

LA RECEPTACION PROFESIONAL

JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ
*Profesor Encargado de Derecho Penal
de la Universidad de Sevilla,
Doctor en Derecho
y Diplomado Superior en Criminología*

SUMARIO: I. Concepto.—II. Fundamento.—III. Ambito subjetivo: 3.1. El concepto de dueño.—3.2. La noción de gerente.—3.3. La estimación de encargado: 3.3.1. Dependientes en sentido estricto.—3.3.2. Mancebos.—3.3.3. Crítica.—IV. Ambito objetivo: 4.1. Extensión local.—4.2. Naturaleza de los efectos.—4.3. Supuestos especiales.—V. El artículo 546 bis *b*) en la doctrina científica.—VI. La receptación profesional a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—VII. Etiología de la receptación profesional: 7.1. Planteamiento.—7.2. Factores personales.—7.3. Factores socioeconómicos.—VIII. Las consecuencias jurídicas de la receptación profesional.

I. CONCEPTO

«La receptación profesional consiste en el aprovechamiento que para sí obtienen los dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público, de los efectos de un delito contra los bienes, a sabiendas de su ilícita procedencia.» Tales reos «se reputan habituales» a los efectos del capítulo VII del título XIII, libro segundo del vigente C.P.: artículo 546 bis *b*).

Antes de la reforma de 24 de enero de 1963 el texto legal decía que «son» reos habituales..., con lo que se establecía una interpretación auténtica restrictiva de estos infractores. La meritada reforma ha sustituido la expresión «son» por la de «se reputan» con lo que se reintegra la habitualidad a un concepto criminológico revelador de una permanencia en la conducta delictiva. Por tanto, la descripción del artículo 546 bis *b*) representa sólo una presunción para estas personas, pero aún así —subraya PUIG PEÑA (1)— hay que tener en cuenta diversas circunstancias como son si el tráfico mercantil del negocio se refiere a artículos análogos o similares a aquel objeto de su adquisición delictiva.

(1) PUIG PEÑA, Federico: *Derecho Penal*, Parte Especial, tomo IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 313.

A diferencia de lo que ocurre en el delito de usura en el que la habitualidad, según QUINTANO (2), es «elemento circunstancial que no reposa en un concepto de profesionalidad», la receptación cometida por comerciantes e industriales, aunque sea ocasional genera por presunción *iuris et de iure* habitualidad en dicha infracción penal.

El artículo 546 bis *b*) no debe entenderse en el sentido de que solamente sean receptadores habituales las personas mencionadas en el texto legal, éstas serán en todo caso reputadas reos habituales del delito de receptación, pero también habrán de ser considerados habituales quienes por la persistencia en los ilícitos aprovechamientos, demuestren tener por costumbre ejecutarlos, pues de lo contrario quedarían directamente privilegiados los tráficos ilícitos de los no comerciantes pero habituales.

II. FUNDAMENTO

Según DEL ROSAL (3), el fundamento del artículo 546 bis *b*) estriba en la más hacedera eventualidad con que pueden los sujetos citados enmascarar la mercancía del delito y la accesible coyuntura que les depara su actividad industrial o comercial para apartar de la vigilancia lícita de los efectos del delito como *a sensu contrario*, por esa dedicación a la industria o regentar un establecimiento público les exige el orden jurídico una más severa compostura en el cumplimiento de lo prescripto en las leyes, pues de lo contrario infringe a la par unos deberes constitutivos de la actividad a que se dedica. En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA (4) escribe «que la razón de esta causa personal de elevación de la pena se halla en la mayor facilidad que les proporciona su situación para negociar impunemente con los efectos provenientes del delito cuando éstos sean del género con los que trafican. Para QUINTANO (5) tan drástica norma

(2) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Comentario al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 1029.

(3) DEL ROSAL: «Revierte modificación del C. P. en materia de encubrimiento», en los *Studi Rocco*, Milán, 1952, II, pp. 315 y ss. Citado por CONDEPUMPIDO, en *Encubrimiento y receptación* (Ley de 9 de mayo de 1950), Editorial Bosch, Barcelona, 1955, p. 152, nota 48.

(4) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal español*, Parte Especial, 8.ª edición, Madrid, 1980, p. 576, y *Encubrimiento*, NEJ, tomo VIII, 1956, p. 469.

(5) QUINTANO: *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 418. El referido autor cita la meritada S. de 22-IV-1953, que trataba el caso de una frutera que adquirió ropas para su exclusivo uso personal. Al modo de ver de Quintano, aun tratándose de objetos de su propio comercio, si no eran para comerciar no debiera tampoco haberse aplicado la cualificación, por ejemplo,, si esa

si tiene algún sentido es, como se afirmó en sentencia de 22 de abril de 1953, el de que las adquisiciones a través del comercio las hace irreivindicables y con mayores facilidades de impunidad y lucro constituyendo un nuevo obstáculo, tantas veces insalvable, para la recuperación de los efectos producto de sustracciones. Ahora bien, prosigue el referido autor, en este sentido, esta clase de receptación es netamente de tráfico, y si el adquirir para revender no es requisito necesario para caracterizar la receptación genérica, ni siquiera la habitual deberá serlo para esta específica profesional-comercial, por lo que no debería alcanzar la cualificación al comerciante que adquiere cosas sustraídas para su propio uso, sin propósitos de dedicarlas al tráfico.

CONDE-PUMPIDO (6), por el contrario, considera que el fundamento de la presunción consignada en el artículo 546 bis *b*) se basa en la subjetiva habitualidad comercial y no en las objetivas circunstancias, pues igual que la Ley mercantil estima como presunción de habitualidad en el comercio el anuncio de un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil (art. 3 del C. de c.) la Ley penal estima, según el citado autor, que por el mero hecho de tener un establecimiento abierto al público quien recibe los efectos de un delito susceptibles de ser aprovechados (esto es, con un contenido económico), lo hace con el fin de dedicarlos a los actos propios de su tráfico, tráfico que viene realizando de un modo habitual, dado que la habitualidad es propia de su condición de comerciante, por ello, también presume la Ley que quien trafica comercialmente con *rei furtivae*, es que habitualmente se dedica a tal ilícita actividad; presunción legal, a mi juicio, incorrecta, puesto que una cosa es el «negocio» realizado por los comerciantes, es decir, por los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (art. 1 del C. de c.) y otra muy distinta es el «tráfico ilícito» que puede ser «ocasional», pese a la meritada presunción y al hecho de que sea inherente a la condición de comerciante la dedicación habitual al comercio, lo que no autoriza a reputar sin más al comerciante que accidentalmente negocia con los efectos delictivos, reo habitual del delito de receptación, aunque la Ley así lo declare, puesto que la habitualidad que la Ley presume en ese hecho delictivo surge de una cualidad personal: ser comerciante o industrial, en su caso, y no de la probada reiteración de tales hechos por parte de los referidos sujetos.

misma frutera hubiese adquirido una fruta para comérsela, pues la «ratio» del precepto es netamente de tercería y tráfico (nota 10).

(6) CONDE PUMPIDO: *Encubrimiento...*, op. cit., pp. 153 y 157.

III. AMBITO SUBJETIVO

3.1. EL CONCEPTO DE DUEÑO

El concepto de «dueño» que menciona el artículo 546 bis, b), del C.P. no equivale al «comerciante» previsto en el artículo 1, 1.º, del C. de C., puesto que aquél puede ser titular del negocio sin realizar actos de comercio cuya ejecución habitual es esencial en éste (7).

Pero es que, además, el comerciante definido en el referido precepto del C. de C. es, en realidad, «un empresario mercantil individual», o sea una persona física que por sí o por medio de otros y en nombre propio realiza para el mercado una actividad comercial o industrial. El empresario mercantil así definido queda sometido a un estatuto jurídico especial (8), exclusivo para él, precisamente por poseer las dos circunstancias señaladas por BROSETA PONT (9): «explotar en nombre propio» una «actividad económica co-

(7) El C. de c. tan sólo usa el término «propietario» en el artículo 283 refiriéndose a quien no ejerce directamente el comercio, sino que lo hace a través de un representante.

Dicho precepto reza así:

«El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial, por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor, y le serán aplicables las disposiciones contenidas en esta sección, que trata: «De otras formas del mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos.»

(8) La calificación de una persona como empresario tiene, según Sánchez Calero, las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Está sometida a un determinado estatuto jurídico que lleva consigo un régimen especial frente al de las demás personas; está obligada en ciertos casos (o tiene la facultad en otros) a inscribirse en el Registro Mercantil; debe llevar una contabilidad ordenada que es una manifestación de la organización de su negocio: está sometido a unos procedimientos concursales específicos para los casos de insolvencia (suspensión de pagos o quiebras).

b) La intervención del empresario califica a ciertos contratos como mercantiles. El Código de Comercio, a pesar de su pretensión de seguir un sistema objetivo con relación al Derecho Mercantil, en diversos artículos al señalar cuando un determinado contrato es mercantil recurre —entre otros elementos— a la presencia de un «comerciante», o lo que es igual, de un empresario (así, en la cuenta en participación, art. 239; comisión, art. 244; depósito, art. 303; préstamo, art. 311; compraventa, párrafos 2.º y 4.º del artículo 326; transporte terrestre, art. 349; seguro, art. 380; carta de crédito, art. 567) (*Instituciones de Derecho Mercantil*, 8.ª edición, Editorial Clares, Valladolid, 1981, pp. 45 y s.).

(9) BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1981, 4.ª edición, p. 71. Según el referido autor debe sustituirse el término «comerciante» (presente aún en nuestro decimonónico Código de Comercio) por el de «empresario», más exacto y más cercano a la realidad actual, porque aquél no sólo extiende su actividad al comercio, sino

mercadería o industrial». Por tanto, el empresario que nos ocupa se caracteriza, según SÁNCHEZ CALERO (10), por las siguientes notas:

A) Ejerce una actividad que tiende a la organización de elementos personales y materiales que son el instrumento o medio para la producción de bienes o de servicio para el mercado.

B) La actividad que realiza el empresario es profesional, con lo cual quiere señalarse que es una actividad constante.

C) Esta actividad ha de ser ejercitada en nombre propio.

Comerciante es, pues, afirma GARRIGUES (11), «la persona que ejerce el comercio en nombre propio (sea este nombre el suyo civil, sea el comercial) o la persona que hace que otros lo ejerzan como representantes en nombre suyo. Comerciante es el dueño del negocio en sentido jurídico».

Sólo es comerciante el que hace del comercio su profesión (adquiriendo, además, derechos y obligaciones personalmente dentro de esa profesión).

La profesión tiene de común con la habitualidad la repetición de actos. Mas, como observa el citado autor, el concepto de profesión se compone, además, de otros tres elementos: una explotación conforme a plan, un propósito de que el lucro constituya medio de vida (principal o único) y una exteriorización. En resumen, como anota GARRIGUES (12): «Si el requisito de la habitualidad es superfluo, el requisito de la profesionalidad es inexcusable en una buena definición legal de comerciante.»

también a la industria (art. 1.º del C. de c.). Y, además, porque lo que le califica, al menos en la actualidad, es realizar su actividad económica por medio de una empresa (p. 70).

Afortunadamente la Ley de 21 de julio de 1973, que dio nueva redacción a los títulos II y III del libro I de nuestro Código de comercio, ha seguido esta tendencia progresista al identificar los conceptos de «comerciante» y de «empresario mercantil». Así, el artículo 16 del meritado texto legal dispone que el Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de:

1.º *Los comerciantes o empresarios mercantiles individuales.*

Por su parte, el artículo 17 establece que:

«La inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes o empresarios mercantiles individuales, salvo disposición en contrario...»

Por último, el artículo 30 declara que:

«Las sociedades y los comerciantes o empresarios individuales inscritos deberán hacer constar en su documentación y correspondencia mercantil los datos identificadores de su inscripción en el Registro.»

(10) SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, op. cit., pp. 46 y ss.

(11) GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, 7.ª edición, revisada con la colaboración de Alberto Bercovit, Madrid, 1976, pp. 294 y ss.

(12) GARRIGUES: *Curso...*, op. cit., p. 294. En opinión del citado autor el término «comerciante» tal como lo utiliza el Código de comercio puede inducir a confusión, puesto que se refiere no sólo a los comerciantes en

Por consiguiente, aplicar la presunción de habitualidad en la receptación «al dueño» de un negocio que no se dedica al comercio y tan sólo aisladamente se aprovechó de efectos delictivos adquiridos al margen de las actividades mercantiles de su empresa, constituye una manifiesta injusticia.

«Naturalmente —observa RODRÍGUEZ DEVESA (13)—, no se debe exigir, y entendemos que no es suficiente la mera concurrencia de la calidad de dueño, encargado o gerente de los establecimientos indicados, sino que tienen que actuar precisamente con esta calidad.»

Por ello, con razón afirma QUINTANO (14) que «es absurdo que el dueño pueda ser incluido en el tipo agravado si realizare cualquier adquisición al margen de actividades mercantiles de las que carece: por ejemplo, si el propietario de una gran empresa comercial, como un bazar, compra un día a un ratero en el Rastro y para sí una pluma estilográfica. Ha de entenderse, por tanto, como dueño, subraya el aludido penalista, «al que ejerza personal y directamente el comercio y a él destine los efectos procedentes del delito».

A los efectos de la apreciación de la habitualidad, y como contraposición a los términos de «gerente o encargado», CONDE-PUMPIDO (15), entiende por dueño «al principal de la empresa». Al decir principal el citado autor se refiere al jefe o director del negocio, en el sentido de ser aquel a quien el personal debe obedecer, sin que él deba obediencia a nadie. Dicho concepto comprende no sólo al comerciante propietario que ejerce personalmente el comercio, sino también a quien ejerce en nombre propio el comercio, aun sin ser propietario de la empresa (usufructuario, arrendatario, etc.), y a quien lo hace como representante de un incapaz o como socio gestor de una sociedad anónima. Con ello quedan dentro de la presunción de habitualidad todos aquellos que, según CONDE-PUMPIDO, 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 (16).

sentido estricto, sino en general a todos los que se dedican habitualmente y en nombre propio al ejercicio de una actividad mercantil.

Así ocurre que «comerciante» es también para el Código, el industrial. En definitiva, pues, ha venido a reconocer que el «comerciante» al que el Código se refiere no es el «comerciante» en sentido estricto, sino que tiene el significado más amplio de «empresario mercantil» (p. 265).

(13) RODRÍGUEZ DEVESA: *Encubrimiento*, op. cit., p. 469.

(14) QUINTANO: *Tratado...*, op. cit., p. 419.

(15) CONDE-PUMPIDO: *Encubrimiento...*, op. cit., p. 154.

(16) Esta interpretación, según Conde-Pumpido, es más racional que la

Sin embargo, nuestro C. de C. emplea indistintamente para designar la misma persona los nombres de «comerciante» (arts. 281, 292, 295, 299 y 300), «propietario» (art. 283) y «principal» (arts. 284, 285, 287 a 291, 293 a 298, 300 y 301). Pero, como observa GARRIGUES (17), el principal no es siempre el comerciante, ni comerciante es término equivalente a propietario de la empresa.

Ejemplo: si la empresa está dada en arrendamiento o en un usufructo, comerciante es el arrendatario o el usufructuario que ejerce el comercio en nombre propio, aunque no sea —no puede serlo— propietario de la empresa. Aquí no coinciden los conceptos de comerciante y de propietario.

Tampoco coinciden los de comerciante y principal, en sentido concreto, cuando es comerciante un incapaz de ejercer personalmente el comercio (principal será el tutor que lo ejerce y tiene poder de mando sobre el personal del negocio) o en el caso de las sociedades (comerciante es la sociedad, y principales en sentido concreto los socios gestores o los miembros del consejo de administración).

Ciertamente, en nuestro C. de C. impera el concepto concreto de principal: persona física caracterizada por su poder de mando sobre el negocio que lo distingue de los auxiliares dotados, también, de facultades de mando pero sometidas a las limitaciones que les imponga su principal, pues, como establece el meritado artículo 283 del C. de C., el factor tiene «más o menos facultades según haya tenido por conveniente el propietario».

3.2. LA NOCIÓN DEL GERENTE

Los conceptos de gerente o encargado se refieren al personal del negocio. Al personal pertenece, según GARRIGUES (18), «todo aquel que presta servicios mercantiles mediante remuneración y está obligado a obedecer al principal (criterio positivo). No pertenecen al personal los ligados al comerciante en una relación de coordinación de carácter intermitente (criterio negativo): faltarían las notas de subordinación y de continuidad, esenciales al concepto de auxiliar».

literal que excluiría de la presunción a los comerciantes-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 (p. 155).

(17) GARRIGUES: *Curso...*, op. cit., p. 661.

(18) GARRIGUES: *Curso...*, op. cit., p. 662.

Dentro de los auxiliares o colaboradores del empresario mercantil podemos distinguir, con BROSETA PONT (19), dos grandes grupos: en el primero están los auxiliares que le prestan su colaboración de modo «permanente», de carácter «mercantil» desde «dentro de su propia empresa» u organización y, por ende, en régimen de «subordinación o dependencia». Estos son los verdaderos auxiliares en sentido jurídico estricto, a los que se refiere y regula el Código de Comercio (factores o gerentes, apoderados singulares y mancebos), aunque en forma anacrónica denominados por la doctrina «auxiliares dependientes del empresario». En el segundo hay que mencionar a ciertos colaboradores que le auxilian desde fuera de su empresa —porque ellos mismos son empresarios—, en ocasiones de modo «permanente» (p. ej.: agentes del empresario), en otras de «forma esporádica» (p. ej.: los mediadores colegiados), pero siempre en régimen de independencia, sin subordinación y con carácter mercantil.

«El gerente o factor mercantil (apoderado general)» es el principal colaborador mercantil del empresario, que con carácter de apoderado general (20) ha sido por él nombrado y posee facultades para administrar, dirigir y contratar sobre todo lo que constituye o forma parte del normal u ordinario giro y tráfico de su empresa.

En las relaciones entre el empresario mercantil (individual o social) y el gerente nos interesa especialmente la cualidad de representante del empresario que caracteriza al factor, apuntada en el meritado artículo 283 del C. de C., cuando le considera autorizado para contratar sobre las cosas concernientes a la empresa y completada en el artículo 284, que impone a los factores la obligación de contratar «a nombre de sus principales», y en el artículo 282, que exige al factor «poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico», de modo que los resultados prósperos o adversos de sus actos y contratos realizados en nombre del empresario recaerán sobre éste, el cual deberá asumir las correspondientes obligaciones y soportar las reclamaciones contraídas por el gerente frente a terceros o formuladas por ellos (art. 285 del C. de C.).

Mas, como subraya GARRIGUES (21), el factor o gerente es un representante diferenciado de todos los demás representantes civiles y mercantiles por las siguientes características:

(19) BROSETA PONT: *Manual...*, op. cit., p. 140.

(20) El artículo 281 del C. de c. dispone que:

«El comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte o para que le auxilien en él.»

(21) GARRIGUES: *Curso...*, op. cit., pp. 665 y s.

1.^a *Permanencia*.—Se trata de un representante estable, en armonía con la estabilidad de la empresa, que sobrevive a los cambios de los elementos reales y personales que la integran (22).

2.^a *Amplitud*.—La representación que ejerce el factor es una representación amplísima, pues lo que en general distingue a la representación mercantil de la civil es su exteriorización en apoderamientos «típicos» (23).

En definitiva, lo que caracteriza al factor o gerente es el poseer poderes generales para comerciar en nombre y por cuenta de su empresario mercantil; poderes cuyo contenido mínimo inderogable afecta a la posibilidad que se le atribuye de realizar, con carácter general, todos los actos propios del giro o tráfico de la empresa (24), quedando el tercero que contrata con el gerente o factor suficientemente protegido si el contrato recae sobre

(22) El artículo 290 del C. de c. dice que:

«Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido».

Por el contrario, el artículo 1732 del C. de c. declara que el mandato se acaba:

3.^o Por muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario.

(23) En la vida civil, quien contrata con un representante debe examinar caso por caso los poderes de éste, para saber si responderá o no el poderdante, ya que lo hecho por el mandatario (apoderado) fuera de los límites del poder no obliga al mandante (poderdante) si no lo ratifica (art. 1727, párrafo 2.^o del C. de c.).

En el Derecho mercantil, al contrario —observa Garrigues—, la Ley dota al poder del factor de una extensión fija (contenido típico), de modo que todo tercero pueda saber, sin necesidad de particular indagación, en qué medida queda obligado el comerciante por su factor. Y si el factor es la persona encargada de administrar y dirigir el establecimiento mercantil (artículo 283 del C. de c.), su poder debe abarcar todo lo que el propio comerciante puede hacer, salvo lo que sea personalísimo o implique la negación de la actividad mercantil (v. gr.: venta del establecimiento): el factor es el «alter ego» del comerciante. Al tercero debe bastarle saber por el Registro que la persona con quien contrata, por ser factor de un comerciante, está dotado de un poder general para que, sin temor a reproche de mala fe, pueda confiadamente cerrar con él todos los contratos propios de la negociación de aquel establecimiento (*Curso...*, op. cit., p. 666).

(24) Ello explica varios rasgos característicos del régimen jurídico de su actuación. En primer lugar, el factor ha de poseer la capacidad necesaria para actuar como comerciante, aunque lo haga por cuenta ajena (art. 282 del C. de c.). Realmente, observa Garrigues, la fórmula de capacidad que establece el Código no es de la «capacidad para obligarse», sino de la capacidad para el ejercicio habitual del comercio: art. 4.^o El factor o gerente no es comerciante, sino auxiliar del comerciante. Pero como ejerce el comercio, aunque sea a nombre de otro, ha de tener la capacidad de obrar del comerciante, es decir, la capacidad para el ejercicio habitual del comercio (artículo 4.^o) (*Curso...*, op. cit., p. 670).

objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, puesto que, como observa GARRIGUES (25), el principal queda obligado, a elección del tercero, no sólo cuando el gerente contrata en nombre de aquél y dentro de los límites del poder, sino en todos los demás casos en que la ley presume, con presunción *iuris et de iure*, o el tercero prueba que la negociación se hizo por cuenta del principal (26).

Ahora bien, si los factores han de negociar y contratar a nombre y por cuenta de sus principales procurando exclusivamente el interés de la empresa a la que pertenecen, ¿qué ocurrirá si el gerente negocia en los términos indicados con efectos delictivos, a sabiendas de su ilícita procedencia?, ¿quién responderá «penalmente»: el factor o el principal?, y, por último, ¿contra quién podrá dirigir su acción el tercero sorprendido en su buena fe: contra el gerente o contra el principal?

Respecto a la primera cuestión, hay que tener en cuenta que si el factor adquiere efectos delictivos con conocimiento de su ilícita procedencia a nombre y por cuenta de su principal para su posterior reventa, la privación de libertad y restricción patrimonial impuesta conforme al artículo 546 bis, a), párrafo 3.º, en relación con el artículo 546 bis, b), por los órganos jurisdiccionales competentes, habrá de recaer «únicamente» sobre la persona del culpable, o sea del gerente, que con conocimiento del delito precedente y voluntad de aprovecharse de sus efectos los adquirió para su posterior reventa, de modo que, como subraya CUELLO CALÓN (27), nadie sea castigado por el hecho de otro («principio de la personalidad de la pena»). Y ello pese a que el referido artículo 285 del

En segundo lugar, el gerente soporta una especial prohibición de competencia en beneficio de su principal, nacida al amparo del art. 288 del C. de c.

Régimen distinto al del factor es el de los administradores de las sociedades mercantiles, pues, como anota Broseta, «éstos son miembros del órgano de administración, parte de la sociedad misma, y en sus relaciones con ella está ausente la condición de auxiliares dependientes que caracteriza a aquéllos (*Manual...*, op. cit., p. 142).

(25) GARRIGUES: *Curso...*, op. cit., p. 668.

(26) En efecto, el Código establece la presunción de que los contratos realizados por el factor, que notoriamente pertenezcan a una empresa o sociedad conocida, han sido efectuados por cuenta del empresario de dicha empresa o sociedad, aun cuando al tiempo de su celebración el factor haya omitido el nombre de su principal, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento (art. 286). Si no existe esa notoriedad, o bien se trata de actos que excedan el giro o tráfico de la empresa y el factor opera en su propio nombre, responderá él directamente frente al tercero. Mas si la operación se hubiera hecho por cuenta del empresario, el tercero podrá dirigir su acción bien contra éste o contra el factor (art. 287).

(27) CUELLO CALÓN: *La moderna penología* (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución), Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1958, pp. 16 y s.

Código de Comercio haga recaer sobre el empresario no sólo el *debitum* (sobre los comitentes recaerán todas las obligaciones que contrajeron los factores), sino también la *obligatio* (las reclamaciones se hacen efectivas en los bienes del principal, establecimiento o empresa, y no en los del factor), y a la protección que en beneficio de los terceros otorga el citado artículo 286 del Código de Comercio, al estimar que el factor vincula al principal en todos los actos que pertenezcan al giro o tráfico de la empresa, puesto que en ambos preceptos tales obligaciones y actos son de naturaleza «mercantil» y no de índole «juridicopenal», como ocurre en el supuesto que hemos planteado.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, conviene precisar los siguientes extremos:

1.º Que si el factor ha de tener «poder» de la persona por cuya cuenta haga el tráfico, lógicamente este poder no puede concebirse como un «cheque en blanco» que autorice la comisión de delitos por muy amplio que aquél resulte.

2.º Que, por ende, el tercero sorprendido en su buena fe sólo podrá dirigir su acción («civil») contra el gerente caso de que el principal desconozca en absoluto la existencia de las operaciones delictivas mencionadas, salvo, claro está, la responsabilidad civil subsidiaria dimanante de la comisión de un delito o falta, prevista en el artículo 22 del vigente C.P., el cual extiende dicha responsabilidad a las «... empresas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

3.3. LA ESTIMACIÓN DE ENCARGADO

Bajo la expresión «encargado», parece que la ley comprende a las restantes formas de mandato mercantil: «dependientes en sentido estricto» y «mancebos».

3.3.1. *Dependientes en sentido estricto*

Las necesidades del tráfico justifican la existencia de apoderados singulares junto a los factores. Nuestro C. de C. llama a estas personas, dotadas de un poder especial, «dependientes o mandatarios singulares» (art. 292). Son aquellos colaboradores del empresario cuyo poder de representación se limita a algún aspecto de los asuntos que constituye el giro o tráfico de la empresa; en suma, personas a las que el comerciante encomienda el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones

propias del tráfico a que se dedique. Sin embargo, lo que les distingue no es el ser «dependientes», porque también son dependientes los factores y los mancebos, en su concepto de auxiliares del comerciante y, por tanto, sujetos a su poder jerárquico; ni tampoco es el carácter «singular» de su mandato, sino, como observa GARRIGUES (28), el de su poder.

En la naturaleza del poder, prosigue el citado autor, se basan principalmente las diferencias que separan a los dependientes de los factores, pues mientras que el factor tiene poder para contratar sobre todas las cosas concernientes al establecimiento (poder generalísimo), los dependientes, por el contrario, sólo reciben poder para alguna o algunas gestiones, es decir, para un ramo del negocio (v. gr.: jefes de sección en los grandes almacenes, cajeros, vendedores, etc.).

El Código de Comercio, con el fin de proteger a los terceros que contratan con el empresario y así dar mayor seguridad al tráfico jurídico, establece en su artículo 292 dos normas generales para los dependientes singulares de particular interés:

1.^a Que los empresarios deben hacer una cierta publicidad de hecho de las funciones conferidas a sus dependientes (que pueden ser por medio de circulares o avisos públicos, como, por ejemplo, la existencia de un letrado que diga «Caja», «Sección de cuentas corrientes, etc.).

2.^a Que los actos realizados por los dependientes o mandatarios singulares en las operaciones propias del ramo que determinadamente les estuviere encomendado obligarán al empresario.

3.3.2. *Mancebos*

Las personas que el Código de Comercio califica como «mancebos» (de *mancipium*: esclavo) son en realidad «dependientes de comercio» autorizados para vender al «por menor» o al «por mayor» en un almacén público (29), a quienes se les puede confiar determinadas operaciones mercantiles o alguna parte del giro o tráfico de su principal, en cuyo caso se equiparan a los dependientes o mandatarios singulares por imperativo del artículo 293 de dicho cuerpo legal.

(28) GARRIGUES: *Curso...*, op. cit., p. 671.

(29) El art. 294 del C. de c. dispone lo siguiente:

«Los mancebos encargados de vender al por menor en un almacén público se reputarán autorizados para cobrar el importe de las ventas que hicieren, y sus recibos serán válidos, expidiéndolos a nombre de sus principales.

Igual facultad tendrán los mancebos que vendan en los almacenes al por mayor, siempre que las ventas fueren al contado y el pago se verifique en el mismo almacén; pero cuando las cobranzas se hubieren de hacer fuera de éste, o procedan de ventas hechas a plazos, los recibos se firmarán nece-

Por consiguiente, el mancebo es un apoderado para vender en el establecimiento mercantil cuyo poder se manifiesta de forma externa por la posición y las funciones que desempeña dentro de la empresa (p. ej.: estar vendiendo detrás de un mostrador). Mas si está encargado de la recepción de las mercancías, sus actos relativos a esa recepción sin protesta en cuanto al efecto de calidad o cantidad vinculan al principal (art. 295, en relación con el 336 y 342 del C. de C.) (30).

Ahora bien, ¿qué pasará si el mancebo recibe tales mercancías a sabiendas de su ilícita procedencia, soslayando su turbio origen? ¿Surtirá dicha recepción los mismos efectos que si la hubiera hecho el principal? En mi opinión, no, porque éste carece de conocimiento del delito precedente, elemento cognoscitivo normativo cuya concurrencia es imprescindible para que pueda imputársele «responsabilidad criminal» alguna, salvo la ya citada responsabilidad civil subsidiaria por los delitos o faltas que hubiesen cometido sus dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

3.3.3. *Crítica*

Para QUINTANO (31), la referencia a encargados en su acepción profesional parece limitarse a «las personas que posean de derecho o de hecho una cierta disponibilidad en el negocio, sobre todo en los actos adquisitivos». Sin embargo, en la realidad social la figura del encargado tiene un carácter que excede notoriamente

sariamente por el principal o su factor, o por apoderado legítimamente constituido para cobrar.»

(30) El art. 336 del C. de c. dice así:

«El comprador que al tiempo de recibir las mercaderías las examinare a su contento, no tendrá acción para repetir contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o calidad en las mercaderías.

El comprador tendrá el derecho de repetir contra el vendedor por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas enfardadas o embaladas, siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo y no proceda la avería de caso fortuito, vicio propio de la cosa o fraude.

En estos casos podrá el comprador optar por la rescisión del contrato o por su cumplimiento con arreglo a lo convenido, pero siempre con la indemnización de los perjuicios que se les hubieren causado por los defectos o faltas.

El vendedor podrá evitar esta reclamación exigiendo en el acto de la entrega que se haga el reconocimiento, en cuanto a cantidad y calidad, a contento del comprador.»

Por su parte, el art. 342 de dicho texto legal establece que:

«El comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor.»

(31) QUINTANO: *Tratado...*, op. cit., tomo III, p. 419.

el de un mero dependiente mercantil cuya intervención se limita a determinados aspectos de los negocios que constituyen el giro o tráfico de la empresa.

Parece evidente, por tanto, que el Código Penal al mencionar a los encargados dentro de la presunción de habitualidad en la receptación no se refiere a los mancebos ni a los dependientes singulares, sino a dependientes con facultades amplias, pues no hay que olvidar que «encargado», según el Diccionario de la Real Academia, es «la persona que tiene a su cargo una casa, un establecimiento, un negocio, etc., en representación del dueño o interesado».

En resumen, dada la ausencia de plena concordancia entre el concepto de encargado del C.P. y los de dependientes y mancebos de nuestro C. de C., con CONDE-PUMPIDO (32) pensamos 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» (33).

(32) CONDE-PUMPIDO: *Encubrimiento...*, op. cit., p. 156.

(33) Por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la presunción de habitualidad en la recepción todos aquellos auxiliares del comerciante que no tengan carácter mercantil, por la índole técnica o subalterna de sus funciones (ingenieros, químicos, empaquetadores, mozos, etc.).

Problema distinto es el planteado por los casos en que los actos de receptación sean realizados por quien esté 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 ocurre más frecuentemente respecto del cónyuge y parientes del comerciante, en empresas pequeñas o familiares.

En tal supuesto existe, según Conde-Pumpido, «una indudable presunción de que quien realizó la compra o recepción de efectos para destinarlos al tráfico de la empresa tenía facultades para ello y lo ha venido realizando habitualmente, habiendo recibido del principal encargo en tal sentido» (*Encubrimiento...*, op. cit., pp. 156 y s.).

También hay que considerar el supuesto de quien adquiere conscientemente los efectos de un delito o falta, estando encargado de un modo «accidental» de una tienda, industria o establecimiento abierto al público. En tal caso el citado autor subraya, que «esa circunstancia de accidentalidad se opone indudablemente a toda presunción de habitualidad en el sujeto, ya que representa la recepción de un acto aislado, no solamente con respecto al sujeto, sino también con respecto a la empresa, pues 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. Falta, pues, el fundamento de la presunción misma (p. 157).

4. AMBITO OBJETIVO

4.1. EXTENSIÓN LOCAL

La presunción de habitualidad en la receptación se establece en el artículo 546 bis, *b*), del C.P. solamente respecto del tráfico verificado en «tiendas, almacenes, industrias y establecimientos abiertos al público», sin que por razón del «tamaño o de la entidad económica de la organización de elementos reales y personales» puestos al servicio de la explotación de una actividad económica el meritado precepto incida en mayor o menor medida sobre la «pequeña, mediana o gran empresa», pues que, como observa BROSETA PONT (34), en el artículo 1, 1.º, del C. de C. «no se distingue entre pequeños o grandes comerciantes».

Por la «naturaleza de la actividad» dicha norma alcanza a las empresas mercantiles y a las industriales, con exclusión de las agrícolas, porque los empresarios agrícolas individuales no son mercantiles («comerciantes»), ya que su actividad no es la descrita en el artículo 1.º del C. de C. («comercio» o «industria»), por razones tradicionales y porque así lo hace pensar el artículo 326, 2.º, del C. de C. (35). Serán sin embargo empresarios mercantiles sociales o colectivos las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que se constituyan para explotar una actividad agrícola.

Ello no obstante, de *lege ferenda* quizá deberían considerarse mercantiles, según el citado autor, los empresarios agrícolas individuales y los que adopten la forma de la sociedad personalista, siempre que dispongan de una verdadera empresa y utilicen los métodos y las formas mercantiles (financiación, recurso al crédito, mecanización, comercialización de productos, etc.).

La exclusión de las actividades agrícolas del radio de acción del artículo 546 bis, *b*), no significa en absoluto que las receptaciones cometidas al amparo de dichas explotaciones queden impunes, puesto que siempre queda a salvo lo previsto en el artículo 546 bis, *a*), párrafos 1.º y 3.º, susceptibles de aplicación para estos supuestos.

Pero es que, además, la referencia física y territorial que suscitan los elementos locales: «tienda», «almacén», «industria» y «establecimiento», consignados en el artículo 546 bis, *b*), del C.P., aleja de su ámbito de aplicación todo el «*comercio ambulante*», en cuya problemática cabe destacar su incidencia en los comercios esta-

(34) BROSETA PONT: *Manual...*, op. cit., p. 93, nota 5.

(35) El referido precepto reza así:

«No se reputarán mercantiles:

2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas.»

blecidos y su falta de control para verificar la procedencia de los artículos, factores que afectan no sólo a los comerciantes, víctimas de la ilícita competencia, sino al público en general, que puede y suele ser objeto de fraudes de diversa índole. Así, v. gr., paralelamente a la creación del mercadillo sito en el parque Alcosa de Sevilla, en el mes de noviembre de 1980 se denunciaron en dicha ciudad robos por valor de más de 25 millones de pesetas en tiendas, siendo los comerciantes dedicados a tejidos y alimentación los más afectados. Con el aliciente de unos precios increíblemente bajos los ciudadanos se dan cita cada domingo ante los más de 400 puestos que se alinean en el mercadillo y que surten a los consumidores de todo tipo de productos. La procedencia de las mercancías no es clara; en este sentido, fuentes del sector afirman que cualquier mercancía cuyo precio difiera en más de un 15 por 100 del mercado en los establecimientos es de «*dudosa procedencia*» (36).

Ciertamente, la instalación de los vendedores ambulantes en mercadillos fijos en distintos puntos de las ciudades a los que acuden gran número de personas convierte el problema en una lucha contra la competencia desleal que amenaza seriamente la supervivencia de los pequeños comercios. A este respecto, téngase en cuenta que, por ejemplo, la ordenanza que regula la venta ambulante en Sevilla, aprobada en el mes de febrero de 1981, asegura que «tendrán derecho a licencia de vendedor ambulante, *sin entrar en más consideraciones*, aquellos que lleven ejerciendo la actividad por un *tiempo superior* a quince años, sin que hayan tenido ingresos económicos por otros conceptos» (37); venta ambulante de la que, no se olvide, ciertos sectores sociales han hecho con el tiempo una verdadera profesión.

Por consiguiente, como quiera que los vendedores ambulantes son comerciantes porque teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente y sus actos mercantiles se rigen por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, existiendo la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde el momento en que tales vendedores, por ejemplo, sitúan sus puestos o tenderetes en una plaza u ocupan las aceras frente a los comercios, siendo, además, potestativa la inscripción en el Registro Mercantil para los comerciantes o empresarios mercantiles individuales (art. 17 del C. de C.), es por lo que entiendo que —dado el elevado volumen de ventas y consiguiente beneficio que se obtiene a través de esta especie de «comercio paralelo», cuya realidad e importancia socioeconómica desborda las previsiones legales— es aconsejable desde el punto de vista político-

(36) Fuente: *ABC*, 8-XI-1981, pp. 18 y s.

(37) Fuente: *El Correo de Andalucía*, 22-XII-1981.

criminal la aplicación del artículo 546 bis, b), a los vendedores ambulantes caso de que fuesen sorprendidos vendiendo o intentando vender a bajo precio objetos de ilícita procedencia (38), puesto que por imperativo constitucional:

«Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos» (art. 51, 1, de la Constitución española de 31 de octubre de 1978).

Por otra parte, según CONDE-PUMPIDO (39), quedan fuera de la presunción de habitualidad en la receptación los agentes mediadores del comercio (agentes de Cambio y Bolsa, corredores de Comercio y corredores intérpretes marítimos: arts. 88 y ss. del C. de C.), cuya actuación profesional se caracteriza, en opinión de BROSETA PONT (40), por la concurrencia de dos circunstancias. La primera es su condición de comerciantes (empresario mercantil), precisamente por el hecho de realizar habitualmente y en nombre propio la actividad de comisionista y de mediador (arts. 144.º, 96-1.º y 892 del C. de C.) (41). La segunda es que su función es, precisamente, auxiliar o colaborador de la actividad mercantil, porque aunque su colaboración se presta tanto a empresarios como a quienes no lo son, es esencial para el tráfico juridicomercantil. Pero es que, además, a la cualidad de comisionista puede

(38) Una talla valiosa, robada a un vecino de Madrid, fue intervenida en el mercadillo de «el jueves» situado en la calle Feria, Sevilla. El vendedor la ofrecía en 30.000 pesetas, cuando su precio real ascendía a 250.000 (fuente: *El Correo de Andalucía*, 21-I-1982, p. 10).

Conde-Pumpido, por su parte, reconoce que «en todo el mercado ambulante de traperos, chatarreros, mercachifles de mercado negro, etc., son precisamente los que suelen alternar los lícitos ingresos de su comercio con los que les proporcionan su calidad de «peristas» (*Encubrimiento...*, op. cit., p. 158).

(39) CONDE-PUMPIDO: *Encubrimiento...*, op. cit., p. 158.

(40) BROSETA: *Manual...*, op. cit., p. 146.

(41) El art. 14, núm. 4 del C. de c. prohíbe comerciar a los agentes de cambio y a los corredores de comercio. Sin embargo, dicha prohibición tiene que referirse exclusivamente, según Garrigues (*Curso...*, op. cit., pp. 684 y s.), al comercio distinto de la mediación o de la comisión. Lo característico de la comisión es el obrar por cuenta ajena.

Por eso, cuando el «agente mediador» realiza «por su cuenta» alguna operación de tráfico o giro, la prohibición legal establecida en el art. 96, 1.º (en virtud del cual no podrán los agentes colegiados comerciar por cuenta propia) queda violada y el art. 829 decreta la sanción. Dicho precepto establece lo siguiente:

«La quiebra de los agentes mediadores del comercio se reputará fraudulenta cuando se justifique que hicieron por su cuenta, en nombre propio o ajeno, alguna operación de tráfico o giro, aun cuando el motivo de la quiebra no proceda de estos hechos.

Si sobreviniere la quiebra por haberse constituido el agente garante de las operaciones en que intervino, se presumirá la quiebra fraudulenta, salvo prueba en contrario.»

unir el «agente mediador» la condición de depositario de la fe pública mercantil. Este carácter de notario se adquiere por el hecho de la colegiación (art. 93 del C. de C.) (42). Aparte de esto, el C. de C. atribuye las siguientes ventajas a la intervención de un «agente mediador» colegiado en los contratos: hace irrevindicables los efectos o valores públicos pignorados en garantía de un préstamo (art. 324 del C. de C.) (43) y los efectos al portador negociados en Bolsa (art. 545, núm. 3, del C. de C.) (44).

Pues bien, si los agentes mediadores del Comercio son empresarios mercantiles no asentados territorialmente, caracterizados desde antiguo por servir habitualmente al comercio como intermediarios en las operaciones mercantiles (una de las cuales, como reconoce el propio CONDE-PUMPIDO, puede ser la que se estime constitutiva del delito de receptación); depositarios de la fe pública mercantil en todos los actos de comercio que les son propios por cuya intervención ciertos valores públicos devienen irrevindicables; en el supuesto de que tales efectos, valores industriales y mercantiles, mercaderías, etc., sean delictivos y, a sabiendas de su ilícita procedencia, aprovechen de los mismos cuanto les permitan sus gestiones mediadoras, en este caso entiendo, también, que es

(42) El citado precepto establece que:

«Los agentes colegiados tendrán el carácter de notarios en cuanto se refiera a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva.

Llevarán un libro-registro con arreglo a lo que determina el art. 36, asentado en él por su orden, separada y diariamente todas las operaciones en que hubiesen intervenido, pudiendo, además, llevar otros libros con las mismas solemnidades.

Los libros y pólizas de los agentes colegiados harán fe en juicio.»

(43) El art. 324 del C. de c. dispone lo siguiente:

«Los efectos cotizables al portador, pignorados en la forma que determinan los artículos anteriores no estarán sujetos a reivindicación mientras no sea reembolsado el prestador, sin perjuicio de los derechos y acciones del propietario desposeído contra las personas responsables según las Leyes, por los actos en virtud de los cuales haya sido privado de la posesión y dominio de los efectos dados en garantía.»

(44) El art. 545 núm. 3 del C. de c. declara que los efectos al portador,

«No estarán sujetos a la reivindicación si hubieren sido negociados en Bolsa con intervención de agente colegiado, y donde no lo hubiere con intervención del notario público o corredor de comercio, debiendo alzarse la retención judicial de los mencionados efectos, si se hubiere acordado, tan pronto como el interesado, sin necesidad de valerse de abogado ni procurador, sin más trámites que los indispensables y sin exacción de derechos al compareciente para resolver sobre su petición, demuestre que los adquirió con las formalidades indicadas, a no ser que al tiempo de su venta estuviese suspendida en forma su libre negociación.

Quedarán a salvo los derechos y acciones del legítimo propietario con el vendedor u otras personas responsables según las leyes, por los actos que le hayan privado de la posesión y dominio de los efectos vendidos.»

procedente aplicarles el artículo 546 bis, b), puesto que tanto los ilícitos aprovechamientos obtenidos por estos agentes mediadores del Comercio como por los vendedores ambulantes quedarían privilegiados frente a los verificados por los dueños, gerentes o encargados caso de que no se aplicara a aquellos la presunción de habitualidad en la receptación, en base a un criterio puramente «físico y territorial», conforme a la rigurosa exigencia del artículo 546 bis, b), de que la receptación se lleve a cabo en «lugares determinados» (tienda, almacén, industria o establecimiento) y no a tenor de las circunstancias «subjetivas» (profesionalidad, dedicación habitual al comercio, etc.) de los presuntos receptadores habituales.

Finalmente, en cuanto a la exigencia legal de que la tienda, almacén, industria o establecimiento estén «abiertos al público», con CONDE-PUMPIDO (45) pensamos que «se trata tan sólo de una redundancia tendente a reforzar el concepto mercantil de los lugares donde se llevó a cabo la receptación», sin que ello suponga negar por mi parte el indudable carácter mercantil de un puesto ambulante ubicado «en una plaza pública».

4.2. NATURALEZA DE LOS EFECTOS

Para que la presunción de habitualidad en la receptación aflore al mundo jurídicopenal es menester que «los géneros propios del negocio sean iguales, análogos o similares a los efectos adquiridos de procedencia ilícita», entendiéndose por «efectos», con MUÑOZ CONDE (46), en el sentido de «objetos corporales producto del delito o su valor patrimonial sustitutivo».

En verdad, los actos realizados por el comerciante o sus auxiliares, con finalidad ajena a su comercio, tienen el mismo carácter accidental y la misma razón para ser estimados no habituales que los que ejecute cualquier particular. Por esta razón cree CONDE-PUMPIDO (47) que el artículo 546 bis, b), del C.P. 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*, de modo que, prosigue el citado autor, solamente los actos de receptación realizados por el dueño, gerente o encargado de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público, con ocasión del ejercicio del comercio o industria propias de aquéllos, podrán ser

(45) CONDE-PUMPIDO: *Encubrimiento...*, op. cit., pp. 158 y s.

(46) MUÑOZ CONDE: *Teoría general del delito*, Universidad de Cádiz, 1982, página 257.

(47) CONDE-PUMPIDO: *Encubrimiento...*, op. cit., pp. 159 y s.

estimados como habituales; los que sean ajenos a tal comercio o industria no deberán ser afectados por esa presunción de habitualidad.

Por consiguiente, la *ratio legis* del precepto lleva a exigir, como observa RODRÍGUEZ DEVESA (48), «que el establecimiento se encuentre dedicado al tráfico de objetos semejantes a los que provienen del delito receptado», salvo que el volumen de los efectos delictivos adquiridos, aunque sean distintos a los específicos del negocio, el precio convenido a pagar por ellos y demás circunstancias concurrentes, revelen manifiestamente que tales efectos se dedicaban a una actividad comercial y no a la satisfacción de una necesidad privada, particular y circunstancial, en cuyo caso entiendo que debe aplicarse el artículo 546 bis, *b*), del C.P. (49).

4.3. SUPUESTOS ESPECIALES

En el caso de que los objetos delictivos sean títulos al portador, el propietario desposeído —además de la vía criminal tendente al descubrimiento, sanción del culpable y la devolución de tales efectos a su legítimo dueño— podrá acudir ante el Juez o Tribunal competente para impedir que se pague a tercera persona el capital, los intereses o dividendos vencidos o por vencer, así como también evitar que se transfiera a otro la propiedad del título o conseguir que se expida un duplicado (art. 548 del C. de C.). En segundo término, conviene al propietario hacer fracasar la negociación en Bolsa de los títulos sustraídos, evitando que la intervención de agente colegiado conceda a estos títulos el beneficio de la irreivindicación. El desposeído puede intentar cualquiera de estos dos procedimientos o ambos a la vez en la misma denuncia, en cuyo caso se observarán también las reglas establecidas para cada uno (art. 564 del C. de C.).

De esta suerte, al propietario desposeído no se le causa indefensión ante la posición reforzada del tenedor que ha adquirido de mala fe un título que ha salido involuntariamente de las manos del propietario, sino que a éste se le permite impedir la negociación que hace irreivindicable al título (art. 560, en relación con el ya citado núm. 3.º del art. 545 del C. de C.) (50).

(48) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho...*, op. cit., Parte Especial, p. 576, y *Encubrimiento...*, op. cit., p. 469.

(49) En el sentido del texto se manifiesta también Quintano cuando afirma que «esta exigencia de homogeneidad no es sostenible y aplicable en cambio de cualificación, si los objetos se adquirieron para la venta, aun en establecimiento dedicado ordinariamente a otros efectos» (*Tratado...*, op. cit., tomo III, p. 418).

(50) El art. 560 del C. de c. dice así:

«La negociación de los valores robados, hurtados o extraviados, hecha

Por otra parte, si los efectos delictivos son de propiedad militar, dicha jurisdicción, por razón del delito, conocerá los procedimientos que se instruyan contra cualquier persona:

«4.º Por... receptación de armas, municiones y material de guerra de las Fuerzas Armadas» (art. 6.º del C.J.M.).

Ahora bien, el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de estos hechos modifica la naturaleza jurídica de nuestra institución, que en el C.J.M. representa un «delito contra los intereses del Ejército» constitutivo de «fraude», según dispone el artículo 403 de dicho texto legal.

En efecto, si merced al referido precepto cuando en la apropiación, enajenación, cesión, distracción o de otro modo de armas, explosivos, municiones o cualquier material de guerra, así como la sustracción, disposición en favor de otro, por cualquier título o desaparición sin justificación legítima de prendas, efectos de equipo, víveres o demás útiles y material intervengan varias personas, se considerarán coautores de fraude tanto los que primeramente tomen parte en el apoderamiento o distracción como los que después adquieran y se aprovechen o negocien con las cosas defraudadas, salvo que racionalmente no pudiera presumirse ni el origen militar ni el tráfico ilícito.

En mi opinión, no es bastante que una característica personal cual es la condición de «militar» del presunto culpable, unida a la peculiaridad del objeto material (efectos pertenecientes a las Fuerzas Armadas), desvirtúe *per se* la naturaleza de los hechos, sin duda constitutivos de un delito de receptación, pues quien con posterioridad a la comisión de un fraude adquiere y se aprovecha o negocia con las cosas defraudadas, a sabiendas de su ilícita procedencia, es reo de un delito de receptación, en modo alguno, entiendo yo, coautor de fraude, pese a que sea éste el tenor literal del citado precepto que, no obstante, ordena imponer la pena de prisión fijada con naturaleza común a los paisanos culpables de tales hechos.

5. EL ARTICULO 546 BIS, B), EN LA DOCTRINA CIENTIFICA

La presunción de habitualidad por profesionalismo en el delito de receptación constituye uno de los más considerables defectos

después de los anuncios a que se refiere el artículo anterior, será nula y el adquirente no gozará del derecho de la no reivindicación; pero sí quedará a salvo el del tercer poseedor contra el vededor y contra el agente que intervino en la operación.»

de la ley de 9 de mayo de 1950, unánimemente criticado desde el momento mismo de su promulgación por la doctrina científica española. Merece, en opinión de QUINTANO (51), la máxima censura; en primer término, por sentar una presunción de *iure*, pues la *iuris tantum* hubiere sido más que suficiente, y en seguida por el aberrante procedimiento de ciego objetivismo y hasta por la injuriosa asimilación tácita que supone de las conductas receptadoras a las comerciales, restaurando el mitológico doble patronazgo de Mercurio a ladrones y mercaderes. El que el ejercicio del comercio otorgue mayores facilidades a la receptación lucrativa no basta, según el meritado autor, para justificar tamaño dislate, sobre todo en la forma imperativa en que el precepto está redactado, y que, como era de esperar, carece de concordancia en el Derecho comparado. No es de alabar, pues, que se haya recurrido a la ficción de decir que son reos «habituales» porque, como escribe RODRÍGUEZ DEVESA (52), «técnicamente podía el legislador haber conseguido los mismos fines agravatorios disponiendo una pena más severa para las personas en quienes concurriera la circunstancia expresada; pero no debe alterarse el *substratum* fáctico de una disciplina eminentemente realista como es el Derecho punitivo estableciendo ficciones como la que nos ocupa».

El artículo 546 bis, *b*), es, a juicio de CONDE-PUMPIDO (53), un precepto notoriamente peligroso porque establece una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario y que iguala a los efectos de la penalidad al receptor profesional que ha reiterado su actividad ilícita y al comerciante que accidentalmente o por vez primera se lucró con efectos que otro había sustraído. La injusticia es patente, añade el citador autor, y se hubiera evitado con sólo establecer una presunción *iuris tantum* en la que la prueba de la accidentalidad del acto, a cargo del imputado, serviría para atenuar los efectos injustos de la presunción, sin perjuicio de conservar sus efectos preventivos y pragmáticos, ya que tal prueba, como todas las negativas, encerraría tales dificultades que su práctica sería difícil para quien realmente hubiese persistido en actividades ilícitas de receptación. Desde una postura doctrinal y práctica de individualización judicial de tratamientos ha de fallarse necesariamente, según PÉREZ y PÉREZ (54), la condenación de una norma que ahoga la tarea enjuiciadora, imponiéndole *a priori* al juzgador la secuencia de su hacer. El aludido precepto no brinda sólo un dislocamiento de las reglas generales determinadoras de la carga de la prueba —*incumbit probatio qui dicit*,

(51) QUINTANO: *Tratado...*, op. cit., tomo III, p. 417.

(52) RODRÍGUEZ DEVESA: *Encubrimiento...*, op. cit., p. 469.

(53) CONDE-PUMPIDO: *Encubrimiento...*, op. cit., p. 161.

(54) PÉREZ y PÉREZ, Juan: «Ante la Ley de 9 de mayo de 1950 que pena el encubrimiento como delito autónomo», RGLJ, XXI, 1951, pp. 190 y s.

non qui negat—, relevando a las acusaciones pública y particular del *onus probandi* e imponiendo a la defensa la misión de acreditar la no habitualidad del hacer de su defendido. La tajancia de la norma llega a más, observa el citado autor: a la *fictio legis* total y plena de la habitualidad delictiva, y con ella a la agravación o la cualificación *ex delicto* de una conducta antijurídica.

Pero es que, además de las referidas objeciones, las cuales comparto totalmente, yo estimo necesario una reinterpretación de la presunción de habitualidad en el delito de receptación que permita la supervivencia del artículo 546 bis b) del C.P., pero acomodado a los valores y principios constitucionales, entre los cuales destaca «el derecho a la presunción de inocencia de todas las personas mediante la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión» (art. 24.1 y 2 de la Constitución española). Por lo que resulta evidente que el excesivo rigor del meritado precepto puede motivar que un empresario o cualquiera de sus auxiliares (gerentes, dependientes y mancebos) e incluso vendedores ambulantes y agentes mediadores del comercio, en el legítimo ejercicio de sus derechos e intereses —empeñados por un mero «episodio receptatorio»— sean tratados penalmente con la misma severidad que el receptor profesional, produciendo, de esta forma, en aquellos la citada indefensión que nuestra norma fundamental rechaza «en todo caso».

Sin embargo, desde una dimensión política criminal la Ley de 9 de mayo de 1950, en conjunto, representa un considerable avance en la lucha contra la «delincuencia empresarial», la cual, además de formar parte, en la generalidad de los casos, de la delincuencia oculta, permanece prácticamente sin investigar (55).

VI. LA RECEPTACION PROFESIONAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como afirma SANTOS BRIZ (56), «siempre será la jurisprudencia la encargada de adaptar los códigos y leyes viejos a las relaciones sociales surgidas en un ambiente dinámico, movedido y cambiante como el que actualmente se vive. Debemos, pues, aten-

(55) En el sentido del texto se manifiesta también LÓPEZ-REY en *La criminalidad* (Un estudio analítico). Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1976, p. 63. Traducción española por Pedro Luis Yáñez.

(56) SANTOS BRIZ, Jaime: «El Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior. Valor de la jurisprudencia», *Revista de Derecho Público*, 1981, número 84-85, p. 659.

der a los nuevos principios constitucionales como motor de la evolución, pero contribuir también, como en la aplicación de las demás leyes, a vivificarlos y cooperar cuando sea preciso a su renovación, buscando siempre que el principio de legalidad se corresponda con el de justicia»; de modo que el artículo 546 bis b) en relación con el párrafo tercero del artículo 546 bis a) del C.P. habrán de ser interpretados «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas normas», conforme establece el artículo 3.1 del Código de comercio (57).

Así, la S. del T.S. de 9 de junio de 1980 (A. 2567) presumió fundamentalmente la habitualidad del recurrente en esta clase de delitos, pues «el procesado que conocía la ilícita procedencia de los anillos que había comprado en su establecimiento y que le fueron ocupados, sin que en consecuencia registrase tal operación en sus libros ni anotase nombres y circunstancias de la persona o personas que se los vendieron» (58). Por el contrario, la S. T.S. de 1 de noviembre de 1980 (A. 4393) estimó la indebida aplicación del artículo 546 bis a) y falta de aplicación del artículo 546 bis c) del C.P., pues «así como en la receptación vinculada al delito se da la cualificativa de habitualidad, ya sea *de facto* [art. 546 bis a), párrafo 3.º], como *de iure*, en forma de presunción (ficción) inatacable que formula el artículo 546 bis b), la habitualidad es en cambio elemento integrante del delito básico cuando la receptación se conecta a hechos constitutivos de falta, siendo doctrina de esta Sala, ciertamente no compartida por toda la doctrina científica, que en este segundo supuesto bastará igualmente la habitualidad presunta de tener el receptor establecimiento abierto al público siempre, naturalmente, que el local esté dedicado al mismo ramo de comercio que al que pertenecen los efectos receptados; extensión esta de la habitualidad proclamada

(57) Sobre la Jurisprudencia Penal, véase CÓRDOBA RODA en «Consideraciones sobre la Jurisprudencia Penal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1974, páginas 119 y s.

(58) Hallándose demostrado que el procesado era titular de un puesto de venta al público de cosas variadas en los Encantos Viejos, de Barcelona, aparte de haber sido condenado con anterioridad, como autor de varios delitos contra la propiedad y por trece delitos de receptación y encubrimiento en S. de 8 de octubre de 1955, recaída en el sumario 413/51, instruido por el Juzgado de Instrucción núm. 8 de los de Barcelona, y por otro delito también de receptación en S. de 26 de noviembre de 1966, sumario 646/63, del Juzgado núm. 5 de dicha ciudad, cuyos testimonios figuran en los autos de la causa de la que dimana el presente recurso, hay que presumir fundadamente la habitualidad del recurrente en esta clase de delitos, como se establece correctamente por la Sala de Instancia.»

ex lege, que si bien debe interpretarse como toda presunción agravatoria, no es menos verdad que está apoyada en los mismos términos de la Ley cuando el artículo 546 bis b) comienza su dicción afirmando de manera rotunda e insoslayable que: «Se reputan autores habituales a los efectos de este capítulo», y no hay duda de que en el capítulo VII, dedicado al encubrimiento con ánimo de lucro y receptación, se incluye el artículo 546 bis c) relativo a la receptación habitual de faltas contra la propiedad (59).

Por su parte, la meritada S. T.S. de 8 de octubre de 1979, proclamó que «en la receptación cualificada del artículo 546 bis b) se tipifica una habitualidad objetiva, que opera como presunción *iuris et de iure* sin admitir prueba en contrario, siempre que la tienda o establecimiento se dedique al tráfico de géneros iguales o análogos a los receptados, estimándose dueño, gerente o encargado a quien en una tienda efectúa por propia decisión la compra de objetos ofrecidos». Asimismo, la citada S. T.S. de 26 de enero de 1979 declaró que «la agravante específica del artículo 546 bis b) tiene un carácter absolutamente objetivo y si bien para atenuar el rigor del objetivismo de esta agravante de habitualidad por profesionalidad esta Sala ha venido declarando que para que pueda

(59) Si el autor del hurto sustrajo en determinado domicilio 40.000 pesetas y alhajas tasadas en un total de 9.250 pesetas, parte de las cuales llevó a vender posteriormente al procesado Zoilo, dueño de una tienda de platería, quien pagó al autor de la sustracción 2.500 pesetas, conociendo éste «la ilícita procedencia de lo comprado» y si igual operación realizó dicho recurrente con ocasión de otra sustracción perpetrada por el mismo autor, de la que ni siquiera se sabe si es delito o falta, constando sólo que Zoilo pagó en esta ocasión 13.800 pesetas por ciertas alhajas, refiriendo igualmente la sentencia el conocimiento de la ilícita procedencia a lo comprado en esta ocasión; y si, finalmente, el otro recurrente, Clemente M., con establecimiento de joyería y relojería, compró al mismo autor de las sustracciones dos anillos de oro, valorados en cuantía inferior a 15.000 pesetas, «conociendo igualmente su torcida procedencia» (es decir, la de los anillos y tan sólo la de éstos); hay que concluir que no hay términos hábiles en los hechos probados para afirmar que en cada una de las adquisiciones el receptor conocía la existencia de un delito, dada la decisiva importancia de la cuantía para asentar la existencia del delito de hurto cometido en cada caso, tanto más que la sustracción en una ocasión se compuso de cosas heterogéneas como el dinero y las joyas, y que en la otra se limitó a las alhajas y, dado, finalmente, y esto es lo decisivo, que según los términos del «factum» los receptadores compraron alhajas que en ninguna de las operaciones rebasaron, por su valor, la cuantía de 15.000 pesetas (propia de las faltas de hurto) y que el conocimiento de la ajena procedencia «se limitó» a tales alhajas, sin que en parte alguna de la narración se atisbe que los receptadores en cuestión supieran que el monto de lo sustraído por el autor de los hurtos llegara por su cuantía e importancia a ser constitutivo de delito, todo lo cual obliga a considerar las tres adquisiciones realizadas por los recurrentes (dos por Zoilo y una por Clemente) como integrantes de sendos delitos de receptación habitual de falta contra la propiedad del art. 546 bis c) del C. P., lo que lleva a casar la sentencia recurrida en tal sentido, dictando otra que se ajuste a lo expuesto.

ser apreciada es preciso que los efectos objetos de la receptación guarden cierta analogía u homogeneidad con los propios del establecimiento mercantil o industrial propio del sujeto activo, es lo cierto que tal circunstancia concurre en el caso de autos, como claramente resulta del *resultando de hechos probados*, en el que aparece que el procesado es dueño de una carnicería y que los efectos por él adquiridos con conocimiento de su ilícita procedencia, procedentes de un anterior delito contra los bienes, fueron jamones, chorizos, etc., por todas cuyas razones debe desestimarse el recurso».

Sin embargo, la S. T.S. de 14 de diciembre de 1978 (A. 4157) no estimó habitualidad en el caso enjuiciado, toda vez que «el absoluto objetivismo de la habitualidad por profesionalismo que en forma específica y con presunción de *iure* se establece en el artículo 546 bis b) del C.P. ha sido corregido y atenuado por la jurisprudencia de esta Sala, la cual ha venido declarando que para que la habitualidad referida sea aplicable, es menester que las cosas que constituyan el objeto de la receptación guarden cierta homogeneidad o analogía con las mercancías propias del establecimiento mercantil o industrial de que se trate, lo que es lógico, ya que únicamente en tales circunstancias se facilita la ocultación y la venta de lo receptado, que es lo que constituye la *ratio essendi* del precepto, por lo que, al no constar en el resultado de hechos probados la clase o naturaleza de los materiales adquiridos por el procesado como procedentes de un delito anterior contra los bienes y, por tanto, no quedar acreditada la relación que pudiesen tener con el negocio de chatarrería a que se venía dedicando, procede estimar también el segundo motivo del recurso interpuesto por el mismo cauce procesal que el anterior y mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 546 bis b) del Código Penal.

Por el contrario, la meritada S. T.S. de 24 de marzo de 1977 proclamó que «esta Sala tiene declarado, entre otras, en Sentencias de 5 y 12 de abril de 1957 (A. 1268 y 953) y 23 de noviembre de 1959 (R. 3934), que la limitación establecida en el párrafo 2.º del artículo 546 bis a). en orden a la pena imponible a los receptadores, no es aplicable en los supuestos de habitualidad del párrafo 3.º; por ello, pues, como en el caso de autos, el procesado Cavetano S. M. se halla incurso tanto en el supuesto de habitualidad propia del párrafo 3.º del artículo citado, como en el de habitualidad impropia del artículo 546 bis b), dado que, según aparece del *resultando de hechos probados* de la sentencia recurrida, había sido anteriormente condenado, en sendas sentencias, por tres delitos de receptación y en el momento de adquirir los efectos procedentes del delito tenía abierto al público un establecimiento como chatarrero, es claro que procede estimar el único motivo del re-

curso interpuesto por el Ministerio Fiscal, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la L.E.Crim., en lo que respecta a la pena imponible, que es la establecida en el último párrafo del artículo 546 bis a), sin las limitaciones con que fue impuesta por la Sentencia recurrida».

«En cambio —continúa la citada Sentencia—, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel no es de estimar el referido motivo en lo que hace referencia a la procedencia de apreciar la concurrencia de la agravante de reincidencia, por las razones siguientes: es opinión doctrinal general la de que son compatibles las circunstancias de reiteración y reincidencia con la de habitualidad, como así lo ha declarado también este Tribunal, entre otras Sentencias de 6 de febrero de 1957 (R. 243) y 12 de febrero de 1963 (R. 857) y, a su vez, la diferencia entre unos y otro concepto ha sido reconocida en nuestro derecho positivo en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley de Vagos y Malcantes (R. 1933, 1137) y en la vigente de Peligrosidad Social (R. 1970, 1289, y N. Dicc. 23487), más ello no obstante, es preciso hacer las matizaciones siguientes: el legislador al tipificar tanto la habitualidad propia como la impropia, anteriormente referidas, ha atendido, sin duda, a aquella modalidad de la habitualidad representada por la profesionalidad criminal, que se caracteriza por la circunstancia de que el delincuente viva, aunque sólo sea parcialmente, de los productos del delito; por ello, pues, no ofrece dificultad el llegar a la conclusión de que la circunstancia agravante de reincidencia debe ser apreciada cuando los delitos anteriormente cometidos por el procesado siendo de los que estando comprendidos en el mismo título del Código no lo fueron del mismo artículo, pues cuando concorra esta forma específica de reincidencia, es decir, cuando todos los delitos por los que el procesado se hallare ejecutoriamente condenado al cometer los hechos, fueren delitos comprendidos en el artículo 546 bis a) del C.P. forzosamente se ha de entender que no es de apreciar la concurrencia de la mentada circunstancia de agravación, pues si la habitualidad no es otra cosa que la condición del inculpado resultante de la persistencia o repetición de hechos de la misma índole e idéntica finalidad delictiva es claro que en este último supuesto, habitualidad y reincidencia tienen por soporte la misma base fáctica, por lo que de estimarse ambas se reduplicaría la agravación con base en un idéntico o común antecedente, contrariando el principio *non bis in idem* y quebrantando el mandato contenido en el artículo 59 del Código Penal.»

Según la S. T.S. de 31 de mayo de 1975 (A. 2576), «el artículo 546 bis b) del propio C.P., en relación con el párrafo último del apartado anterior a), reputa habituales del delito de receptación a los dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria

o establecimiento abierto al público. Y basta la lectura del mismo para concluir en la indudable extensión que el legislador ha dado a la figura de la habitualidad, pues en lo subjetivo considera a dueños, gerentes o encargados, en lo objetivo se extiende a tienda, almacén, industria o establecimiento con tal que esté abierto al público. Se agrava en estos casos las penas en cuanto que este encubrimiento fomenta los delitos contra la propiedad, ampara la actividad delictual de los autores que saben que los productos sustraídos tienen más fácil salida a los mercados. Es, pues, una habitualidad objetiva, que no admite prueba en contrario y concurrirá siempre que se reúnan las dos condiciones del Código: receptación, con los requisitos señalados, y dirección o gestión de establecimiento abierto al público» (60). Si la Sala, declara la S. T.S. de 22 de junio de 1974 (A. 2926), refiriendo al recurrente dice del mismo ser camarero y arrendatario de un bar, pregona que como tal arrendatario del bar era dueño del negocio allí instalado del que venía a ser titular, pues no cabe ignorar que en el Derecho español, y concretamente en la L.A.U., se refiere, incluyendo y excluyendo, al arrendamiento de los locales de negocio y a los de la propia industria, pero sin que quepa dudar que en uno y otro caso el arrendatario deviene, mientras dure la localización arrendaticia, en titular y dueño del negocio que explote. Dándose, por consiguiente, plenamente la «habitualidad» presuntivamente preestablecida, y si un bar es un establecimiento abierto al público y de aquellos donde usual y corrientemente se viene suministrando a los asistentes tabacos y sellos de correos que fueron las cosas predominantemente robadas y donde fácilmente podía dar salida a lo receptado, se da, por consiguiente, la nota de homogeneidad que también ha venido exigiendo la doctrina de esta Sala.

El artículo 546 bis b) es, según la S. T.S. de 19 de diciembre de 1973 (A. 5047), «meramente complementario del precedente artículo 546 bis a), último párrafo, que tipifica la agravación espe-

(60) El T. S. declara no haber lugar a ninguno de los recursos de casación por infracción de Ley, interpuesto por Roberto M. G. y Alberto F. M. y por Horacio P. O. contra sentencia de la Audiencia en causa seguida a los mismos por delitos de malversación y receptación, toda vez que, examinando a la luz de estos principios el cuarto motivo del mismo recurso, invocando la aplicación indebida del art. 546 bis b) del C. P., se fundamenta el mismo en que no se ha probado que la venta de aceite se hubiera realizado en el establecimiento abierto al público que los recurrentes tienen en Sabadell, lo que excluye la habitualidad. Mas tal apreciación realmente combate la declaración de hechos probados, lo que bastaría para ser desestimado. Y un admitiendo el argumento y analizando su fondo ha de decaer, puesto que la sentencia afirma que los recurrentes eran indistintamente gerentes-administradores de la industria, que en Sabadell se dedicaba a la comercialización de aceites, añadiendo la sentencia que tal entidad industrial estaba bierta al público, por lo que la sentencia de instancia aplicó con acierto la agravación prevenida en el art. 546 bis a) en relación con el apartado b) del mismo.

cífica de habitualidad y se limita a sentar una razonable presunción *iure et de iure* de que los dueños de establecimientos abiertos al público que en ellos compran cosas sustraídas son habituales de este delito» (61). Por consiguiente, los empresarios que adquieran efectos delictivos «fuera» de sus negocios no son habituales del delito de receptación, al menos no quedan sometidos a la presunción consignada en el artículo 546 bis *b*), salvo, claro está, que el Tribunal, valorando con arreglo a la sana crítica la prueba practicada, aprecie, en conciencia, la habitualidad de aquéllos, en función del párrafo tercero del artículo 546 bis *a*) del C.P.

Por otra parte, la S. T.S. de 28 de junio de 1973 (A. 2920), siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral, ha sentado que la posible o imposible concurrencia entre la forma específica de habitualidad por profesionalismos del artículo 546 bis *b*) y la circunstancia agravante de reincidencia del número 15 del artículo 10 del C.P. en los reos de delitos de receptación que tengan establecimiento abierto al público, debe resolverse partiendo de que ambos técnicos, conceptos de habitualidad y reincidencia, son diferentes especialmente en lo formal, pues si en los dos se genera una repetición de actos, sin embargo los de la reincidencia tienen constancia judicial, en las condenas antecedentes, por delitos iguales o similares que generen el «estado de reidad», mientras que en la habitualidad es suficiente los medios de prueba y su apreciación, sin declaración culpabilística judicial previa, debiendo de tenerse en cuenta también que no dimanen ni del mismo supuesto ni de idéntico hecho, ya que dicha reincidencia se justifica por la mayor culpabilidad o perversidad del sujeto, que profesionaliza su quehacer, con superior riesgo social, por menor defensa, comunitaria, mientras que la habitualidad tiene su origen en punir con rigor a los industriales de establecimientos abiertos al público, porque encubren los delitos contra la propiedad y fomentan su realización, al tener los delincuentes más fácil salida al mercado de los objetos sustraídos, por lo que no requiere que los autores de las infracciones penales contra el dominio hayan sido anteriormente juzgados por delitos de la misma especie, al configurarse como una habitualidad impropia, diferente de la propia o común y obedecer a una objetiva presunción *iuris et de iure*, establecida en dicho precepto penal, para el encubridor. Que como a pesar de estas diferencias conceptuales, la habitualidad y la reincidencia, poseen en lo ma-

(61) El T. S. declara no haber lugar al recurso de casación que, por quebrantamiento de forma, e infracción de la Ley, interpuso el procesado Antonio E. L. contra sentencia de la Audiencia en causa seguida al mismo por receptación «toda vez que el procesado E. L. aparece como dueño de un establecimiento de chatarrería abierto al público en el que precisamente procedió a la compra de lo sustraído con conocimiento de la ilícita procedencia del género».

terial cierto paralelismo o equiparación, es preciso distinguir, en orden a su compatibilidad o incompatibilidad dos supuestos diferentes: aquél en que se dé la reincidencia por delito de receptación, anterior, que conste en los antecedentes penales, y que a su vez se tomare a efecto de cualificar la habitualidad del párrafo 3.º del artículo 546 a) del C.P., pues entonces no se puede duplicar un mismo hecho para la estimación de la reincidencia y de la habitualidad sin lesionar el principio *non bis in idem* que se acoge no expresa, pero sí claramente en el artículo 59 del C.P., al no admitir la concurrencia de circunstancias agravantes que sean inherentes al delito penado, pues la reincidencia en la receptación produciría equivocidad, al basarse la habitualidad sobre las decisiones judiciales precedentes, en cuyo especialísimo supuesto es obvio que la habitualidad apreciada en la receptación consume o absorbe la posible estimación en la reincidencia, no siendo ambas compatibles, y en segundo término, el caso en que la condena anterior no sea por receptación, sino por delitos comprendidos en su mismo título, cual el robo, hurto, estafa, etc., a que se refiere el número 15 del artículo 10 del C. P.; que pueden y deben estimarse como constituyentes de la reincidencia o en su caso de la multirreincidencia, y que actúan con autonomía, independencia y sin repetitividad fáctica, al margen de la habitualidad, derivada de la fórmula objetiva del artículo 546 bis b), y que se apoyaría entonces en los elementos de prueba, de poseer con el título legal de dueño, gerente o similar un establecimiento abierto al público, en cuyo supuesto la compatibilidad entre dichas reincidencias y habitualidad es posible, según ya admitió esta Sala en sus Sentencias de 6 de febrero y 20 de marzo de 1957 (R. 243 v 1249), 15 de diciembre de 1958 (R. 3761), 19 de octubre de 1962 (R. 3742) y 14 de febrero de 1963 (R. 537) que aplicó ambas causas de agravación en el propio caso juzgado (62).

En este sentido, la S. T.S. de 8 de febrero de 1957 (J. Cr., tomo XXXI) estableció que «ambas circunstancias pueden ser compatibles porque no dimanen del mismo hecho, ni siquiera del mismo supuesto, toda vez que la *ratio legis* que tuvo el legislador para estimar la habitualidad en el delito de receptación como cir-

(62) A la luz de esta doctrina decae el segundo motivo de Antonio L., porque la reincidencia que le fue apreciada fue debida a nueve delitos de hurto, sancionados precedentemente a la receptación de forma ejecutoria, y la habitualidad estimada deriva del hecho de poseer un almacén abierto al público para la compraventa de chatarra en el que compró la enorme cantidad ofrecida, conociendo su ilegítima procedencia, como producto del robo, por lo que ambos conceptos y circunstancias de reincidencia y habitualidad derivan de conductas distintas y de hechos diferentes, que no se absorben ni consumen en absoluto entre sí, al conservar su propia individualidad y que encajan respectivamente en el núm. 15 del art. 10 y en el art. 540 bis a) párrafo 3.º b) del C. P., por lo que la sentencia en este extremo se ajustó a derecho.»

cunstancia específica agravatoria de la penalidad es la de sancionar son más rigor a los industriales con establecimiento abierto al público porque ellos tienen una mayor facilidad que otra persona cualquiera para cometer y encubrir estos delitos amparados en el tráfico a que se dedican y por ello pueden más fácilmente eludir su responsabilidad, es decir, que como no se exige que el reo haya realizado con anterioridad infracciones penales de la misma naturaleza, es ésta una habitualidad impropia, a diferencia de la clásica o propia que supone la repetición de estos delitos por parte del sujeto cuya conducta constituye lo que la doctrina denomina criminalidad crónica, y en cambio la reincidencia tiene su motivación en otras razones diferentes, pues produce el efecto agravatorio porque supone una mayor peligrosidad y perversión en el delincuente que incide de nuevo en infracciones penales análogas, ya que con la repetición de hechos delictivos demuestra que no le ha producido efectos correctivos, ni siquiera intimidativos, la condena anterior» (63).

Finalmente, la referida S. TS. de 7 febrero 1961 tuvo la ocasión de proclamar que «el artículo 546 bis, b), tipifica más bien una figura de profesionalidad que no agota otras de hábito no específicamente definidas, ya que de otro modo, al dotar a este precepto de carácter exhaustivo, sobran las otras referencias a lo habitual y quedarían fuera del concepto, y, por lo tanto, directamente privilegiados los tráficos ilícitos de los no comerciantes, pero habituales, que en el léxico criminológico se acostumbra a denominar «*peristas*».

(63) El fundamento de hecho de la sentencia recurrida declara probado que los procesados vendieron el cable sustraído (600 metros de hilo de cobre de dos milímetros de diámetro, 100 metros de hilo neutro y 150 metros de varilla) al también procesado Avelino Antonio Rodríguez García, comerciante chatarrero con establecimiento abierto en Palencia, en la avenida del General Goded, número 26, el cual lo compró a sabiendas de que había sido sustraído por los hermanos procesados vendedores. El procesado Avelino Antonio Rodríguez García fue condenado por el delito de hurto por la Audiencia de Oviedo, en cuantía de 600 pesetas, con fecha 28 de febrero de 1952, a dos meses y un día de arresto mayor.

La sentencia recurrida condenó al procesado como autor responsable del delito de receptación con habitualidad del artículo 546 bis b) del C. P., a la pena de diez años de presidio mayor, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

No obstante, el Tribunal sentenciador, con espíritu ponderado, ante la gravedad y desproporción de la pena necesariamente aplicada, tuvo el acierto de poner la vista en el párrafo segundo del art. 2.º del Código sancionador, para que el castigo no alcance el grado de notablemente excesivo que merecería si se mantuviera el forzosamente impuesto en la resolución recurrida.»

7. ETIOLOGIA DE LA RECEPCION PROFESIONAL

7.1. PLANTEAMIENTO

Como afirma LARGUIER (64), «la receptación, por sí misma, interesa al comerciante incluso fuera de estos “negocios” penalmente reprobables que forman los mismos receptadores». En efecto, «*el receptor hace al ladrón*», se ha dicho con mucha razón. Aunque la receptación se produce, por definición, después de la infracción origen de los objetos receptados —ésta es a menudo la actitud del receptor y su misma existencia— que impulsan a ciertos individuos a ser culpables de infracciones que no cometerían si no sabían de antemano, a buen seguro, poder vender los productos: ya sea, como sucede a veces, que el receptor hace un pedido de objetos que durante un tiempo se venden bien, o que el ladrón sepa encontrar generalmente buena acogida entre el hábil receptor.

Sin duda estos acuerdos no se alcanzarán sin algunos regateos; los receptadores, menos acuciados por las necesidades que sus proveedores, pueden esperar y hacer negocio caso de rechazar el trato. Dichosos —y raros— son los ladrones que obtienen la mitad del valor de los objetos robados (el más alto precio, salvo milagro): un adagio del «medio» afirma que «el receptor siempre gana».

Por tanto, cuando los ladrones profesionales sustraen no dinero, sino otras cosas, por regla general no las retienen, sino que las entregan en seguida a otras personas, que por ello —en el caso de que conozcan la procedencia furtiva— se hacen responsables de receptación.

Por otra parte, el botín, según su clase y cantidad, es vendido a comerciantes de viejo autorizados, chamarileros, que sucumben a la tentación de adquirir a bajo precio mercancías de ilícita procedencia o vendida por piezas a personas pertenecientes al círculo de amigos o conocidos del ladrón; los ladrones profesionales evitan la mayoría de las veces llevar los objetos delictivos al Monte de Piedad, pese a que el contenido de los empeños es secreto, por lo que en caso de sospecharse que proceden de robo, la Policía necesita un mandamiento judicial para efectuar su revisión.

Los receptadores profesionales son también, según SEELIG (65), en parte «delinquentes profesionales por aversión al trabajo, que se especializan en la receptación como forma de lucro ilícito.

(64) LARGUIER, Jean: *Droit Pénal des affaires*, Librairie Armand Colin, París, 1970, p. 172.

(65) SEELIG, Ernesto: *Tratado de Criminología*, traducción española de José María Rodríguez Devesa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 122.

«A mi modo de ver, los "peristas", es decir, los profesionales de las compras ventajosas, que necesariamente tienen turbio origen (66), son "delincuentes económicos de cuello blanco que violan, sistemáticamente, el principio general de la buena fe, imprescindible en el tráfico juridicomercantil"».

En efecto, son «delincuentes económicos» porque realizan su actividad delictiva al amparo de una empresa, es decir, de una «organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado» (67); y, en tanto que, v. gr., adquieren a bajo precio con conocimiento de su ilícita procedencia, joyas de oro y plata engarzadas con brillantes y esmeraldas fácilmente desmontables, para la posterior fundición del oro y la plata en lingotes, perturban notoriamente la disciplina jurídica del negocio dirigida esencialmente a regular ese tráfico juridicomercantil, atacando, de esta suerte, no sólo los intereses patrimoniales del legítimo propietario desposeído, sino además —y es lo que importa subrayar aquí— «el orden público económico».

Asimismo, los referidos «peristas» son «delincuentes de cuello blanco» porque la receptación profesional, generalmente, es cometida por personas pertenecientes a las clases socioeconómicas media y alta en el desarrollo de sus actividades profesionales, que actúan según una «doble moral», pues como sostiene DÍEZ-PICAZO (68), «el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico-social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico».

Y es indudable que aunque en virtud del artículo 38 de la Constitución Española de 31 de octubre de 1978:

«Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación», dicha libertad de empresa no puede legitimar, en ningún caso, que unos se enriquezcan rápidamente merced a los citados tráficos ilícitos mientras que otros en el cumplimiento de sus obligaciones juridicomercantiles, más allá de la mera constancia formal en los

(66) HUIDOBRO, Leopoldo: «Encubrimiento», *REEP*, 1974, núm. 24, páginas 83 a 85.

(67) BROSETA: *Manual...*, op. cit., p. 88.

(68) DÍEZ-PICAZO en prólogo a la obra de Franz WIEACKER *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1977, pp. 19 y s. Traducción española de José Luis Carro.

libros de la contabilidad (libro de inventarios y balances y libro Diario, art. 33 del C. de C.) de las operaciones realizadas actúen de buena fe en sus relaciones comerciales, puesto que la competencia desleal de los peristas crea una situación contraria al principio de «*igualdad ante la ley*», conforme al cual «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14 de la Constitución); precepto al que yo añadiría la locución «*o económica*», puesto que de hecho no es imposible imaginar el supuesto en que el perista, movido por su astucia e inteligencia, goce de absoluta impunidad *sine die*, con el consiguiente «enriquecimiento injusto», negado por completo al honrado comerciante.

Sin embargo, la receptación profesional no es un «delito contra la confianza en el tráfico jurídico», pues, como observa acertadamente NOVOA MONREAL (69), «es éste un bien que trasciende el interés privado de una o más personas, porque mira al ennoblecimiento de cierta clase genérica de relaciones jurídicas, pero que no puede ser confundido con un orden público económico por cuanto, en el último tercio, protege y beneficia sólo a grupos humanos más o menos amplios que realizan tráfico de negocios y no a toda la colectividad». A pesar de todo, no son los mecanismos jurídicos los que explican la realidad del control social sobre la delincuencia patrimonial y en especial la económica; como anota QUINTERO OLIVARES (70), las leyes por sí solas no bastan «aun cuando fueran técnicamente inmejorables».

En consecuencia, los factores explicativos de la receptación profesional son los siguientes:

7.2. FACTORES PERSONALES

El perista está dotado de una gran habilidad, exactamente que el médico, el abogado o el albañil. Todos los recursos de su ingeniosidad están orientados hacia la preparación y la ejecución del crimen, la breve ocultación de las mercancías adquiridas y las gestiones pertinentes para deshacerse rápidamente de los efectos delictivos.

En caso de detención procuran arreglar el proceso; la destreza manual y la fuerza física son factores secundarios, los elementos principales son la astucia, la inteligencia y el espíritu de empresa.

(69) NOVOA MONREAL, Eduardo: «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», *ADCP*, 1982, p. 69.

(70) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Economía e instrumentos represivos», en *PAPERS. Revista de Sociología*, núm. 13 *Sociedad y Delito*, Ediciones Península, Barcelona, 1980, pp. 200 y s.

Por ello no consideran sus actos «criminales» en razón del prestigio profesional y elevada posición social de la que gozan, apoyada por la habitualidad con que el hecho ilícito se comete en el grupo socioeconómico al que pertenecen.

Así, como afirma GARMENDIA (71), los delincuentes «de cuello blanco» han mantenido su respetabilidad desde la «invisibilidad» que han «podido» rodear a sus actos, no sólo eludiendo la detección de las agencias de control, sino evitando con éxito la correspondiente legislación penal.

Pero es que, además, el receptor profesional, como todo empresario capitalista, es en lo que respecta a su predisposición intelectual agudo y perspicaz. Está familiarizado con las debilidades y defectos de su prójimo. Como «negociador» es dúctil y posee al mismo tiempo un gran poder de sugestión. Estas dotes intelectuales van acompañadas de una gran «energía vital», que es la condición indispensable de todo espíritu «emprendedor». Todas las características del empresario que constituyen condiciones necesarias para obtener el éxito: la resolución, la tenacidad, la perseverancia, la actividad incansable, las continuas aspiraciones, la osadía, el valor: todas tienen sus raíces en una poderosa fuerza vital.

7.3. FACTORES SOCIOECONÓMICOS

Las características propias del sistema capitalista son decisivas a la hora de explicar el fenómeno delictivo de la receptación profesional. Se trata del legítimo deseo de enriquecimiento y del sistema de la libre competencia. Actualmente, escribe WEBER (72), con nuestras instituciones políticas civiles y comerciales, con las actuales formas de la industria y la estructura propia de nuestra economía, el «espíritu del capitalismo (moderno)» podría explicarse como producto de adaptación. El orden económico capitalista necesita esta entrega a la «profesión» de enriquecerse: es una especie de comportamiento ante los bienes externos, de tal modo adecuado a aquella estructura, ligado de tal manera a las condiciones del triunfo en la lucha económica por la existencia, que ya no requiere apoyarse en la aprobación de los poderes religiosos. La «concepción del mundo» va determinada por la situación de los intereses político-comerciales y político-sociales. Quien no adapta su conducta práctica a las condiciones del éxito capitalista se hunde o, al menos, no asciende demasiado. De ahí que «la empresa capi-

(71) GARMENDIA, José A.: «Desviación y organización social», en *Estudios Penales y Criminológicos*, V., Universidad de Santiago de Compostela, 1981, página 276.

(72) WEBER, Max: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Traducción española de Luis Legaz Lacambra. Ediciones Península, S. A., Barcelona, 5.ª edición, 1979, pp. 71 y s.

talista —subraya SOMBART (73)—, orientada como está a la obtención de beneficios, alberga en sus entrañas la tendencia a un afán de lucro desenfrenado y desconsiderado».

Ciertamente, la vida económica de las sociedades modernas está en un eterno estado de irritación morbosa, porque el objetivo de la industria, que es la conquista de la naturaleza al servicio del hombre, no está ni adecuadamente expresado en su organización ni presente en el ánimo de los empleados en ella, porque no se la considera una función, sino una oportunidad para el lucro, la promoción o la ostentación personales. En este sentido merece especial atención la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo elevada al Gobierno en 1970, en la que se indicaba lo siguiente:

«El aumento de la producción y el consumo, la creciente actividad económica, el clima de negocios fáciles y los ejemplos de rápido enriquecimiento han estimulado a muchos audaces a lanzarse al campo de la industria y el comercio sin preparación ni experiencia, con más espíritu de jugador que con el de hombre de empresa» (74).

Si el hombre está lo bastante preocupado por ganar dinero, su comportamiento reflejará esa preocupación y será aproximadamente el mismo en cualquier tiempo o lugar, según GALBRAITH (75). Por sentido moral, por precaución o por coincidencia, la mayoría permanecerá, lógicamente, dentro de la ley.

En opinión de PEARCE (76), «la dedicación de los capitalistas al lucro y al crecimiento, y su actitud calculadora respecto de las relaciones económicas políticas y sociales, los predisponen a obrar en forma ilegal cuando ello corresponde a sus intereses». Conforme a las pruebas del análisis radical, el gobierno y los negocios son inseparables, de tal modo que, a juicio de QUINNEY (77), «únicamente con el derrumbe de la sociedad capitalista y la creación de la sociedad, basada en principios socialistas, habrá una solución para el problema del crimen».

(73) SOMBART, Werner: *El burgués*. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno. Versión española de María Pilar Lorenzo. Revisión de Miguel Paredes. Alianza Editorial, S. A., Madrid, 3.ª edición, 1979. página 366.

(74) Citada por Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO en «Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal», *ADCP*, 1981, p. 709.

(75) GALBRAITH, John Kenneth: *La era de la incertidumbre*. Una historia de la ideas económicas y de sus consecuencias. Traducción española de J. Ferrer Aleu. Plaza & Janés, S. A., Editores, Barcelona, 1981, p. 65.

(76) PEARCE, Frank: *Los crímenes de los poderosos*. El marxismo, el delito y la desviación. Traducción de Nicolás Grab. Siglo Veintiuno Editores, S. A., México, 1980, p. 138.

(77) QUINNEY, Richard: «Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal», en *Criminología crítica*, por I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG. Siglo Veintiuno Editores, S. A., México, 1977, p. 252.

Ahora bien, sabido es que tanto en una sociedad capitalista como en una socialista no todo el mundo puede triunfar: siempre hay perdedores. En los fracasados se manifiesta un fuerte sentimiento de culpabilidad debido a la intensa interiorización de las «normas» en la sociedad occidental, que se traduce, frecuentemente, en neurosis.

¿Significa esto que el perista es un delincuente por sentimiento de culpabilidad? FREUD (78), preguntándose si es verosímil que tal causación entrañe considerable importancia en los delitos de los hombres, escribió lo siguiente:

«De los delincuentes adultos hemos de restar, desde luego, todos aquellos que cometen delitos sin sentimiento de culpabilidad, aquellos que no han desarrollado inhibiciones morales o creen justificada su conducta por su lucha contra la sociedad. Pero en la mayoría de los demás delincuentes tal motivación podría muy bien ser posible, aclararía algunos puntos de la psicología del delincuente y procuraría a la pena un nuevo fundamento psicológico.»

A mi juicio, el receptor profesional es un rebelde que, simulando sus actividades delictivas tras una fachada de reseptabilidad, lucha contra el orden jurídico establecido y el sistema de valores dominante en la sociedad, ya sea capitalista o socialista. Y ello es así porque en sus respuestas a la influencia social el perista no ha interiorizado suficientemente valores o creencias fundamentales para el correcto desempeño de su actividad profesional; v. gr.: el respeto a la propiedad ajena, el principio de la buena fe en el tráfico jurídico mercantil, la aspiración a obtener un lucro racionalmente legítimo mediante el ejercicio de su profesión y el interés por su empresa para que prospere y sea rentable, es decir, que produzca «*beneficios lícitos*».

Por otra parte, conviene tener en cuenta que en épocas de inflación o falta de mercancías, en que las cosas de toda clase encuentran fácilmente comprador sin preguntar por su procedencia, alcanza la receptación su coyuntura más alta, aunque también en otros períodos el ladrón profesional de gran formato necesita asegurarse de antemano un tomador precisamente al receptor profesional, quien a su vez se especializa según la clase de las cosas robadas que recibe: receptadores de pieles, receptadores de joyas o metales nobles, que casi siempre disonen de las relaciones correspondientes con el comercio holandés de joyas, receptadores de autos, los cuales realizan en muchas ocasiones las necesarias modificaciones del aspecto exterior y de los números

(78) FREUD, Sigmund: *Obras completas*, tomo III, traducción española por Luis López Ballesteros y de Torres, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1973, páginas 2427 y s.

del motor y del chasis (79), traficantes de obras de arte (80).

Según WEISS (81), es frecuente la participación de mujeres en la comisión del delito de receptación.

Especialmente un largo «paro», que en épocas de crisis económica alcanza con frecuencia también a los que quieren trabajar, puede agotar la capacidad de resistencia existente contra los estímulos criminógenos del mundo circundante: más de una persona decente ha sucumbido de este modo a la tentación de mezclarse en un tráfico clandestino, comprar cosas robadas, etc. Con razón afirma LÓPEZ-REY (82) que «el debilitamiento económico da lugar a delitos tales como la receptación de mercancías robadas».

Pero es que además, dada la «psicosis de robos» que actualmente se padece, la gente vende oro sin necesidad antes que le roben (83). Para la operación compra se exige al vendedor documentación necesaria de procedencia del objeto que desea vender, bien una factura o certificado industrial que así lo acredite, evitando con ello que los ladrones encuentren campo libre para camuflar el botín de sus fechorías. Ocurre al contrario que en las entidades de tipo benéfico, donde pignorar cualquier objeto de valor no supone comprometer el nombre de quien se acerca a la ventanilla. En el comercio de joyería, por el contrario, se siguen a rajatabla las normas de seguridad dictadas por la ley y la policía judicial, a través del *Grupo Especial para Joyas*, se encarga de su leal observancia; se trabaja con cuidado esmero en la receptación de cualquier pieza, pues bien pudiera ser robada; así, disponen incluso de relación de joyas de mala o dudosa proceden-

(79) En el año 1981 la Policía del aeropuerto de Amsterdam desarticuló una banda que se dedicaba al tráfico de automóviles robados, los cuales enviaban al sur de España y de allí a Marruecos. La banda había enviado así un centenar de vehículos, todos marca Mercedes, durante los tres últimos años. Fuente: *El Correo de Andalucía*, 18-XII-1981.

(80) Recientemente la Policía española ha conseguido desarticular una red internacional de robo y tráfico de obras de arte y ha recuperado, a través de Interpol, más de trescientos objetos artísticos españoles que se encontraban escondidos en depósitos clandestinos distribuidos entre Alemania Federal, Bélgica y Holanda. Fuente: *El Correo de Andalucía*, 16-IV-1982.

(81) WEISS: *Die Hehler*, KrimAbh, 13. En el mismo sentido, DOERNER: «Hehler», en *HWK*. Citados por SEELIG en *Tratado...*, op. cit., p. 122, nota 108.

(82) LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel: *Criminología*, tomo II, Editorial Aguilar, S. A., 1978, p. 82.

(83) El oro, por otra parte, ha subido como la espuma, unas diez veces más alto su valor que hasta no hace mucho; mejor que el oro propiamente dicho, todo lo que a su alrededor gira es lo que ha experimentado subidas escandalosas. Porque el preciado metal sigue valiendo la cantidad de 3.333, el puro, para aleación: en joyería se emplea el de 18 kilates, al precio oficial de 1.300 pesetas el gramo. La plata, en cambio, ha bajado. Igual ocurre con los brillantes, que su mercado bajó también. El momento psicológico para la venta de oro se ha hecho notar bastante; por eso, pensando en el robo, casi todos venden. Fuente: *El Correo de Andalucía*, 23-IX-1980.

cia, con detalle de cada una de ellas y hasta de fotografías de quienes la hayan sustraído, por lo general delincuentes contra la propiedad. Requisito indispensable para la compra de estos objetos es el Documento Nacional de Identidad al día del vendedor.

Dichas medidas de seguridad se han reforzado merced al Real Decreto 3390/1981, de 18 de diciembre (*BOE* de 27 enero 1982), relativo al «comercio de objetos usados que contengan en su composición metales o piedras preciosas y perlas finas». En su exposición de motivos se afirma que:

La Real Orden de 19 de enero de 1924, regulador de la materia, se ha revelado insuficiente para hacer frente a la delincuencia que afecta al sector relacionado con las actividades objeto del presente Real Decreto...

Es, pues, imprescindible someter a un riguroso control el comercio de objetos usados que contengan en su composición metales o piedras preciosas y perlas finas, y exigir a los titulares de dicha actividad que adopten las adecuadas medidas de seguridad para prevenir los riesgos a que está sometida...» (84).

(84) Por su interés, reproducimos íntegramente el mencionado decreto:

La Real Orden de diecinueve de enero de mil novecientos veinticuatro, regulador de la materia, se ha revelado insuficiente para hacer frente a la delincuencia que afecta al sector relacionado con las actividades objeto del presente Real Decreto, siendo de todo punto necesaria la colaboración de dicho sector para la efectividad de la labor que tienen encomendada las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Es, pues, imprescindible someter a un riguroso control el comercio de objetos usados que contengan en su composición metales o piedras preciosas y perlas finas y exigir a los titulares de dicha actividad que adopten las adecuadas medidas de seguridad, para prevenir los riesgos a que está sometida.

En su virtud, a propuesta del Ministerio del Interior, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.

DISPONGO:

Artículo primero.—Quienes se dediquen al comercio de objetos usados de oro, plata, platino, con o sin piedras preciosas o perlas finas, deberán cumplir cuantos requisitos exija la legislación vigente para el ejercicio de dicha actividad y figurar dados de alta en el epígrafe o epígrafes correspondientes de la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial.

Artículo segundo.—Los titulares de la actividad a que se refiere el artículo anterior deberán llevar un libro-registro foliado y sellado en todas sus hojas por la Jefatura Superior o Comisaría de Policía correspondiente, en el que, por orden correlativo y sin interrupción de continuidad, sentarán todas las operaciones que realicen, consignando:

- Fecha de la operación.
- Nombre, apellidos, domicilio y número del documento nacional de identidad del interesado o interesados.
- Peso y clase de metal del objeto y, tratándose de piedras preciosas, el peso en quilates.
- El precio abonado.
- Reseña, en su caso, de la papeleta de empeño.
- Fecha de enajenación del objeto u objetos.

En el Derecho comparado, ya BENTHAM (85) sostenía que «los delitos fundados en presunciones suponen dos cosas:

Asimismo, deberán consignarse cuantos otros datos puedan contribuir a una mejor identificación del origen o procedencia del objeto.

Artículo tercero.—Igualmente, las personas a que se refiere el artículo primero de este Real Decreto deberán cumplimentar unas hojas-contrato, que habrán de coincidir con la numeración del asiento del libro-registro correspondiente y contener los mismos datos que se consignan en el citado libro-registro.

Tales hojas, que se ajustarán al modelo del anexo I, deberán entregarse semanalmente en la Jefatura Superior o Comisaría de Policía correspondiente para su diligenciado, debiendo ser recogidas por el interesado quince días después.

Artículo cuarto.—El desguace o fundición de los objetos a que se refiere este Real Decreto, para venderlos en forma de lingotes u otras análogas, requerirá la previa comunicación del comerciante a la Jefatura Superior o Comisaría de Policía correspondiente, mediante impreso que éstas facilitarán, según modelo que figura en el anexo II del presente Real Decreto.

Artículo quinto.—Los funcionarios del Cuerno Superior de Policía podrán inspeccionar los libros-registro y las hojas-contrato, así como las mercancías sujetas a este comercio, cotejando los asientos efectuados con las mercancías existentes en los establecimientos respectivos, de cuyo resultado levantarán acta, facilitando copia al comerciante interesado.

En la práctica de tales inspecciones los comerciantes vendrán obligados a prestar toda la colaboración y a proporcionar cuantos datos les sean requeridos.

Artículo sexto.—Las infracciones que se cometan contra lo preceptuado en el presente Real Decreto y en las normas que lo desarrollen serán sancionadas por las autoridades gubernativas de acuerdo con las potestades que les otorga el ordenamiento vigente, con multas de cien mil a un millón de pesetas, atendidas la naturaleza y circunstancias de la infracción y sus efectos.

DISPOSICION ADICIONAL

Se exceptúan de los requisitos a que se refiere este Real Decreto las transmisiones hechas por los titulares de establecimientos industriales, comerciales o de servicios en favor de quienes lo sean de industrias o comercios legalmente habilitados para la transformación o comercialización de piedras y metales preciosos o perlas finas.

DISPOSICION TRANSITORIA

Se concede un plazo de seis meses para que todos los establecimientos comprendidos en el ámbito de aplicación de este Real Decreto procedan a adaptar sus instalaciones a lo establecido en los Reales Decretos dos mil doscientos doce/1978, de veinticinco de agosto, y tres mil sesenta y dos/1979, de veintinueve de diciembre, sobre medidas de seguridad en joyerías y platerías.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Se autoriza al Ministerio del Interior para dictar las normas necesarias en desarrollo y aplicación de este Real Decreto.

Segunda.—Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto y en especial la Real Orden de diecinueve de enero de mil novecientos veinticuatro.

Tercera.—Este Real Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dado en Madrid, a dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.

(85) BENTHAM, Jeremías: *Tratados de Legislación Civil y Penal*. Edición

- 1.^a Desconfianza del sistema judicial.
- 2.^a Desconfianza de la prudencia del juez.

En Inglaterra ha pensado el legislador, añade el citado autor, que el jury, demasiado propenso a hacer gracia, no vería en estas presunciones una prueba cierta del delito, y ha hecho del acto mismo que produce la presunción un delito separado, un delito independiente de otro cualquiera. En los países en que los tribunales gozan de una entera confianza del legislador, pueden colocarse estos actos en el artículo que les corresponda y ser considerados como presunciones, dejando al juez sacar de ellos las consecuencias.

El equivalente norteamericano del perista es el *fence*. Los *fences* están organizados en una red que a veces cubre las principales ciudades de América. Asimismo se establecen relaciones de alguna permanencia entre un grupo de delinquentes y el *fence* a quien «sirven» (86).

En suma, el delito de receptación es un negocio que se verifica en los planos nacional y transnacional en el que cada vez resulta más difícil distinguir entre delinquentes que son (o se consideran ellos mismos) «profesionales» o a jornada completa y las personas que ofrecen la imagen de un legítimo hombre de negocios o financiero: el comportamiento de cada grupo, en un mercado o circunstancias financieras análogas, aparece en muchos casos sorprendentemente similar. Un ejemplo simple, que según parece ha cobrado mayor auge en el Reino Unido y otros países europeos en los últimos años, es el fraude *long-firm* (también conocido en Estados Unidos como *bust-out* o *scam*). En este tipo de fraudes se crea una sociedad o un grupo de sociedades con el propósito ostensible de dedicarse al comercio (sea al por menor o al por mayor); se establece un crédito, a menudo mediante referencias cruzadas entre una sociedad fraudulenta y otra; se adquieren grandes cantidades de productos a crédito; se venden dichas mercancías por una fracción de su valor, bien por procedimientos legítimos o a través de «receptores en gran escala de mercancías robadas», y acto seguido se disuelven las compañías fraudulentas, bien declarándose en bancarrota o por el expediente más simple de la desaparición de los directores (87).

preparada por Magdalena Rodríguez Gil. Editora Nacional, Madrid, 1981, página 382.

(86) Citado por Fernando DÍAZ PALOS en «Notas» a la traducción a la obra de Theresa BERLIN STUCHINER, LL. B.: *Delitos y penas en los Estados Unidos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1959, p. 124.

(87) Citado por Antonio BERISTAIN en *Crisis del Derecho represivo*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S. A., Madrid, 1977, p. 37.

La criminalidad de estas grandes empresas transnacionales afecta directa y considerablemente a la criminalidad en general y, por ende, a la criminología y la política criminal. Su criminalidad es reflejo, según LÓPEZ-REY (88), de un proceso de transformación sociopolítica y económica en el que la ciencia y la tecnología aplicada juegan papeles decisivos: la concentración gigantesca de la producción, la transformación y distribución de mercancías y bienes, consecuencia en gran parte de la mayor tecnificación y del mayor costo, inevitablemente dan lugar a la formación de grandes empresas que, nacional y transnacionalmente, son las únicas capaces de llevar a cabo con la debida celeridad y efectividad los procesos señalados.

Frente a la criminalidad de estas grandes empresas multinacionales dotadas de gran expansión y poderío, el Derecho Penal, al servicio de los valores comunitarios e individuales, es un recurso social mediante el que se consigue, como subraya acertadamente CUELLO CONTRERAS (89), «una aportación de cohesión social, en cuanto los individuos que componen la comunidad realizan uno de los ideales de vida en sociedad: tomar conciencia colectiva de que la sociedad que forman no puede subsistir sin un pacto mediante el que se comprometan a respetar las condiciones mínimas de convivencia (entre otras, *que nadie debe ser desposeído de su patrimonio sin su voluntad o mediante engaño*)».

Por consiguiente, para ser válida cualquier modificación de la organización social en lo que respecta a la represión del crimen, debe estar basada, en opinión de SUTHERLAND (90), «en el respeto del interés general y del bienestar social. Estas medidas no serán eficaces más que cuando reduzcan al mismo tiempo todas las demás zonas de corrupción moral».

(88) LÓPEZ-REY: *Criminología...*, op. cit., pp. 290 y ss.

(89) CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *La definición de criminalidad*. Competencias del Derecho penal y de las Ciencias Sociales, CPC, 1981, núm. 15, p. 454.

(90) SUTHERLAND, Edwin E.: «Le voleur professionnel», en *Déviance et Criminalité*, textes réunis par Denis Szabo avec la collaboration de Andre Normandeau, Librairie Armand Colin, París, 1970, p. 330.

VIII. LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA RECEPCION PROFESIONAL

Además de la pena de prisión mayor y multa de 750.000 a 1.500.000 pesetas, los receptadores profesionales pueden ser inhabilitados para el ejercicio de su profesión o industria o cerrados temporal o definitivamente sus establecimientos «cuando a juicio del Tribunal los hechos previstos en los artículos anteriores fueren de suma gravedad», según dispone el artículo 546 bis, d), del C.P.

Sin embargo, conviene observar que así como la inhabilitación especial para el ejercicio profesional constituye una pena «grave» según la clasificación establecida en el artículo 27 del C.P. —negadora, por otra parte, del derecho que todos los españoles tienen «al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia» (art. 35.1 de la Constitución Española)—, el cierre temporal o definitivo del negocio representa, por el contrario, una «medida de seguridad», pues aquél no se encuentra en la escala general de penas que regula el citado artículo 27 del C.P.

Estas severas sanciones están justificadas, según CUELLO CALÓN (91), a causa de las crecientes actividades criminales de los «peristas», gentes del hampa delincuente, 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 estos 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 postguerra —observa el citado autor—, en particular debido al enorme valor alcanzado por los metales, se han intensificado en enormes proporciones las actividades de estos receptadores profesionales. Y como muchos de sus clientes son niños a los que compran todo género de efectos robados, les incitan de este modo a continuar sus fechorías delictivas y constituyen así un poderoso estímulo para la corrupción y la delincuencia juvenil.

No obstante, será la jurisprudencia, cuya labor espiritualizadora está por encima de cualquier encarecimiento, la que habrá

(91) CUELLO CALÓN, Eugenio: «Modificaciones introducidas en el Código Penal en materia de encubrimiento por Ley de 9 de mayo de 1950», *ADCP*, página 351.

de enfrentarse, como toda la práctica de los Tribunales, ante un caso evidente, en opinión de PÉREZ Y PÉREZ (92), de «discrepancia entre la voluntad interna legislativa y la voluntad aparente plasmada en el texto legal. Temperamento provisorio para las Audiencias de lo Criminal podría ser —paliando así los efectos tajantes de la mayor pena prescrita legalmente— el juego del arbitrio sancionador que recoge y proclama el artículo 546 bis, e). «En efecto —como observa BELTRÁN BALLESTER (93)—, el Código Penal requiere, previo a la decisión, que los Tribunales mediten sobre determinadas condiciones referidas siempre al culpable o al acto, y luego, teniéndolas en cuenta, pueden decidir con arreglo a su conciencia. Así, y sólo así, el arbitrio judicial será prudente y ponderado, como debe ser.»

Por consiguiente, «el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (art. 741, párrafo primero), debiendo consignar en dicha sentencia, conforme exige el párrafo segundo del citado precepto, los elementos de juicio establecidos en el artículo 546 bis, e), que «ordena» a los Tribunales que gradúen la pena en cada caso «atendiendo a la personalidad del delincuente y circunstancias del hecho, y entre éstas a la naturaleza y valor de los efectos del delito». Por tanto, el Código Penal dota a los Tribunales de Justicia de dos «criterios valorativos» con los que graduarán las penas en todos los casos de receptación que conozcan: «la personalidad del delincuente y las circunstancias del hecho delictivo», pues así como no sería razonable, según GIBBONS (94), «esperar ver en el delincuente "ocasional" ciertas peculiaridades que lo distinguan del no-delincuente, la justicia del caso concreto exige ponderar, de un lado, la «peligrosidad criminal» de los «peristas», y, de otro, los factores personales y socioeconómicos concurrentes en tales sujetos, a fin de que la sentencia guarde en todo caso la necesaria proporción entre la sanción penal, la gravedad del hecho delictivo y la personalidad del procesado como exigencia indeclinable de la justicia y de la dignidad de la persona humana. De este modo, la pena debe garantizar de manera justa los intereses del individuo [la denominada por MEZGER (95) «con-

(92) PÉREZ Y PÉREZ: *Ante...*, op. cit., p. 191.

(93) BELTRÁN BALLESTER, Enrique: «El arbitrio judicial en el Código Penal español y la nueva redacción de la regla sexta de su artículo sesenta y uno», en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979, p. 75.

(94) GIBBONS DON, C.: *Delincuentes juveniles y criminales*. Su tratamiento y rehabilitación. Traducción de Antonio Garza y Garza. Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 93.

(95) MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, traducción y

sideración o respeto a la personalidad», impregnando así de «*humanidad*» —esto es, la consideración de la personalidad— la administración de la justicia punitiva] (96).

notas de Derecho Español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, pp. 412 y ss.

(96) Las estadísticas judiciales de los delitos de receptación cometidos en España y de los penados ingresados en prisión por estos hechos delictivos, son las siguientes:

	<i>Delitos cometidos (receptación)</i>
AÑO 1974	
1. Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción	198
2. Jurisdicción Castrense	5
3. Penados ingresados en prisión	34
AÑO 1975	
1. Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción	139
2. Jurisdicción Castrense	1
3. Penados ingresados en prisión	30

Fuente: Presidencia del Gobierno. Instituto Nacional de Estadística. *Estadísticas Judiciales de España*. Años 1974-75. Madrid, 1976.

	<i>Delitos cometidos (receptación)</i>
AÑO 1977	
1. Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción	92
2. Jurisdicción Castrense	2
3. Penados ingresados en prisión	11

Fuente: Ministerio de Economía. Instituto Nacional de Estadística. *Estadísticas Judiciales de España*. Año 1977. Madrid, 1979.