

La presunción de «Habitualidad en la Receptación» de la Ley de 9 de mayo de 1950 (*)

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO
Abogado Fiscal

Uno de los aspectos más importantes de la trascendental reforma sufrida por nuestro asendereado Código Penal, como consecuencia de la Ley de 9 de mayo de 1950, es el que se refiere a la presunción de la habitualidad establecida en el artículo 546 bis b). Importante, tanto en el orden doctrinal, por los problemas que encierra; como en el positivo, por las dudas que originará su aplicación; y hasta en el social, dada, la relevancia económica de los imputados a quienes afectará la presunción citada.

Dice así el art. 546 bis b) del Código Penal, tal como quedó redactado por la Ley de 9 de mayo de 1950:

«Son reos habituales, a los efectos de este capítulo, los reos que fuesen dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público».

Es este un precepto en el que, el legislador pese a su indudable trascendencia en todos los órdenes, no acertó con la fórmula precisa, creando así una presunción que ha de ser fuente inagotable de perplejidades (1).

(*) Integra este artículo un capítulo de un más amplio trabajo nuestro, todavía inédito, acerca del encubrimiento y la receptación.

(1) La receptación es un delito en el que la profesionalidad es frecuente; por ello, la habitualidad, en esta forma de delincuencia en simbiosis, ha sido preocupación de los legisladores con harta frecuencia. En España se planteó ya el problema de la habitualidad en la receptación con motivo de la redacción del art. 514 del Código Penal de 1928. La Sección de la Asamblea Nacional encargada de su discusión, encontrando sumamente peligroso este precepto, pues podía afectar no solamente a quienes *habitualmente* se dedicasen a comprar efectos provenientes del delito, sino a multitud de comerciantes de buena fe, y aún a muchos particulares, que, por creer un Tribunal, «debían suponer» que el objeto que compraban no era de lícita procedencia, podrían ser condenados hasta ocho años de reclusión y 10.000 pesetas de multa, pena superior en la mayor parte de los casos a la correspondiente a los autores de los delitos de robo o hurto de los mismos objetos *propuso la siguiente redacción del artículo: «Los que sin haber tenido participación alguna en un delito, haciendo de ello profesión, ocultaren en interés propio, recibieren en prenda o adquiriesen de cualquier otro modo, objetos que, por las personas que los presenten, ocasión y circunstancias del empeño, ostensiblemente delatan su ilegítima procedencia...»* Esta redacción no fué aceptada, siendo mantenida la del proyecto, y lográndose únicamente una atenuación de la penalidad, en cuanto a la pena privativa de libertad, compensada con una elevación de la multa. (Cfr. LUIS SAN MARTÍN LOSADA, *El Código Penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870*. Madrid. Imprenta Clásica Española, 1928, págs. 148 y 149.)

Sin embargo, la habitualidad se tuvo en cuenta en el Código Penal citado, para tipificar

La redacción legal no resiste la crítica. Su estudio conduce a descubrir que es *incompleta, incorrecta, paradójica, incongruente y peligrosa*. Cada uno de estos adjetivos corresponde a otros tantos problemas que el precepto plantea.

A) El precepto es *incompleto* porque no contiene todos los casos de habitualidad posibles. Es más, prescinde del concepto y efectos que se tienen por clásicos en la habitualidad, dando así lugar al planteamiento de un serio problema respecto al tratamiento a dar a los receptores multirreincidentes y a los que, sin estar comprendidos en la presunción legal (ser dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público), ni haber sido ejecutoriamente penados por delitos de análoga naturaleza, hayan realizado actos repetidos de recepción que denoten dedicación profesional a tal actividad ilícita.

Para el mejor estudio del problema hemos de referirnos primero a la significación y concordancia de los ya clásicos conceptos de reincidencia y habitualidad.

Se ha repetido hasta la saciedad que la reincidencia es la recaída en el delito, y que representa la exteriorización de la actitud rebelde de un individuo que se niega a comportarse conforme con las normas defensivas de la convivencia social, proclamadas en los Códigos Penales (2).

El fundamento clásico de la reincidencia era meramente objetivo: la repetición del delito, independientemente de cualquier otra consideración. De aquí las críticas que se dirigen contra ese concepto, por estimar quebrantaba el principio «nom bis in idem», ya que se basaba la pena agravada del nuevo delito en la existencia objetiva de un delito anterior, ya juzgado (3). Por ello hubieron de buscarse a la agravante nuevas justificaciones de tipo subjetivo: la mayor culpabilidad del delincuente, que al repetir las infracciones se revela como tenaz menospreciador del orden jurídico (Rossi); o la inutilidad del primer castigo, demostrada por el reo con sus propios actos, esto es, por el desprecio a la primera pena, lo que obliga a una agravación del castigo subsiguiente (Carrara).

Introducido el elemento subjetivo en el fundamento de la reincidencia, con la llegada del positivismo al campo penal no tardó en pretenderse la sustitución del concepto por el de *habitualidad*. «Ya Ferri distinguió los criminales natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales. Mejor que nadie ilustra la clasificación Ber-

el encubrimiento no lucrativo (art. 513) y para agravar la pena de los que «habitualmente adquieren objetos provenientes de delito, cuando el vendedor sea menor de dieciocho años» (artículo 785).

(2) No pretendemos hacer un estudio de la reincidencia y habitualidad, limitándonos en nuestro propósito a los extremos concretos que afectan al problema que debatimos. Sobre el tema existe una copiosa bibliografía. Aparte de los Tratados y Manuales de general uso y común conocimiento, nos creemos en la obligación de citar, como monografías manejadas, las siguientes:

Españolas: BENITEZ DE LUGO, *Ensayo sobre la reincidencia*. Madrid, 1930.

Italianas: CARRARA, *Stato della dottrina della recidiva*, Opuscoli, II; MANZINI, *La recidiva nella Sociologia, nella Legislazione e nella Scienza del Diritto Penale*, Florencia, 1899; LEONIDA CAPOBIANCO, *La recidiva*, Nápoles, 1929; GIULIANO ALLEGRA, *De l'abitudine criminosa*, Vallardi, 1933.

Francoesas: LANDRE, *La recidive*, París, 1892; LEGRIN, *Les recidivistes*, París, 1885; PIERRE CANNAT, *Nos frères les recidivistes*, París (s. f.).

(3) Cfr. CARMIGNANI, *Teoria delle legi della sicurezza sociale*, I, III; c. XI; CARNOT, *Comento al codice penale italiano*, T. I, pág. 662; ALAUZET, *Essai sur les peines et le système pénitentiaire*, 1863, pág. 95.

naldo de Quirós, que incluso ensaya una más perfecta diferenciación entre los delincuentes sociales y habituales. Los criminales profesionales son una variedad de ellos de los que trató von Liszt como una subespecie particularmente frecuente y peligrosa del crimen por naturaleza» (4).

Habitualidad viene a corresponder a costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos originadora de una facilidad para el delito, facilidad que hace de la existencia en el sujeto de los «reflejos condicionados» creados por los actos anteriores (5). Se habla así de una criminalidad crónica, que constituye uno de los problemas más difíciles y debatidos de las tendencias modernas y que comprende la delincuencia habitual y profesional, e inclusive la reincidencia, que no se corresponde exactamente con ellas. «Bajo el nombre de *delincuente profesional*—dice Mezger—entendemos al enemigo de la sociedad «normal» consciente de su fin descrito por Heindl de una manera no exenta, ciertamente, de exageraciones e inexactitudes; y por *delincuente habitual*, al delincuente que obedece a una tendencia criminal interna, que se adentra ya, sin que los límites puedan trazarse de un modo preciso, en la zona de lo morboso (psicopático)» (5 bis). Observemos como del primitivo concepto de delincuente habitual por costumbre se ha llegado al actual concepto de habitualidad por tendencia (6). El primero era un ente normal en el que la predisposición al delito proviene de la facilidad que para la realización de cualquier acto proporciona su repetición. El segundo es un ser anormal en el que la predisposición al delito nace de una tendencia psicológica, e incluso instintiva, hacia el mal.

Vemos, pues, que la reincidencia y la habitualidad, en el principio se diferencian. Como ha dicho Antón Oneca (7): «La habitualidad es más y menos que la reincidencia. Más, porque no basta con la repetición de infracciones, es preciso que esa insistencia constituya costumbre y se incorpore al carácter del sujeto, ya que está en lo posible caer más de una vez en el delito, sin que éste deje de ser ocasional, por la repetición de las circunstancias externas productoras del estímulo. [No estamos del todo conformes con esta última afirmación de Antón. La realización de un acto cualquiera crea nuevas asociaciones en el sujeto que encamina su obra en esa dirección y condicionan sus futuros reflejos. De ahí que el acto repetido, aunque no sea precisamente consecuencia del anterior, es siempre facilitado por él.] Es menos, no sólo porque es posible... el hábito criminal en un solo delito compuesto por pluralidad de acciones, sino porque al

(4) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*. T. I. Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1950; págs. 103 a 105 y nota 80. Respecto a la cita que hace de B. DE QUIRÓS, cfr. *Las nuevas teorías de la criminalidad*. Madrid. Hijos de Reus, 1898, págs. 35 a 39.

(5) La mayor facilidad para cometer el delito, fué ya señalada por nuestros clásicos como una razón para penar más gravemente al malhechor en quien concurría. Cfr. *Discurso sobre los delitos y las penas*. Publícale el Lic. DON JOSEF MARCOS GUTIÉRREZ para mayor ilustración, la más fácil inteligencia y el mejor uso de las doctrinas contenidas en su Práctica Criminal de España. Madrid.—En la imprenta de Vega y Compañía. Año de MDCCCVI, pág. 59.

(5 bis) *Tratado de Derecho Penal*. Trad. esp. de RODRÍGUEZ MUÑOZ. 2.ª ed. Editorial «Revista de Derecho Privado». 1949. T. II, pág. 424.

(6) Vid., como ejemplo del concepto de delincuente habitual por costumbre, diferenciado del profesional y de la tendencia a delinquir: JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*. Editorial Reus, Madrid, 1929. T. I, págs. 450 y ss.

(7) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*. Madrid, 1949. Parte General, por Antón. Pág. 390. Anteriormente había expuesto esas ideas en la obra citada en la nota anterior. T. I, pág. 450.

ser integrante del concepto de reincidencia la sentencia condenatoria por la infracción anterior, puede el sujeto haber cometido multitud de delitos, juzgados todos, como concurso de delitos, en un solo juicio.»

Creemos que la conexión entre la habitualidad y la multirreincidencia (8) puede establecerse en un doble aspecto: Primero, en que ambos conceptos son función de la repetición de un hecho (elemento objetivo común). Segundo, en que los dos son reflejo de la actitud rebelde y antisocial del sujeto (elemento subjetivo común). Lo que ocurre es que mientras la multirreincidencia es un concepto fundamentalmente jurídico (esto es, la repetición de un acto, unido a las sentencias ejecutorias anteriores por actos análogos), el de habitualidad es un concepto fundamentalmente social (la repetición de un acto que crea tendencias a realizar nuevos actos análogos). Por ello la multirreincidencia es considerada como una agravante (concepto jurídico), que obliga al aumento de la pena (sanción jurídica), por estimar ineficaz la prevención especial de la condena anterior (argumento jurídico); en cambio, la habitualidad ocasiona una declaración de peligrosidad (concepto social), que origina una medida de seguridad (defensa social), como consecuencia del carácter antisocial y dificultad de enmienda del habitual (9) (argumento sociológico).

La multirreincidencia es, pues, para nosotros, la faceta jurídica de la habitualidad. O, dicho en otras palabras, la habitualidad unida a las sentencias ejecutorias por los hechos creadores del hábito.

Bien mirado, la habitualidad fué un concepto que ya existía implícito en el Derecho Penal antiguo, el que recogía y valoraba nociones equivalentes (10). Lo que ocurre es que hasta hace poco no se destacó el aspecto psicológico y social de la habitualidad como factor criminógeno y elemento antisocial, que obliga a reaccionar previniendo su acción, sin esperar a que se manifieste jurídicamente a través de las sentencias repetidas. Pero la íntima relación entre la multirreincidencia y la habitualidad lo ponen de manifiesto no sólo ciertas opiniones científicas (11), sino el hecho sumamente revelador de que la mayoría de las legislaciones hacen de las condenas repetidas el fundamento objetivo y presupuesto obligado de toda declaración de habitualidad.

Efectivamente, un estudio de Derecho comparado nos lleva a ver cómo el viejo criterio de agravación por la recaída en un delito de la misma especie o de naturaleza distinta pervive aún y sólo se va desplazando con harta lentitud

(8) Aunque lo que vamos a exponer sirva también para la reincidencia simple, la verdadera conexión hay que establecerla entre la habitualidad y la multirreincidencia. De la reincidencia simple no puede decirse, con propiedad, que crea un hábito.

(9) Decimos dificultad de enmienda, no imposibilidad. El hábito se desarraiga por la educación, especialmente en la juventud. Sobre todo si estimamos que por corrección no es necesario entender forzosamente la enmienda moral, sino la readaptación social. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONEGA, ob. cit., pág. 451. La idea de corregibilidad ya la expuso entre nosotros CONCEPCIÓN ARENAL, *Cartas a los delinquentes*. Madrid. Lib. General de Victoriano Suárez, 1924, pág. 153.

(10) Basta recordar el «*ter furatus*» del Derecho Romano, que aparece luego en la Carolina; así como la doctrina italiana de la «*consuetudo delinquendi*» y la «*iteratio delicti*». (Citado por von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*. Trad. esp. de Asúa. Hijos de Reus. Madrid. 1917. T. III, pág. 341).

(11) Así SÁNCHEZ TEJERINA afirma que la reincidencia repetida o multirreincidencia, produce el tipo delincuente del habitual o profesional. (*Derecho Penal Español*. Instituto Editorial Reus. Madrid. 3.ª ed. 1942. T. I, pág. 314).

por los conceptos de personalidades habituales, profesionales y proclives al delito, acreedoras más bien de una medida asegurativa, que de una pena agravada (12).

Podríamos distinguir cuatro criterios dentro de las legislaciones penales:

a) El *clásico*, en el que la habitualidad sólo tiene entrada en los Códigos a través de la multirreincidencia, o bien se hace referencia a ella, pero considerándola como una circunstancia agravante, de efectos análogos a la multirreincidencia, y que sólo provocará una agravación de la pena a imponer al delincuente considerado como habitual. Este era el criterio de las legislaciones antiguas (con el *ter furatus*, la *consuetudo delinquendi* y la *iteratio delicti*, antes citadas), en las que solíanse agravar los efectos de la reincidencia a partir de un número determinado de condenas (generalmente tres). Así vemos en nuestra legislación histórica cómo en el siglo XVII se ahorcaba al culpable de tercer hurto (13), costumbre que pervive hasta bien avanzado el siglo XVIII (14) y que crea un estado de ideas que todavía influye en épocas actuales (Códigos Penales de 1928, artículo 156; de 1932, artículo 67, regla sexta; de 1944, artículo 61, regla sexta). Este criterio subsiste hoy en la mayoría de los Códigos Penales, en los que la habitualidad tiene sólo efectos agravatorios de la pena, ya actúe a través de la multirreincidencia (Códigos Penales de Bolivia, de 6 de noviembre de 1834, artículo 91 y 92; Colombia, de 14 de septiembre de 1936, artículo 34, Costa Rica, de 21 de agosto de 1941, artículo 34; Panamá, de 17 de noviembre de 1922, artículo 76; Venezuela, de 15 de julio de 1926, artículo 101, y la mayoría de las leyes de los estados componentes de los Estados Unidos y de las colonias inglesas (15); ya estableciendo la declaración de habitualidad a partir de un determinado número de reincidencias, pero dándole a esa declaración solamente efectos de agravación de la pena (Código de la Defensa Social de Cuba, de 4 de abril de 1936: existe *habitualidad genérica* cuando ha sido ejecutoriamente condenado el rec cuatro o más veces por delitos de distinta especie (artículo 40 A), y *habitualidad específica* cuando ha sido penado tres o más veces por delitos del mismo título (artículo 40 B). En ambos casos, la habitualidad actúa como agravante de la pena. Códigos Penales de Méjico, de 13 de agosto de 1931, artículo 21, y Guatemala de 8 de septiembre de 1945, artículo 23, agravante 17).

Este criterio, de estimar la habitualidad como una simple agravante, sin originar medidas de seguridad, es también el que sigue la Ley de 9 de mayo de 1950 (artículo 546 bis A, párrafo tercero) (16).

(12) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Códigos Penales Hispanoamericanos*. Edit. Andrés Bello, Caracas. Vol. I, pág. 362.

(13) FRANCISCO DE PRADILLA, *Tratado y suma de todas las leyes penales*. Sevilla, 1613, página 40.

(14) ELIZONDO, *Práctica universal forense de los Tribunales Superiores de España y las Indias*. Madrid, 1774, pág. 299.

(15) Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, 7.ª ed., 1948. T. I, pág. 514; nota 43, respecto a estas legislaciones anglosajonas.

(16) El criterio moderno de adoptar frente a la habitualidad un tratamiento especial, prescindiendo de considerarla como agravante, parece ser hoy el más aceptado:

Cfr.: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Códigos penales*. Loc. cit.

J. ASÚA y A. ONECA, Ob. cit. T. I, pág. 414.

A. ONECA y R. MUÑOZ, Ob. cit. T. I, págs. 389 y 390.

SÁNCHEZ TEJERINA, Ob. cit. T. I, pág. 315.

CUELLO CALÓN, Ob. cit. T. I, pág. 513.

b) El que podríamos llamar *mixto* o *intermedio*, en el que la habitualidad se presume en la multirreincidencia, expresa o tácitamente, y origina la aplicación de una medida de seguridad. Este es el criterio que seguía nuestro Código Penal de 1928, en su artículo 70. Fué también el establecido en el Código Penal de Italia de 1930, respecto a la habitualidad por presunción de la Ley, artículo 102; en el de Argentina, de 29 de agosto de 1921, artículo 52; el de Perú, de 28 de julio de 1924, artículos 113, 114 y 115; el de Uruguay, respecto a la habitualidad que llama facultativa, artículo 48, número 2.º; y las legislaciones de Nueva Zelanda, de 29 de octubre de 1916 (a partir de la sexta infracción), y Nueva Gales del Sur, de 20 de septiembre de 1905 (a partir del quinto castigo).

c) El que llamaremos de *defensa social*, en el que la habitualidad surge de una doble consideración; la *objetiva*, de haber sufrido cierto número de condenas (multirreincidencia), y la *subjetiva*, de reunir el sujeto ciertas condiciones que lo hacen peligroso (*tendencia*) (17). Estas condiciones subjetivas son variables: unas veces basta la mera consideración de la conducta viciosa o género de vida del delincuente (Código Penal de Italia, de 1930, respecto a la declaración de habitualidad judicial, que establece su artículo 103; el de Uruguay para la declaración de habitualidad *preceptiva* (artículo 48, número 3.º); la «Prevention of Crime act» inglesa, de 1908, sec. 10); otras se exige la tendencia o inclinación al delito (Códigos Penales de Suiza (artículo 42) y Noruega (artículo 65); otras la declaración de peligrosidad (Código Penal alemán, § 20; Ley finlandesa de 27 de mayo de 1932; de la defensa social de Bélgica, de 1930; la de Suecia, de 22 de abril de 1927; la húngara, de 31 de enero de 1928), y hasta la presunción de ser incorregible el reo multirreincidente (Código Penal de 1926 (artículo 157) y el de Polonia), o la mera presunción de habitualidad en el reincidente o reiterante (Ley de Vagos y Maleantes, artículo tercero número 1.º).

d) El esencialmente *preventivo*, en el que la inclinación al delito y la habitualidad se deduce de condiciones puramente subjetivas del agente. (Anteproyecto alemán 1909, § 89; Ley de Vagos y Maleantes, artículo primero, número 10.)

Vemos, pues, que, en el estado actual de la legislación comparada, la multirreincidencia no puede desconectarse del concepto de habitualidad. La multirreincidencia origina por sí una presunción o probabilidad de habitualidad que la hace obrar en un triple sentido: Primero, aumentando el efecto agravatorio propio de la reincidencia, que no podría justificarse sin aquella presunción. Segundo, sirviendo de base a las declaraciones de habitualidad o peligrosidad y de apoyatura a la aplicación de medidas de seguridad a los reincidentes. Tercero, constituyendo una garantía contra erróneas o arbitrarias declaraciones de peligrosidad en supuestos habituales, que podrían sobrevivir si el legislador prescindiera en el concepto de habitualidad del elemento formal y objetivo proporcionado por la multirreincidencia (18).

PUIG PEÑA, *Derecho Penal*. Licit. Barcelona, 1950. 2.ª ed. T. I. pág. 529.

MEZGER, Ob. cit. T. II, pág. 424.

Esto contrasta con el criterio de la Ley de 9 de mayo de 1950.

(17) El Congreso de la Unión Internacional de Derecho Penal, de Copenhague, acordó que el sistema mixto, del índice formal de la multirreincidencia y apreciación de las condiciones del sujeto, debía estimarse como el más racional.

(18) Las medidas de seguridad a los habituales suelen aplicarse ya después de cumplida

Por otra parte, la multirreincidencia se refiere al tipo más peligroso de habitualidad: la habitualidad en delitos de análoga naturaleza. (¡También en el crimen la especialidad es sinónimo de perfeccionamiento técnico!)

Si examinamos la cuestión desde el punto de vista subjetivo del Derecho Penal del autor, vemos cómo el «tipo reincidente» y el «tipo habitual» son equiparables. Así, Bettiol (19) considera que la reincidencia representa una cualificación subjetiva que conduce a una agravación de la pena, porque la «inclinación al delito», que persiste en el ánimo del delincuente, obliga a una expiación particular con una pena que está en relación ocasional, solamente, con el delito últimamente perpetrado, mientras guarda más proporción con el modo de ser del agente. «Se puede decir—añade—que quien roba por vez primera es castigado *porque ha robado*, en caso de reincidencia es punido *porque es ladrón*.» Aquí desaparece ya toda referencia objetiva. La condición de ladrón, es una condición subjetiva, propia de un estado del agente, igual que la habitualidad. De ahí que para dicho autor el «tipo legal criminológico» del reincidente y del habitual sólo se diferencien en su tratamiento: el primero es un tipo *represivo*, y el segundo, un tipo *preventivo* (20). Pero aun así no puede justificarse el diverso tratamiento dado a reincidentes y habituales, ya que, en definitiva, la razón de ser de una y otra concepción es la misma: *la peligrosidad del sujeto*. De ahí que hemos de insistir en que sólo puede justificarse esa diversidad de tratamiento viendo en la reincidencia y habitualidad las dos vertientes de un mismo principio: *la recaída en el delito*. La reincidencia representa la faceta jurídica de ese principio, que es tenida en cuenta por la ley como agravante para mejor luchar jurídicamente contra esa forma de criminalidad, y ante la evidente ineficacia del castigo anterior. A la vez, esa reincidencia, pone de manifiesto la otra faceta de la recaída en el delito; la faceta social, representada por la tendencia congénita o adquirida hacia el mal, que convierte al delincuente habitual en un peligro para la sociedad, peligro que hay que prevenir mediante una medida de seguridad social.

A la luz de lo expuesto, hemos de interpretar la declaración del artículo 546 bis b) señalando su carácter fragmentario. Efectivamente, si de una interpretación puramente literal parece desprenderse que habituales, a los efectos del delito de receptación, son tan sólo los reos «que fuesen dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público», tal interpretación restrictiva ha de rechazarse por absurda. ¿Es que ha de reputarse habitual el dueño de una tienda, o gerente de un establecimiento, comprador por primera vez de efectos sustraídos, en tanto que el reo no comerciante, pero que ha hecho sombra de tal ilícito tráfico e incluso ha sido condenado repetidas veces por receptación, no ha de sufrir la pena agravada del habitual? Si aceptamos tan

la condena, reteniendo a los multirreincidentes con una detención suplementaria (Códigos Penales español de 1928 (art. 157) y noruego (art. 65), «Prevention of Crime Act» (1918); o bien mediante un intento de adaptación y corrección (generalmente internamiento en centros de trabajo: Códigos Penales, español de 1928 (art. 90), italiano de 1930 (art. 216), polaco (art. 84), danés (arts. 65 y ss.), argentino (art. 52), peruano (arts. 113 y 116), suizo (artículo 41), alemán, modificado por L. 24.11.1933 (§ 42 e), leyes belga 1930, suiza 1927, húngara 1928).

(19) *Diritto Penale* (Parte generale). G. Priulla, editore. Palermo, 1945, págs. 430 y ss.

(20) Cfr. en igual sentido y con respecto a nuestra legislación, JUAN DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*. Publicaciones del Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Año 1949, pág. 103.

ilógica conclusión caería por su base toda la dogmática del Derecho Penal y la intención del legislador, expresamente manifestada en el preámbulo de la Ley de 9 de mayo de 1950. El concepto de habitual a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 546 bis a) no es, precisamente, ni el de la multirreincidencia, ni el del criminal con tendencia o inclinación al delito, proveniente del hábito. Habitual es el que recae en el delito, haciendo de él costumbre. Receptor habitual es el que tiene por costumbre lucrarse con objetos provenientes de delitos contra la propiedad. Esa costumbre podrá exteriorizarse por varios medios. Un indicio de ella lo serán las condenas anteriores por dos o más delitos de igual naturaleza (y en ese sentido la multirreincidencia sirve como índice o presunción de habitualidad) (21). Habitual es también el que, por la ejecución reiterada de los actos previstos en el art. 546 bis a), se demuestra tiene por costumbre realizarlos, aunque no sea ni reincidente (por impunidad de los delitos anteriores, persecución de todos los delitos en un solo procedimiento (curso real), falta de ejecutoriedad de las condenas anteriores, etc.), ni concurren en él las condiciones del precepto que comentamos (22). Probada la repetición de actos de esta especie, en número suficiente para ser considerada actividad habitual por el juzgador, será aplicable a tales sujetos la penalidad agravada del último párrafo del apartado a) del art. 546 bis. Estaríamos así frente a una habitualidad que podríamos denominar atípica, y de naturaleza semejante a la requerida por los delitos de proxenetismo y usura (23). No es más que problema de prueba para la que podrá recurrirse a todos los medios que la Ley admite y, especialmente, a las condenas

(21) La comisión del tercer delito fué considerada por nuestros clásicos como signo de habitualidad. Así CARABANTES decía que era habitual el delincuente que cometió tres o más delitos de una misma especie con un intervalo al menos de veinticuatro horas, aún cuando no estuviese penado por ellos. Cfr. sus notas al *Febrero reformado*. Madrid. Imprenta y librería de Gaspar Roig, editores. 1852. T. V. págs. 84 y 99.

Ese mismo sentido otorga a la habitualidad la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899 (pág. 136), al interpretar el delito de exacciones ilegales del art. 402 del Código Penal. (Téngase en cuenta que en la fecha de la Memoria regía el Código de 1870, y que en él la doble reincidencia no tenía el carácter cualificado que le otorga el de 1932 y el de 1944. Cfr. arts. 61 y 62 del de 1870 con el 61, reg. 6.º del vigente.)

(22) En este sentido han interpretado los autores el art. 513 del Código Penal de 1928. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA Y ANTÓN ONECA: Ob. cit. T. II, pág. 214. CUELLO CALÓN: *El nuevo Código Penal Español*. Bosch, 1930. Lib. II, parte primera, pág. 466.

Respecto del art. 546 bis b) de la Ley de 9 de mayo, mantiene idéntico criterio CUELLO CALÓN. Cfr. *Modificaciones introducidas en el Código Penal en materia de encubrimiento por la Ley de 9 de mayo de 1950*. En el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Mayo-agosto, MCML, pág. 350.

(23) En este sentido es muy interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1939 dictada respecto del delito de usura, pero que hace una declaración de carácter general. Dice esta sentencia que la dedicación habitual a préstamos usuarios es conducta punible deducida de la repetición de tales actos o «habitus delinquendi», no con carácter profesional ni bajo forma de reincidencia; *porque la Ley no exige ni sentencia intercedente, como reclama en la reincidencia simple o doble, ni otro requisito que el hábito o uso repetido de tales actos, cual se observa en todos los casos en que la Ley penal habla de habitualidad, y entre ellos en el encubrimiento (art. 17 núm. 3.º) y en la presunción «juris tantum» contra el malhechor en cuadrilla (art. 495 del C. P. 1932, hoy 572), hipótesis todas en que la Ley no impone otra condición que la prueba de la conducta usada con repetición para calificarla de habitual*. Aunque esa sentencia se dictó con respecto al art. 542 hace una declaración que afecta a la hipótesis todas en que se hable de habitualidad, y en las que la Ley no impone otra condición que la prueba de la conducta usada con repetición.

impuestas anteriormente al reo por el delito de receptación, tanto en España como en el extranjero (24).

En resumen, que para nosotros habrán de ser estimados habituales a efectos de la Ley de 9 de mayo de 1950:

a) *Los multirreincidentes.*

b) *Los que, aún sin serlo, se pruebe tienen por costumbre cometer actos de receptación.*

c) *Al lado de este concepto clásico, y por declaración expresa de la Ley, «los dueños; gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público».* (Luego veremos cómo hay que entender esos conceptos.)

Confirmación de que ese criterio de interpretación es el acertado lo encontramos en el art. 546 bis c), que pena como delito la receptación *habitual* de faltas contra la propiedad. Si reputamos que la presunción del art. 546 bis b) es excluyente y ha de interpretarse restrictivamente, llegaríamos a la absurda consecuencia de estimar delito de receptación comercial de faltas contra la propiedad, y no estimarla como tal delito cuando la receptación de faltas la hubiese cometido reiteradamente un no comerciante, por muy reincidente y profesional que se demostrara era el tal sujeto.

Pero no acaban aquí los problemas planteados por el concepto y tratamiento que la habitualidad recibe en la Ley de 9 de mayo de 1950. Todavía hay que resolver la coordinación entre el concepto genérico de la habitualidad y multirreincidencia y la habitualidad específica que exige el último párrafo del apartado a) del artículo 546 bis, ya que este apartado se refiere concretamente a los habituales de *este delito* y no a los habituales de delitos contra la propiedad. Este problema tiene dos caras: De un lado el resolver la cuestión que plantea la concurrencia, en un mismo individuo, de las dos condiciones de multirreincidente y ser dueño, gerente o encargado de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público; o, lo que es lo mismo, compatibilidad o incompatibilidad de las reglas 6.ª del art. 61 y la del párrafo 3.º del ap. a) del art. 546 bis; y de otro, el determinar si los multirreincidentes de delitos contra la propiedad en general, deberán ser o no considerados como habituales de este delito.

En cuanto al primer aspecto del problema hemos de admitir que si, como dejamos dicho, los multirreincidentes en delitos de receptación han de ser considerados como habituales, en aquellos casos en que concorra la agravante 15 del artículo 10 en relación con la regla 6.ª del art. 61 o como simple reincidencia y alguna de las condiciones del ap. b) del art. 546 bis, que determinan habitualidad, ambas circunstancias se funden y el reo habrá de considerarse como habitual y no como reincidente; y se le aplicará la regla propia y específica de este tipo delictivo: la pena agravada que señala el párrafo 3.º del artículo antes citado. Lo contrario representaría agravar la pena dos veces por idéntico motivo, ya que ambos casos es la presunción de habitualidad lo que determina el mayor rigor

(24) No intentamos aquí romper con el criterio seguido por nuestros Tribunales y que reafirmó la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1899, que impide apreciar las sentencias de Tribunales extranjeros a efectos de apreciación de reincidencia. En los casos en que la Ley requiere la habitualidad como requisito tipificador o agravador de una modalidad delictiva, es indudable que el juzgador habrá de tener presente tales sentencias, no para declarar al imputado reincidente, sino como indicio de la tendencia al delito que caracteriza la habitualidad. No existe, pues, contradicción de criterios.

con el reo. Como advierte Ferrer Sama (25), respecto a los delitos de hábito que se caracterizan porque la figura legal que los establece exige, no un solo acto, sino la repetición constitutiva de tal habitualidad, no debe apreciarse la agravante de reincidencia, porque al tipificar la conducta, el legislador ha tenido en cuenta esa habitualidad como elemento típico [e igual podemos decir si es elemento de un tipo agravado] y si la reincidencia no es más que un síntoma del hábito de delinquir, no puede tomarse en consideración, de un lado la habitualidad misma como circunstancia típica, y de otro su manifestación externa como agravante genérica. En cambio, sí debe ser estimada la reiteración respecto de tales infracciones, puesto que se trata de condenas por hechos de distinta naturaleza y que no son propios de la costumbre que determinó el hábito, ya que deben apreciarse como nociones distintas la habitualidad en un determinado delito y la reiteración en el delito en general.

Ante el segundo aspecto de la cuestión, la contestación debiera ser negativa, esto es, requerir la especial reincidencia en delitos de receptación para aplicar la pena agravada de la habitualidad a los reos multirreincidentes. Esta es la interpretación que se desprende de la literal redacción del párrafo 3.º del art. 546 bis a). Pero tal interpretación que creemos la más conforme con la «mens legislatoris», resulta avvedadora a mayores complejidades si la conectamos con el sistema de nuestras leyes penales. Efectivamente, esta solución que parece clara si la relacionamos con la dada anteriormente para el caso de concurrencia en un mismo sujeto de la circunstancia de doble reincidencia y «ser dueño, gerente, etcétera», conduce a un peligroso absurdo, ya que si solamente son habituales de receptación los reincidentes de este delito resulta que a un multirreincidente en delitos de robo, hurto, etc., que además sea dueño de tienda abierta al público, por ejemplo la penalidad a imponer será la del párrafo 3.º del art. 546 bis a), elevada nuevamente en uno o dos grados por aplicación de la regla 6.ª del art. 61; y al multirreincidente en delitos de receptación, que reúna igual condición comercial, tan sólo correspondería la pena señalada en aquel párrafo 3.º por haber de estimarse esa reincidencia como una prueba más de su habitualidad. Ante este contrasentido, a todas luces inadmisibles por injusto y falto de lógica, no caben más que dos soluciones; 1) declarar compatibles las agravaciones de la regla 6.ª del artículo 61 y del ap. b) del art. 546 bis, elevando la pena de este último, en uno o dos grados, en todo caso de multirreincidencia (sea o no específica de receptación), lo que, como hemos visto, es contrario a la recta interpretación del sentido legal del precepto; o bien considerar a los multirreincidentes de delitos contra la propiedad como habituales, rechazando la interpretación literal antes dicha, y admitiendo la últimamente expuesta como más lógica y más conforme con el espíritu de la Ley.

Nosotros nos inclinamos por esta última solución por dos razones: a) Porque de ser consecuentes, no podríamos aceptar una penalidad tan grave como la que resultaría de aplicar a los reos habituales del apartado b) del art. 546 bis la regla sexta del artículo 61 en caso de doble reincidencia. b) Porque de considerar sólo como habituales los reincidentes en receptación y no los reincidentes en otros delitos del mismo título del Código, surgiría un nuevo problema, al concurrir

(25) *Comentarios al Código Penal*, Murcia. Sucesores de Nogués. 1.ª ed. 1946. T. I, página 419.

en receptadores no habituales la agravante de reincidencia en dos o más delitos contra la propiedad. Efectivamente, en este caso la aplicación de la regla 6.ª del artículo 61 habría de sufrir la limitación impuesta por el párrafo 2.º del apartado a) del art. 546 (no poder exceder de la pena señalada al delito encubierto en ningún caso). Y ello representaría otro contrasentido, por varias causas, ya que de un lado convertiría al delito de receptación en un delito privilegiado en el que pocas veces tendría aplicación una regla general como es la 6.ª del artículo 61; y de otro lado, existiría la anomalía de que tal regla jugaría en todo caso para los receptadores habituales (a quienes no afecta aquel límite (26), y sólo en ocasiones contadas para los receptadores no habituales en el concreto delito de receptación, pero sí en delincuencia.

En definitiva, que la deficiente redacción del concepto de habitualidad es fuente de problemas de solución equívoca y difícil, que en la práctica originarán desorientación en los Tribunales, en tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no marque una pauta orientadora.

B) El precepto es *incorrecto* en el uso técnico de los términos de su redacción, pues emplea un léxico que es totalmente ajeno a la terminología mercantil. Como sujetos de la presunta habitualidad habla de dueño, gerente o encargado, ideas de difícil concreción, pues no se corresponden a los conceptos mercantiles de comerciante, factores dependientes y mancebos.

El concepto de dueño debiera ser sinónimo al de propietario del fundo mercantil. Pero para el comercio la idea de propietario (término éste que el Código de Comercio tan sólo usa en un artículo, el 283, y precisamente para referirse a quien no ejerce directamente el comercio, sino que lo hace a través de un representante), es un concepto un tanto equívoco, ya que no se equipara al de comerciante, pues nada exige que el propietario esté al frente de su negocio, ni que ejecute habitualmente actos de comercio (núcleo esencial éste del concepto de comerciante). Todos los supuestos de incapacidad, de usufructo, arriendo de una empresa, etc., implican otros tantos casos en los que el propietario o dueño no es, ni puede ser, el que dirija el comercio de esa empresa (27). Igual podemos decir del propietario de empresas constituidas en forma de sociedad anónima, en las que en definitiva el dominio de ellas resulta pertenecer a la innominada

(26) Creemos que el límite del párrafo segundo del art. 546 bis a) no puede aplicarse a los habituales, por una triple consideración: 1.º La interpretación sistemática de estar situado el precepto referente a la agravación de la pena a los delinquentes habituales *después* del referente a la limitación que a la pena de la receptación se señala en relación con el delito principal, resultando así ésta conectada con la penalidad del delito simple y no con la penalidad propia de los habituales del mismo. En caso de ser otra la intención del legislador, parecería más propio haber situado aquella limitación al final del artículo y a continuación de los dos párrafos referentes a las penas e imponer a cada grupo de delinquentes y como regla común a ambas clases de penalidades. 2.º La de orden *lógico* que proporciona el preámbulo de la Ley, al hacer referencia especial al propósito del legislador de establecer como modalidad agravada el delito de receptación habitual, lo que explica perfectamente porque no se ha querido extender a los habituales aquel beneficio limitativo. 3.º La de orden *práctico* de que en otro caso resultaría establecida una penalidad agravada, que pocas veces podría hacerse efectiva, ya que la inmensa mayoría de los delitos contra la propiedad están penados con penas inferiores a la de presidio mayor. (Sólo algunos supuestos de delitos complejos y sustracciones o defraudaciones de elevada cuantía tienen señalada pena igual o mayor que aquella).

(27) Cfr. GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid, 1947. Tomo I, vol. I, págs. 325, y vol. III, pág. 1412.

masa de los accionistas, quienes también suelen ser ajenos a toda intervención directa en el tráfico de esa empresa y hasta a cualquier actividad mercantil.

Presumir la habitualidad en los actos receptadores del dueño de una empresa mercantil, que no ejerce el comercio por cualquiera de aquellas razones, y que sólo aisladamente se aproveche de un efecto sustraído, adquiriéndolo independientemente de los actos de intermediación de tal empresa, es un absurdo injusto. De aquí que creamos preferible interpretar el término de dueño usado por el precepto comentado, en el sentido de referirse a aquel que ejerce el comercio en nombre propio, e incluso más amplia y propiamente, entendemos por dueños a los efectos de la apreciación de la habitualidad, y como contraposición a los términos de «gerente o encargado», *al principal de la empresa*. Al decir principal nos referimos al jefe o director del negocio, en el sentido de ser aquél a quien el personal debe obedecer sin, que él deba obediencia a nadie. Comprendemos en tal concepto no sólo al comerciante-propietario que ejerce personalmente el comercio, sino también a quien ejerce en nombre propio el comercio, aún sin ser propietario de la empresa (usufructuario, arrendatario, etc.), a quien lo hace como representante de un incapaz, como socio gestor de una sociedad de personas, o miembros del organismo directivo de una sociedad anónima (28). Con ello quedan dentro de la presunción de habitualidad todos aquellos que sin ser propietarios de la empresa, la dirigen en nombre propio o ajeno (pero en este segundo caso sin tener un mandato convencional que los asimile al gerente o encargado), realizando los actos de comercio propios de ella, y llevando el peso de las responsabilidades de la gestión de compras, ventas y demás actos del tráfico de la empresa. Los actos de recepción por ellos realizados serán tan sospechosos de habitualidad como los que ejecuten sus dependientes o los que pudiera realizar un comerciante-propietario del negocio. Esta interpretación es más racional que la literal, que excluiría de la presunción a los comerciante-no propietarios, incluyendo en cambio en ella a los propietarios-no comerciantes, que lógicamente no deben ser reputados como habituales, por faltar en ellos el requisito de dedicación habitual al comercio.

Los de gerente o encargado son también conceptos de difícil delimitación. Con estos conceptos parece querer referirse la Ley al personal del negocio, entendiéndolo por personal todo aquel que presta servicios mercantiles en el negocio mediante remuneración y está obligado a obedecer al principal (29). De los dos conceptos, el más claro es el de gerente. Dentro de la técnica mercantil, el de gerente es un concepto preciso, aunque sea más conocido en nuestro derecho con el nombre de factor (30). De modo que en cada caso concreto será el Derecho Mercantil quien nos ayudará a establecer si concurren o no en el imputado las condiciones propias del gerente o factor de una empresa comercial. En general, basta con determinar el carácter amplio de su apoderamiento y que está facultado para realizar todas las operaciones de tráfico propio de la empresa, por lo que realiza habitualmente actos de comercio, y es lógico, dentro del criterio establecido por la Ley de 9 de mayo, su consideración como receptor habitual caso de delinquir.

(28) Cfr. GARRIGUES: Ob. cit., vol. III, págs. 1410 y ss.

(29) Cfr. GARRIGUES: Ob. cit., pág. 1412.

(30) MARTÍ DE EIXALA: *Instituciones de Derecho Mercantil de España* (sin fecha ni ple de imprenta), págs. 167 y ss. Cfr. el art. 283 del Código de Comercio.

Por encargado podríamos entender que se refiere la Ley a las otras especies de la dependencia mercantil: dependientes en sentido estricto y mancebos. Tanto lexicográficamente (encargo equivale a poner una cosa al cuidado de alguno) como para nuestra jurisprudencia (SS. 24 febrero 1920, 9 febrero 1917, 26 diciembre 1901, 28 mayo 1919), el dependiente (mandatario especial, con poder limitado a encargos determinados) (31), y el mancebo (con poder aún más circunscrito a la venta (art. 294 C. de C.) y ciertas operaciones de giro o tráfico de su principal (art. 293 C. de C.) (32), son términos que podrían abarcarse con la común denominación de encargado. Pero en el concepto social y vulgar, el encargado tiene un carácter más amplio que el de un mero dependiente mercantil con funciones específicas y limitadas al ejercicio de la concretar realización de las operaciones corrientes del tráfico a que se dedique el comercio. El encargado es un auxiliar del comerciante, más próximo al factor, y que tiene ciertas facultades de dirección y resolución de cuestiones planteadas por el tráfico mercantil del negocio, con responsabilidad frente al principal más amplia que aquéllos y mayor libertad de acción. Es, pues, indudable que al hablar de encargados no quiere referirse la Ley a los simples mancebos, con funciones tan sólo de venta (art. 294 C. de C.), ni aún a aquellos dependientes que actúen en funciones concretas (cajeros, vendedores, etc.), bajo la dirección de un superior (sea el principal, un factor, o un dependiente de poder más amplio que el suyo), sino a dependientes con facultades amplias. En definitiva, que no existe plena concordancia entre el concepto de encargado de la Ley de 9 de mayo de 1950, y los de dependientes y mancebos de nuestro C. de C., y que habrá de ser el Tribunal el que en cada caso concreto tendrá que examinar y resolver si el poder y facultades que posea el auxiliar de un comerciante, autor de una receptación, autoriza o no a considerarlo como encargado y reo habitual.

Quedan, desde luego, fuera de los ámbitos de la presunción todos aquellos auxiliares del comerciante que no tenga carácter mercantil, por la índole técnica o subalterna de sus funciones (ingenieros, químicos, empaquetadores, mozos, etc.).

El problema se agudiza en aquellos casos en que los actos de receptación son realizados por quien está en relación de dependencia con el principal, por pacto verbal, y sin cumplir los requisitos de publicidad del art. 292 del C. de C.; ya que la prueba de la extensión de su poder y facultades es difícil para terceros. Esto se da más corrientemente respecto del cónyuge y parientes del comerciante y en empresas pequeñas o familiares (33). En tal supuesto existe una indudable presunción de que quien realizó la compra o recepción de efectos, para destinarlos al tráfico de la empresa, tiene facultades para ello y viene realizando habitualmente, habiendo recibido del principal encargo en tal sentido.

También hemos de considerar el supuesto de que, quien adquiera constantemente los efectos provenientes de un delito o falta, sea el encargado accidental de una tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público. En tal caso, indudablemente, esa circunstancia de accidentalidad se opone a la

(31) Cfr. GARRIGUES: Ob. cit.

(32) Cfr. GARRIGUES: Ob. cit., pág. 1413. Nota 7.

(33) Hemos tenido en la práctica forense varios casos de esta índole, siempre en relación con fruterías, abacerías y establecimientos análogos.

presunción de habitualidad en el sujeto, ya que representa la receptación un acto aislado, no solamente con respecto al sujeto, sino también con respecto a la empresa. No se da en el encargado accidental la nota de dedicación profesional (y como tal, habitual) al ejercicio del comercio o industria propio de la empresa, con la que solamente "per accidens" se ha visto conectado, faltando pues, el fundamento de la presunción, y con él, la presunción misma.

C) Este precepto mantiene la *paradoja* de establecer la presunción solamente respecto del tráfico realizado en «tiendas, almacenes, industrias y establecimientos abiertos al público», y no en las restantes formas de empresa mercantil. Del examen de la enumeración legal resaltan dos principios extremos: De un lado la específica referencia a ciertas formas de comercio «ático (los de tienda, establecimiento, almacén, industria, son términos de diferencia *física* y *territorial* y claramente concretados a empresas asentadas en locales de negocios; lo que se refuerza con la exigencia de «abierto al público»), con lo que no se da la presunción de habitualidad en todo el mercado ambulante de traperos, chatarrereros, mercachifles de mercado negro etc., que son precisamente los que suelen alternar los más o menos lícitos ingresos de su comercio, con los que les proporciona la calidad de «peristas».

También quedan fuera de la presunción los agentes mediadores de comercio (agentes mediadores libres, colegiados, corredores de Comercio, Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores intérpretes de buques), pese a que ya desde antiguo ha sido nota propia de su condición el servir habitualmente al comercio como intermediarios en las operaciones mercantiles (34) (una de las cuales puede ser la que se estime constitutiva del delito de receptación). No es que pretendamos nosotros que fuese extendido a ese grupo de auxiliares del comerciante la presunción de dedicación habitual al delito, ni mucho menos. Solamente creemos obligado señalar aquí el contrasentido que representa basar en una circunstancia en sí lícita, como es el ejercicio habitual del comercio, una presunción «iuris et de jure» de habitualidad criminal, contrasentido que resalta más cuando se prescinde de tal presunción en otros casos en los que se da el mismo fundamento.

La exigencia de que la tienda, almacén, industria o establecimiento estén «abiertos al público», no es muy clara. El mero hecho de tratarse de una empresa comercial implica una relación de publicidad e intercambio con usuarios, compradores, etc. Tampoco puede limitarse la presunción al minorista que trate con el público en general, restringiéndola para el mayorista, que sólo tenga un trato circunscrito a otros comerciantes. Ni puede confundirse tal exigencia con el aspecto de publicidad formal representado por la inscripción en el Registro Mercantil, o contribución industrial o de utilidades, ya que a diferencia del Código de Comercio de 1825, que exigía, para ser reputado comerciante, el acto formal de la inscripción en la matrícula de comerciantes (art. 1.º), el vigente no contiene exigencias de ese tipo, siguiendo el criterio exclusivamente real del «ejercicio habitual del comercio» (art. 1.º del C. de C.) y esa dedicación habitual exige una publicidad, exteriorizada por cualquier medio (apertura de establecimiento mercantil, propaganda, inscripción en el Registro, etc.), sin la que

(34) Cfr. MARTÍ DE EIXALA: Ob. cit., pág. 155.

no puede hablarse de comerciante. Quien se dedica al comercio de modo clandestino no es comerciante (35).

Todo ello conectado con la presunción del art. 3.º del C. de C. nos deja perplejos ante cuál será el pleno significado del requisito «abierto al público», exigido por el ap. b) del art. 546 bis. En el fondo creemos es sólo una redundancia, tendente a reforzar el concepto mercantil de la «tienda, almacén, industria o establecimiento» donde se realizó el acto receptatorio.

D) La *incongruencia* de este precepto resalta si se advierte que al presumir la habitualidad en todo acto de recepción de un comerciante, sin distinguir la índole que haya de tener la operación originadora del mismo, nos lleva a una absurda consecuencia de tener que considerar delincuente habitual a la estantería que adquiere, para su uso, unas medias de nylon sustraídas, o al zapatero que compra un jarrón de conocida procedencia ilícita como adorno para el escaparate de su establecimiento. En estos, y en otros muchos actos que podrán citarse, faltan los dos requisitos de todo acto comercial: la reiteración y la intermediación, esto es, pertenecer a la serie de actos mercantiles propios de la empresa y que se realizan en masa con ánimo de mediar entre productores y consumidores. Al faltar estas notas, falta en tales actos la base en que se funda la presunción de habitualidad, y que no es otra que el ejercicio del comercio por él imputado. Este se presume habitual, porque con tal ejercicio reitera los actos de idéntica naturaleza que aquel que se reputa delictivo. Pero los actos realizados por el comerciante o sus auxiliares, con finalidad ajena a su comercio, tienen la misma naturaleza *no comercial*, el mismo carácter accidental y la misma razón para ser estimados no habituales, que los que ejecute cualquier particular. Por esta razón creemos que el precepto debió ser completado con la exigencia de que el acto receptatorio realizado por el «dueño, gerente o encargado de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público» perteneciera a la serie de los actos constitutivos del tráfico de la empresa. Y que, aun no conteniendo esta expresa exigencia el precepto legal, ha de interpretarse éste en tal sentido, no sólo por ser dicha interpretación la más conforme con el espíritu de la Ley, sino porque se deduce del fundamento antes señalado a la presunción de habitualidad comercial, y ser la única que no conduce a las absurdas consecuencias apuntadas. De modo que solamente podrán ser estimados como habituales los actos de recepción realizados por el dueño, gerente y encargado de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público con ocasión del ejercicio del comercio o industrias propias de aquéllos, y que sean de idéntica naturaleza objetiva que los demás actos pertenecientes al tráfico normal de los mismos; los que sean ajenos a tal comercio o industria no deberán ser afectados por esa presunción de habitualidad.

E) Por último, este precepto es notoriamente peligroso, ya que establece una presunción «juris et de jure» que no admite prueba en contrario y que iguala, a los efectos de penalidad, al receptor profesional, que ha reiterado su actividad ilícita, y al comerciante que, accidentalmente o por vez primera, se lucró con efectos que otros habían sustraído. La injusticia es patente, y se hubiera evitado con sólo establecer una presunción «juris tantum», en la que la prueba de la accidentalidad del acto, a cargo del imputado, serviría para

(35) Cfr. GARRIGUES: Ob. cit., vol. I, pág. 348.

atenuar los efectos injustos de la presunción, sin perjuicio de conservar los efectos preventivos y pragmáticos de la misma, ya que tal prueba, como todas las negativas, encerraría grandes dificultades y su práctica sería difícil para quien realmente hubiese persistido en actividades ilícitas de receptación.

La gravedad de esta presunción aumenta ante la consideración de que la pena a imponer a los habituales puede verse completada con la aplicación de alguna de las medidas previstas en el apartado d) del art. 546 bis, que dispone que cuando a juicio del Tribunal los hechos previstos en los artículos anteriores fueren de suma gravedad, se podrán imponer, además de las penas señaladas en los mismos, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre temporal o definitivo del establecimiento» (36).

Cierto que, como observa Cuello Calón, «las severas sanciones establecidas por la nueva Ley para los reos ya habituales están por demás justificadas a causa de las crecientes actividades criminales de los denominados «peristas», gente del hampa, delincuentes, que bajo la apariencia inofensiva de honestos comerciantes se dedican profesionalmente a comprar objetos provenientes de delitos, por lo común de robos o de hurtos. Son éstos sujetos peligrosos que estimulan y fomentan las empresas delictivas de los criminales profesionales contra la propiedad, que siempre tienen la certeza de encontrar compradores reservados y discretos del botín proveniente de sus empresas criminales. En los años que han seguido a la posguerra, en particular debido al enorme valor alcanzado por los metales, se han intensificado en enormes proporciones las actividades de estos receptadores profesionales. Como muchos de sus clientes son niños, a los que compran todo género de efectos robados, les incitan de ese modo a continuar sus fechorías delictivas, constituyen así un poderoso estímulo para la corrupción y la delincuencia juvenil» (37).

Hemos de observar, sin embargo, que esta penalidad tan grave establecida por la Ley para los receptadores habituales, si en principio parece justa, por el peligro que representa la conducta de tales elementos de delincuencia, que obtienen cómodo provecho de lo que otros consiguen con el riesgo más personal de la ejecución del delito, puede resultar en supuestos concretos de una gran peligrosidad, avocadera a sangrientas injusticias, por ser la condición de habitualidad, repetimos, una presunción «juris et de jure» que concurrirá por impe-

(36) Se establece aquí una sanción que más que pena constituye una serie de medidas de seguridad, ya que no se hallan recogidas en la escala general del art. 27 del Código Penal. Los precedentes de esta medida podríamos encontrarlos en el Código de 1928, donde el cierre temporal o definitivo de los establecimientos que sirvieran de medio para la ejecución de los delitos (art. 90, núm. 11), tenía el carácter de medida de seguridad genérica. Últimamente se ha hecho un gran uso de esta medida en las leyes sobre acaparamiento y elevación de precios y Fiscalía de Tasas (L. 26 octubre 1939 y 30 septiembre 1940). CUELLO CALÓN (sobre la base de datos suministrados por el Gobierno Civil de Santander, que practicó como medida gubernativa el cierre de chatarrerías, para evitar los hurtos de cables conductores de energía eléctrica, telefónicos, etc., que aquellas adquirirían, y que dió excelentes resultados, pues casi desaparecieron esos delitos en dos años—1943-1944—), afirma que esa medida parece llamada a tener gran éxito (a).

La aplicación de esta sanción queda al arbitrio del Tribunal, con la sólo limitación, más bien subjetiva, de ser los hechos que se castiguen de suma gravedad a juicio del Tribunal.

(a) Cfr. *Modificaciones introducidas en el Código Penal*, pág. 351. Nota 10.

(37) CUELLO CALÓN: *Modificaciones introducidas en el Código Penal*, etc., pág. 351.

rativo legal en determinada categoría de personas, aunque sea la primera vez que cometan el delito de receptación. La severidad no es acertada política-criminal, pues tanto hiere los sentimientos de justicia de la colectividad la condena del inocente o absolución del culpable como la aplicación al reo de una pena que está en notoria desproporción con la gravedad del delito que le es imputado. Y, como no podemos olvidar que en el fondo de todo Juez late el hombre, no ha de extrañarnos que los juzgadores tiendan a verificar en sus fallos el ideal de justicia que todo individuo siente en sí, paliando los rigorismos de la Ley para adaptár la pena a la auténtica condición del culpable. «La práctica demuestra efectivamente—advierte Gramática (38)—, que el imputado es condenado o absuelto, no en virtud propiamente de los rígidos criterios contenidos en la norma penal, y que la noción de la responsabilidad criminal no se deduce de una interpretación literal del Código, sino que se acostumbra recurrir a una concepción ética de la culpa demostrada por el individuo en el momento de cometer la acción punible.»

A D I C I O N

El Tribunal Supremo ha dictado en 10 de noviembre de 1952 (con posterioridad, pues, a la redacción de este trabajo) una sentencia de sumo interés por ser la primera vez que sobre esta materia manifiesta su criterio nuestro más alto Tribunal.

En dicha sentencia se debate, precisameme, el problema de la aplicación del límite establecido a la pena de la receptación, por el párrafo 2.º del art. 546 bis a). La sentencia de instancia había condenado al receptor de un delito de denado con anterioridad por dos delitos de robo, a la pena de tres meses de arresto mayor, que era la misma impuesta al autor del delito principal.

Interpuso recurso el Fiscal por considerar infringida, entre otros preceptos, la regla 6.ª del art. 61, «ya que son dos cosas completamente distintas, la limitación establecida en la fórmula de que *en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda a la señalada al delito encubierto* con la concurrencia y aplicación de circunstancia de agravación con influencia en la pena por precepto imperativo del Código Penal. El delito de encubrimiento lleva una pena como cualquier otro delito, no tiene más limitación que al autor del mismo se le imponga una pena superior que al autor del delito encubierto, pero fuera de esta limitación debe y puede conjugar las circunstancias de agravación con reflejo en la pena».

El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida, si bien no admitió íntegramente el recurso del Fiscal, y en los considerandos argumenta lo siguiente: «Que el artículo segundo de la Ley de nueve de mayo de mil novecientos cincuenta, creador del quinientos cuarenta y seis bis a) del Código Penal, sanciona ordinariamente la nueva figura delictiva de encubrimiento con las penas conjuntas de presidio menor y multa, pero a continuación de esa norma sancionadora donde se fija la condena tipo bajo la fórmula corriente de *será castigado*, completa el pre-

(38) FILIPPO GRAMÁTICA: *Principios de Derecho Penal subjetivo*. Trad. esp. de J. del Rosal y V. Conde. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1941. Prefacio, pág. 5.

cepto la voluntad legal en el sentido de prohibir, sin embargo; se impongan privaciones de libertad que excedan de las señaladas al delito encubierto, es decir, que para la aplicación íntegra del párrafo primero del artículo requiere el segundo se encubra un delito contra la propiedad cuya pena principal sea de prisión menor u otra más grave, pues de no ser así, *en ningún caso* se podrá traspasar el límite máximo de la correspondiente a dicho delito encubierto, el arresto mayor entonces para los demás supuestos legales».

»Que el autor del encubrimiento enjuiciado contrajo su responsabilidad por aprovecharse de los efectos de un hurto del número tercero del artículo quinientos quince del Código Penal, y conforme a la doctrina interpretativa expuesta quedan trazadas las líneas resolutorias de este recurso, no tan estrechas como la sentencia sostiene, ni tan amplias como propugna la parte recurrente, porque al no impedir la Ley exceda la pena de encubrimiento de la que la Sala impuso para quien sustrajo la cosa ajena, y si sólo que rebase el arresto mayor, pena del delito de hurto, deben jugar las circunstancias de agravación de acuerdo con la regla segunda del artículo sesenta y uno del Código, donde se incorporaron los nuevos preceptos, pero limitadas siempre incluso cuando concurren la multirreincidencia a lo que previene de manera rotunda el segundo párrafo del artículo quinientos cuarenta y seis bis a) de creación reciente, que impide se aplique el apartado último de la regla sexta».

Nótese que la tesis de la sentencia es la misma que nosotros mantenemos en el texto, al afirmar que la limitación citada impide aplicar la regla 6.ª del artículo 61, cuando tal aplicación hiciera exceder la pena del receptor de la señalada al autor del delito encubierto. A fuer de sinceros hemos de reconocer que tal criterio es discutible, por cuanto implica una ilógica y contradictoria aplicación de la regla 6.ª del art. 61, que entrará o no en juego, agravando la pena en uno o dos grados, en relación con la pena correspondiente, no al receptor multirreincidente en quien concurre la agravante, si no al autor del delito principal que es ajeno a ella. Pero tal falta de lógica no es achacable a la interpretación dada por la sentencia de 10 de noviembre de 1952 y nosotros al precepto de la Ley, si no plenamente imputable a la Ley misma, que se expresa terminantemente al utilizar la tajante expresión *en ningún caso*; y, en definitiva, la contradicción, si bien existe, no es más que la lógica consecuencia del especial carácter accesorio del delito de receptación, accesoriidad que es elemento esencial de su naturaleza jurídica y que le hace depender del hecho y delito principal, que es presupuesto de la recepción, dependencia que se manifiesta en diversas vertientes, de las que la penalidad no es la menos importante.

Por otra parte, esa interpretación es la más favorable al reo, por lo que está llamada a prosperar, como todas aquellas que tienden a limitar los excesos punitivos de la Ley de 9 de mayo de 1950.

Nótese también, por último, que en la sentencia citada no se plantea el problema de si la habitualidad debe o no absorber a la multirreincidencia en los supuestos del art. 546 bis b), pero indirectamente se refuerza en ella la argumentación del texto, favorable a tal absorción, por cuanto al no jugar la limitación del párrafo 20 del art. 546 bis a) para los habituales presuntos, resultará que en caso de multirreincidencia, la regla 6.ª del art. 61 se aplicará sólo en contados casos a los receptadores comunes, y siempre a los receptadores habituales, con lo que su ya desfavorable situación se verá notoriamente agravada.

ADICION

En sentencia dictada por la Audiencia de Pontevedra, condenando, como receptadora habitual, a la dueña de una frutería que compró, para su uso personal, unas sábanas que sabía eran hurtadas, se interpuso por el Fiscal recurso de casación, manteniendo el criterio por nosotros expuesto en el texto, de no estar comprendidos en la presunción del artículo 546 bis b) tales actos, por no tratarse de adquisición de géneros propios del comercio a que se dedicaba el receptor. El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida, afirmando que "a ese precepto debe darse el racional alcance de exigir se trate de personas dedicadas al tráfico de géneros iguales o análogos a los adquiridos de procedencia ilícita, esto es, los propios del local abierto al público en que pueden venderse de forma irreivindicable y con mayores facilidades de impunidad y lucro, o cuando menos conste que a dicha venta, como operación mercantil, los destinase el infractor" (S. 22 abril 1953).

SECCION DE JURISPRUDENCIA