos 112, 113, 114 y 115 del Libro I del Código penal; artículos 450, 451, 443, etc. del Libro II del Código penal).

d) Por nuestra parte, debemos concretar la *naturaleza* y *alcance* del artículo 226, de la manera siguiente:

a') El artículo 226 para nada afecta al elemento del delito "punibilidad": ni lo afirma, ni lo niega, como tampoco a ningún otro requisito del concepto genérico de la infracción delictiva, careciendo de toda operatividad en la construcción del mismo y de su estructura.

b') El artículo 226 opera sobre el proceso de concreción real de la punibilidad, sobre la "pena" de determinados y específicos delitos, reseñados normativamente, eliminándola en el supuesto de que median ciertas circunstancias legalmente precisadas y en su momento apuntadas en este trabajo.

c') El artículo 226 es, en definitiva, una *causa especial de exención o exclusión de la pena*; afecta a determinadas figuras delictivas; elimina tan sólo la pena de las mismas.

d') En su aspecto sistemático el artículo 226, con independencia de los particulares problemas que pueda plantear por su vigencia para los delitos de rebelión y sedición que serán tratados en la Parte especial, deberá ser situado y estudiado en la Parte general, Teoría de la pena, y no en la Teoría jurídica del delito, si se es consecuente con lo anteriormente expuesto.

6. *Valor del artículo 226 en los concretos tipos a los que afecta. Ambito de vigencia. Solución a los problemas planteados.*

El desarrollo de los anteriores epígrafes desvela un sector de la problemática planteada en la interpretación del artículo 226. No obstante, deben ser resueltas en este lugar algunas *concretas* cuestiones

(69) Vid. la bibliografía recogida en la nota 63 de este trabajo, especialmente la posición de PETROCELLI, que sostiene pareja tesis en orden al problema general de la punibilidad y su función en el concepto del delito. El tema, referido al concepto del delito, puede verse en M. COBO, *Resumen y sistematización del desarrollo histórico dogmático del concepto del delito*, en Rev. Dcho. Judicial, núm. 8, 1960, págs. 50-75, con amplia bibliografía.

que se deducen del valor y función asignados al artículo 226 en inmediata referencia con los delitos de rebelión y sedición a los que directamente afecta. Se centrarán fundamentalmente en su *ámbito de vigencia* y aplicación a algunos casos particulares que necesitan cierta aclaración.

En el número 4, exponíamos los concretos tipos delictivos en los que, sin duda, operaba el precepto sin olvidar su necesaria conexión con el artículo 225 que inexorablemente condiciona su aplicación. Sobre el presente extremo se ha planteado por Rodríguez Devesa el tema de su extensión, con el tenor siguiente: "evidentemente, este beneficio está pensado para la rebelión o sedición con alzamiento. Sin embargo, la letra de la Ley no excluye los demás casos y una restricción en perjuicio del reo no parece indicada, por lo que habrá de aplicarse también cuando por tratarse de formas solapadas no haya lugar a las intimaciones" (70). No existe el menor inconveniente en aceptar la afirmación general que inicialmente mantiene Rodríguez Devesa, aunque no precise, siendo obligado, los concretos tipos sobre los que proyecta su eficacia el artículo 226. Pero lo que sí debe ponerse muy en duda, y por nuestra parte negamos, es que tenga plena vigencia para lo que el citado autor denomina "formas solapadas" que "no haya lugar a las intimaciones". Las razones en contra de dicha tesis pueden resumirse así:

a) El artículo 226 declara ciertamente una exención de pena, pero *sólo* cuando reúnan necesarios requisitos determinadas conductas, y concretamente estemos a presencia de "intimaciones", o sea posible su verificación: "antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas", no significa otra cosa. Por tanto, en ningún caso podrá prescindirse de las llamadas "intimaciones" o de su *posibilidad*, en la forma concretada por el artículo 225.

b) En el razonamiento de Rodríguez Devesa se olvida lo anterior y la coordinación existente entre el artículo 226 y el 225, así como que, necesariamente, este último desempeña una función de *selección* de los tipos a los que puede aplicarse el primero, de suerte que si es imposible materialmente se practiquen las intimaciones, a pesar de la indiscriminación que supone el penúltimo párrafo del artículo 225, *nunca* podrá entrar en juego el artículo 226. La única excepción a dicha tesis solamente la ofrece el párrafo último del artículo 225: "no serán necesarios, respectivamente, la primera o la segunda intimación, desde el momento en que los rebeldes o sediciosos rompieren el fuego". Pero la verdad es que en este caso, por otro lado, difícilmente podría tener eficacia, por lo demás, el artículo 226.

(70) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 189. De interés la sentencia comentada por DEL ROSAL, y la exégesis de la misma, en cuanto al ámbito en que despliega su eficacia el artículo 226. (*De la excusa absoluta del artículo 226 del Código penal*, en ADPCP, I, 1965, págs. 137-141.)

c) A través, pues, de la función coordinadora desempeñada entre sí por los artículos 225 y 226, que describen todo un proceso de actuación por parte de la "autoridad", ante el estímulo "rebelión y sedición", tendrán que ser precisados los delitos a los que se refiere el beneficio del artículo 226. Quizá la única incongruencia que exista, dado que se alude a los "meros ejecutores" y al artículo 219 en el artículo 226, sea la planteada por el primer inciso del artículo 215 del Código penal, en el que puede verificarse la conducta que describe *sin* que necesariamente se sea "meros ejecutores", siendo así que su paralelo, en líneas generales, de la sedición (el artículo 219 del Código penal), si se encuentra recogido por el artículo 226. Mal que pese, la expresión "meros ejecutores" impedirá les alcance el privilegio, por propio imperativo legal.

Referido asimismo a su ámbito de vigencia, veíamos en el número 3, se planteaban los autores, por la especial regulación de la "conspiración y proposición" en estos delitos, la cuestión de si les comprendía o no la exención del artículo 226 a quienes, sin ser "meros ejecutores", habían realizado las anteriores conductas. Las opiniones eran dispares, como en su momento reproducimos. En la actualidad, operando con la fórmula general de los artículos 3 y 4 del Código penal, no existirá inconveniente en aceptar la tesis negativa, aunque no se desconozcan las lamentaciones de Quintano Ripollés (71): ni son meros ejecutores, ni se encuentran, en su caso, dentro del artículo 219, y han conspirado o provocado para la comisión de un delito.

Lo anterior, sin embargo, no significa que quepa aducir, como también sería factible en el supuesto que planteaba Rodríguez Devesa, a la atenuación que prescribe el párrafo segundo del artículo 226, pero de ninguna forma a la total exención: son, sencillamente, los "demás culpables" del citado párrafo segundo del artículo 226 (72).

(71) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, cit., vol. II, pág. 100.

(72) El presente estudio ha sido enviado para el tomo en homenaje al profesor Biagio Petrocelli, que próximamente publicará la Universidad de Nápoles.