

Proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública

JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA

Doctor en Derecho y Magistrado

SUMARIO: I) Denominaciones utilizadas para el delito del artículo 432.—II) Origen y evolución del precepto: 1. Código de 1870. 2. Código de 1928. 3. Código de 1932. 4. Código de 1944. 5. Reformas posteriores. 6. Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.—III) Elementos del delito: 1. Los sujetos. 2. La acción y el resultado: A) La acción. B) Los medios comisivos. C) El resultado. 3. Tipicidad y antijuricidad: A) Tipicidad. B) Antijuricidad. C) Faz negativa. 4. Culpabilidad. 5. Penalidad.—IV) Hechos constitutivos de este delito.—V) El delito venial.

I. DENOMINACIONES UTILIZADAS PARA EL DELITO DEL ARTICULO 432

El artículo 432 del Código penal declara que «el que expusiere o proclamare por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública, incurrirá en la pena de multa de 20.000 a 200.000 pesetas». Tal infracción ha sido motejada de las más diversas formas, si bien los primeros comentaristas se limitaron a glosar el texto y a su estudio y comentario, después de reproducirlo como aparecía en la Ley. Más tarde los autores lo designaron como «propaganda» de doctrinas inmorales (1), «exposición» de doctrinas contrarias a la moral (2) pública (3), exposición de doctrinas inmorales (4) o la más larga de «exposición» por medio de la imprenta de doctrinas.

(1) I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, tomo II, Parte Especial, 5.^a ed., Madrid 1950, pág. 308. F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, tomo IV, Parte Especial, 4.^a ed., Madrid 1955, pág. 34.

(2) E. JIMÉNEZ ASENJO, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IX, Barcelona 1958, págs. 316 y 317.

(3) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 8.^a ed., Madrid 1980, pág. 197. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, 3.^a ed., Sevilla 1979, pág. 344.

(4) Sentencia de 8 de noviembre de 1971.

contrarias a la moral (5) y proclamación de doctrinas inmorales (6) o contrarias a la moral pública (7).

II. ORIGEN Y EVOLUCION DEL PRECEPTO

1. Aparece en nuestra legislación esta figura delictiva en el Código penal de 1870 incardinada en el capítulo III. «Delitos de escándalo público», junto al escándalo genuino y la híbrida figura de bigamia y abandono del cónyuge. La reforma operada por la Ley de 21 de julio de 1904 se limitó a adicionar diversos preceptos que perdurarían hasta la reforma de 1963.

No resulta fácil determinar la incriminación específica, dada la velocidad con que fue promulgado el Código «de verano» (8), como no fuera la insuficiencia de la punición del escándalo público genuino como falta en el Código de 1848 —art. 482— o la figura delictiva de la reforma de 1850 —art. 364— (9).

El delito del artículo 457 de 1870 señalaba en un precepto sin precedentes en el Derecho patrio ni en los extraños que «incurrirán en la pena de multa de 125 a 1.250 pesetas los que expusieren o proclamaren por medio de la imprenta y con escándalo doctrinas contrarias a la moral pública».

2. El Código de 1928, de la Dictadura de don Miguel Primo de Rivera, bajo el mismo epígrafe del capítulo VI del título de delitos contra la honestidad y en su artículo 677, párrafo segundo, restringe el concepto tanto en su contenido, como en su formulación (10). Dice así el precepto citado: «Los que fuera de publicaciones meramente científicas o actos de corporaciones técnicas propaguen teorías o prácticas anticoncepcionales».

Lo primero que resalta en su comparación con el texto precedente es la restricción del tipo, que no hace referencia a las ofensas contrarias a la moral pública, sino a doctrinas anticonceptivas y al excluir la publicación de obras científicas restringe aún más su aplicación (11).

(5) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, tomo II, Parte Especial, vol. II, 14.^a ed., Barcelona 1980, pág. 612. En ediciones antiguas utilizó «exposición escandalosa de doctrinas contrarias a la moral pública». Así en 8.^a ed., Barcelona 1952, pág. 542.

(6) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid 1966, pág. 795.

(7) Ver mi libro *El delito de escándalo público*, Madrid 1970, pág. 72.

(8) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires 1950, pág. 578. P. J. MONTES, *Derecho Penal Español*, 2.^a ed., vol. I, San Lorenzo de El Escorial 1929, pág. 381. J. DEL ROSAL, *La pa'abra y la expresión en el Código Penal de 1870*, en *Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*, con otros autores. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1970, pág. 212.

(9) Ver mi libro citado, págs. 55 y ss.

(10) *Ibidem*, pág. 72.

(11) *Ibidem*.

3. El Código de 1932 vuelve en su artículo 436 al modelo de 1870, pero se diferencia del modelo precedente en sustituir la copulativa «y» por la disyuntiva «o», con lo cual establece dos formas comisivas. Dice así el precepto: «Los que expusieren o proclamaren por medio de la imprenta o con escándalo doctrinas contrarias a la moral pública» y sanciona tal conducta con multa de 250 a 2.500 pesetas.

4. El Código de 1944 en su artículo 433 sancionó con multa de 1.000 a 5.000 pesetas a «los que expusieren o proclamaren por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública». La novedad ha consistido, además de aumentar la cuantía de la multa, en equiparar otros medios publicitarios a la imprenta, ya que la radiodifusión y otros medios semejantes aumentan la propagación y extienden los efectos tanto o más que la propia impresión.

5. El artículo 1.º a) del Decreto de 24 de enero de 1963, además de colocar la fórmula en singular y aumentar la penalidad mudó este precepto al artículo 432, dejando sin contenido el 433 (12). También se extraen del artículo 431 y del capítulo en cuestión todos los números que hacían referencia a la prostitución, que pasan a constituir los artículos 452 bis a) a 452 bis c).

Las reformas posteriores, como el texto refundido de 1971, no han afectado al delito que nos ocupa y sólo la cuantía de la multa se ha visto incrementada, pasando a determinarse de 20.000 a 200.000 pesetas, a virtud de la Ley 20/1978, de 8 de mayo.

6. Puede añadirse que el delito que nos ocupa aparece diagnosticado de muerte, pues el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal (13) dentro del capítulo III «Del escándalo público» del Título III «Delitos contra la libertad sexual», omite este precepto, aunque sanciona la publicación, difusión o exhibición de material pornográfico —art. 209—. Ninguna de las enmiendas al capítulo ha pedido por inclusión o extensión que se incardine tal figura, por lo que puede pronosticarse sin temeridad que este precepto va a morir pronto, pero con más de ciento diez años de persistencia en el Código.

III. ELEMENTOS DEL DELITO

1. Sujeto activo del delito puede ser cualquiera (14) porque así se desprende de la amplia fórmula del texto legal, que la reforma de 1963 trocó en singular.

(12) L. M. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión del Código Penal y otras leyes penales*, Barcelona 1963, pág. 203: «Con ello se da a entender que las objetividades jurídicamente protegidas han sido trasladadas a otros preceptos o han desaparecido. La fórmula “sin contenido” resulta de adecuado empleo en un texto *revisado*, con vistas a no perturbar la sistemática enumerativa del articulado”.

(13) Publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales”, Congreso de los Diputados, 17 de enero de 1980, núm. 108, I, págs. 657 a 780.

(14) Ver mi libro cit., págs. 83 y ss. CUELLO, *ob. cit.*, pág. 612.

Mayor dificultad parece presentar la determinación del sujeto pasivo, que se agudiza en estas tipicidades abiertas en cuyas formulaciones se manejen conceptos culturales, vagos e imprecisos. Como la conducta incriminada supone un ataque a la moral pública por la exposición o proclamación publicitaria o con escándalo de doctrinas, debe entenderse la existencia de un sujeto pasivo indeterminado, constituido por la comunidad o cuerpo social, herido en sus ideas y creencias éticas firmemente arraigadas.

La sociedad y aun el Estado pueden ser sujetos pasivos de delito, por la consideración de tal carácter al titular del interés. Si así se ha sostenido con relación al escándalo público del artículo 431 (15), con mayor razón en este delito que no expresa ninguna referencia a particular o más o menos ofendido (16).

2. A) La acción radica en la exposición o proclamación publicitaria, o con escándalo doctrinas contrarias a la moral pública (17).

Por «exponer» entiende el Diccionario de la Academia (18) «presentar una cosa para que sea vista, ponerla de manifiesto» y por «proclamar», «publicar en alta voz una cosa para que se haga notoria a todos». Ambos verbos utilizados en subjuntivo vienen a ser equivalentes a manifestar, enseñar, exhibir y, en fin, dar a conocer, lo que se articula y corresponde con los medios comisivos de la imprenta, publicidad y aun con el escándalo.

Por doctrinas debe entenderse, según el citado Diccionario, «enseñanza que se da para instrucción de alguno», «ciencia o sabiduría» y «opinión de uno o varios autores en cualquier materia».

Nuestros tratadistas plantearon la dificultad práctica del concepto. «¿Qué son doctrinas contrarias a la moral pública?», se preguntaba Groizard (19) y algún autor criticó la limitación del concepto, por ser suficientes las opiniones y la simple y escueta manifestación de ideas o conceptos (20).

La contraposición con los hechos también fue puesta de relieve directamente por Sánchez Tejerina (21) e implícitamente por Cuello Calón (22) al excluir del precepto la publicación de libros o trabajos literarios de carácter obsceno, que están penados en el artículo 431, según la jurisprudencia.

(15) Ver mi libro, cit., pág. 74.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, vol. II, Parte Especial, Madrid 1958, pág. 243.

(17) JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*, señala cómo las dos notas constitutivas de este delito: 1.º Una acción: exposición o proclamación pública o con escándalo de doctrinas, y 2.º Una condición, que sean contrarias a la moral pública.

(18) 19.ª ed., Madrid 1970.

(19) A. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo V, 2.ª ed., Madrid 1913, pág. 146.

(20) R. CASTILLO GARCÍA y SORIANO, *La reforma del Código Penal español*, Avila 1896, pág. 358.

(21) *Ob. cit.*, pág. cit.

(22) *Ob. cit.*, pág. cit.

Para Quintano se trata de tesis abstractas (23) que parece indicar en la exposición inmoral «una cierta apariencia científica, muy frecuente, por cierto, en publicaciones obscenas que pretenden ataviar su impúdica desnudez con las galas de una fácil ciencia (24) y los contraponen también a las publicaciones obscenas que la práctica jurisprudencial incluye en el artículo 431 (25).

Por su parte, Rodríguez Devesa (26) señala como criterio diferenciador con el delito de escándalo genuino, en que éste se refiere a actos concretos y aislados, mientras que aquella infracción presenta aquel «grado de abstracción inherente al mantenimiento de una posición doctrinal».

Muñoz Conde (27) destaca que en el delito que ahora nos ocupa no se trata de realización de hechos contrarios a la moral sexual colectiva, sino de la exteriorización de opiniones e ideas «doctrinales» contrarias a la moral. La propia jurisprudencia en sentencia de 8 de noviembre de 1971 (28) separa los hechos o vivencias de las opiniones o tesis —esto es *doctrinas*— quedando el artículo 432 circunscrito, por tanto, para sancionar la exposición de doctrinas inmorales.

En todo caso se trata de diferencias de matiz, imprecisas y de difícil solución y ello motivó que casi a raíz de la publicación del primer texto, con el estilo pomposo del tiempo fuese criticado por Groizard con sólidas razones que aún mantienen vigencia: «Mejor hubieran hecho los autores de nuestra ley, dejándose de declaraciones, por su generalidad estériles, imitando a las otras naciones, las cuales, como las concordancias ponen de manifiesto han castigado como delitos algunos actos concretos contra la moralidad pública... acto de exponer, de distribuir o vender escritos, libros, pinturas, litografías, grabados o dibujos que lastimen el pudor, la decencia o las buenas costumbres» (29).

Y ello resulta así, porque tales doctrinas o pseudo doctrinas —como se ha dicho— (30) no son otra cosa, la mayoría de las veces, que libros obscenos sin un átomo de ciencia y mucho de literatura pornográfica.

Pese a las dificultades de separación entre ambos delitos, se intentó la distinción por la pura comparación gramatical entre ambos textos (31), pero el proyecto hubo de concluir abandonando

(23) *Compendio...*, cit., pág. cit.

(24) *Comentarios...*, cit., pág. 796.

(25) *Compendio...*, cit., pág. cit.

(26) *Ob. cit.*, pág. 198.

(27) *Ob. cit.*, pág. 345.

(28) Fue ponente el Excmo. Sr. D. José Espinosa Herrera. Lleva el núm. 216 y la referencia de Aranzadi es 4503.

(29) *Ob. cit.*, pág. 147.

(30) SÁNCHEZ TEJERINA, *ob. cit.*, pág. cit.

(31) JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*: 1.º Que tanto éste (art. 431) exige la comisión de un hecho obsceno, cuanto el otro precepto requiere la «publicación» de doctrinas. 2.º Que en tanto los «hechos» han de ofender al pudor y a las buenas costumbres, las doctrinas expuestas han de ser contra «la moral pública», y 3.º Que en tanto los «hechos» han de ser

tal camino, porque la única diferencia radical y específica es que el escándalo del artículo 431 se genera por «hecho impúdico» al paso que la publicación persigue «la publicidad» doctrinal inmoral (32).

A la vista de cuanto antecede, la conclusión no puede ser otra que señalar la inutilidad del precepto, ya que siempre podría cobijarse dentro del concepto de las *buenas costumbres*, que el artículo 431 contempla en su contraposición al pudor. Si lo que el legislador persiguió con este desdichado precepto fue la sujeción a la legislación común de los delitos cometidos por medio de la imprenta, pudiera parecer obligada su inclusión en el escándalo público, que se creaba por primera vez en el Código de 1870 como capítulo especial, con un precepto para la represión de todo atentado contra la moral y buenas costumbres cometido por tan importante medio de publicidad (33).

Pero como señalo, en la dicotomía de pudor y buenas costumbres se puede encontrar la solución, para incardinar dentro del artículo 431, los supuestos que actualmente pretende abarcar el artículo 432, haciéndolo por tanto innecesario, superfluo y generador de confusiones, porque esta figura delictiva que nos ocupa no sólo resulta de difícil aplicabilidad en la praxis, sino sujeta a dudas y perplejidades en su interpretación.

El concepto de buenas costumbres contiene, tanto la exigencia psicobiológica del pudor, cuanto la ética social para la conducta sexual «in genere». Su exigencia con relación al particular, ha señalado Manfredini (34), que se afirma más enérgica por la experiencia de las formas consuetudinarias en sus relaciones con el sexo. Constituirían actos contrarios a las buenas costumbres los hechos y publicaciones que estimularán el libertinaje (35). Ya dije en otro lugar (36) que el ataque a las buenas costumbres suponía ofensa a las normas de cultura del grupo, al patrimonio social.

El concepto de moral pública dista también de ser claro (37). Los modernos tratadistas circunscriben la moral pública al campo sexual (38) y así debe entenderse si se atiende a la *sedes mate-*

de grave escándalo, etc., la exposición ha de verificarse con publicidad o con escándalo simple.

(32) *Ibidem*.

(33) S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870*, 4.^a ed., tomo III, Madrid 1890, pág. 130. También GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 146: «¿Por qué no ha de ser delito la proclamación o exposición de esta clase de doctrina sino cuando se hace por medio de la imprenta?». JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*: «participa en cierto modo de los delitos de imprenta».

(34) MARIO MANFREDINI, *Delitti contra la moralità publica e il buon costume*, 4.^a ed., en *El Tratatto de Diritto Penale de E. Florian*, Milano 1934, pág. 15.

(35) *Ibidem*, pág. 188.

(36) Ver mi obra cit., pág. 117.

(37) GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 146. CASTILLO GARCÍA, *ob. cit.*, pág. cit.

(38) CUELLO, *ob. cit.*, pág. cit. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. cit. JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*, con acento civilista alude a los padres de las familias honestas, inaplicable ante la exigencia de la tipicidad penal.

riae (39), aunque ya salió al paso Carrara, indicando que es una costumbre generalmente admitida de que cuando se hable de moralidad y moral se aluda exclusivamente a la continencia y al pudor, de manera que todas las virtudes se reducen a éstas (40).

Si quisiéramos obtener un concepto de la interpretación sistemática de la ley penal, habríamos de acudir al párrafo 2.º del artículo 489 del Código, relativo al abandono de niños: «Si a consecuencia de la entrega (a un establecimiento público o a otra persona sin la anuencia del confiante o de la autoridad) se pusiere en peligro la salud o *moralidad* del menor...». Tampoco se resolverían las dificultades, debido a la nula actividad jurisprudencial sobre este precepto. Aquí parece que no debe reducirse la moral al campo exclusivo de lo sexual y habrían de comprenderse enseñanzas delictivas contra la propiedad, consumo de drogas o hábitos de holganza, ello no obstante su naturaleza de delito de peligro y subsidiario del de corrupción de menores. En el derogado artículo 172, a virtud de lo dispuesto por la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, para adaptarlo al texto de la Constitución, se encontraba el anterior n.º 1.ª, de las asociaciones ilícitas: «Las que por su objeto y circunstancias sean contrarias a la moral pública». Esta concordancia fue puesta de relieve por algún antiguo tratadista (41).

Recientemente, Córdoba Roda (42) insiste que el concepto de moral pública que utiliza dicho texto —en el antiguo art. 172— no puede equipararse a la moral en la esfera sexual, a la que el Código penal se refiere en otros preceptos y entre ellos en el que nos ocupa (43), si bien concluye en la vaguedad de su esfera de aplicación, pero aplicable solamente a los valores más fundamentales (44).

La jurisprudencia entendió, con referencia al derogado artículo 172, por moral pública el conjunto de intereses sobre los que se basa el interés social. Dice así la sentencia de 20 de diciembre de 1933 que es contraria a la moral pública «toda asociación que contradiga o se oponga a las normas fundamentales que sirven de soporte a la convivencia nacional de todos los ciudadanos, al tratar de obtener el logro de sus fines, cualquiera que sea su clase, fuera de las vías legales o por otro procedimiento que no sea la vía nor-

(39) QUINTANO, *Compendio...*, cit., pág. cit. También en su *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid 1963, pág. 369. Ver mi obra cit., pág. 74.

(40) F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. VI, tradu. de Sebastián Soler, Buenos Aires 1947, pág. 11.

(41) J. A. HIDALGO GARCÍA, *El Código penal conforme a la doctrina del Tribunal Supremo*, tomo II, Madrid 1908, pág. 318.

(42) J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo III, 1978, pág. 257.

(43) Por equivocación se refiere al art. 433, pero téngase en cuenta que desde el Decreto de 24 de enero de 1963, que trasladó el contenido de tal precepto, dejó éste sin contenido.

(44) Lo que no impide que incluya dentro del concepto (pág. 258) «las asociaciones que puedan, v. gr., crearse para fomentar la violencia o promover y explotar la prostitución».

mal propia de las naturales discusiones humanas, por cuanto el término moral pública que emplea este artículo no cabe interpretarlo como análogo al concepto restrictivo de buenas costumbres, sino como afirmación de todo el sistema de exigencias jurídicas que regula las condiciones mínimas de convivencia social» (45).

B) Los medios comisivos del artículo 432 son la imprenta u otro medio publicitario y el escándalo. Ya vimos cómo el Código de 1870 requería conjuntamente la imprenta y el escándalo, lo que fue ampliado en 1932, al sustituir la copulativa «y» por la disyuntiva «o» y cómo la reforma de 1944 se limitó a extender a la imprenta los otros procedimientos de publicidad, muchos de mayor eficacia incluso.

Por consiguiente la alternativa actual es la del medio publicitario o el escándalo, pero no siempre se ha entendido así por los tratadistas (46), si bien la mayoría ha seguido la interpretación correcta (47).

La razón de ser debe encontrarse en la extensión y difusión delictual que se consigue mediante la publicidad, haciendo aquí el papel de agravante específica de publicidad como la genérica 4.^a del artículo 10 de nuestro Código penal: «Realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad».

En estos supuestos se aplica el artículo 13, que sólo hace responsables a los autores —no a los cómplices o encubridores— entendiéndose por tales los señalados en el artículo 15, con la responsabilidad en cascadas que allí se establece. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro del Libro IV y entre los procedimientos especiales trata en el Título V (arts. 816 a 823) «Del procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación», que aparece afectado por las modificaciones operadas en su caso por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona, ampliada en su ámbito por el Real Decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero, en cuanto a los medios comi-

(45) La corrección argumentativa y lógica se pierde en el discurso y razonar de la sentencia, al reiterar su contradicción con la moral pública por contradecir el principio de autoridad y «la propiedad industrial».

(46) SÁNCHEZ TEJERINA, *ob. cit.*, pág. 308: «Se refiere el anterior precepto a dos clases de hechos: 1.º Propaganda de doctrinas inmorales por medio de la imprenta. 2.º Propaganda con escándalo, por otros medios, de tales doctrinas». CUELLO, *ob. cit.*, 8.^a ed., pág. 554: «Presenta dos modalidades: exponiendo o proclamando doctrinas contrarias a la moral pública por la imprenta o exponiendo o proclamando las mismas doctrinas por otros medios de publicidad, pero con escándalo». En la reciente edición, 14.^a, revisada por Camargo, se expresa de manera diferente, pero correcta, en pág. 612: «Se comete este delito exponiendo o proclamando doctrinas contrarias a la moral pública por la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o sin publicidad pero con escándalo».

(47) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 39. QUINTANO, *Curso...*, cit., pág. 369. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, 198.

sivos. La otra alternativa, la del escándalo, presenta mayores dificultades. Como ya dije en otro lugar (48) aquí el escándalo es circunstancia de posible ejecución del delito, no siendo por tanto esencial para que la infracción surja, ya que puede nacer sin él con el medio publicitario.

La palabra escándalo, en las diversas acepciones que proporciona el Diccionario, significa desenfreno, desvergüenza y mal ejemplo, en el significado que debe preferirse, pues si se acepta la otra de «acción o palabra que es causa que uno obre mal o piense mal de otro», concepto coincidente con el de la teología moral, convierte un medio comisivo en resultado, lo que no resulta aceptable y es contrario a la correcta hermenéutica.

C) Por el resultado podemos afirmar que nos encontramos ante un delito formal, en cuanto el elemento material o acción se agota con el movimiento corporal del agente (49).

La consecuencia es la imposibilidad de la tentativa y en general del delito imperfecto, porque no existe resultado, o, si se quiere, el resultado coincide con la acción del sujeto.

3. A) En cuanto a la tipicidad hay que recoger su caracterización abierta, por la relatividad de los conceptos culturales manejados, con apreciaciones axiológicas, tales como «doctrinas» y «moral pública» (50). La jurisprudencia se ha pronunciado también sobre esta cuestión. Dice así la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1978 en su primer Considerando: «...éste (el precepto) constituye una norma de estructura abierta concebida en términos valorativos no descriptivos, a diferencia con lo que acontece con otras figuras delictivas, la determinación de los hechos subsumibles en la norma ofrece en ocasiones múltiples dificultades, como todo lo dominado por la relatividad, pero lo que no cabe duda es que, como por la propia naturaleza del tipo delictivo los Tribunales de instancia se ven obligados a verter en el relato histórico lo que constituyen auténticos juicios de valor y no meras descripciones fácticas, el Tribunal de Casación para ponderar el acierto de aquéllos se ve obligado a su vez a hacer uso de la facultad que le concede el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (51).

La anterior resolución de 8 de noviembre de 1971 (52), recoge también estas características, señalando al respecto que «... la exposición de doctrinas inmorales, previstas y sancionada como delito de escándalo público en el artículo 432 del Código penal, supone, como materia delictiva, la exteriorización relevante de ideas, opiniones o conceptos atentatorios a los principios mora-

(48) *Ob. cit.*, pág. 108.

(49) J. ANTÓN ONECA y J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, tomo I por J. ANTÓN ONECA, Madrid 1949, pág. 162 y pág. 411.

(50) En este sentido QUINTANO, *Comentarios...*, cit., pág. 796.

(51) Fue ponente el Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel. Tiene el núm. 648 y la referencia de *Aranzadi* es 2651.

(52) Ver nota 28 de este trabajo.

les consagrados como básicos e intangibles a virtud de la norma de cultura vigente en la comunidad, con la correlativa ofensa, en todo caso y, por lo general, con el consiguiente peligro para la incolumidad y práctica subsistencia de aquellos valores éticos fundamentales que la Ley punitiva debe tutelar con toda energía...».

Después el Supremo atiende en su razonamiento al mal ejemplo o al agravio que infieren a los comunes sentimientos de decencia.

B) La antijuricidad se crea con el precepto penal. Precisamente en la oposición y contradicción con las normas de cultura reconocidas por el Estado, ha de contemplarse la antijuricidad con el alcance y sentido que expresó Max Ernst Mayer (53), quien señaló que los preceptos penales son normas de cultura reconocidas por el Estado, en el sentido de mandatos y prohibiciones por cuyo medio la sociedad exige determinadas conductas en su propio interés. Por cultura debe entenderse, como certeramente recogió Quintano (54), «el acervo intelectual y moral existente en un determinado lugar y tiempo, aquel precisamente en que el hecho incriminado aparece en el mundo exterior». También la sentencia citada de 1971 ha hecho referencia a las normas culturales y además otras referentes al escándalo público genuino, como las de 12 de julio de 1888, 30 de enero de 1918, 9 de enero de 1928, 17 de enero de 1929, 20 de febrero y 1 de marzo 1958, 7 de marzo de 1963, etc.

C) Con referencia a la faz negativa de la antijuricidad, algún autor encuentra alguna actividad totalmente eximente, «la exposición rigurosamente científica de los fundamentos técnicos de las diversas ciencias naturales o sociales...», añadiendo que «la libertad científica de investigación es absoluta e insobornable» así como «la indemnidad de que gozan quienes desde un plano estrictamente científico o doctrinal estudian o exponen las más arduas cuestiones de sexología o moral matrimonial y privada» (55). Por el contrario, otros autores encuentran incardinado en el precepto, «las doctrinas de carácter científico, social, médico, etc.» (56) a diferencia precisamente de lo que ocurre con el artículo 431.

Ya el Código de 1928 excluía de la aplicación del artículo 677 —restringido a teorías y prácticas anticoncepcionales en aquel texto— las publicaciones meramente científicas y los actos de corporaciones técnicas. Ya la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1893, incluida en la Memoria de dicho año señaló que «acerca de la organización de la familia, es lícito pensar como cada cual quiera o pueda, siempre que no sea pretexto de exposición de doctrinas contrarias a la moral pública, como lo sería provocar a su establecimiento sobre bases de la deshonestidad, del estupro, del adulterio, del incesto, de la plura-

(53) MAX E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht*, Heidelberg 1923, 2.^a ed., págs. 44 y ss.

(54) *Comentarios...*, cit., pág. 275.

(55) JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*

(56) CUELLO Y CAMARGO, *ob. cit.*, pág. 612.

lidad matrimonial, del infanticidio, del aborto, de la corrupción corporal de sus individuos y de la prostitución, porque este escándalo, si tiene lugar por medio de la imprenta, halla su adecuada sanción en este artículo y si de otra manera se produce, la encontrará el 456 (hoy 431), como ofensivo al pudor y a las buenas costumbres».

El precepto, si no se restringe su aplicación o si no se extienden los motivos de exención de responsabilidad en su alcance, puede llegar a extensiones desmesuradas y recordar prácticas inquisitoriales, en cuanto a persecución por las opiniones. Puede resultar incompatible con la Constitución, que reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción —art. 20 a)— la libertad ideológica —art. 16— y la libertad de cátedra —art. 20 c)— porque los únicos límites a estas libertades se encuentran «en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia —art. 20, 4—. La aplicación del artículo 432, existiendo el artículo 431 de suficiente amplitud y alcance, buscando allí la punición de determinadas doctrinas e ideas, puede conducir a posturas intolerantes y por ello resulta fundamental, pero no sencilla la discriminación de objetivos para no incidir en espacios reservados a la ciencia o al arte (58).

4. En cuanto a la culpabilidad o elemento subjetivo, se ha entendido como la conciencia de que las doctrinas expuestas sean contrarias a la moral pública y por la voluntad de exponerlas (59).

La jurisprudencia —sentencia de 23 de junio de 1978, ya examinada— ha estimado como elemento subjetivo la intención del autor de lesionar el bien jurídico protegido por el precepto. Mas tal cosa no se puede deducir del artículo 432, que constituye una infracción formal, como hemos visto. Tal declaración jurisprudencial, intrascendente para su resolución que marchó por otros derroteros, no puede sostenerse, pues únicamente permitiría aplicar el artículo en supuestos de que el sujeto buscara atacar ideas o creencias arraigadas en la conciencia social.

5. Finalmente y con relación a la penalidad hemos de destacar que el artículo, desde su creación en 1870, ha sancionado las conductas allí incriminadas con multa, desde la cuantía de 125 a 1.250 pesetas en el momento de su creación hasta la de 20.000 a 200.000 pesetas, actualmente con motivo de la reforma de dicha sanción por la Ley de 8 de mayo de 1978.

El más moderado de nuestros textos penales fue el Código de 1932, porque sesenta y dos años más tarde de la creación del delito

(57) C. VIADA Y LÓPEZ-PUIGSERVER, *Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid 1961, pág. 214.

(58) QUINTANO, *Comentarios...*, cit., pág. cit.

(59) CUELLO, *ob. últ. cit.*, pág. cit.

duplicó las cuantías y el más riguroso en esta sanción pecuniaria fue el de 1928, que mucho más reciente y próximo a la creación impuso de 1.000 a 10.000 pesetas y además la inhabilitación especial. Las sucesivas reformas han tenido que atender a la continua y creciente devaluación monetaria.

Debe tenerse en cuenta, que conforme a lo señalado en el párrafo segundo del artículo 445 del Código penal «los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud serán, además, condenados a inhabilitación especial».

IV. HECHOS CONSTITUTIVOS DE ESTE DELITO

El Código de 1928 se refirió en su texto a «los que fuera de publicaciones meramente científicas o actos de corporaciones técnicas, propaguen teorías o prácticas anticoncepcionales» (60). Este artículo fue muy criticado (61), pero lo que no cabe ninguna duda es que supuso una notable restricción con respecto al texto precedente —art. 457 del Código de 1870— ya que sólo hacía referencia a doctrinas anticonceptivas y no a otra clase de doctrinas inmorales, aun limitadas al ámbito del sexo y, por otra parte, excluía de la aplicación la práctica científica.

Por ello no debe extrañar que aun durante la vigencia, primero del texto de 1870, puesto de nuevo en vigor por la República, y después por el Código de 1932 y de otras reformas posteriores, se intentaran incardinar estas actividades en el precepto que nos ocupa.

Incluso la sentencia de 21 de diciembre de 1935 estimó como escándalo público «el anuncio público de una sustancia destinada a evitar la procreación humana, indicando al mismo tiempo la forma y manera de utilizarla para que produzca el efecto deseado, no puede menos, en buenos principios de moral, de ser constitutiva del delito de escándalo público, ya que tal hecho, aun prescindiendo de la doctrina de la Iglesia, tiende a contrariar la misma naturaleza, facilitando el vicio y la prostitución, sin que pueda influir en tal calificación la circunstancia de que no fueran repartidas las hojas impresas en que se anunciaba el producto...».

Esta doctrina jurisprudencial ha inducido a error a algún tratadista, por la evidencia en el caso enjuiciado de la publicidad y la exposición pública, en orden a la aplicación del precepto que nos ocupa (62). Pero la Ley de 24 de enero de 1941 estableció el delito de propaganda anticonceptiva, después recogido en el núm. 5 del

(60) A. JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal comentado y co-tejado con el de 1870*, vol. II, Salamanca 1928, pág. 257.

(61) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y JOSÉ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, 1.^a ed., t. II, Madrid 1929, pág. 251.

(62) En este sentido JIMÉNEZ ASENJO, *ob. cit.*, hace referencia a que la mentada resolución parece involucrar ambos preceptos.

artículo 416 del Código penal de 1944, bajo el capítulo del aborto: «La divulgación en cualquier forma que se realizare de los destinados a evitar la procreación, así como su exposición pública y ofrecimiento en venta». No he encontrado un sólo caso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable a tal delito, pero el resultado de dicha reforma es que el antiguo artículo 433 —hoy 432— ya sólo podía castigar la exposición pública por medio publicitario o con escándalo de doctrinas contrarias a la moral pública no referidas a la limitación de la natalidad o a prácticas anticonceptivas (63).

Los dos últimos números —4.º y 5.º— del artículo 416 fueron suprimidos por la Ley 45/1978, de 7 de octubre, y por consiguiente han devenido impunes. A mi juicio el mayor disparate de la Ley de 1941 y del Código de 1944 en este punto, radicó en la equiparación de estas conductas al aborto, cuando aparecían dictados los preceptos por intereses demográficos. Pese a que Groizard en 1913, cuarenta y tres años después de la creación de este delito, luego de criticarlo señalando que legislar en términos tan vagos equivalía a no legislar en el terreno práctico, añadía que no era de extrañar que no pueda citarse en los anales del foro un solo procesado por este delito (64). Pudieran haberse seguido repitiendo sus palabras mucho después, hasta 1971, más de cien años desde la creación de la infracción, en que el Tribunal Supremo conoce de un recurso de casación por infracción de Ley, contra una sentencia absolutoria en recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y casó la sentencia.

El hecho hacía referencia a la publicación en una revista de una entrevista con un pederasta y drogadicto, razonando el Supremo que fue el periodista quien provocó tales declaraciones no espontáneas, convirtiéndose en gratuito portavoz de las inmorales y corruptoras ideas, que se incardina en el artículo 432 «por cuanto consigna y propaga por más que sea en calidad de ajenas en su origen, opiniones encomiásticas de vicios nefandos, ofensivas a los rectos sentimientos morales individuales y colectivos y susceptibles de contribuir a minar la moralidad ambiente y al embotamiento de los naturales resortes sociales de defensa contra malsanas y contagiosas aberraciones con cuyo arraigo o extensión no es permisible familiarizarse ni transigir».

Por el contrario, la más reciente de 23 de junio de 1978, revoca una sentencia, también de la Audiencia de Madrid, que condenó por este delito y se refería a un artículo en una revista que elogiaba, a través de distintas opiniones, los métodos anticonceptivos, así como el aborto y con menosprecio a las ideas contrarias y atacando las disposiciones legales y canónicas, a la vez que entre las páginas del texto aparecían fotografías y algún dibujo de mujeres desnudas y de una pareja también desnuda.

(63) Ver mi libro cit., pág. 73.

(64) *Ob. cit.*, pág. 147.

El Tribunal de Casación desciende a detalles y recoge que si en la publicación existen los extremos que recoge el oportuno Resultado de Hechos probados, adiciona con relación a las fotografías, de la mujer desnuda, «pero que tanto por la postura en que se halla, medio de perfil, sin que se perciban sus órganos sexuales, ni la menor actitud lasciva o provocativa», en cuanto a la otra, «silueta en verde, totalmente difuminada, de pie y uno frente a otro en actitud de besarse...».

En realidad los supuestos desnudos de la publicación, de constituir infracción delictiva, nunca sería en este precepto, sino en el artículo 431.

V. EL DELITO VENIAL

Señala Quintano que al relativismo inherente a toda esta materia hay que añadir además el resultante de que actos intrínsecamente idénticos puedan constituir la falta del núm. 5.º del artículo 566 (65) y aún puede añadirse también la falta del núm. 3.º del artículo 567 del Código (66).

Sanciona la primera de las infracciones leves que hemos mencionado a «los que de igual manera (por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación) ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública».

Para el autor últimamente citado las circunstancias de lugar y tiempo han de ser las que decidan, a más de los eventuales destinatarios de las obras y las finalidades al redactarlas (67), mientras Rodríguez Devesa sostiene que es la publicidad o el escándalo lo que convierten en delito, lo que en otro caso sería la falta citada del núm. 5.º del artículo 566 (68).

La reforma de 1963 dividió lo que antes constituía el núm. 4.º del mismo en dos números, el 4.º y el 5.º, e introdujo el adverbio «levemente» para diferenciar esta figura de los delitos de los artículos 431 y 432 (69). Este criterio parece acertado. Con el artículo 432, único que nos ocupa, coincide con hacer mención de la alternativa de la imprenta u otro medio de publicidad, pero difiere en la omisión del escándalo que aparece como disyuntiva en el delito, y añadir a la moral, común en ambos preceptos las buenas costumbres y la decencia pública. Creo que el Código no ha pretendido distinguir tan confusos e imprecisos conceptos culturales y por ello reitero que la distinción con la falta, que como delito venial examinamos, debe encontrarse en la mayor o menor inten-

(65) *Comentarios...*, cit., pág. cit.

(66) ARROYO DE LAS HERAS y LUZÓN CUESTA, *Código Penal*, texto revisado 1963, Barcelona 1963, pág. 176.

(67) QUINTANO, *Comentarios...*, pág. cit.

(68) *Ob. cit.*, pág. cit.

(69) F. BUENO ARÚS, *La reforma del Código Penal español de 1963*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 162, pág. 561.

sidad de la ofensa a los valores comunitarios; el propio legislador manifestó su voluntad al reformar el precepto añadiendo un adverbio de modo, que modifica la acción.

Diferenciarlo por la publicidad no es correcto, pues en ambas infracciones se alude a ella. Lo que sí es cierto, es que la levedad de la acción, de la conducta vendrá determinada por el tiempo, lugar y demás circunstancias.

La jurisprudencia ha reputado como constitutivos de esta falta, la publicación en la prensa de anuncios, aun en forma anónima, que tiendan a facilitar actos inmorales —sentencias de 11 de marzo y 11 de noviembre de 1911 y 3 de marzo de 1930— así como en periódicos no profesionales de anuncios referidos a enfermedades venéreas, empleando frases ofensivas a la moral —sentencias de 14 de noviembre de 1908, 29 de enero y otras de 1909.

El otro precepto, el núm. 3.º del artículo 567, sanciona a «los que con la exhibición de estampas o grabados o con otra clase de actos ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública».

De la otra falta sólo se diferencia en las formas comisivas: exhibición de estampas o grabados u otra clase de actos, y su aplicación como infracción leve resulta más difícil, pero no imposible conceptualmente por la amplitud del texto.

Aunque el Tribunal Supremo ha utilizado esta falta para la exhibición de objetos pornográficos en determinadas circunstancias, en sentencia de 9 de julio de 1891, señaló que si la cultura propia de todo tráfico honesto aconseja excluir la denominación grosera que a un producto se dé por su fabricante, no puede atribuirse al expendedor ánimo de ofensa a la moral y las buenas costumbres por el mero anuncio de la mercancía.

