

Sobre una inadvertida modificación del artículo 544 del Código penal

GERARDO LANDROVE DIAZ

Profesor Ayudante de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela

El delito prevenido en el artículo 544 (1) de nuestro Código penal, esto es, la usura realizada con abuso de la impericia o pasiones de un menor (2) goza de gran tradición en nuestro ordenamiento.

Ya en el Código de 1822, artículo 771, y con una tipología de gran amplitud, en la que se incluía no sólo el abuso del menor de edad, sino también el de "cualquiera que esté en interdicción judicial por incapacidad física o moral" (3), se incriminaban conductas similares a la sancionada en el precepto a que hacemos mención, si bien encuadradas en el capítulo destinado a las estafas y otros engaños (4).

El texto penal de 1848 otorga al tipo la redacción que, con escasas

(1) Art. 544: "Será castigado con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamos de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma".

(2) FERRER SAMA (*Circunvención de menores*, en "Revista de Derecho español y americano", julio-agosto, 1957, pág. 4) encuentra aceptable, si bien por "motivos fundamentalmente prácticos" la expresión "circunvención de menores" para hacer referencia a la mencionada infracción. Postura que no goza de gran aceptación en nuestra Patria, por entenderse que es inoportuna la restauración de dicho término, que de verbo activo anticuado califica el Diccionario de la Real Academia Española con significación de "estrechar u oprimir con artificios engañosos", demasiado alejada del significado dogmático del tipo que no requiere la efectividad del engaño sino tan sólo el aprovechamiento de la inferioridad psicológica del menor, por todo lo cual no nos parece conveniente la restauración doctrinal del término por no responder al exacto contenido del actual artículo 544.

(3) En términos de gran amplitud se concibe al respecto el art. 643 del Código Penal italiano, de "circonvenzione di persone incapaci", en el que se otorga protección legal, no sólo a los menores, sino también a aquellos que se encuentran en estado de enfermedad o deficiencia física.

(4) Art. 771: "Cualquiera que abusando de la debilidad o de las pasiones de un menor de edad que sea hijo de familia, ya esté sujeto a tutor o curador, o de cualquiera que esté en interdicción judicial por incapacidad física o moral, hubiere conseguido hacerle firmar alguna escritura de obligación, o de liberación o finiquito, por razón de préstamos de caudales, o géneros o efectos, cualquiera que sea la forma bajo la cual se haya contratado; o hubiere percibido de dichas personas, abusando igualmente de sus circunstancias, alguna cosa vendida, empeñada, cambiada, alquilada o depositada, sin autoridad legítima, sufrirá un arresto de diez días a un mes, y una multa de diez a cien duros".

variaciones, habría de subsistir hasta nuestros días, regulándolo en el artículo 447, entre las estafas (5). Concepción y encuadramiento sistemático que no habría de modificarse por el Código de 1870, que lo trata en el artículo 553 (6).

La profunda crisis económica que a finales del siglo XIX se produce en España provocó una gran virulencia en el terreno de la usura, y usuraria es la conducta a que hacemos referencia al margen de su ubicación sistemática, que desembocó en una revisión a fondo de las concepciones liberales que habían cristalizado en una ineficaz regulación jurídica en la materia. El primer y fundamental fruto de esta orientación fue la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, y debida a la iniciativa de don Gumersindo de Azcárate, texto legal que acabó con el régimen de absoluta libertad en la estipulación de intereses. La Ley Azcárate supone un paso extraordinario en la evolución de nuestro Derecho tendente a prevenir la usura, declarando la ilicitud civil de los préstamos usurarios, que en ella se definen legalmente por vez primera en nuestra patria. Supone el nacimiento de una postura del legislador español que habría de concretarse en la decidida incriminación de la usura que en el Código de 1928 se acomete.

En el Código promulgado por el Gobierno de la Dictadura del General Primo de Rivera se elevó la usura a la categoría de delito, "criminalización" de esta inmoral actividad que pugna con el liberalismo mal entendido que en este sentido informó la actividad legislativa del siglo XIX. Consecuencia inmediata de ello fue el lógico desplazamiento del precepto referente al abuso de menores que, tradicionalmente había sido colocado por nuestros textos punitivos entre las estafas, y que en este momento encuentra una más adecuada integración en el art. 740, y dentro del Capítulo "De la usura" (7).

(5) Art. 447: "El que abusando de la impericia o pasiones de un menor le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derecho por razón de préstamo de dinero, créditos u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se haya encubierto bajo otra forma, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del 10 al 50 por 100 del valor de la obligación que hubiere otorgado el menor".

(6) Art. 553: "El que abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciera otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derecho por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma, será castigado con las penas de arresto mayor o multa del 10 al 50 por 100 del valor de la obligación que hubiere otorgado el menor".

(7) Art. 740: "El que abusando de la impericia o pasiones de un menor le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma, será castigado con las penas de dos meses y un día a dos años de reclusión y multa del 10 al 50 por 100 del valor de la obligación que hubiera otorgado el menor, sin que sea nunca menor de 1.000 pesetas. Se presumirá que hay abuso de la inexperiencia del menor o incapacitado siempre que el contrato se celebre sin la intervención del padre, de la madre o del tutor. No eximirá de ninguna de las res-

El Código penal de 1932 tipificó la usura en los términos que, sin sustancial mutación, se consagran en el Texto revisado de 1963, suponiendo una simplificación de la sistemática demasiado prolija y, por ello, no siempre clara del Código de 1928. El criterio adoptado por el legislador republicano fue el de sancionar criminalmente tan sólo aquellas conductas usurarias que evidenciaren una mayor peligrosidad del agente y permitiesen hacerle un más intenso juicio de reproche, esto es, aquellas formas "más intolerables" de usura, exigiéndose para la punición que a la realidad de un préstamo usurario se uniese el encubrimiento del mismo, la habitualidad en la dedicación o el abuso de la impericia o pasiones de un menor de edad, figura esta última que encuentra descripción en el art. 534 de aquel Cuerpo legal (8).

En idénticos términos se pronuncia al respecto el art. 544 del Texto refundido de 1944, y en el capítulo que a la configuración de la usura se destina en el Título XIII de su Parte especial (9).

La dilatada trayectoria histórica de la infracción en nuestro ordenamiento jurídico pone de relieve el abolengo que esta forma de usura reviste en nuestra patria. Lo que no obsta, por otro lado, para la escasa aplicación del precepto por nuestros Tribunales (10), estado de cosas que puede predicarse en casi todas las latitudes y sistemas de incriminación de conductas usurarias de toda índole (11), siendo en esta forma delincencial, y por sus específicas características, muy crecida la "cifra negra".

El contenido del art. 544 aparece sorprendentemente modificado en el Decreto de 28 de marzo de 1963, por el que se aprueba el Texto re-

ponsabilidades expresadas el hecho de que el menor se atribuyere falsamente bienes, derechos o condiciones de edad o de otra clase que puedan influir en su capacidad o responsabilidad".

(8) Art. 534: "Será castigado con la pena de presidio menor en sus grados medio y máximo y multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma."

(9) Art. 544: "Será castigado con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones de un menor, le hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma."

(10) En nuestros repertorios de jurisprudencia tan sólo se menciona la ya lejana sentencia de 24 de octubre de 1895, en la que el Tribunal Supremo conoció de un supuesto de aplicación del precepto que por aquel entonces recogía esta figura del abuso de la impericia o pasiones de un menor.

(11) En nuestra patria, han resultado proféticas las predicciones que respecto de la dificultad de prueba de estas infracciones realizó NÚÑEZ DE CEPEDA (*Comentarios al Código penal de 1932*, La Coruña, 1932, pág. 396), dificultad de aplicación que con respecto al actual sistema francés de punición de la usura ha sido puesta de relieve recientemente por HIRSCH (*Pour servir à une monographie de l'usure*, en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, abril-junio 1966, pág. 137).

visado del Código penal, regulándose en los siguientes términos: "Será castigado con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas el que, abusando de la impericia o pasiones en un menor, hiciere otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo o transmisión de derechos por razón de préstamo de dinero, crédito u otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma", alteración que supone sustituir la expresión "de un menor" por "en un menor", y, lo que es más importante, omitir el pronombre "le" que antecedió a los términos "hiciere otorgar".

Creemos se trata de una modificación no prevista en la Ley de 23 de diciembre de 1961, que establece las Bases para la revisión y reforma del Código y de otras leyes penales (12). Este texto legal plantea la lógica necesidad de elevación de la cuantía de las multas, con las limitaciones que fija en su base 1.^a, y, apunta modificaciones de índole técnica, que pueden ser de tres clases: a) creadoras de nuevas figuras delictivas; b) remodeladoras de las existentes; c) de carácter sistemático. Incuestionablemente, una variación del tipo del art. 544 en su "nueva redacción" sería encuadrable en el segundo de los apartados mencionados, sin que a ello se haga alusión alguna en la referida Ley de Bases.

Por otro lado, la base 19 establece que "Se procederá a la depuración de antinomias, anacronismos, repeticiones y a la corrección de erratas y de estilo en los artículos que lo exijan." Si la modificación observada en el precepto a que hacemos mención se encuentra justificada en esta base es cuestión que hemos de plantear teniendo en cuenta lo prevenido en el Texto legal que realiza la revisión del Código.

El Decreto de 24 de enero de 1962, por el que se procede a la revisión parcial del Código punitivo, en cumplimiento de lo preceptuado por la Ley de Bases de 1961, y consecuentemente con el silencio que esta guarda al respecto, no hace referencia alguna al art. 544 en su artículo 1, que es precisamente el que determina las modificaciones técnicas del Código.

En el art. 2 del Decreto, y en cumplimiento de la base 1.^a, se modifica exclusivamente la cuantía de la multa establecida en el artículo 544 (13).

Se procede en el art. 5, y como consecuencia del mandato de la base 19, a la depuración de antinomias, anacronismos, repeticiones y correcciones de los artículos del Código que lo exigían, no mencionándose.

(12) La revisión y reforma del Código y de otras leyes penales que determina la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 "es de más pequeña monta" que la realizada en el año 1944, según se reconoce en su Exposición de motivos, carácter que viene determinado por la situación de espera en que nos encontramos con relación a una reforma total de nuestro sistema punitivo vigente. La modificación se centra fundamentalmente en la doctrina particular de los delitos, con ligeros retoques, no exentos de interés, de la teoría general contenida en el Libro primero del Código.

(13) Pudiendo imponerse ahora desde 5.000 a 250.000 pesetas.

tampoco, el art. 544 en el precepto (14). Quizá hubiere podido encontrarse en la base 19 fundamento para la nueva redacción de la expresión "en un menor" y no "de un menor", aún sin entrar en la discusión de si ello supone una efectiva mejora de estilo en el texto (15), pero la otra modificación observada, esto es, la supresión del pronombre "le", y con ello de la exigencia de actuación por el propio menor en el otorgamiento de la obligación perjudicial, no parece encontrar acomodo en los criterios que informan la tantas veces mencionada base 19, por tener carácter sustantivo y afectar profundamente a la estructura del tipo, pero, aún al margen de que pueda o no hipotizarse el otorgamiento por alguien distinto del menor y con abuso de la impericia o pasiones de éste, es evidente que al no estar prevista legalmente la reforma, es la alteración del texto una anomalía que debe ser subsanada (16).

Como consecuencias negativas de la inadvertencia de lo que parece ser un error de transcripción pueden ser señaladas las siguientes:

1. La circulación de diferentes ediciones del Código penal, texto revisado de 1963, que recogen una diversa redacción del art. 544. Así hay:

- a) Ediciones que transcriben el tipo sin más modificación en su texto que la determinada por la variación de la cuantía de la multa, respetando los términos del Código del año 1944 (17).
- b) Ediciones que recogen la modificación, sin hacer advertencia alguna en el sentido de que ésta se haya producido efectivamente (18).
- c) Ediciones que dan cabida en el texto a parte de la modificación, permaneciendo el resto inalterado (19).

(14) El *B. O. E.* del 5 de marzo de 1963 salva errores sufridos al reproducir el texto del Decreto de 24 de enero del mismo año, no siendo mencionado el tipo de abuso de la impericia o pasiones de un menor.

(15) Con BUENO ARÚS (*La Reforma del Código penal español de 1963, Exposición y anotaciones*, Separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1964, pág. 57), entendemos por "correcciones de estilo" las "modificaciones introducidas meramente en la redacción de los artículos, cambio de una palabra por otra análoga o más precisa, variación en el género o número de un sustantivo o un pronombre, supresión de pleonasmos, sustitución de una expresión por otra similar, etc.". No hace el mencionado autor referencia alguna a la supuesta modificación del precepto en cuestión, salvo la ya apuntada en la cuantía de la multa.

(16) No habiéndolo sido por el *B. O. E.* de 18 de mayo de 1963, que salva errores sufridos en la reproducción del Decreto de 28 de marzo de 1963.

(17) *Código penal, Texto revisado de 1963*, anotado y concordado por E. CUELLO CALÓN, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1963.

(18) *Código penal, Texto revisado 1963*, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1963; *Código penal, Texto revisado 1963*, en *Códigos y Leyes Españolas* "C. Y. L. E.", Editorial Lex, Madrid, 1963; *Código penal, Texto revisado 1963* de DEL ROSAL, COBO, R. MOURULLO y CASTRO, Madrid, 1963; *Código penal, Texto revisado de 1963*, de Editorial Góngora, S. A., Madrid, 1963.

(19) *Código penal, Texto revisado de 1963*, de QUINTANO RIPOLLÉS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, que sustituye la primitiva expresi-

2. El confusionismo que ello puede producir en la doctrina. En este sentido hay que mencionar cómo LUZÓN CUESTA y ARROYO DE LAS HERAS (20), en su comentario al precepto, entienden que ha sido modificado por el Decreto de 28 de marzo de 1963 que suprime el pronombre "le" que precedía al verbo "hiciera otorgar", destacando como "ello tiene su importancia, puesto que, mientras, de acuerdo con la anterior redacción, se precisaba en todo caso como requisito indispensable, para la existencia de este delito, que el abuso produjera el efecto de hacer otorgar al menor alguna obligación, descargo, etc., cabe ahora la posibilidad de que dicho otorgamiento se efectúe por persona distinta del menor, concurriendo siempre los restantes requisitos para la existencia de este delito, que permanecen inalterados." Recogen asimismo, los citados comentaristas, y como modificación del artículo, la sustitución de la expresión "de un menor" por "en un menor".

Sin embargo, la inmensa mayoría de la doctrina no advierte ni hace referencia a la curiosa modificación, que nosotros ahora denunciaremos. Así, en los manuales de Derecho Penal de más reciente aparición se respeta la redacción del art. 544, recogiendo única y exclusivamente, la modificación en la cuantía de la pena de multa (21), criterio adoptado, asimismo, en alguno de los comentarios que al Código penal se han publicado (22).

Por el contrario, otros comentaristas de la revisión del Código penal transcriben la nueva redacción, aún sin hacer alusión alguna a que ésta se haya producido (23) lo que nos reafirma en la creencia de que se trata de una errata inadvertida que debe ser salvada.

3. Las dudas que respecto de la determinación del texto vigente del precepto pudieren plantearse constituirían, lógicamente, un serio obstáculo en la labor del intérprete.

Como consecuencia de todo lo mencionado, y teniendo en cuenta

sión "de un menor" por "en un menor", manteniendo, sin embargo, el pronombre "le" ante los términos "hiciera otorgar". Quizá ello venga a su vez determinado por una errata propia de la edición, con lo que una adversa fortuna parece ensañarse con el artículo 544.

(20) Cfr. LUZÓN CUESTA, J. M. y ARROYO DE LAS HERAS, A., *El Código penal, Texto revisado 1963*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1963, página 231.

(21) Cfr.: QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho penal, III*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 301; RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., *Derecho penal español, Parte especial*, segunda edición, Valladolid, 1966, pág. 473.

(22) Vid.: QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 1027.

(23) Cfr.: DÍAZ VALCÁRCCEL, L. M., *La revisión del Código penal y otras Leyes penales*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1964, pág. 290, que, sin embargo, y ello es sintomático, en el índice que destina a la relación de artículos afectados por la revisión incluye el 544 entre aquéllos "cuya única modificación estriba en la cuantía de la pena de multa".

que "sólo puede hablarse de interpretación una vez que se conoce y está firme el texto de la ley" (24), resulta evidente la urgente necesidad de que se proceda a subsanar este error (¿de imprenta?) que se ha deslizado en un artículo de tan rancio abolengo en nuestro ordenamiento punitivo como el 544 y cuya "nueva redacción" no está en absoluto prevista en la Ley de Bases de 1961 ni en el Decreto de 24 de enero de 1953, por el que se procede a la revisión parcial del Código, surgiendo inopinadamente en el texto del Decreto de 28 de marzo de 1963 y planteándonos desde entonces la compleja problemática a que sucintamente hemos hecho mención, sin que en la ulterior fe de erratas de 18 de mayo de 1963 se restituya su verdadero texto al artículo, que resultó alterado en el periódico oficial.

Se impone, pues, la corrección del yerro, rectificación que como ha puesto de relieve, y con carácter general, JIMÉNEZ DE ASÚA (25), no será un caso de interpretación auténtica, por que no se tratará de una nueva ley, ni de disposición con eficacia de tal, "sino de la ley misma nuevamente publicada sin errores".

Necesaria corrección de una posible errata de imprenta que no plantea dificultad alguna en su oportuna rectificación, ya que puede ser sanada sin formalidad de ninguna índole, al no ser jurídicamente relevante por carecer de una voluntad legislativa (26); y que razones de utilidad práctica, al mismo tiempo que exigencias de técnica legislativa parecen reclamar imperiosamente para poner fin a la serie de problemas de índole bien diversa, que con relación a la inadvertida modificación del art. 544 pudieren plantearse.

(24) Cfr.: MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I (traducción del Profesor RODRÍGUEZ MUÑOZ), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 136.

(25) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, II, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1950, pág. 370.

(26) En este sentido, vid.: MEZGER, E., *Tratado cit.*, pág. cit., y JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado cit.*, pág. 371.