

La publicidad en Derecho penal: Una aproximación conceptual e histórica

CARMEN LAMARCA PEREZ
Profesora Ayudante de Derecho penal

Escribía el profesor Legaz que «la bilateralidad o alteridad pertenece a la esencia del Derecho y tiene la siguiente importante consecuencia: que, de modo principal, sólo se tome en cuenta el aspecto externo del hecho» (1). Ciertamente, la vieja distinción entre acciones interiores y exteriores, mejor diríamos hoy exteriorizadas, que, desde Thomasiaus a Kant, ha sido utilizada como criterio para la definición del Derecho y consiguientemente para su diferenciación de la moral, sufre hoy un relativo abandono por parte de la Ciencia jurídica moderna, más atenta a otros elementos de identificación y, en especial, a la naturaleza externa e institucionalizada que caracteriza a la sanción jurídica frente a las sanciones propias de otros órdenes normativos (2); pero que valoremos en su justa medida el criterio de la sanción no supone que la exterioridad de la conducta humana haya dejado de ser un elemento de gran utilidad para delimitar el ámbito de la normatividad jurídica, pues si bien el Derecho toma en consideración circunstancias subjetivas como la premeditación o el «animus», parece cierto que lo hace en la medida en que se hayan exteriorizado, es decir, cuando no permanecen en ese recinto imposible de fiscalizar que es la conciencia: «cogitationis poenam nemo patitur».

Así, pues, en las conductas humanas 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 (3), se transforman en objetos

(1) LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Boch, 2.^a ed., Barcelona, 1961, p. 409.

(2) Ya KELSEN indicaba que «la reacción del Derecho consiste en una medida coactiva impuesta por el orden y socialmente organizada, mientras que la reacción moral contra la conducta contraria a las normas éticas no esté establecida por el orden moral, ni en caso de existir, se halla socialmente organizada», *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, 3.^a ed., Méjico, 1949, pp. 22 y 23.

(3) Señalaba KANT que «la noción del Derecho, respecto de una obligación correspondiente..., en primer lugar no concierne más que a

relevantes para la norma jurídica. Lo que implica que la nota de juridicidad no deriva siempre de la naturaleza intrínseca de la acción, sino precisamente del hecho de formar parte de una relación, es decir, de que en alguna medida se haya exteriorizado. La exterioridad de la acción constituye así un elemento importante para delimitar el ámbito de lo jurídico y, en concreto, de lo jurídico-penal, pues si, como es obvio, algunas conductas sólo son concebibles cuando adquieren un cierto grado de exteriorización y merecen a partir de ese instante un mismo reproche, otras, en cambio, se cualifican jurídicamente en atención a su carácter externo y provocan, cuando ese carácter resulta especialmente vigoroso, una reacción distinta por parte del ordenamiento jurídico. La afirmación de que el pensamiento no delinque expresa una imposibilidad material o física, pues, mientras no se exterioriza su relevancia jurídica ni siquiera es concebible. Sin embargo, una vez exteriorizado, las consecuencias jurídicas no son siempre uniformes, sino que dependen en gran parte del grado o condiciones de esa exteriorización, de su publicidad, entendida esta expresión en un sentido amplio; así la última voluntad sólo es jurídicamente válida cuando reúne ciertos requisitos de exteriorización y, a su vez, la eficacia de su contenido puede depender del grado de publicidad, de que se haya otorgado testamento ante notario, etc..., hasta el punto de que una buena parte de la teoría de las sucesiones se dirige a constatar la exactitud de esa última manifestación de voluntad mediante la comprobación de los requisitos y formas de exteriorización. Consideraciones análogas pueden formularse acerca del negocio jurídico en general.

Exteriorizar una conducta no equivale a hacerla pública. Matar, herir o envenenar las fuentes públicas son sin duda acciones exteriorizables, pero no necesariamente públicas; es más, la publicidad en muchos supuestos no añade ningún «plus» en el reproche jurídico. Aunque nociones distintas, la publicidad se configura como uno de los modos de exteriorización, pues publicar supone hacer notoria o patente una cosa, manifestarla al público y, en este aspecto constituye la forma más vigorosa de exteriorización. La publicidad, dice Cuesta «no es una simple información, sino que, por definición tendenciosamente se ordena a un fin concreto: que el mayor número posible de destinatarios, convertidos en receptores de la misma, declaren o manifiesten su voluntad de modo capaz de transformar el mundo externo» (4). Esta noción, tal vez certera desde una perspectiva iusprivatista, sólo es asumible parcialmente

la relación exterior y aun práctica de una persona con otra en cuanto sus acciones como hechos pueden tener una influencia (mediata o inmediata) sobre otras acciones...; es decir, que sólo hace falta saber si la acción de uno de ellos es o no un obstáculo a la libertad del otro según una ley general", *Principios Metafísicos del Derecho*, Ed. Americana, 2.^a ed., Buenos Aires, 1974, p. 39.

(4) CUESTA RUTE, José M.^a de la, *Régimen jurídico de la Publicidad*, Tecnos, Madrid 1974, p. 16.

en el ámbito penal, pues no siempre la publicidad se endereza a lograr que los destinatarios adopten una determinada aptitud; ello sucederá, por ejemplo, en algunas conductas contra la seguridad interior, que mediante la publicidad pretenden ganar adeptos en favor de cierta causa, pero no en otros delitos como el escándalo público o los escarnios a la religión, en los que sólo cabe apreciar un ánimo de ofender los sentimientos morales del público o, al menos, ese es el motivo que justifica su tipificación.

Como luego veremos, es más que probable que de nuestra ley penal no sea posible obtener un concepto unívoco de publicidad, no ya porque en su evolución histórica el sentido agravatorio de la circunstancia se haya combinado con una acepción mixta, nunca suficientemente explicada, sino porque aún hoy el legislador vacila entre una noción puramente instrumental y otra que pudiéramos calificar de constitutiva; vacilación que, por otra parte, es comprensible habida cuenta que se halla recogida en el propio Diccionario de la Lengua. Publicidad es «calidad o estado público», pero también se define como «conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos» (5). No obstante, parece necesario en estas reflexiones preliminares intentar una primera aproximación al concepto penal de publicidad o, al menos, delimitar los supuestos y condiciones en los que la publicidad representa un elemento trascendente para establecer el reproche penal por una determinada conducta.

A nuestro juicio, la publicidad o bien constituye la forma típica de exteriorización de la conducta delictiva o bien representa una circunstancia, en el sentido riguroso del término, que eventualmente puede acompañar a cualquier acción humana. En cierto modo la distinción recoge la ya establecida por Quintano (6) entre una publicidad mínima, «determinada por el simple hecho de exteriorizar una actividad delictiva ante testigos...» y otra publicidad máxima, «por los medios previstos en la circunstancia genérica, u otros análogos», si bien creemos que pueden señalarse algunas matizaciones. En primer lugar, la publicidad mínima, entendida como forma típica de manifestación del delito no consiste en exteriorizar una actividad ante testigos, sino en exteriorizar una conducta que, por verificarse ante testigos, es delictiva: hacer patente o notorio constituye en estos supuestos el fundamento del reproche penal, en ocasiones porque sin esa publicidad, siquiera ínfima, los órganos encargados de aplicar el Derecho se hallarían ante una imposibilidad material o física de imponer el castigo y en otros supuestos porque además la publicidad tiene la virtud de transformar una

(5) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Decimonovena edición, Madrid 1970, pág. 1078.

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, "Revista de Derecho Privado", 2.^a ed. renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliografía por E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid 1966, pág. 214.

conducta moral y jurídicamente inocua en una acción relevante para el Derecho penal. Si la blasfemia simplemente pensada no se tipifica como delito es, ante todo y en primer lugar, por una imposibilidad material, pues en un ordenamiento absolutamente confesional, hoy impensable, el motivo del reproche sería, bien es cierto, la ofensa a los sentimientos religiosos de las gentes, lo que en verdad se frustra cuando la blasfemia sólo es pensada, pero expresaría también el propósito del legislador de traducir como delito las conductas pecaminosas o moralmente condenables y, en este segundo aspecto, la publicidad no resultaría esencial de no ser por esa imposibilidad material antes aludida. En cambio, en el escándalo público la publicidad suele jugar como único motivo del reproche moral y jurídico en el sentido de que conductas lícitas y hasta habituales se convierten en delictivas por el único motivo de realizarse en presencia de un número mayor o menor de personas. Así pues, esa forma de exteriorización que, siguiendo la terminología de Quintano, hemos denominado publicidad mínima constituye en unos casos el elemento de cualificación jurídico-penal de conductas en sí mismas reprochables, mientras que en otros supuestos, además de satisfacer esa función, representa el motivo esencial de que la conducta sea reprochable, tanto en el plano moral como en el jurídico.

Ciertas conductas consisten en hacer patente alguna cosa, en cuyo caso hablamos de la publicidad como forma típica de exteriorización, pero a su vez todas las conductas pueden realizarse en público o con publicidad, es decir, pueden verse acompañadas eventualmente de la mencionada circunstancia. Tratándose de la publicidad como forma típica de exteriorización la labor del jurista no plantea excesivas dificultades, ya que es el propio legislador quien, implícita o explícitamente, configura en cada caso el alcance y características de la publicidad; así sucede con la provocación para delinquir, con el escarnio público de dogmas o ceremonias del culto, etc... Pero cuando la publicidad es una circunstancia (lo que no sólo sucede cuando es aplicable la agravante genérica, sino también cuando el legislador ha previsto figuras calificadas de una conducta delictiva) el problema se complica ya que su relevancia penal no deriva de la mera existencia de publicidad, cualquiera que sea la noción que de ella tengamos, sino de que la conducta a la que se refiere sea idónea, es decir, susceptible de recibir el añadido de la publicidad, no en el plano fáctico, sino en el jurídico. Se puede matar y robar en público pero, según opinión unánime dicha circunstancia es por completo irrelevante.

Señala la doctrina que la circunstancia de publicidad «agrava la responsabilidad criminal, en atención a haber recurrido el agente, para realizar el delito, a un medio que aumente el daño producido por aquel, que incremente la lesión del bien jurídico» (7).

(7) CORDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Ariel, Barcelona 1972, p. 575. Vid. también PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*,

Se ofrece así un criterio para delimitar el alcance de la publicidad: ésta ha de aumentar la lesión del bien jurídico, precisamente del mismo bien jurídico atacado por la conducta delictiva, por lo que ni al homicidio ni al robo conviene esta circunstancia que no lesiona la vida ni los bienes. Cabe pensar por ello que, en líneas generales, la circunstancia de publicidad sólo adquiere relevancia jurídico-penal en relación con aquellas conductas cuya forma de exteriorización consiste en una cierta publicidad.

No obstante, el criterio del bien jurídico cuya lesión se incrementa por la publicidad no parece suficiente para delimitar esta circunstancia. De ser así pudiera discutirse la no aplicación de la agravante a delitos como la violación que, en lo que tienen de injuria, resultan más ofensivos cuando se realizan en público. A nuestro modo de ver, el Derecho punitivo ofrece una noción más bien instrumental de esta circunstancia, de manera que por publicidad no se entiende realización de cualquier conducta en presencia de un grupo mayor o menor de personas, sino el empleo de determinados medios o procedimientos en la comisión del delito. Los efectos de la publicidad, entendida como circunstancia, deben aumentar la lesión del bien jurídico, pero además la publicidad en sí misma suele constituir el modo de exteriorización de la conducta, razón por la cual se vincula a aquellos delitos cuyas figuras básicas incorporan una mínima publicidad.

Esta progresiva delimitación del alcance penal de la publicidad responde en el fondo a las características de su propia evolución histórica. La tensión entre la noción constitutiva e instrumental, que representa a nuestro juicio el núcleo central de la polémica moderna, tiene mucho que ver con la generalización de la imprenta y, más adelante, de los otros grandes medios de comunicación de masas. En ocasiones, el legislador no tiene más remedio que adoptar el concepto que hemos llamado constitutivo, como sucede casi siempre en aquellos delitos en los que «hacer patente o notorio» constituye la forma típica de exteriorización. Pero, al mismo tiempo, con el propósito de castigar las «infracciones inmateriales» con mayor severidad cuando se valen de la imprenta, incorpora una segunda noción de publicidad que calificamos de instrumental. Lo que sucede es que al operar esta circunstancia sobre conductas que suponen en sí mismas un cierto grado de publicidad, el problema se complica ya que finalmente en algún caso no se sabe si la utilización del medio sin lograr una publicidad de hecho resulta punible y, a la inversa, si conseguida la publicidad por procedimientos no previstos puede sumirse en el supuesto de la norma penal.

En cualquier caso, y tal vez por la influencia de esa noción instrumental de publicidad, sin duda vigorosa en nuestra ley, el alcance material de la circunstancia se halla bastante limitado. No

basta con que el conocimiento público provoque un determinado daño o perjuicio, ni siquiera, creemos nosotros, con que incrementa la lesión del bien jurídico atacado. Es necesario además que la naturaleza del medio utilizado para lograr la publicidad sea idóneo como forma de exteriorización del delito. Gráficamente, la publicidad conviene de modo principal cuando la palabra o el gesto constituyen la forma de delinquir.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS

Como es sabido, la circunstancia de publicidad figuraba ya en nuestra primera codificación penal, si bien lógicamente en el sentido de la agravante todavía no se resaltaba la utilización de la imprenta, como sucederá más tarde cuando la generalización de la prensa provoque un empequeñecimiento social y jurídico de las demás formas de publicidad. Decía en su artículo 106, 7.º el Código de 1822 que «se tendría como circunstancia agravante... la mayor publicidad o autoridad del sitio del delito: la mayor solemnidad del acto en que se cometa». Posteriormente, ni el Código de 1848 ni la reforma de 1850 recogieron esta circunstancia; sí lo hizo, en cambio, el texto de 1870, aunque entonces, transcurrido medio siglo desde la promulgación del viejo Código liberal, la publicidad aparecerá configurada ya en términos modernos, con una redacción análoga a la del actual artículo 10, 4.º (8). Sin embargo, y este es el punto de partida en la polémica sobre el carácter mixto de la circunstancia de publicidad, facultando a los Tribunales para su apreciación como agravante o atenuante «según la naturaleza y los efectos del delito».

Aunque, como veremos, la facultad concedida a los Tribunales no dio lugar a una doctrina legal suficientemente clara que ofreciese un criterio seguro en orden a la determinación de los supuestos atenuatorios de esta circunstancia, lo cierto es que su caracterización como mixta obtuvo éxito en nuestra legislación decimonónica, siendo recogida en todos los Códigos posteriores. Así, el Código penal de la Marina de Guerra de 1888 mantiene la opción en su artículo 16, mientras que el texto de 1928 incluye la publicidad entre las circunstancias mixtas, bajo la rúbrica «por las circunstancias de la infracción»; con este mismo carácter, y junto a la de parentesco, reaparece en el Código de la II República. Finalmente, y recogiendo los criterios de nuestra primera codificación, la refundición de 1944 confirmará el carácter exclusivamente agravatorio de la publicidad, al menos en el fuero común. En esta decisión innovadora de nuestro legislador parece que tuvo importancia

(8) Según la circunstancia quinta del artículo 10 del Código penal de 1870 constituía motivo de agravación o atenuación de la responsabilidad criminal el "Realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía u otro medio análogo que facilite la publicidad".

decisiva el criterio mantenido por la Fiscalía del Tribunal Supremo, que en su Memoria de 1944 aconsejaba circunscribir la relevancia penal de la publicidad a la de una simple circunstancia de agravación, rompiendo así con la tradición iniciada en 1870; los argumentos de la Fiscalía no parece, sin embargo, que lograsen extender su influencia también al fuero castrense, pues el Código de Justicia Militar de 1945, más atento quizá a la tradición y al criterio del Código penal de la Marina de Guerra, mantiene en su artículo 188 la publicidad como circunstancia mixta, que atenúa o agrava la responsabilidad «según los casos».

La facultad atribuida a los Tribunales por el Código de 1870, generalmente criticada por la doctrina moderna posterior a la citada Memoria de la Fiscalía (9), mereció en cambio el elogio de los comentaristas de la época, que aun aceptando que la prensa y los demás medios de difusión y publicidad constituían habitualmente un medio idóneo para aumentar el mal, consideraban necesaria también la existencia alternativa de la atenuante, que habría de jugar en aquellos supuestos en que el medio no resultase eficaz para producir el aumento de daño causado, existiera una falta de intención o un actuar irreflexivo o negligente (10).

Sin embargo, y tal vez porque era consciente de la misma excepcionalidad de la hipótesis atenuatoria, la doctrina de la época pasa con rapidez sobre estas cuestiones, sin delimitar con un mínimo de precisión las circunstancias o requisitos que legitimaban la apreciación de esta circunstancia como atenuante; ni siquiera pueden hallarse descripciones casuísticas y en muy pocas ocasiones se alude a supuestos concretos en que pudiera basarse la facultad concedida a los jueces. Así, por ejemplo, Groizard, en sus Comentarios al Código penal de 1870, señala, apoyándose en una muy discutible interpretación de la doctrina jurisprudencial (11), que «cuando la naturaleza y efectos del delito en vez de acreditar que de propósito se buscara y utilizara la publicidad mediante el periódico para agrandar los efectos de las ofensas, demuestran que el origen y causas del exceso fue la viveza de un debate político» (12). Apuntando hacia una base de justificación diferente, otros autores pre-

(9) Las únicas excepciones que hemos podido registrar son las de RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte General, 7.^a ed., Madrid 1979, p. 687, y SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Código Penal Anotado*, Reus, Madrid 1948, p. 44.

(10) En este sentido vid. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, Burgos 1870, páginas 393 y ss.; LANGLE RUBIO, E., *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Reus, Madrid 1915, p. 83; P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho Penal Español*, Parte General, vol. I, Madrid 1917, pp. 442-443; ARAMBURU, citado por JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, vol. I, Salamanca 1928, p. 173, y NÚÑEZ DE CEPEDA, H., *1870-Código Penal-1932*, Comentarios, Jurisprudencia y Tablas de Penas, La Coruña 1932, p. 60.

(11) Sentencias de 6 de octubre de 1885 y 22 de febrero de 1894.

(12) GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *ob. cit.*, pp. 450-453.

fieren aludir a supuestos concretos que a su juicio constituyen fundamento suficiente para mantener el carácter mixto de la circunstancia de publicidad. En este sentido se dirá que «la publicidad... revela menor perversidad cuando sirve para impedir o entorpecer el desarrollo de la acción criminal o sus consecuencias más bien que para facilitarlas. Entre la amenaza proferida por medio de la imprenta, que da al amenazado ocasión de aprestarse a la defensa y al poder social medios de poder evitar la ejecución de mal con que se conmina, y la amenaza que se profiere sigilosamente ante el ofendido, sin que nadie lo sepa y acaso en paraje inseguro y solitario, hay una diferencia inmensa capaz de justificar las más opuestas aplicaciones de la circunstancia mixta de publicidad» (13). Parece, en consecuencia, que la doctrina de la época trata de buscar y explicar, aunque con una cierta imprecisión, los supuestos y causas que legitiman la atenuante de publicidad, sin que al parecer llegasen a una delimitación unánime de los mismos, pues, como hemos visto en los ejemplos señalados, si para unos la atenuación se basaba en una falta de intencionalidad que aparecía justificada por la viveza del debate político, para otros se legitimaba en la ausencia total de alevosía que suponía la utilización de la prensa, en el sentido de que la publicidad de la ofensa o de la amenaza ofrecía oportunidades de defensa, tanto al individuo como a la sociedad.

La ambigua caracterización de la publicidad como atenuante que nos dejaron los comentaristas de la época, lamentablemente no fue precisada por la jurisprudencia, que a lo largo de más de setenta años se mostró incapaz de ofrecer un criterio seguro, no ya para definir la naturaleza de la atenuante de publicidad, sino incluso para reunir un catálogo más o menos casuístico de supuestos en los que procediese hacer uso de la facultad atenuatoria concedida por la Ley. Y, sin embargo, a pesar de esta ausencia de una verdadera doctrina legal, ya hemos visto cómo Groizard, y tras él numerosos comentaristas, trataron de buscar apoyo en la jurisprudencia, y concretamente en la sentencia de 6 de octubre de 1885, para explicar la naturaleza mixta de la circunstancia. Lo cierto es que, como señalaba acertadamente la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1944 (14), no ha existido nunca una apoyatura jurisprudencial firme, pues, entre otras cosas, el sentido de la sentencia citada, y literalmente recogida por Groizard, no era precisamente el de apreciar el carácter atenuatorio de la circunstancia, sino, por el contrario, señalar aquellos casos en que la publicidad carece de

(13) 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.

(14) *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1944 por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo D. Ramón García del Valle y Salas*, Reus, Madrid 1944, pp. 21 y ss.

relevancia como agravante. En efecto, tras estimar el recurso de casación interpuesto contra el fallo de la Audiencia de lo Criminal de Badajoz en causa seguida por el delito de injurias con la agravante de realización por medio de la imprenta, la sentencia del Tribunal Supremo venía a establecer la doctrina de que «el hecho de realizar un delito por medio de la imprenta... es en general agravante cuando se aprovecha para aumentar el daño o la trascendencia del acto culpable, de menor gravedad legal a falta de ese accidente, y que en el caso actual no debe estimarse con este carácter, porque la naturaleza y la ocasión del delito, en vez de acreditar que de propósito se buscara y utilizara la publicidad mediante el periódico, para agrandar los efectos de la ofensa, demuestran el origen y causa del exceso evidente y criminal de la consignación de las frases injuriosas en la viveza del debate político mantenido en la prensa, en el que quiso tomar parte el escritor, que fue sin duda principal objeto del artículo denunciado». A la vista de estas consideraciones, resulta patente la errónea interpretación formulada por Groizard, pues en ningún caso se hace referencia a la posibilidad de conceder carácter atenuante a la circunstancia de publicidad ni, en consecuencia, a las reglas que deben observarse en tal supuesto. El T. S. se limitaba pues a fijar las condiciones de hecho requeridas para la apreciación de la agravante, para, una vez constatada su no concurrencia, aplicar la pena prevista pura y simplemente, sin tomar en consideración ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad.

Al parecer, en este tema han sido habituales los equívocos en la interpretación jurisprudencial, porque si el sentido de la sentencia de 1885 era muy distinto al que atribuía Groizard, otro fallo, citado como apoyo jurisprudencial de la atenuante de publicidad, resulta, según creemos, inexistente. Dicha sentencia fue supuestamente dictada el 27 de septiembre de 1888 y, según la citada Memoria de la Fiscalía de 1944, constituiría la única excepción a la general aplicación de la publicidad como agravante, apareciendo citada por primera vez en las «Leyes Penales» tituladas CYLE y posteriormente en las de Medina y Marañón de 1941, así como en el «Derecho penal» de F. Puig Peña de 1955 y sucesivas ediciones, pero no así en los autores de la época que omitieron todo comentario sobre la misma (15). Existe, efectivamente, un fallo de 27 de diciembre (no de septiembre) de 1888, pero que precisamente viene a sentar una

(15) La Fiscalía del Tribunal Supremo, en la Memoria citada, página 23, ya señaló en su día que este fallo no se había pronunciado nunca y, ciertamente, nuestra búsqueda también resultó infructuosa. Pensando en que tal vez existiese una simple confusión de fechas, hemos visto la jurisprudencia del T. S. sobre ésta o colindantes materias en un prudente período, sin haber obtenido tampoco un resultado satisfactorio. Las Sentencias de 22 de septiembre y 4 de octubre de 1888, por ejemplo, se limitan a declarar la inexistencia de un delito de injurias, si bien en la primera se hace alusión a una crítica política apasionada, lo que tal vez pudo, aunque nos parece difícil, originar el error.

doctrina contraria a la que supuestamente establecía la sentencia dictada el 27 de septiembre de 1888 al declarar que «nunca puede estimarse como atenuante en un delito de injurias el inferirlas por medio de la imprenta, puesto que la publicidad implica siempre mayor y más grave trascendencia en daño de la persona ofendida» (16).

Según creemos, sólo existe un fallo del Tribunal Supremo en el que se hayan reconocido efectos atenuantes a la utilización de la imprenta en el delito de injurias, abandonando así la práctica reiterada de apreciar la publicidad como circunstancia agravante. Se trata de una sentencia de 11 de enero de 1936, que no aparece comentada en la Memoria de la Fiscalía (17), y de la que únicamente tenemos dos referencias; la primera de ellas, con un comentario parcial que transforma el sentido y alcance del fallo, destaca únicamente la regla general que posteriormente la misma sentencia vulnera, sin aludir a los requisitos exigidos por el Tribunal para apreciar excepcionalmente la circunstancia en su sentido atenuante (18); la segunda referencia puede hallarse en los Comentarios al Código Penal del profesor Córdoba (19), con un certero estudio acerca de la circunstancia de publicidad y la exigencia de intencionalidad.

En definitiva, la sentencia comentada cerraba un proceso sobre injurias incoado por un artículo aparecido en el periódico de Bilbao «El Liberal», en el que al parecer se vertían conceptos injuriosos contra Hitler, habiendo apreciado en su fallo la Audiencia Provincial la existencia de una circunstancia atenuante de publicidad; disconforme con esta opinión, el Ministerio Fiscal interpuso el correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo. La importancia de la doctrina sentada por nuestro más alto Tribunal, así como su propia excepcionalidad en el panorama jurisprudencial, merece que reproduzcamos alguna de sus consideraciones.

Se reitera en el primer considerando la doctrina, seguida por la jurisprudencia, de que es regla general la apreciación de la circunstancia de publicidad como agravante; y así dice «Que en los delitos de injurias y calumnias es principio general que la ley penal acepta... que la circunstancia de cometerse con publicidad las

(16) El sentido de este fallo aparece fielmente comentado en HIDALGO GARCÍA, J. A., *El Código Penal*, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo. tomo I, Madrid 1908, p. 193; LANGLE RUBIO, E., *ob. cit.*, p. 83; P. MONTES, J., *ob. cit.*, p. 443; LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., y ALVAREZ-VALDÉS, F., *El nuevo Código Penal, Notas, Jurisprudencia, Tablas y Referencias*, "Revista de Derecho Privado", Madrid 1933, p. 73 y *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, *ob. cit.*, pp. 23 y 24.

(17) Esta omisión resulta explicable ya que en dicha Memoria se advierte de manera expresa que el análisis de la jurisprudencia objeto de estudio no se extiende más allá del año 1934, sin que, por otra parte, se señalen ni nosotros comprendamos los motivos de esta autolimitación.

(18) RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, tomo I, 2.ª ed., Madrid 1959, p. 1250 y ARANZADI, "Legislación Penal", ed. ARANZADI, Pamplona 1961, p. 587.

(19) CÓRDOBA RODA, J., *ob. cit.*, p. 576.

califica sentenciándolas en forma más grave que aquellas en que no intervenga tal modalidad; y si esto ocurre cuando el ofendido es un particular, no se concibe, en términos generales, cuando la ofensa va dirigida a persona constituida en autoridad, motivo para modificar en sentido atenuatorio, el mencionado principio, sin que a esta apreciación obste el lugar en que este supuesto figura colocado el tipo punitivo en el Código penal».

Sin embargo, en el Segundo Considerando la sentencia justifica la excepcionalidad del supuesto contemplado y la necesidad de apreciar la circunstancia de publicidad en su sentido atenuante, ya que «tal regla general, cuando la persona ofendida fuere una autoridad y la figura penal resultante se halla, por tanto, comprendida entre los delitos contra el orden público, en los que la publicidad no obra como circunstancia específica, puede no ser de aplicación en determinados casos en los que, atendiendo a la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, elementos a que alude el artículo 11 del Código sustantivo, aconseje un criterio sereno y ponderado decidir en sentido atenuatorio la disyuntiva que dicho precepto establece, y esto sentado, se ofrece el caso actual en el que no aparece afirmado en los hechos declarados probados, ni puede de los mismos deducirse, que se haya buscado el medio de la prensa periódica para agravar los efectos del delito y es, por otra parte, evidente que éste, aunque de indudable existencia por concurrir el «animus injuriandi» y el elemento objetivo, surgió en el calor y apasionamiento de una crítica de orden político y los efectos de la publicidad en país distinto de aquel a que el ofendido pertenece, no son, en el concepto en que se estudia en el presente caso, apreciables para una agravación de la responsabilidad, razones que obligan a desestimar el recurso interpuesto por el señor fiscal, ya que la sentencia impugnada no incurrió en el error de derecho que el mismo le atribuye» (20).

Así pues, la caracterización de la publicidad como circunstancia mixta, recogida en nuestro Derecho penal común desde 1870 hasta 1944, parece que contó con un cierto apoyo en la jurisprudencia, aunque aislado y excepcional. Aislado porque, según creemos, la sentencia de 1936 es la única que a lo largo de setenta años utilizó la facultad concedida por el legislador en sentido atenuatorio; excepcional, por la naturaleza misma del supuesto de hecho: delito de injurias, vertidas en el contexto de una crítica política en el año 1935, contra un personaje extranjero como era el fundador del nacionalsocialismo, etc. Todo ello hace pensar, a nuestro juicio, que la sentencia comentada es poco significativa y, por tanto, insuficiente para desvirtuar la opinión antes señalada de que la publicidad como circunstancia mixta careció de apoyo jurisprudencial durante los años en que estuvo recogida por nuestros Códigos (21).

(20) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, tomo V, 1936, p. 18.

(21) Por el contrario, existen reiteradas declaraciones del Tribunal

Esta práctica jurisprudencial parece muy razonable ya que, en definitiva, y sin perjuicio de que los motivos señalados por los comentaristas desde 1870 o las razones aducidas por la sentencia de 1936 puedan estimarse como causa suficiente de atenuación de la responsabilidad criminal, lo cierto es que la circunstancia de publicidad no es la más idónea para otorgar relevancia jurídica a estos hechos o situaciones, que quizá estuviesen mejor encuadrados en el ámbito de otras circunstancias modificativas como pudiera ser la actualmente denominada de «arrebato u obcecación», la de «obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos» u otras similares previstas en nuestra legislación histórica y cuya concurrencia en debates de naturaleza política no es difícil de imaginar.

Supremo sobre su carácter agravatorio. En este sentido, las Sentencias de 4 de enero de 1881; 6 de octubre de 1885; 16 de febrero de 1888; 13 de abril de 1888; 27 de diciembre de 1888; 23 de febrero de 1894; 31 de octubre de 1894; 23 de noviembre de 1894; 22 de mayo de 1895; 10 y 16 de noviembre de 1897; 21 de diciembre de 1903; 30 de marzo de 1904; 7 de diciembre de 1907; 29 de abril de 1908; 23 de octubre de 1920, y 7 de mayo de 1934, entre otras muchas.