

Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal

Artículo 8.º, 1.º. Enajenación mental.

La enajenación mental que exime de responsabilidad criminal, según el número 1.º del artículo 8.º del Código penal, exige en el hombre delincuente un estado patológico o morboso que le prive totalmente del mecanismo intelectual del conocimiento, y el psíquico de la voluntad, indispensables positivamente para la imputabilidad penal, teniendo que faltar, por tanto, todo nexos moral e ideal, entre la acción y el resultado delictivo, y también hallándose ausente el saber que se efectúa la violación legal, por lo que cualquiera que sea la enfermedad, en su vario contenido, que se enmarque dentro de la amplia y acertada fórmula legal de la enajenación mental, lo esencial, son las consecuencias que genere, dentro de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, rectoras de la conducta humana, que han de hallarse totalmente afectadas y anuladas, para que se produzca el efecto de exención o de irresponsabilidad criminal plena, pues de existir solamente atenuadas en su contenido actuará la semienfermedad, con su correlativa consecuencia de apreciar una imputabilidad disminuida por la vía del número 1.º del artículo 9 del mismo cuerpo legal. (S. 30 noviembre 1976.)

Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa.

Agresión ilegítima de un lado y *defensa necesaria* de otro son los dos soportes sobre los que gira toda *legítima defensa*, ya en su versión primaria y completa de justificante, ya en su acepción subsidiaria e incompleta de causa de inculpabilidad; consecuencia de lo cual es aquella constante jurisprudencial de esta Sala que excluye de la eximente —en cualquiera de dichas dos versiones— la llamada *riña mutuamente aceptada* que no es sino una variante de la pretendida “legítima defensa recíproca” que la mejor doctrina trata de espúrea e inadmisibles, puesto que trabada la riña sin que pueda reconocerse de quién partió la provocación y subsiguiente *agresión*, cada uno de los contendientes ha de reputarse agresor recíproco del otro, con lo que claramente falta la circunstancia primera de la mentada eximente, requisito que ya se ha dicho ha de reputarse básico tanto en la exención completa como en la imperfecta y que, a su vez, condiciona el esencial carácter de la *necesidad* de

la defensa, implícito en la frase "obrar en defensa" que se contiene en cada uno de los apartados cuarto, quinto y sexto del artículo cuarto del Código penal y con que se inaugura la legítima defensa propia, de parientes y de extraños, lo que equivale a decir: obrar en situación o estado de necesidad defensiva, o lo que es lo mismo, que si no puede señalarse o apreciarse una ilegítima agresión, tampoco puede estimarse la necesidad de una reacción defensiva, lo que invalida la aplicación de la eximente en cualquiera de sus grados. (S. 13 diciembre 1976.)

Artículo 8.º, 7.º. Estado de necesidad (en delitos culposos).

Si bien la doctrina establecida por esta Sala, en sentencias de 24 de septiembre de 1953, 23 de junio de 1955, 1 de febrero de 1960, 16 de abril de 1962 y 16 de enero de 1968, se ha mostrado refractaria a estimar la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los delitos culposos, cuando la necesidad había sido provocada, en todo o en parte, con anterioridad por el propio necesitado, con su comportamiento negligente o antirreglamentario, y debido a su ausencia de voluntad, que se contraponía y chocaba, con la exigencia en la eximente, de que el agente lesione un bien jurídico o infrinja un deber, con el deseo o propósito de originar un mal y, por tanto, actuando voluntariamente, sin embargo, actualmente, la jurisprudencia, en sentencias de 29 de enero y 15 de junio de 1971, ha admitido la operatividad del estado de necesidad dentro de la culpa previa, pues en el comportamiento culposo, como opina la mejor doctrina científica, que aboga por la aceptación de la eximente en tal supuesto, si bien falla la voluntad proyectada sobre el evento, existe sin embargo para lesionar la norma de cuidado, al actuar voluntariamente sin cautelas, con falta de atención o negligentemente, por lo que parece que incluso en las situaciones de necesidad provocadas por la culpa propia —y más aún la ajena— cabe hacer actuar dicha eximente, pues el requisito 2.º del número 7.º del artículo 8.º del Código penal le permite, al referirse a que la situación de necesidad, no haya sido provocada intencionalmente, y la culpa está fuera de esta querida provocación, evitando esta operancia de la eximente en la culpa, una nueva manifestación del repudiable "versarismo", porque la existencia de la actuación primaria imprudente no puede cohibir el conflicto de bienes y su apropiada solución; debiendo de concurrir todos los requisitos propios de dicha circunstancia para poder actuar dentro de la culpa y concretamente un peligro o mal actual, grave y eminente, que amenace un bien jurídico, y que es el mal que se trata de evitar según el texto legal y que obliga para poder salvarlo a la lesión de otro bien jurídico, causando otro mal no mayor que el eludido —proporción entre los males—, actuándose en definitiva con el juego de tres males: el que se trata de salvar, el que se propone lesionar y el que efectivamente resulte vulnerado, pero en todo caso el "acto necesitado" debe ser totalmente inevitable, imposible de dejar de realizarse, operando, por su misma naturaleza, como requisito básico y primario de la eximente, sobre el cual se montan todas las demás exigencias, por lo que si el medio a que el agente recurrió era innecesario, la eximente no puede de ninguna manera surgir. (S. 29 octubre 1976.)

Artículo 9.º 1.º. Enajenación mental (incompleta).

La secuela producida por el accidente en el recurrente es "gran disminución de función intelectual y volitiva" que le impide darse perfecta cuenta del alcance de sus actos en toda su extensión, y que a sabiendas de lo que hacía, aunque con capacidad disminuida...", aplicó el dinero a usos propios. Luego no hay turbación total de facultades mentales, hay sólo disminución, o como dice el considerando de la sentencia, restricción en relación con las de una persona normal, que le impide abarcar el alcance perfecto de sus actos, en toda su extensión. De donde se infiere que no existe nulidad de facultades ni impedimento para conocer y querer. Existe sólo una limitación que encaja perfectamente, como hizo la Sala de instancia, con toda corrección en la eximente incompleta del artículo 9.º, 1.º, en relación con la 1.ª del artículo 8.º con su consecuencia legal, ordenada en el artículo 66 del Código penal, de aplicar la pena inferior en uno o dos grados que fue lo que en definitiva hizo la sentencia recurrida y ello lleva a la desestimación del motivo que se estudia. (S. 30 noviembre 1976.)

Artículo 9.º, 1.º. Trastorno mental transitorio (incompleto).

En el recurso se impugna la falta de aplicación de la eximente primera del artículo 8 del Código penal de trastorno mental transitorio del recurrente en lo relativo a la muerte del vigilante por padecer oligofrenia unida a la existencia de un síndrome postraumático, entrando la situación estructural de su personalidad en crisis con la violencia o el alcohol, argumentando escuetamente en sus fundamentos legales y doctrinales darse los presupuestos necesarios para considerar su conducta inimputable, motivo que no es posible aceptar, pues aún cuando el procesado se encuentra afectado de oligofrenia en grado de intensa debilidad mental, como manifestación de un síndrome postraumático que disminuye su capacidad para conocer la injusticia de sus actos y orientar su conducta conforme dicho conocimiento, según declaran los hechos probados en los que no consta obrara el procesado bajo los efectos de trastornos mental transitorio producido por el alcohol, ya que en ningún momento consta bebieran con exceso; y la enajenación para ser tenida como causa de inimputabilidad exige que quien la padezca, se halle en un estado de absoluta y completa perturbación de sus facultades mentales, colocando al sujeto en un estado de manifiesta inconsciencia para sus determinaciones en vida de relación (sentencia de 27 de junio de 1969), lo que no ha sucedido en el presente caso, en el que como los otros procesados cenó con ellos acordando realizar lo que después llevaron a efecto, ejecutando los actos criminales como habían previsto, sin ser privado en ningún momento de su libre albedrío, por consiguiente la oligofrenia en grado de debilidad mental padecida por el recurrente sólo tiene fuerza para apreciarla como circunstancia atenuante (sentencia de 12 de mayo y 8 de junio de 1960) del número primero del artículo 9 en relación con el número primero del artículo 8 del Código penal. (S. 17 diciembre 1976.)

Artículo 9.º, 3.ª. Menor edad.

Los límites objetivos cronológicos de la edad penal, para determinar el alcance de la inimputabilidad absoluta o de la imputabilidad relativa, han de determinarse, por la prueba documental de la fecha del nacimiento, según las partidas registrales de tal acto, o en su defecto, por justificaciones periciales médicas que la determinen, según precisan los artículos 375, 376 y 785, norma 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo la sentencia penal recoger la edad con precisión, directa, o al menos con "facta concludentia" cuando tenga que surtir efectos en orden a la exención o a atenuación de la responsabilidad criminal, sin crear dudas, que de existir, deberían interpretarse en beneficio del reo, por el humanitarismo que domina en el ámbito penal, y necesaria eficacia de la interpretación "in bonam partem".

Otorgando efectividad a la anterior doctrina, es de toda evidencia, que la sentencia recurrida calificó adecuadamente la presencia de la atenuante de menor edad del núm. 3.º del artículo 9 del Código punitivo, y no aplicó, porque así procedía, la eximente de minoría de edad del núm. 2.º, del artículo 8.º, del propio cuerpo legal, que es la que patrocina como de adecuada estimación, el único motivo del recurso, puesto que si el hecho probado proclama que el inculpaado recurrente nació el 6 de mayo de 1956, entró en relaciones de amistad con la muchacha, dos años más joven que él, *en el mes de octubre del año 1972*, que se convirtieron en íntimas carnales, produciéndole la rotura del himen, *en "fecha no determinada de mayo o primeros días de junio siguiente"* realizando luego varios días el coito de perfecto acuerdo ambos, no puede menos de todo ello, que precisarse, que si nació el culpable el 6 de mayo de 1956, *cuando inició las relaciones* en octubre de 1972, *ya era mayor de dieciséis años de edad*, y que al realizar los coitos a partir de mayo y junio *siguiente*, estaban éstos claramente situados dentro del año de 1973, y ya tenía más de diecisiete años, por lo que no puede ponerse en duda el encaje de su edad cronológica dentro de la referida atenuante y de la imputabilidad disminuida que abarca la edad comprendida entre los dieciséis y dieciocho años, sin que pueda devalorarse a eximente en el orden criminal, por superar la edad de dieciséis años ostensible y ciertamente, pues todo el recurso es una pura incongruencia dialéctica, ya que no ha tenido en estima la diferencia numérica entre las fechas, indicadas de nacimiento y comienzo de las relaciones, ni tampoco que si los coitos se efectúan en los meses de mayo y junio *siguientes al de octubre de 1972*, se ubican dentro del año de 1973, estando, como se dijo, bien aplicada la atenuante referida, y resultando imposible de hacerlo con la eximente pretendida, y la inimputabilidad solicitada, por no haber duda alguna sobre la edad penal del inculpaado. (S. 18 diciembre 1976.)

Artículo 9.º, 5.ª. Provocación.

El único motivo de casación acusa error de derecho en la sentencia de instancia, al aplicar la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal muy calificada del número cinco del artículo 9 del Código penal, haber pre-

cedido provocación o amenaza adecuada por parte del ofendido, debiéndose haber aplicado la eximente cuarta del artículo 8 del mismo Cuerpo legal, legítima defensa, la que sólo tiene justificación cuando se obra impulsado exclusivamente por espíritu de defensa, por lo que no es posible aplicarla en la riña mutuamente aceptada, ni siquiera como circunstancia eximente incompleta, y habida cuenta que en el supuesto contemplado, después del incidente surgido en el Mesón donde se encontraba el procesado con un grupo de amigos, y llamara la atención y recriminara a otro grupo que se encontraba en el establecimiento, negándose a pagar a la camarera el importe de las consumiciones efectuadas, se entabló una violenta discusión, desafiando los de este segundo grupo al procesado a que saliera a la calle a ventilar la cuestión, insistiendo ya en la calle por segunda y tercera vez, incluso poniendo en duda su cualidad de hombre, y el recurrente en vez de haber continuado en el Mesón con su grupo de amigos donde no corría ningún peligro, optó, guiado por su carácter pendenciero y habitual esgrimidor del arma blanca en su reyerta por salir a la calle en la que le esperaban los contrarios, lo que suponía sin duda de ningún género la plena aceptación de la riña a que era provocado, y así sucedió, al verse acometido por sus contrincantes, extrajo del bolsillo una navaja que portaba de hoja de acero afilada y puntuaguda, de seis y medio centímetros de longitud, la que clavó sobre uno de los que ejercían violencia contra él, con ánimo de privarle de la vida, causándole heridas en el hipocondrio izquierdo, con trayectoria hacia cavidad abdominal, perforando peritoneo, que no tuvo fatal desenlace por haberse practicado a la víctima oportuna exploración quirúrgica; deduciéndose del desarrollo de los hechos lo acertado del Tribunal "a quo", aplicando a la conducta del procesado la circunstancia quinta del artículo 9, en grado de muy cualificada por las reiteradas provocaciones de que fue objeto y la imposibilidad de apreciarle la legítima defensa por haber aceptado voluntariamente la riña, procediendo, por consiguiente, la desestimación del motivo. (S. 17 noviembre 1976.)

Como esta Sala ha tenido ocasión de declarar con insistencia, la causa de atenuación moral y subjetiva de provocación ilegítima, núm. 5.^a, del artículo 9 del Código penal, requiere para su configuración de la concurrencia de tres elementos básicos: a) que el ofendido "provoque" al agresor, lo que supone, según la acepción idiomática de su verbo nuclear, que excite, incite o induzca a otro a que efectúe una cosa estimulándose con palabras u obras, o sea, que la provocación se realice injuriándole en cualquier forma, o bien empleando las vías de hecho; b) que la provocación sea inmediata en su procedencia al delito, dándose la reacción seguidamente, y c) que la provocación sea injusta, sin que en ningún caso pueda derivarse de un acto lícito, al resultar necesaria la indispensable antijuridicidad inicial en el quehacer de la víctima. (S. 14 diciembre 1976.)

Artículo 9.º, 7.ª. Motivos altruistas.

La reforma llevada a cabo en 1944 instauró, con carácter genérico, una atenuante de nuevo cuño, la séptima del artículo 9.º del Código penal: *la obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, no*

menos que la atenuación específica establecida por el artículo 318, que permite en determinados delitos de falsedad—entre ellos la documental—imponer la pena inferior en grado teniendo en cuenta, entre otros criterios, la *finalidad perseguida por el culpable*; con cuyos preceptos el legislador penal de nuestros días ha tratado de salir al paso de casos de agudo contraste—algunos de ellos con gran resonancia popular—entre el formalismo legal, propio de toda tipicidad penal, y la motivación altruista de la conducta—casos en los que la ocultación de la filiación ilegítima se mostraba como más característicos al respecto—y que trataron de resolverse en el “status” anterior, bien de manera drástica, negando la antijuricidad material por adecuación a la norma de cultura, bien acudiendo con técnica no menos forzada a la media vía de la culpa (Sentencia de 22 de octubre de 1940), por “ausencia de móvil bastardo”; de suerte que superados tales escollos con los actuales remedios legales, la doctrina de esta Sala no ha vacilado en tales supuestos, los de atribuir una filiación legítima al que carece de esta cualidad, bien en acudir a la aplicación de la atenuante séptima del artículo 9, como muy calificada (Sentencias de 31 de mayo de 1946, 8 de marzo de 1950, 9 de julio de 1953, 5 de junio de 1956, 12 de junio de 1963, 17 de abril de 1964 y otras), bien a la atenuación específica del artículo 318 (Sentencia de 30 de julio de 1947), llegando, incluso, en algún caso de notorio *error de prohibición* a la total inculpabilidad (Sentencia de 26 de abril de 1963).

Aplicada la anterior doctrina interpretativa al *motivo segundo* del recurso se hace inexcusable su estimación en cuanto propugna el aprecio de la atenuante séptima del artículo 9 del Código penal de obrar la recurrente—y consiguientemente su correo—por motivos altruistas de notoria importancia, una vez que al provocar con su falsa declaración antes referida la inscripción como legítimo del hijo habido de ellos fuera de matrimonio, estuvieron evidentemente impulsados por el afán de ocultar la mácula de ilegitimidad o de filiación natural en su vástago, de cara al futuro del mismo y en el comprensible y humano deseo de que no fuera rebajado en la valoración social por causa de su nacimiento, con la secuela de limitaciones que para el futuro del hijo tiene aquella censura comunitaria, siquiera cada vez más debilitada en los tiempos actuales; situación anímica la de los procesados que debe tener adecuada traducción jurídica por los canales atenuatorios de que se ha hecho mérito, sin que sea ya necesaria la aplicación del artículo 318 del Código penal, una vez que se acoge por esta Sala la mencionada circunstancia genérica, con carácter de muy calificada y, por ello, más beneficiosa que la específica atenuación, en cuyo sentido se casa la sentencia recurrida, haciendo extensivo el beneficio penal al otro procesado. (S. 6 diciembre 1976.)

Artículo 9.º, 11. Cumplimiento de un deber.

Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio y cargo, atenuante que exige ante todo una racionalidad o adecuación en el cumplimiento del deber, no pudiendo apreciarse cuando la necesidad del empleo de la fuerza está ausente, dando lugar a un abuso de poder, por haber traspasado el medio necesario para el ejercicio legítimo de un derecho, el que

se provea a los guardas jurados para el uso de sus funciones de rifles o carabinas, no significa que puedan hacer uso indiscriminado de ellas; se les otorga como medio de defensa, en el supuesto de ser atacado o para su empleo en casos verdaderamente excepcionales que, hagan absolutamente indispensable su utilización, nunca para disparar sobre un simple ladrón de melones que huía. (S. 10 diciembre 1976.)

Artículo 10, núm. 13. Nocturnidad.

La circunstancia agravante de responsabilidad de nocturnidad número trece del artículo 10 del Código penal, requiere, a tenor de su propia morfología y estructuración, de dos requisitos básicos para su configuración y apreciación legal: el objetivo y externo de realizar el hecho penable durante la real y efectiva presencia de la noche, al amparo de la oscuridad, por ausencia de luz natural, y el subjetivo o intencional constituido por el aprovechamiento de tal circunstancia temporal y cronológica que la busca el agente de propósito, o en su caso, la aprovecha voluntariamente, con fines de aseguramiento o mayor facilidad en la perpetración del hecho punible imputado, y siendo así que el relato fáctico de la sentencia impugnada afirma y acredita que puestos previamente de acuerdo el recurrente y otro coprocesado "en la noche buscada de propósito del 11 al 12 de diciembre de 1973" llevaron a efecto el delito de robo por el que han sido condenados, lo que vuelve a ratificarse en el tercero de los Considerandos, al valorar la Sala de Instancia "que la noche fue buscada de propósito para el mejor logro de sus fines", aparecen inequívocamente reflejados los dos elementos precisos para la correcta estimación de la agravante cuestionada, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva esgrimida en el único motivo del recurso, consistente en la insuficiencia de los datos descriptivos relatados en el "factum", porque tratándose de una capital como Barcelona, hubiera sido necesario referir la influencia que realmente puede tener la noche, la hora aproximada de cometer el delito y la iluminación de la calle, para poder sopesar adecuadamente el efecto que en la mayor culpabilidad, y por tanto en el plus de dolo, ejerció aquélla en el actuar de los procesados, ya que todo ello va implícito en la "ratio legis" de referida circunstancia, que presupone el ser maliciosamente buscada la mayor peligrosidad del culpable que quiere el idóneo auxilio de la oscuridad para tener mayor libertad de ejecución, superior posibilidad de huida e impunidad y notoria dificultad para su identificación, siendo irrelevante la hora con tal de operar amparado en las sombras por carencia de luz solar o artificial, ya que todos estos factores son los que presuponen y determinan un menor riesgo para el malhechor y una más acusada alarma, pudiendo agregarse finalmente, que aunque no pueda desconocerse que la vida nocturna de las ciudades populosas haya mermado la soledad de sus calles, no es menos evidente que tal vida nocturna no suele hacerse en la vía pública, y que ésta queda prácticamente sin, o con muy escasos transeúntes, cuya presencia pueda estorbar los atentados contra la propiedad. (S. 4 noviembre 1976.)

Artículo 10, núm. 14. Reiteración.

El recurso pretende, indebidamente aplicada, la circunstancia 14 del artículo 10 del Código penal—reiteración—, por estimar que el delito de atentado por el que fue anteriormente condenado tiene asignada pena menor que la correspondiente al delito de robo enjuiciado; motivo que debe prosperar, porque aunque la diferencia, muy discutida doctrinalmente, es un tanto ficticia, siendo equivalente en su duración con sólo variaciones de tipo penitenciario y de sexo del acusado; comoquiera que en las tablas penales se reputa pena más grave la de presidio menor que la prisión menor, en acatamiento a la legalidad vigente obligada a los Tribunales de Justicia, hay que entender que por ser menos grave la prisión menor, la agravante no debió imponerse según reiterada doctrina de esta Sala, todo lo cual hace procedente estimar este motivo. (S. 8 noviembre 1976.)

Artículo 10, núm. 15. Reincidencia.

El relato fáctico de la sentencia de instancia no especifica ni las fechas de las resoluciones condenatorias, ni las penas que se le impusieron, ni si en alguna de dichas resoluciones fue declarado reincidente, limitándose a narrar que se le condenó ejecutoriamente por la perpetración de cuatro delitos de hurto de uso, un delito de hurto y seis delitos de robo; con lo cual, y pese a este abundante historial infractor, no se sabe con certeza si las condenas fueron impuestas en una o más resoluciones. si entre ellas hubo la distancia o intecadencia suficiente para que, en algunas, fuera declarado o debido declarar reincidente respecto a delitos anteriormente sancionados, y si, en definitiva, el agente había evidenciado su contumacia y tenaz inclinación al delito, así como sus sucesivas recaídas y una actitud refractaria y recalitrante frente a las crecientes penas impuestas, todo lo cual es, precisamente, la justificación racional de la extraordinaria agravación que significa la aplicación de la regla sexta del artículo 61, determinante de una intensificación punitiva que obliga al ascenso o elevación de la pena correspondiente al delito incriminado en uno o dos grados. De lo que se difiere que, no siendo posible integrar o completar la narración histórica de la sentencia recurrida con conjeturas o presunciones nocivas para el reo, y no hallándose en vigor todavía, el tiempo de ocurrencia de los hechos de autos, la Ley de 28 de noviembre de 1974, la que, añadiendo un párrafo al número quince del artículo 10 del Código penal, definió la doble reincidencia de modo distinto al aquí perfilado y construido, y habida cuenta de la doctrina sentada por las sentencias de este Tribunal de 14 de febrero, 24 de mayo, 4 y 18 de noviembre de 1974, 21 y 22 de enero, 4 de febrero, 10 de mayo y 10 de junio de 1975 y 13 de mayo de 1976, entre otras muchas, procede estimar el recurso interpuesto en tanto en cuanto propugna la inaplicación al caso de la regla sexta del artículo 61 del Código punitivo. (S. 29 noviembre 1976.)

Artículo 14, 1.º. Coautoría.

Que en los casos de coautorías o participación delictiva, en el delito de utilización del vehículo de motor ajeno, del artículo 516 bis, la presencia del concierto previo, unido al uso posterior, configura a todas las diversas personas, como co-reos; pero el singular, aunque frecuente supuesto, de efectuar un sujeto activo, sin contrato criminal con otros, la sustracción del carruaje, y sin ánimo de hacerlo como propio, con fuerza en el mismo o sin ella, y de que otras personas posteriormente, conociendo el desapoderamiento del titular, lo utilizan para su uso, de manera inmediata, también sin autorización alguna del dueño, ni causa legítima, es evidente que no puede calificarse como delito de receptación o encubrimiento autónomo del artículo 546 bis del Código penal, porque resulta especial el tipo indicado, que en su misma dicción acoge como coautores del artículo 14, núm. 1.º, a quienes tomando parte en la acción típica del delito, usan o utilizan tal vehículo, que saben ajeno, pues dan plena realidad al contenido del artículo 516 bis, ya que tal utilización entraña un acto injertado en el tracto sucesivo, con repetición de nueva actividad de posesión ilegítima, que se concreta por la voluntad de todo usuario, por lo que son coautores todas cuantas personas se inserten en el uso del vehículo, mientras no se efectúe la restitución, y lo ocupen o utilicen, háyanlo o no sustraído, y háyanlo o no conducido como ya la doctrina de esta Sala viene estimándolo en sus resoluciones de 26 de junio de 1969, 27 de enero de 1970, 18 de febrero, 14 de abril, 28 de octubre y 4 de noviembre de 1975, pues en definitiva, el uso o la utilización del vehículo de motor, "invito domino", a sabiendas de la sustracción, hace coautores a quienes tal comportamiento realicen, siempre que conozcan que otra persona realizó la sustracción, y aunque su uso posterior sea en conjunción con el que realice ésta, sin perjuicio de atender en cada supuesto, al tiempo de duración de tal uso, para conocer si fue en unos inferior y en otros superior a las veinticuatro horas, a que se refiere el párrafo 3.º de dicho artículo 516, a efectos de la precisión de la penalidad, e incluso, al margen también, de valorar el uso como mera utilización no violenta, al injertarse el coautor en la misma, aunque haya concurrido en el sujeto delincuente que realizó la acción delictiva del apoderamiento, el empleo de fuerza en las cosas o de intimidación en las personas, a que se refieren los párrafos 2.º y 4.º del citado artículo 516 bis, sólo referible a quienes las emplearon, pero no a los sucesivos usuarios, no concertados con el autor material y primario, de la infracción criminal. (S. 20 diciembre 1976.)

Artículo 74. Multa.

En el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el que se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 6, 28 y 74 del Código penal, respecto al delito de hurto de uso de vehículos de motor, cometido por los procesados que se citan, a los que en la sentencia de instancia les fueron impuestas como penas únicas para tal delito, multas de 2.500 pesetas, tales motivos deben ser acogidos, pues como tiene reiteradamente declarado esta

Sala, la cuantía de la pena de multa, cuando figure impuesta como principal y única no puede bajar de 5.000 pesetas, ya que con arreglo al primero de los preceptos que se citan como infringidos, los delitos han de ser castigados siempre con penas graves y la multa para adquirir dicha calificación tiene que rebasar la cuantía anteriormente señalada, cuya cifra el artículo 74 de la Ley penal sustantiva citada, considera como la última pena de todas las escalas graduales, por lo que resultando imposible imponer una más reducida a los recurridos, sin desnaturalizar punitivamente la esencia de la infracción cometida, han de ser acogidos todos los motivos del recurso, casando y anulando la resolución impugnada y dictando en su lugar otra más ajustada a Derecho. (S. 3 diciembre 1976.)

Artículo 237. Desobediencia.

Por el señor Juez se dictó providencia requiriendo al procesado en el mismo y hoy recurrente para que se abstuviera de interpretar en el local de su propiedad, abierto al público como Tablado Flamenco, obras que llevaba en administración la Sociedad General de Autores de España, requerimiento que fue completamente desatendido por éste, quien a pesar de habérselo hecho en legal forma continuó reproduciendo las obras objeto de prohibición, de lo que resulta indudable que por emanar dicha orden de una autoridad en el ejercicio de su cargo y haber sido dictada dentro del Círculo de su competencia y con todas las formalidades legales, el incumplimiento voluntario de tal mandato, implica la comisión de un delito de desobediencia previsto en el artículo 237 del Código penal, por redundar la misma en desprestigio de la Autoridad desobedecida, quebrantando de modo sensible el respeto que a todo ciudadano no debe merecer las decisiones judiciales y sin que quepa calificar tal conducta como una falta de las previstas y penadas en el número cinco del artículo 570 del Cuerpo Legal citado, como pretende el recurrente, ya que tal calificación debe quedar reservada para aquellos supuestos, en los que la orden desobedecida es particular y no una oficial, adornada con todos los requisitos legales, cuya infracción revista siempre una mayor trascendencia y publicidad, por lo que es procedente declarar la desestimación del único motivo del recurso. (S. 25 noviembre 1976.)

Artículo 306. Falsedad.

La estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos, sin perjuicio de que en orden a su punición, sea de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 71 del propio Código, pero que en cambio, cuando se trate de documentos privados, como el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo viene configurando en el tipo del artículo 306 del Código penal, no es posible estimar la montada concurrencia, pero sí la de normas, en cuanto que el hecho es subsumible en las reguladoras de la falsedad así como en las de la estafa, conflicto que ha de resolverse en aplicación del principio de es-

pecialidad a favor de la falsedad, pues las notas definidoras del delito de estafa, como son: el engaño, el desplazamiento patrimonial y la relación causal entre aquél y éste, concurren en el delito del artículo 306 en el que también se contienen otras, como son las relativas a la falsedad, sin perjuicio de que este principio deba ceder ante el de jerarquía de la pena, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 del propio Código, cuando la señalada al delito de estafa sea superior a la fijada para el delito de falsedad. (S. 22 diciembre 1976.)

Artículo 320. Usurpación de funciones.

El delito de usurpación de funciones se consuma, según establece constante y repetida jurisprudencia de esta Sala no sólo a través del elemento subjetivo de la atribución por el sujeto activo del carácter oficial de que carece, sino también del objetivo de la realización por su parte de actos propios de la función que se irroga, ambos elementos se dieron en el caso de autos, puesto que figura como probado en la sentencia de instancia, que el imputado después de manifestar a la pareja que era policía y exhibirles un supuesto carnet, les pidió la documentación y como no la llevarsen los hizo subir a su coche para llevarlos, según dijo, a la Comisaría, lo que equivale a una detención, lo que ellos verificaron intimidados por los modales del falso agente, quien después de recorrer algunas calles aparentando cambiar de ideas paró el vehículo y ordenó al varón que bajase del vehículo para que fuese a su casa a buscar el Documento Nacional de Identidad. (S. 5 noviembre 1976.)

Artículo 321. Usurpación de funciones.

El procesado venía realizando con asiduidad—que es tanto como decir con habitualidad—trabajos de prótesis dental en su domicilio, en el que dispone de un taller de mecánico-dentista, elaborando los correspondientes aparatos protésicos que coloca en la boca de sus pacientes, realizando además reparaciones en las dentaduras postizas, percibiendo por ello las retribuciones que se mencionan y actuando autónoma e independientemente sin la dirección de ningún especialista médico odontólogo o estomatólogo, actividades por las que ya fue condenado dos veces, resulta preciso calificar tales actos por él mismo realizados como integrantes de un delito de usurpación de funciones, previsto y penado en el párrafo 1.º del artículo 321 del Código penal, ya que además de hallarse legalmente exigido en el funcionamiento de un taller de prótesis dental, la dirección de un odontólogo con título colegiado, que asuma la responsabilidad de los trabajos que en el mismo se verifiquen, de acuerdo con lo preceptuado en la Orden de 2 de enero de 1948, para la colocación y adaptación en la boca del paciente de tales piezas, dentaduras o cualquier clase de aparatos protésicos, se necesitan conocimientos superiores a los de simple construcción, para la cual también los especialistas odontólogos han de facilitarles las correspondientes medidas y moldes en material adecuado de las piezas a fabricar, de forma que al mecánico-dentista o protésico dental, no le está permitido fabricar otras piezas que las que los odontólogos les encarguen,

y menos colocarlas directamente a los pacientes, por lo que se hace necesario concluir que el recurrente, al actuar en la forma que lo hizo, incurrió en el precepto legal invocado. (S. 18 noviembre 1976.)

Artículo 405. Parricidio (frustrado).

No se puede acoger el motivo del recurso mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el 420 número 3.º por aplicación indebida del artículo 405 en relación con el 3.º del Código penal, pues con tanta reiteración ha venido declarando esta Sala, la naturaleza del "animus" concurrente, por pertenecer a la intimidad de la persona y no ser susceptible de ser apreciado por medios directos de prueba, ha de deducirse mediante la ponderación de los elementos objetivos del mundo exterior, perceptibles por los sentidos, como son la naturaleza del arma o medio empleado para la ejecución del hecho, el lugar del cuerpo humano al que fueron dirigidos los golpes y, en general, de todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto objeto de enjuiciamiento, por ello, pues, habida cuenta de las que se reseñan en el resultando correspondiente de la sentencia recurrida, como son las relativas al instrumento empleado (un hacha) al lugar del cuerpo humano al que fueron dirigidos los golpes (cuello, precordio y región costal), estado en que se hallaba la víctima (dormido) se ha de concluir en el sentido de que la Sala de Instancia procedió con acierto al hacer la calificación jurídica de los hechos, apreciando la concurrencia de la intención de matar. (S. 4 diciembre 1976).

Artículos 405-406. Parricidio, asesinato (frustrado).

Cuando el intérprete o el juzgador se encuentran ante el dilema o disyuntiva, homicidio frustrado, lesiones, y lo mismo sucede si lo que se enfrenta y confronta con las lesiones es parricidio o asesinato en grado de frustración, es preciso inquirir o indagar si el agente procedió con "animus necandi" o propósito de matar, o si, por el contrario, obró con "animus laedendi" o "animus vulnerandi", o intención de solamente lesionar; y ya se ha dicho muchas veces, a este propósito, que como lo intencional se encuentra sumido en el lugar más recóndito e infranqueable del intelecto humano, no es posible penetrar directamente en dicho arcano para averiguar el exacto propósito que guiaba al agente en sus acciones, siendo preciso recurrir a los actos exteriorizativos de esa intención, para de ellos inducir en el mundo exterior, lo que pretendía y anhelaba el agente dentro de su microcosmos cerebral, teniendo extraordinario valor a tales efectos: a) la personalidad del agente y su mayor o menor agresividad; b) los actos anteriores, coetáneos y hasta posteriores al hecho enjuiciado; c) las palabras proferidas por el agente, antes, durante o después de la dinámica comisiva; d) el arma empleada, su calidad, calibre o dimensiones; e) la región corporal, más o menos vital, atacadas; f) la índole, extensión, profundidad, pronóstico y demás características de las heridas causadas; g) el vigor, saña o fuerza con que fueron administrados los golpes; h) la reiteración de éstos o de los disparos, en su caso, e i) cuantas circuns-

tancias concomitantes puedan servir de guía o ilustración para la referida indagación; y si bien todo este abanico constituido por tan variados puntos de apoyo para lograr una conclusión lógica, de progenie carrariana, falla, en gran parte, en el caso de autos, dada la especial índole del "modus operandi" utilizado por el agente, el que si no está inédito en la praxis —"nihil novum sub sole"—, es al menor original e infrecuente, en el relato de hechos de la sentencia recurrida se encuentran datos que conducen de modo rectilíneo o incontrovertible a la afirmación rotunda de que el agente se proponía matar a su esposa, a su hija y a sus suegros, siendo estos datos los siguientes: a) relaciones de tirantez con su madre política, determinada por las recriminaciones de ésta ante la conducta inmoral del procesado, el que sostenía relaciones adulterinas con una joven de dieciocho años que había quedado embarazada como consecuencia de dicho trato carnal; b) el 9 de octubre del citado año 1974 el procesado manifestó mendazmente a su esposa y a sus suegros que su madre había fallecido y que debían asistir todos al acto del sepelio, mendacidad sólo explicable si la esposa y los padres políticos no iban a regresar nunca de dicho viaje ni tener ocasión de comprobar la falsía de la referida noticia; c) iniciado el viaje, al llegar a un puerto ascendente de un 18 por 100 de pendiente, contiguo a un barranco de inclinación del orden de un 90 por 100 y de 65 metros de profundidad, finge el pinchazo de un neumático, deteniendo el automóvil junto al margen de la calzada y con la parte trasera del vehículo orientado hacia el barranco, y "sin colocar marcha alguna en la palanca de cambio y con solo un punto del freno de mano echado", insuficiente a todas luces, se apea dirigiéndose hacia la parte delantera del vehículo, mientras los demás permanecían dentro del mismo, y d) en ese momento, el citado automóvil inició el retroceso, deslizándose por la pendiente y sin que el procesado hiciera nada para impedirlo, pese a los desesperados gritos de su esposa, hasta recorrer 12,80 metros, si bien un árbol, que providencialmente se interpuso en su trayectoria y con el que chocó, evitó la total precipitación en la sima descrita, resultando heridos los suegros y con desperfectos el vehículo, de orden de 50.000 pesetas. Todo lo cual, y como ya se ha dicho, revela de modo inequívoco, al alcance del más tardo y menos perspicaz, que el procesado, harto de suegros, así como de lazos matrimoniales y obligaciones paternas, dominado por su insana pasión, decidió matarlos a todos, previas las ficciones descritas y tratando de revestir sus actos con una apariencia final de accidente fortuito que enmascarara sus propósitos homicidas, los que no llegaron a fructificar y cristalizar merced a causas independientes de su voluntad, habiendo apreciado la concurrencia del "animus necandi". (S. 16 diciembre 1976).

Artículo 407. Homicidio (coautoria).

El doble y brutal acometimiento que, como prolongación del retador comportamiento previo observado dentro del recinto tabernario por el grupo del que los procesados formaban parte, vino a concluir con la muerte violenta del acometido, fue sancionado por el Tribunal de Instancia como homicidio, a cargo de ambos atacantes, en concepto de autores, en atención, según la

misma Sala sentenciadora, al coincidente propósito homicida revelado por la concurrente actividad puesta en juego a lo largo del suceso por estos individuos, al servicio de dicho común designio, por más que materialmente fuese más destacada la actividad de uno de ellos, Manuel, en fuerza de los reiterados golpes por él asestados con una banqueta y de las cuchilladas inferidas a la víctima, abrumada hasta el último momento por el hostil asedio a que fue sometido, a partir del tuerte puñetazo en el estómago que le dio el otro, Antonio, experto en la técnica del boxeo, dejándole a merced del subsiguiente y encarnizado ataque que acabó con su vida.

Si bien el relato fáctico del Tribunal de Instancia hubiera podido ser más preciso y minucioso, resulta suficientemente expresivo para proporcionar una recta comprensión de lo ocurrido, y así esta Sala de Casación no puede por menos de compartir la versión y el criterio del Tribunal provincial, y, en consecuencia, entender que la muerte de la víctima fue resultado de la actuación voluntaria y conjunta de ambos procesados, tanto de Manuel, por efecto de su eficiente participación, ya reseñada, como también de Antonio, que después de su inicial puñetazo, que anuló prácticamente toda capacidad de defensa del interfecto, lejos de tratar de contener la sañuda persecución del ataque por parte de su co-reo o, por lo menos, apartarse e inhibirse en lo sucesivo, contribuyó resueltamente al común designio homicida frente al acometido que, ya en situación de extrema inferioridad, acabó sucumbiendo ante las prevalentes fuerzas que se le oponían. (S. 17 diciembre 1976).

Artículo 411, 2.º. Aborto (frustrado).

En la relación histórica del fallo que se controvierte se afirma que una vez comprobado el estado de embarazo "en dos o tres ocasiones le introdujo sondas en sus órganos genitales cobrándole cada vez unas cuatrocientas pesetas, no logrando el pretendido aborto", lo cual evidencia que con ánimo e intención de causar el aborto, realizó maniobras notoriamente abortivas, por precio, que normalmente lo provocan; criterio que también fácticamente se reafirma en el primer considerando donde se expresa literalmente en referencia al mal hacer de este acusado "que realizó maniobras en la mujer para producir su aborto, el que no se produjo por causas independientes a su voluntad"; lo cual determina jurídicamente la existencia de un delito de aborto frustrado, sin que en parte alguna del Código penal se excluya la posibilidad en el delito de aborto de formas imperfectas, lo que traduce la aplicación correcta por el Tribunal de Instancia del artículo 3.º, párrafo segundo del propio Código, habiendo declarado esta Sala en sus sentencias de 21 de enero y 25 de mayo de 1973 "*que constituirá aborto frustrado, si realizados todos los actos de ejecución con intención dolosa finalista; sin embargo, no se produce el letal efecto, por motivos a los que resulta ajena la voluntad del agente*". Este es el caso de autos en que además es ponderable que las prácticas abortivas no las realizó una sola vez, sino varias, dos o tres, y que ante la no consecución del resultado propuesto, persistiendo en su clara y ostensible voluntad de que la mujer abortara, con acto de cooperación eficiente y auxiliadora la puso en relación con la comadróna que real y efectivamente lo consumó,

por lo que en buena doctrina jurídica y en perfecta ortodoxia penal debió ser condenado no sólo como autor de un delito frustrado, sino además como cómplice de otro consumado, aunque ello no deba trascender en la responsabilidad del recurrente, pues la falta de recurso acusatorio impide, con arreglo a conocido principio, agravar la punición del recurrente; siendo esta motivación por lo expresado inviable. (S. 10 diciembre 1976).

Artículo 413. Aborto.

El único motivo del recurso considera infringido el artículo 414 del Código penal, en cuanto que la recurrente pretendió ocultar su deshonra, es claro que el mismo debe decaer en cuanto que según resulta de los hechos probados: 1.º Es mujer casada, separada del marido de mala conducta moral pública y privada. 2.º Vivía amancebada, haciendo vida marital con varón que no es su marido. 3.º De estas relaciones ilícitas había nacido anteriormente a la comisión del delito de aborto un hijo. 4.º Al quedar nuevamente en estado de gestación, no queriendo tener más descendencia y con el deliberado propósito de abortar, practicó las maniobras que le llevaron al aborto y que relata la sentencia de instancia. La finalidad clara de su acción, pues, según se deduce de los hechos probados, es que no quería tener más descendencia y no hay una sola alusión al propósito exigido por el Código de evitar el deshonor u ocultar la deshonra, evidentemente descuidada y de manera voluntaria por la recurrente. Razones todas que conducen a la desestimación del recurso. (S. 19 noviembre 1976.)

Artículo 420, 2.º. Lesiones graves (pérdida de un ojo).

A efectos del número 2.º del artículo 420 del Código penal, "perdido un ojo", significa tanto la privación *anatómica* de ese órgano de la visión siempre y cuando, con anterioridad a las lesiones, cumpliera su normal función sensitiva, como la *funcional*, consistente en la cesación total de dicha visión como consecuencia de la dinámica comisiva o traumatismo sufrido por el ofendido. Pero este Tribunal, con la única excepción de la sentencia de 27 de diciembre de 1886 que requirió para la aplicación del número 2 del artículo 420 mencionado la pérdida total de la visión, ha venido sosteniendo inalterablemente que a la pérdida consecutiva del ojo o de la visión del mismo se equipara la disminución considerable del campo o de la agudeza visual siempre que dicha disminución constituya secuela derivada de las lesiones de que se trate, y así, en la sentencia de 23 de diciembre de 1878, aplicó el precepto analizado cuando el lesionado perdió casi la totalidad de la visión de un ojo, doctrina reiterada por las sentencias de 2 de abril de 1882 y 29 de septiembre de 1925, mientras que las sentencias de 26 de mayo de 1905, 15 de diciembre de 1909, 18 de diciembre de 1915, 17 de abril de 1923, 11 de enero de 1926 y 19 de marzo de 1936, en una línea interpretativa parecida, sostuvieron que dicho número 2 tanto se refiere a la pérdida de un ojo como haber quedado el lesionado impedido de él por falta consecutiva de visión normal o por limitación del campo visual, añadiendo la de 23 de enero de 1956 que,

el precepto estudiado, no ha de entenderse en el sentido de que sea precisa la desintegración de tal órgano del cuerpo humano, sino que basta con que represente una alteración funcional del mismo o en la visión normal proporcionada por él, perturbando su uso o disminuyendo, en cuantía sensible, tan importante sentido para el desenvolvimiento de la vida, y la de 15 de junio de 1951 asimila a pérdida la dificultad de levantar el párpado o ptosis palpebral, la de 6 de octubre de 1958 entendió que basta, a los efectos debatidos, con una pérdida de la visión alrededor o superior al 50 por 100, doctrina reiterada por la sentencia de 1 de junio de 1959, insistiendo la de 8 de junio de 1960 en que equivale a pérdida el que, con dicho órgano, sólo se perciba la luz, estimando la de 18 de febrero de 1966, que puede parificarse con la pérdida, la parálisis total de ambos rectos externos y la casi absoluta desaparición de las lágrimas, con notable disminución del campo y de la agudeza visual, y, finalmente, la sentencia de 8 de octubre de 1971 equiparó a la pérdida la inutilización de las funciones del ojo en grado tal que impida o dificulte el uso a que por su naturaleza está destinado, reputando pérdida la miopía consecutiva con atrofia cororetiniana y borde de la pupila irregular y dilatado; la de 3 de diciembre del mismo año, según la cual, equivale a la tantas veces referida pérdida, la reducción de la visión a un cuarto de lo normal con midriasis media y subluxación del cristalino, y la sentencia de 4 de julio de 1972 cierra la exposición jurisprudencial del tema, subrayando que si la cuantía de la disminución de la visión no está bien determinada, dicha disminución equivaldrá a la deformidad a que se refiere el número 3 del artículo 420, pero si se halla concretada y es considerable deberá aplicarse el número 2 de dicho artículo.

En el caso de autos, como consecuencia residual de los golpes y malos tratos administrados por el procesado al ofendido, éste ha quedado con una reducción de la agudeza visual del ojo izquierdo del orden de un 40 por 100 y con diplopia o visión doble en el referido ojo, lo que especialmente merced a esta segunda secuela, que puede imponer la neutralización del órgano de visión afectado, equivale a la pérdida o disminución considerable de la visión de un ojo que la jurisprudencia exige para la subsunción de la conducta del agente en el número 2 del artículo 420 tantas veces citado, procediendo, en consecuencia, desestimar el motivo quinto del recurso, apoyado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del número 3 del artículo 420 del Código penal y aplicación indebida del número 2 de dicho precepto. (S. 18 diciembre 1976.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones graves.

El lesionado, como consecuencia de la agresión de que le hizo víctima el procesado, perdió dos dientes, es claro que se ha de concluir en el sentido de que la Sala de Instancia procedió con absoluto acierto al calificar los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del número tercero del artículo 420 del Código penal y que procede desestimar el recurso interpuesto mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el mentado precepto de derecho sustantivo, sin que sea óbice para entenderlo así, el hecho invocado por el recurrente en apoyo de su tesis, de que la víctima ya padecía

deformidad con anterioridad a los hechos de autos en cuanto que ya entonces le faltaban dos dientes, pues la deformidad es un concepto relativo y graduable, ya que la fealdad puede ser mayor o menor, y como es obvio, no es igual la imperfección derivada de la pérdida de dos dientes que la producida por la pérdida de cuatro, pero además la gravedad de la lesión en el caso de autos resulta de las propias circunstancias fácticas que se consignan en el relato histórico de la sentencia recurrida, cuales son la de que precisamente los dientes que la víctima perdió como consecuencia del hecho delictivo que aquí se juzga era los que servían de apoyo a una prótesis dental en la que se sustentaban los artificiales que llevaban en sustitución de los anteriormente perdidos, lo que evidencia la agravación de la dificultad para la posible corrección mecánica del defecto, así como para la función fisiológica de la masticación de los alimentos. (S. 13 enero 1977.)

Artículo 430. Abusos deshonestos (tentativa).

Con todo acierto la sentencia de instancia abordó el problema de la posible existencia de tentativa de abusos deshonestos, apreciada y penada en su fallo, siguiendo la doctrina de esta Sala que puede resumirse en los siguientes puntos básicos: 1.º La tentativa en el delito de abusos deshonestos puede admitirse, aunque sea de difícil ocurrencia, pero es evidente que ciertas situaciones límite, aunque poco frecuentes, llevan a tal extrema conclusión. 2.º Ocurre tal grado imperfecto de comisión del delito de abusos, cuando se exterioriza bien verbalmente o con actos el propósito lascivo del agente, haciéndose además del tocamiento lascivo que no llega a su destino —que conduciría a la consumación con el quehacer impúdico en el cuerpo del sujeto pasivo—, bien por huida de la ofendida, defensa de la misma o acto de repeler tal acción impúdica, pues en tales casos se ha comenzado la ejecución del delito directamente y con actos exteriores, pero no se practican todos los que debieran producir el delito, por causa o accidente extraños al sujeto —concepto éste de la tentativa, según el artículo 3.º del Código penal— (Sentencias de esta Sala de 20 de enero de 1959, 16 y 22 de marzo de 1965, 15 de diciembre de 1966, 28 de abril de 1967, 18 de octubre de 1971, 27 de marzo de 1972, 11 de octubre de 1974 y 11 de noviembre de 1975, entre otras muchas).

Examinado a la luz de la anterior doctrina, la parte del motivo que combate la aplicación del artículo 430 del Código penal, en la sentencia recurrida, en grado de tentativa, ha de concluirse en su desestimación de manera total y definitiva, pues el ánimo lascivo queda resaltado de forma clara en la sentencia de instancia, y su exteriorización igualmente en el acto de sujetar a la víctima de los hombros, tirarla al suelo e intentar, una vez en el suelo, tocarle el cuerpo, con aquellas miras deshonestas, sin que lo consiguiera por la resistencia de la ofendida. (S. 16 diciembre 1976.)

Artículo 431. Escándalo público.

El procesado exhibió sus órganos genitales y se masturbó en presencia de tres niñas de trece, diez y seis años, respectivamente, perfeccionándose con

ello el delito antes estudiado, sin que pueda servir de exculpación la alegación efectuada por la representación jurídica del procesado, según la cual se precisa, inexcusablemente, una publicidad que no resplandece en ningún pasaje de la narración histórica de la sentencia recurrida, toda vez que, abstracción hecha de que dicho relato fáctico afirma que las tres niñas, así como otras personas vecinas de la calle, se vieron ofendidas en su moralidad, es lo cierto que este Tribunal ha declarado, en reiteradas ocasiones, que no es necesario que tan torpes y obscenos actos sean representados en un modo de escenario frente a multitudes o a vecindario, añadiendo que la letra "o" que separa las palabras legales "escándalo" y "trascendencia", tiene un valor disyuntivo y no copulativo, lo que permite incluir en la definición legal no sólo los actos circundados y aureolados de publicidad o que han sido conocidos y trascendieron a terceros o a la sociedad en general, sino también a aquellos otros que, aún realizados discretamente o sin otros espectadores que los protagonistas o el sujeto pasivo, revisten importancia, relevancia y trascendencia, porque, reñidos y en pugna con las ideas morales dominantes, lesionan gravemente el concepto que de la decencia, el decoro y la honestidad tienen el común de las gentes, excediéndose de lo tolerable y permisible e invadiendo el terreno de lo irracional, aberrante, vicioso y envilecido, intolerable en toda sociedad cristiana y civilizada como lo es, todavía y afortunadamente, la española. (S. 12 noviembre 1976.)

Artículo 431. Escándalo público.

Conforme al texto del artículo 431 del Código penal se comete el delito de escándalo público por una ofensa al pudor—o a las buenas costumbres—de cualquier modo, con hechos de grave escándalo o trascendencia. Y en el desarrollo del texto legal y su interpretación la doctrina de esta Sala ha mantenido que la *expresión cualquier modo*, tiene una amplitud ilimitada, por ser un tipo abierto, que por ende abarca acciones, palabras, escritos, imágenes o cualquier clase de conducta de las personas, siempre que el contenido de los mismos, sean actos inmorales, deshonestos o desvergonzados. La ofensa al pudor se refiere a persona o personas individuales y concretas, para la que los actos tienen trascendencia a los fines de su recta formación moral y cívica. Las buenas costumbres, afecta a la moral sexual o colectiva, a los sentimientos de recato, morigeración, honestidad y vergüenza de la colectividad, rompiendo las normas, más elementales de la convivencia ética o normas socio-culturales del recto comportamiento de la sociedad en tal sentido ético. El grave escándalo es por la ofensa a los sentimientos de recato, morigeración y dignidad moral de propios de personas cultas, afecta a la decencia pública y supone la grave turbación, conmoción moral o impacto psíquico que se produce en la conciencia de quienes lo conocen, cuyos sentimientos de honestidad quedan lesionados. Las dos modalidades, de grave escándalo o trascendencia son esencialmente dolosas y suponen tanto el conocimiento del carácter lesivo de la conducta que se realiza para el pudor o las buenas costumbres como la voluntad de realizarlos que integran la culpabilidad del sujeto. La relatividad de cada caso, aconseje que los Tribunales, teniendo en cuenta sus circunstan-

cias, así como las ambientales, se pronuncien sobre la comisión del delito en los supuestos o sometidos a su conocimiento. (S. 29 noviembre 1976.)

Artículo 431. Escándalo público (diferencias con la falta del art. 567, 3.º).

La línea diferencial entre el delito de escándalo público, descrito y sancionado en el artículo 431 del Código penal y la falta definida en el núm. 3 del artículo 567 del mismo texto legal, es fácil de hallar toda vez que ambas infracciones son manifestaciones y plasmación, grave y leve, respectivamente, de una misma conducta, y, en las dos, hay un sujeto pasivo colectivo y un atentado a la moral social que, en el artículo 431, se refleja en las palabras “pudor y buenas costumbres” y en el artículo 567, número 3, con la frase, alusiva también a una indiferenciada abstracción, “a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública”, siendo, como ya se ha dicho, la mayor o menor entidad, la intensidad o la magnitud del ataque a dichos bienes jurídicos, la determinante de la aplicabilidad de la fórmula delictual o, por el contrario, la generante de la pertinencia de subsumir la conducta del agente en la figura convencional referida. Pero si lo que se trata de distinguir es el delito de abusos deshonestos violentos regulado en los arts. 430 y 429 del Código penal respecto a la falta definida en el tantas veces citado núm. 3 del art. 567, en principio, el criterio cuantitativo no es válido para tales fines, pues, en el primer caso, e independientemente de que también pueda ofenderse mediatamente la moral colectiva o social, hay un sujeto pasivo individual, específico y determinado, cuya libertad sexual concreta se conculca y cuya anatomía o ser físico se invade, de un modo u otro, con motivación lúbrica, mientras que en la falta mencionada, los actos realizados o la exhibición de estampas o grabados no ofenden a nadie en particular aunque pueda haber un sujeto pasivo individual, sino, ante todo y sobre todo, a entes tan abstractos como lo son la moral, las buenas costumbres o la decencia pública; y aunque, en honor a la verdad, se ha de reconocer—como subrayaron las sentencias de este Tribunal de 7 y 16 de marzo de 1974 y 23 de enero y 25 de junio de 1976—, que, excepcionalmente la jurisprudencia ha acudido a criterios cuantitativos para deslindar ambas infracciones, se trataba siempre de levísimas manifestaciones exteriorizativas de abuso lascivo, de carácter sumamente fugaz, periférico y, por tanto, equívoco, y en las que las zonas corporales invadidas no eran claramente erógenas. (S. 10 diciembre 1976.)

Artículo 434. Estupro.

Como tiene declarado la doctrina de esta Sala (Sentencias de 11 de junio de 1970 y 4 de julio de 1972, entre otras), en el *estupro de prevalimiento* del artículo 434 del Código penal se encierran, en realidad, dos supuestos distintos por razón del sujeto activo del delito: Un *estupro autoritario* en que se realiza la condición del agente (autoridades y guardadores que cita), que por su ascendiente sobre la doncella—doncellez que se presume salvo prueba en contrario—disminuye en ella los resortes de su resistencia a la solicitud de que es objeto; y un *estupro* propiamente *doméstico* en el que es tan sólo la con-

vivencia de hombre y mujer bajo el mismo techo y la lealtad a que tal vida en común obliga, la que determina la "ratio legis" del precepto, por lo que ya se comprende que el supuesto más frecuente y típico de esta segunda modalidad del estupro es del "amo" y "criada", según la terminología decimonónica hoy desplazada, con más sentido social, por el de "contratante del servicio" y "empleada de hogar", según acreditan las frecuentes alusiones jurisprudenciales a dicha relación (Sentencias de 15 de abril de 1899, 30 de julio de 1930, 28 de enero de 1932, 10 de abril de 1954, 15 de octubre de 1957, 5 de octubre de 1960, 12 de mayo de 1962, 25 de noviembre de 1963, 17 de marzo de 1969, 9 de marzo de 1970, 4 de diciembre de 1972 y otras muchas); de suerte que es esa inserción de los protagonistas del hecho en la misma casa u hogar, con la protección que ello comporta a la dignidad familiar (Sentencia de 3 de octubre de 1956) la que justifica el superior castigo de esta especie de estupro, con dualidad de bienes jurídicos protegidos; honestidad y familia; consecuencia de lo cual es que sea indiferente la existencia de engaño, propio del estupro común o de seducción (Sentencias de 23 de mayo de 1933, 4 de junio de 1964), como que, a la vez, el estuprador sea patrono de la estuprada, pues lo decisivo es que ésta sea sirvienta en la *casa* del primero (Sentencia de 17 de octubre de 1961) y si, por acaso, la conducta del culpable puede ser inculpada simultáneamente, ya en el artículo 436, ya en el artículo 437, además de serlo en el 434 del Código penal, prevalecerá en tal concurso de normas la de mayor gravedad o rango punitivo, según establece para dicho supuesto de concurrencia normativa el artículo 68 del mismo Código. (S. 17 diciembre 1976.)

Artículo 436, p. primero. Estupro.

Engaño y honestidad de la mujer de dieciséis años y menor de veintitrés, son los dos pivotes sobre los que gira el estupro común o seducción previsto en el párrafo primero del artículo 436 del Código penal, aunque el último de dichos requisitos no esté explícitamente declarado como en las demás figuras cualificadas del precepto, pero que queda sobreentendido, dada la interacción que existe entre ambas exigencias, pues conectado tradicionalmente el engaño a la promesa matrimonial, hasta ser la clave del estupro en otras legislaciones foráneas, ya se comprende que dicha promesa suele desplegar toda su eficacia sobre la mujer honesta, quien, confiada en las esperadas nupcias, no vacila en entregarse al que ya considera su futuro consorte; interpretación que, además de concordar con la realidad de nuestros días, en que casi no se concibe otra raíz del engaño, dada la libertad de costumbres de que hoy goza la mujer apenas salida de la adolescencia, ha servido, a su vez, para sentar la doctrina de esta Sala de que la honestidad se presume en el contemplado caso de acceso carnal mediante promesa de matrimonio, pues sólo si el seductor estima que su víctima es de conducta honesta le ofrecerá matrimonio como eficaz palanca para vencer su resistencia, cosa que juzgará superflua e innecesaria si se trata de joven de vida licenciosa (Sentencia de 30 de marzo de 1970); criterio ratificado por toda una trayectoria jurisprudencial que estima que el silencio del Tribunal de instancia sobre el extremo en examen debe in-

interpretarse en favor de la honestidad y buena fama anterior de la estuprada, mientras nada conste en contrario.

La sentencia del Tribunal *a quo* se acopló en un todo a la referida doctrina, pues si bien en el *factum* no hace expresa declaración sobre la doncellez y honestidad de la joven de veintinueve años que, en el curso de relaciones formales de noviazgo con el procesado, conocidas y consentidas por sus padres, llegó a entregarse a él, quien le había hecho saber su deseo de contraer matrimonio precisamente cuando se encontraban en el que había de ser el futuro hogar conyugal, tampoco consta nada que haga desmerecer en la conducta anterior de la ofendida, incluido el orden sexual, antes bien se dice expresamente que no aparece que María, la seducida, tuviera antes ningún novio ni que supiera que el procesado tenía dos hijos reconocidos, lo que abona en pro de su creencia en los propósitos serios que animaban a su sedicente novio en orden a contraer matrimonio; presunción favorable a la ofendida que luego se enuncia expresamente en el *judicium*: por no ser de apreciar prueba terminante en contrario"; conjunto de declaraciones que apoyan eficazmente los mentados requisitos del delito imputado al recurrente, cuyo único motivo, al fundarse en la pretendida falta de acreditada honestidad de la ofendida, debe, por lo mismo, ser desestimado. (S. 15 noviembre 1976.)

Artículo 436, p. tercero. Estupro.

El estupro denominado de prevalimiento, ficticio o de fornicación simple, tipificado en el artículo 436, párrafo 3.º, del Código penal, bajo el signo de la entrega carnal pura, sin engaño, ni condiciones similares, requiere para producirse, de la presencia constituyente, de uno o varios yacimientos entre un hombre y una mujer—elemento objetivo de la acción—; que la hembra, mujer incipiente, tenga una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años—condición normativa personal—; y que dicha fémina sea honesta, bien por su doncellez, o bien por su vida ordenada, o buenas costumbres, lo que en tan corta edad, tiene que presumirse "iuris tantum", y por tanto, salvo declaración expresa en contrario—requisito subjetivo atinente a la ofendida hembra.

En el estupro de prevalimiento se protege a la mujer de escasa edad, frágil en su personalidad no constituida, y en sus defensas contra el hombre, por ser fémina, inmadura, física y psicobiológicamente, y poseer aquél superioridad sobre ella, en experiencia y capacidad de seducción, que puede manifestarse tanto por su petición de entrega carnal, a que la hembra accede, cualquiera que sea la causa o motivo aparente en que se ampare, e incluso sin razón atendible, como también, deberse al acuerdo conjunto tomado por la pareja, cualquiera que sea el iniciador de la propuesta, pues lo esencial en dicho tipo es que la ley presume "iuris et de iure" viciada la voluntad de la mujer tan joven, al estimar, sin posibilidad de contradicción, que no tiene madurez física, y especialmente psicobiológica, en tan prematura existencia, por falta de aptitud, para conocer en toda su dimensión, la significación y trascendencia plena del acto carnal, negándole la posibilidad de otorgar el consentimiento con validez, a la faz del Derecho penal, e imponiéndole al hombre, en consecuencia, el deber absoluto de abstención carnal, con dichas mujeres en ciernes,

siendo honestas, salvo cometer dicho delito de estupro, dada la superioridad que sobre ellas posee, con su mayor edad cronológica, su inteligencia y voluntad plena para querer, que contrasta, desigual y notoriamente, con las limitadas de la mujer. (S. 6 diciembre 1976.)

Artículo 452. Amancebamiento.

Esta Sala ya tiene declarado con anterioridad (Sentencias de 14 de junio de 1962, 2 de diciembre de 1973, 7 de marzo de 1975), en contraste con los Códigos civil y canónico que, a ciertos efectos, igualan o equiparan el adulterio tanto provenga del marido como de la mujer, el Código penal vigente en su artículo 452 tipifica y sanciona el primero tan sólo cuando está alternativamente cualificado por dos circunstancias: "que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella", de cuyo texto legal auténtico se desprende inequívocamente que el delito contemplado se configura e integra en el actual ordenamiento jurídico-penal por los requisitos primordiales siguientes: a) que el sujeto activo sea un marido, es decir, que el hombre que lo cometa esté ligado por matrimonio anterior válido y subsistente con la mujer que lo persiga; b) que aquél tenga manceba, amante o concubina, lo que necesariamente implica o presupone, mujer no legítima distinta de la esposa, con la que mantiene trato íntimo carnal asiduo, frecuente y continuado o con cierta permanencia más o menos prolongada, y no de manera accidental, ocasional o meramente efímera; c) conocimiento de ésta del estado de casado del hombre con el que mantiene tales relaciones sexuales ilícitas, y d) que dichas relaciones entre ambos se desenvuelvan o tengan lugar, bien dentro de la casa conyugal de los esposos o bien fuera de ella con notoriedad, cuyos adverbios "dentro" y "fuera" significan situaciones de lugar opuestas, brindando disyuntivamente una protección penal a la mujer legítima frente a la violación de la fidelidad conyugal realizada por el marido, con ofensa y ultraje de aquélla, bien por razón del lugar (si es dentro de la propia casa conyugal) o bien por razón de la publicidad de la acción (si es fuera de la misma), habiendo precisado la más reciente doctrina jurisprudencial, que el vocablo "notoriamente", aunque gramaticalmente significa lo que es público y sabido de todos, su estimación en la esfera del delito de amancebamiento donde actúa como elemento objetivo ambiental del tipo, referido a la publicidad de la acción en el doble sentido de que se manifieste por hechos externos de los concubinos a los componentes del grupo social del que los mismos forman parte y de que la existencia del concubinato sea conocida por personas que normalmente mantenían relaciones más o menos cercanas o íntimas con los esposos legítimos, habiendo tenido trascendencia pública, mas sin ser preciso, como lo fue durante la vigencia del Código penal de 1870, que tal conocimiento produjera "escándalo", siendo bastante con que la situación de ilicitud e infidelidad conyugal que el amancebamiento determina sea rechazada por la moral colectiva en su valoración social, debiendo en definitiva estarse para la correcta apreciación de la requerida notoriedad y sus dimensiones, para que acaezca la modalidad del delito fuera del domicilio conyugal, a la estimación circunstancial y siempre relativista que se desprenda de los elementos de hecho concurrentes, dentro del caso concreto injuiciado, sin atender a reglas fijas que por su rigidez o inflexi-

bilidad, carecen de pragmatismo y son no ya ineficaces, sino rechazables en este ámbito (Sentencias de 22 de diciembre de 1971, 28 de octubre de 1972, 12 de enero de 1973 y 26 de febrero de 1976. (S. 24 noviembre 1976.)

Artículo 452. Amancebamiento.

El delito de amancebamiento, previsto y penado en el artículo 452 del Código penal, se integra de una serie de requisitos que la doctrina de esta Sala ha concretado en este orden: 1.º Un matrimonio válido preexistente, válido y subsistente, del que el marido se constituye en sujeto activo del delito. 2.º Que dicho marido tenga manceba, esto es, mujer que no es la legítima, con la que mantiene trato carnal de forma habitual y continuada, teniéndola a su disposición en el orden sexual. 3.º Conocimiento, por parte de la manceba del estado de casado del varón. 4.º Tales relaciones ilícitas pueden tener lugar o dentro del domicilio conyugal, con agravio y vejación del cónyuge inocente o notoriamente fuera de él, esto es, que las relaciones ilícitas sean conocidas, bien por todos, por gran número de personas, por círculo de familiares y amigos, ámbito social o laboral donde los hechos tienen lugar o se muevan los adúlteros, con la afrenta pública e injusta que a la esposa inocente se le hace por el conocimiento generalizado de la infidelidad del marido. (S. 26 noviembre 1976.)

Artículo 452 bis d). Prostitución.

La reforma penal de 1961-1963, congruentemente con el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 y con los Acuerdos Internacionales de Ginebra y Lake Success, reunió en un solo capítulo—el VII— todos los delitos relativos a la prostitución, los cuales, antes de la reforma, se hallaban dispersos, acompañando unos al delito de escándalo público e integrando otros la llamada corrupción de menores; pero la sistemática de este capítulo VII no fue totalmente afortunada ni tampoco congruente la penalización de las distintas conductas con la diversa gravedad de las específicamente definidas en el Código, con lo cual existen límites o fronteras tan indecisos y borrosos entre unas figuras y otras que, en ocasiones, se hace sumamente dificultosa la tarea de acoplar o subsumir, dentro de unos u otros preceptos, los supuestos fácticos que la praxis cotidiana defiera. Por ello, aunque la sentencia de este Tribunal de 18 de mayo de 1967, apodícticamente, declare que el artículo 452 bis a) se refiere al proxenetismo y a la trata de blancas y el artículo 452 bis d) a las casas de citas, lo único seguro es que este último precepto se refiere al llamado proxenetismo localista, inmobiliario y hasta industrializado, referido a una prostitución acuartelada o confinada, ejercida, de un modo organizado y de explotación calculada y metodizada, bien en lupanares o mancebías, bien, de manera porfiada y continuada, en locales o inmuebles destinados o convertidos, exclusiva, primordial o esporádicamente, en lugares de cita, compromiso o reunión o encuentro sexual entre personas de diferente o igual sexo; pudiéndose agregar que el número primero de dicho precepto alberga dentro de sí, a quienes, en nombre y por cuenta propios, explotan la prostitución o corrupción ajenas—“dueño”—, a los que lo hacen de modo directivo o rector

pero por cuenta ajena—"gerente, administrador o encargado"—, a los que cooperan económicamente a la referida explotación—financiadores—, o, finalmente, a aquellos que se limitan a sabiendas, a servir a los fines indicados de modo auxiliar o secundario—sirvientes—; mientras que el número segundo del referido precepto, se refiere a quienes, con el alcance y significación de los artículos 1.543 y 1.546 del Código civil, dieren o tomaren en arriendo, edificio, local o parte de los mismos para lucrarse o percibir los beneficios o utilidades—"explotar"—de la "prostitución"—entrega de las cualidades sexuales de una persona mediante precio—o "corrupción"—envilecimiento producido por el trato sexual reiterado, vicioso o aberrante, aunque gratuito—, "ajenas", excluyéndose así los actos de autoprostitución o propia corrupción. (S. 19 noviembre 1976.)

Artículo 457. Injurias.

El delito de injurias, requiere, objetiva y formalmente, la manifestación externa de dichas expresiones o acciones, por el agente, referidas al sujeto pasivo, y además subjetivamente e intencionalmente el "animus iniuriandi", raíz psicológica de la infracción, porque tales elementos materiales, teleológicamente vayan dirigidos a vulnerar el honor ajeno, y que actúa como elemento subjetivo del injusto, dentro de la tipificada antijuricidad, aunque trascienda a la culpabilidad; intención que ha de presumirse "iuris tantum", cuando objetivamente aquellas expresiones o acciones tengan "per se" condición semántica injuriosa, según estimaciones socio-culturales, y que puede desaparecer, si el inculpado consigue demostrar la exclusión del injusto típico, por la presencia manifiesta de otra intención personal diferente, de prevalente calidad y de dimensión no antijurídica o ilícita, y por lo tanto, defensible o estimable, que elimine o absorba aquella maliciosa finalidad injuriosa, sin que la mera coexistencia de dos "animi" diversos produzca este último efecto de hacer imposible el delito difamatorio, pues subsistirá su operatividad, existiendo la concurrencia de intenciones, ya que entonces, la de agraviar el honor permanece intacta, y debe ser castigada, luego de ser reprochada culpabilísticamente. (S. 8 noviembre 1976.)

Artículo 458. Injurias.

El recurso considera indebidamente aplicado los artículos 457 y 458 del Código penal, no porque objetivamente no reputen injuriosas las frases vertidas en relación a la querellante, sino porque en el personal criterio del impugnante, al proferirlas no hubo "*animus injuriandi*", sino de rechazo y defensa de lo que calumniosamente a él se le atribuía en relación con la propia querellante.

El razonamiento de la referida motivación impugnatoria, es tan inconsistente que no permite el acogimiento del recurso, pues tratar de defenderse de una imputación afectante a la propia honestidad imputando a su vez a la querellante de tener relaciones adulterinas con un tercero, es absurdo e ilógico; sería lícito negar la falta de moralidad atribuida, e incluso intentar demostrar

su incerteza, pero este "*animus defendendi*" no legitima que para autodefenderse se atacara el honor y la honra de una mujer, manteniendo y propalando que con quien tenía relaciones adulterinas era con un tercero, pues el intento de eludir la acusación a su persona no autorizaba al contradictor para propalar una falta de moralidad que de ser cierta genera potencialmente un delito perseguible a instancia de parte, máxime si se pondera que el artículo 461 del Código penal no admite al injuriante prueba sobre la verdad de las imputaciones, salvo el excepcional supuesto de que el injuriado sea funcionario público y que lo imputado refiera y se contraiga a hechos concernientes al ejercicio de su cargo; o en el supuesto, también excepcional, de que acusado de injurias tuviere derecho y estuviese legalmente legitimado para perseguir el delito imputado, en los supuestos previstos en el número primero del artículo 458 del propio Código penal, y bien sabido es, que el adulterio sólo puede, según el artículo 450, ser perseguido en virtud de querrela del marido agraviado. (S. 17 enero 1977.)

Artículo 487. Abandono de familia.

El delito de abandono de familia, según se infiere del artículo 487 del Código penal, constante doctrina de esta Sala, se caracteriza esencialmente por una conducta omisiva—dejar de cumplir, pudiendo y debiendo hacerlo—, referida a los deberes de asistencia y protección moral que la Ley impone respecto a la patria potestad, tutela o matrimonio. Omisión que puede tener lugar bien por abandono malicioso del domicilio conyugal, bien por la conducta desordenada del sujeto activo del delito, bien por ambas causas conjuntamente determinantes del incumplimiento aludido. Los deberes a que el Código penal se refiere, tanto son los materiales de convivencia, habitación, sustentación, vestido, como los espirituales de protección, lealtad, educación, cuidado y auxilio mutuo. El abandono malicioso, por fin, a efectos de la presente resolución es el que no tiene razón ni explicación suficiente, es el voluntario o injustificado, dejando el hogar en la mayor indigencia, debido al capricho personal, a arbitraria decisión, según constante doctrina de esta Sala.

Analizando a la luz de esta doctrina el único motivo del recurso, que considera infringido el artículo 487, números primero y segundo del Código penal, necesariamente ha de decaer, puesto que la recurrente, sin causa ni motivo que lo justifique, se marchó del domicilio familiar, llevándose a sus tres hijos, desentendiéndose de su marido y posteriormente, también sin razón ni motivo justificado, declinó en su familia, el cuidado de los niños, obligaciones que son personales e indeclinables, habiendo, pues, una conducta omisiva de deberes respecto del marido e hijos, sin causa, razón, ni fundamento, pero que podía y debía cumplir tales deberes legales de asistencia, del matrimonio y de la patria potestad. Razones que conducen a la desestimación del motivo que se estudia, sin que de otra parte, el temor a que los malos tratos se repitieran, aparezca suficientemente fundado, lo que refuerza la desestimación del motivo del recurso. (S. 4 noviembre 1976.)

Artículo 500. Robo.

El tipo de figura delictiva descrita en el número segundo del artículo 504 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 500 del Código penal, consiste en el apoderamiento de una cosa mueble de ajena pertenencia empleando la fuerza material o vis física aunque sea mínima, sobre cualquiera de los mecanismos o elementos de seguridad o guarda ordenados especialmente por el dueño o poseedor legítimo para la defensa de su propiedad, por lo que el quebrantamiento del llamado corta-vientos o parte de la ventanilla del coche citado, que se hallaba cerrada; para obtener ilícitamente objetos que se encontraban dentro del mismo, constituye una conducta que ha de ser necesariamente incardinada o subsumida en el citado precepto, porque como tiene declarado reiteradamente esta Sala, quebrantar es sinónimo de romper o fracturar una cosa con esfuerzo, aunque para cometer tal delito no se necesite la destrucción material del cristal de la ventanilla o paravientos, sino solamente vencer por medios diferentes a los normales o usuales empleados para abrir por el propietario (en este supuesto el apalancamiento) los dispositivos de seguridad empleados como símbolo inequívoco de su voluntad de exclusión de un cierto espacio, aunque no se trate de un edificio, sino de un automóvil, pues este constituye asimismo un recinto cerrado, por lo que el empleo de un destornillador, como palanca para abrirlo violentando y deformando permanentemente dicho cierre, implica indudablemente un acto de fuerza en las cosas, que debe ser calificado como robo con desestimación del único motivo del recurso. (S. 22 diciembre 1976.)

Artículo 500. Robo (codelinuencia).

El previo acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización del plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se conciertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se les asigne, y, así, apareciendo de la declaración de hechos probados que puestos previamente de acuerdo el recurrente, el otro procesado y otros dos individuos no detenidos hasta ahora, tras apoderarse de un automóvil, se dirigieron en dicho vehículo al lugar por donde sabían que tenía que pasar andando el empleado de una determinada Empresa después de retirar de un establecimiento bancario la suma de 200.000 pesetas con destino al pago de salarios, y cuando el citado empleado portaba bajo el brazo una cartera de mano donde había guardado las 200.000 pesetas, al llegar al cruce de unas calles, mientras el recurrente se quedaba al volante del automóvil con el motor en marcha para emprender rápida huida, los otros sujetos, acercándose rápidamente al mentado portador del dinero que estaban acechando, le dieron un empujón por la espalda, derribándole al suelo y quitándole la cartera con el dinero, con lo que la participación del recurrente en el hecho delictivo, en el que concurren todos los requisitos que tipifica el delito de robo con violencia en las personas, tras el previo acuerdo con los demás partícipes para ejecutar el delito, apoderarse de un automóvil para facilitar la huida de los autores y esperar con él puesto en marcha para emprenderla

rápidamente, es tan necesaria para su realización que sin él no se hubiese realizado, por la confianza de sus copartícipes en conseguir por ese medio la fuga y la impunidad, por lo que procede desestimar el único motivo del recurso, al reputarse responsable en concepto de autor de un delito de robo con violencia en las personas, pues, es doctrina de esta Sala, que en el concurso de delincuentes todos responden en concepto de autores cuando con unidad de propósito y común acuerdo encaminan sus esfuerzos a la consecución de la finalidad delictiva que les asocia, aunque cada uno tenga a su cargo una función distinta, tendentes todas ellas a la más acabada consecución del pensamiento criminal. (S. 29 noviembre 1976.)

Artículo 501, 1.º. Robo con homicidio.

Se impugna por indebida subsidiariamente la aplicación del artículo 500 en relación con el número primero del 501 del Código penal, relativo al delito de robo con homicidio, fundamentándolo en que sin atender al carácter finalista de la acción criminal, se produjo el resultado de muerte, estimando correcta para la calificación, la existencia de dos delitos distintos, uno de robo con violencia en las personas y otro de homicidio culposo, motivo que también tiene que seguir suerte desestimatoria, nada más lejos de la realidad que lo postulado, al parecer plenamente que el ataque a la propiedad ajena fue el móvil generador del delito y al tratar de defenderse la víctima, le propinaron repetidos golpes hasta producirle la muerte, lo que no era necesario, siendo dos los atacantes y habiéndole cogido por la espalda al infortunado vigilante, al que sentaron en un sillón, pudieron atarle y conseguir apoderarse de las dos mil quinientas pesetas, producto del jornal de la víctima, sin necesidad de matarle, por lo que la aplicación del número primero del artículo 501 del Código penal es absolutamente correcta. (S. 17 diciembre 1976.)

Artículo 504, 3.º. Robo.

El robo con fuerza descrito en el segundo inciso del número tercero del artículo 504 del Código penal es un delito de resultado cortado en que la consumación subjetiva se adelanta sobre la objetiva.: sustracción del mueble u objeto cerrado *para* fracturarlo o violentarlo fuera del lugar del robo, de modo que el tipo se satisface con la fractura *potencial*, bastando, por consiguiente, que la *res furtiva* esté cerrada o sellada al producirse la *amotio* o traslación por el culpable desde el lugar en que se encuentra a aquel en que deberá actualizarse la *vis in re*; cosa que sucedió exactamente en el caso *sub judice* en que el recurrente, en unión de otro, menor de edad penal, sustrajeron de determinado Colegio una caja de caudales—cerrada, según aclaración del *judicium*—, de cuyo contenido se operaron tras llevarla a cierto lugar alejado de la población, donde “abrieron dicha caja utilizando una piedra al efecto”; expresión esta última que juzga insuficiente el procesado que recurre por entender que no es bastante a describir la fractura exigida por el tipo legal; pero, si como se ha dicho, lo esencial para que se entienda consumado el delito es que se sustraiga el objeto *cerrado* (en este

caso la caja de caudales) con *propósito* de ulterior fractura, en puridad, ya queda extramuros del tipo la realización de esa violencia, por más que en el caso de autos también se produjo. (S. 2 noviembre 1976.)

Artículo 514, 1.º Hurto.

El procesado se apoderó de los dos bultos que se encontraban en un camión y después de transportarlos a otro vehículo se ausentó del lugar en el que se hallaban las cosas sustraídas, las que tuvo en su poder hasta que fue detenido por la Policía; es claro que no solamente concurrieron la “contrectatio” y la “ablatio”, sino también la “illatio”, ya que el procesado no solamente tomó la cosa, desplazándola del lugar en que se hallaba, sustrayéndola al ámbito posesorio de su dueño, sino que sin que hubiera sido perseguido y detenido “*iter criminis*”, la tuvo en su poder con posibilidades de disposición, desde el momento del apoderamiento hasta el de su detención, lo que hace que el delito deba reputarse consumado según la doctrina sustentada por esta Sala en reiteradísimas sentencias. (S. 10 noviembre 1976).

Artículo 516, 2.º Hurto (abuso de confianza).

En el tema de *abuso de confianza* es preciso recordar, una vez más, que la reforma penal de 1944 suprimió por razones de pragmatismo, tal vez no decisivas, la distinción entre el *simple* y el *grave* abuso de confianza, de suerte que este último, en gracia a su mayor intensidad, operaba como cualificativa del hurto —verdadero subtipo del delito—, en tanto que el primero actuaba como agravante genérica en los demás delitos que consintieran este *plus* agravatorio, con lo que, ciertamente, se eliminó así, en palabras del legislador de dicha fecha, un motivo de “tortura” para la jurisprudencia al ensayar aquel criterio cuantitativo de gravedad en sus aplicaciones prácticas, con lo que, a no dudarlo, se ha ensanchado el ámbito de aplicación de esta cualificativa al hurto previsto en el número 2.º del artículo 516 del Código penal, invalidando con ello, en buena parte, la doctrina jurisprudencial anterior que se esforzó por encontrar el distinto *grado* de confianza otorgada al culpable para fundar la especie cualificada en las situaciones en que la dación de fiducia se reconocía con particular acuidad.

A la vista de la mentada expansión de la agravante, se hace preciso subrayar, como lo viene haciendo la doctrina de esta Sala, los dos elementos en que aquella reposa: uno, el realmente esencial y antecedente, constituido por una verdadera y existente *situación de confianza* que como elemento espiritual y subjetivo vivifique el fundamento de la punición, asentándolo firmemente en un *plus* de culpabilidad al que siempre hay que aspirar como auténtico asidero de la responsabilidad en cualquiera de sus grados; y otro elemento de rai-gambre *objetiva* que opera como pura consecuencia del anterior y que no es sino la facilidad de comisión del delito dada aquella relación que liga a los sujetos activo y pasivo de la infracción; planteamiento que por sí solo ya está indicando que el primero de dichos factores es el que debe primar como punto de partida de la agravante, como ya se dijo por esta Sala en alguna de sus resoluciones posteriores a la reforma penal antedicha (Sentencias de 22 de

abril de 1948, 9 de mayo de 1974, entre otras), buscando así paliar aquellos aislados y unilaterales criterios de la modalidad ejecutiva (Sentencia de 22 de junio de 1964) con los del mayor dolo y perversidad del delincuente (Sentencia de 15 de abril de 1967), siendo de recordar al respecto que las relaciones que suelen engendrar la confianza son la *relación doméstica* o asimiladas de hospedaje oneroso o gratuito, la *laboral o profesional*, basada por su propia exigencia en una especie de "contrato fiel" y la relación de *amistad* o a ella equivalentes; relación esta última que admite no pocas matizaciones, desde la amistad meramente superficial, inherente a la vida social, a otros grados de estrecha e íntima amistad nacida bien de una larga duración y permanencia, bien de otras situaciones, como la relación amorosa o análogas, en las que la menor prolongación en el tiempo de tales lazos afectivos viene suplida por una mayor intensidad de los mismos, lo que particularmente se predica en aquellos casos en que los contactos entre hombre y mujer se intensifican por la convivencia más o menos larga de la pareja, lo que, en verdad y casi forzosamente, implica una mutua dejación o abandono que trasfunde toda la relación y que permite poner al alcance del otro los bienes propios sin recelar un desleal apoderamiento, justamente porque se espera (¡se confía!) en el comportamiento correcto del amigo y que éste no antepondrá al afecto los impulsos de la vil codicia. (S. 3 diciembre 1976.)

Artículo 516 bis. Utilización ilegítima de vehículos de motor.

El artículo 516 bis, bajo la nueva rúbrica decretada por la Ley de 28 de noviembre de 1974, de "utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos", reprocha la conducta de toda persona que, sin la debida autorización y sin ánimo de hacerlo como propio, utilizare dichos carruajes, cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada, estableciendo a efectos de la penalidad una distinción, según el culpable, dejare transcurrir veinticuatro horas, sin restituir directa o indirectamente el vehículo, pues si sobrepasare tal espacio de tiempo, se exaspera la punición que incluso de ser superior a la legal aumentada, la determinada para los delitos de robo o hurto comunes, de los artículos 505 y 515, hace a estos aplicables, pero sin que en ningún supuesto deje de ser un delito de utilización ilegítima o de mero uso por la presencia de la alteración de la "facultas utendi" del titular, pero sin "ánimo rem sibi habendi" o de adueñamiento total.

A diferencia de los delitos de robo y de hurto que son infracciones instantáneas en su comisión, porque basta que los autores realicen los verbos típicos, de apoderar o tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño o poseedor y que precisan los artículos 500 y 514 del Código penal, el delito de utilización de vehículos de motor ajeno, del artículo 516 bis, antes de dicha reforma, llamado de robo o hurto de uso de tales carruajes, posee una distinta naturaleza jurídica, propia de delito permanente, porque el nuevo tipo penal pone el acento en el verbo utilizar, lo que tanto supone, como aprovecharse de una cosa —automóvil—, usarla, disfrutarla o emplearla a favor propio, acogiendo cualquier tipo de comportamiento antijurídico, que se verifique mediante la privación del titular de la "facultas utendi", y la realización propia de la misma, sobre tal ajeno carruaje, "invito domino". (S. 20 diciembre 1976.)

Artículo 529, 1.º. Estafa.

La denominada tarjeta de crédito bancaria supone la concesión, por parte de un Banco, a un particular, de un préstamo de numerario, con la particularidad de que no se fija exactamente la cantidad prestada, sino un límite máximo que no puede sobrepasar el prestatario, sin que las sumas en cuestión sean entregadas directamente al referido prestatario, comprometiéndose simplemente el Banco a satisfacer, a los vendedores, el importe de las adquisiciones mobiliarias que realice el titular de la tarjeta y que no exceda del tope o límite señalado, debiendo reembolsar, más tarde, el prestatario al Banco las cantidades satisfechas por cuenta de aquél, más los intereses o prestaciones complementarias convenidas, realizando el titular las adquisiciones mediante la presentación de la tarjeta y la suscripción o aceptación de las oportunas facturas, cuyo importe perciben los vendedores presentándolas al Banco expedidor de la tarjeta. Su naturaleza jurídica es semejante a la de los títulos valores, pues en ella concurre la nota de incorporación del derecho a un título, pero ni la literalidad es absoluta desde el momento en que no todo lo convenido entre Banco y titular se refleja en la tarjeta, ni el principio de autonomía o independencia entre el título y el negocio subyacente resplandece con toda nitidez, siendo además dichas tarjetas personalísimas e intransferibles, estando prescrita la transmisión a tercero de las mismas y de los derechos que representan. Y como instaurada en el mercado crediticio, una nueva forma, por lo general, el ingenio de los que gustan de hallarse al margen de la ley, encuentra en ella fuente y posibilidad de aplicación delictiva, de la tarjeta de crédito surgen o pueden surgir hasta tres modos diferentes de defraudación, a saber: a) la falsificación de la tarjeta, bien simulándola enteramente de modo que se induzca a error sobre su autenticidad, bien introduciendo, en tarjeta verdadera, alteraciones que modifiquen su texto, ampliando así el límite máximo del crédito concedido o sustituyendo el nombre y apellidos del titular legítimo por los del agente falsario, defraudando con ello bien al Banco, bien a los comerciantes que entregan mercaderías, objetos o efectos fiados en la autenticidad de la tarjeta y en la confianza que en ellos despierta la entidad bancaria de que se trate—artículos 303, 302, números sexto y noveno, 529, número primero, y 528 del Código penal; b) el fingimiento o apariencia de bienes, empresa o cualidades, con el fin de obtener la tarjeta, la que es concedida por el Banco creyendo y confiando en la veracidad de los datos facilitados mendazmente por el futuro titular de la misma, el cual, más tarde, efectúa las compras correspondientes y no reembolso su importe al Banco, artículos 529, número primero, y 528 del Código penal; y c) el agotamiento del crédito concedido y, aprovechando que no se reflejan en la tarjeta las operaciones realizadas, la ficción o apariencia, ante los comerciantes y vendedores, de no haber agotado todavía el referido crédito hasta el límite máximo, en cuyo caso la falacia o mendacidad engendradora del engaño ofrecen la particularidad de producirse y desarrollarse ante un sujeto, mientras que el perjuicio patrimonial lo sufre otro, el Banco, el cual, en aras de seguridad del tráfico jurídico y haciendo honor al crédito concedido, ha de satisfacer el importe de las facturas incluso por encima del límite fijado

—artículo 529, número primero, “crédito”, y 528 del Código penal. (S. 22 noviembre 1976.)

El artículo 529, 1.º, del Código penal, al definir y sancionar el delito de estafa, condena éste en dos ideas esenciales: defraudar a otro, valiéndose de los engaños que en el precepto se establecen u otro engaño semejante, que no sea de los expresados en los casos siguientes: la quieta y constante doctrina de esta sala ha venido a consagrar como elementos constitutivos del delito: 1.º Un engaño precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado por el sujeto activo del delito y proyectado sobre el pasivo, que consiste en usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, crédito, comisión, saldo en cuenta corriente, empresa, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante. 2.º Este engaño idóneo, eficaz y suficiente, esencia del delito de estafa, ha de producir un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad, cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos mendaces, simulados por el sujeto activo del delito. 3.º Todo ello provoca el asentimiento a un desplazamiento patrimonial que el sujeto pasivo realiza, sufriendo así una disminución de sus bienes, perjuicio o lesión de sus intereses económicos, al que se llega mediante el engaño antecedente y el error, efecto de las maniobras falaces y arteras del sujeto activo del delito. 4.º Las maquinaciones de éste han de ir finalísticamente dirigidas al lucro, ánimo de lucro propio o de tercero, se llegara a obtener tal lucro o no se consiga. 5.º Entre el engaño y el perjuicio sufrido ha de haber una relación de causalidad inmediata, adecuada y eficaz porque el segundo nace provocado por el primero. (S. 30 noviembre 1976.)

El libramiento de un cheque en descubierto, o sea, sin cobertura o provisión de fondos, constituye hoy un delito específico descrito en el artículo 563 bis b) del vigente Código penal, que a partir de su reforma por Ley de 15 de noviembre de 1971, se consuma por el libramiento y entrega a otra persona de dicho documento, sabiendo o conociendo que en la fecha en la que se expide o libra no existen en poder del librado fondos bastantes o disponibilidad suficiente para poder hacerlo efectivo cualquiera que sea la finalidad con que se haya dado, exceptuando la defraudatoria que a partir de la citada reforma integra una variedad del delito de estafa, pues quien libra un cheque sin la existencia de provisión aparenta bienes de los que carece, quedando incluida expresamente de conducta en el número 1 del artículo 529 del citado cuerpo legal que contempla expresamente la apariencia de saldo en cuenta corriente y se reafirma en el último párrafo del citado artículo 563 bis b) que la excluye de su ámbito punitivo, porque en este supuesto el cheque más que atacar la seguridad del tráfico mercantil, que es el bien jurídico protegido por este delito, se convierte en uno de tantos artificios o engaños defraudatorios de que se vale el agente para expoliar a su víctima, aparentando una solvencia ficticia como medio de lograr por esta causa engañosa una prestación o desplazamiento patrimonial, efectuado libremente, pero con el consentimiento y voluntad viciadas, por el ofendido, en situación álmica de error esencial, al creer que ha recibido su contraprestación con la entrega del cheque, sin fondos en sustitución del precio en metálico, cuando en realidad no es así, por lo que en el presente caso reconociéndose en la sentencia de instancia que el procesado aprovechándose del crédito y con-

fianza de que gozaba ante la Cooperativa Agrícola que se cita un hermano suyo ya fallecido, compró a ésta en las fechas que se mencionan dos importantes partidas de fruta con intención de no pagarlas, entregando al conductor del camión que iba a recogerlas los dos cheques que se mencionan para que con ellos satisficiera en el precio en el acto de recibirla, y que fueron devueltos impagados por insuficiencia de fondos en la cuenta abierta a nombre del imputado contra la que iban dirigidos, no puede caber duda de la finalidad defraudatoria perseguida por éste, que lo convierta en autor de dos delitos de estafa del 529, párrafo 1.º, y no de cheque, en descubierto del artículo 563 bis b). (S. 3 diciembre 1976.)

La conducta del recurrente relatada en la sentencia de instancia debe ser calificada como un delito de estafa del párrafo 1.º del artículo 529 del Código penal, como lo verifica el Tribunal "a quo", pues está patente en tal narración que lo que constituyó el engaño y provocó los desplazamientos patrimoniales efectuados por los perjudicados no fue la entrega de los cheques por el mismo librador en función solutoria, puesto que tales actos de transmisión ya habían tenido lugar (libramientos que por otra parte pudieran constituir otro delito distinto de cheque en descubierto no apreciado por la Audiencia), sino el haber hecho creer a aquéllos que era propietario de varias fincas en Murcia y consejero delegado de una fantástica Sociedad Anónima inexistente, *con lo que logró captarles la voluntad*, como precisa la sentencia recurrida, para que le proporcionasen áridos en distintas ocasiones, *sabiendo que, dada su falta de dinero, no podría pagar su importe global* de seiscientos treinta y una mil pesetas, para lo que posteriormente al recibo de las mercancías, libró cuatro cheques que fueron devueltos impagados por falta de fondos en la cuenta corriente del inculpado contra la que iban dirigidos y que no le hubieran sido admitidos por los citados acreedores, si no hubiera sido por la apariencia de bienes, empresa y negociaciones imaginarias simuladas por aquél, con propósito engañador y defraudatorio, que excluye la aplicación del delito de cheque en descubierto descrito en el párrafo 1.º del artículo 563 bis h), no sólo porque el contenido del último inciso de dicho párrafo en concordancia con el 529 citado así lo establece, sino también por que el engaño exigido en el delito de estafa debe ser anterior y causal a la entrega por parte del paciente, de la cosa defraudada, de suerte que sin él tal transmisión no se hubiera realizado, como sucede en el presente caso en el que los cheques no pudieron influir sobre un desplazamiento de la propiedad que ya había tenido lugar en virtud de las afirmaciones engañosas efectuadas con anterioridad a la conclusión del negocio e independientemente de la entrega de los mismos. (S. 7 diciembre 1976.)

Artículo 531, p. primero. Estafa.

Al ser requerido de pago manifestó a la comisión judicial que practicaba la diligencia que carecía de efectivo metálico y además faltando a la verdad y aparentando ser dueño de ellos designó como de su propiedad, para que se le embargaran dos viviendas que él mismo había vendido con anterioridad y de las que eran dueños los quèrellantes, con lo que esta conducta aparece plenamente encajada en el molde de la figura delictiva de la estafa sobre

inmuebles trazada en el artículo 531 párrafo 1.º del Código penal, al fingirse el procesado titular dominical de los dos pisos citados con lo que se consuma el engaño y el perjuicio patrimonial para los propietarios de los pisos embargados al haberse hecho en el proceso ejecutivo en el que acordó el embargo trance y remate de dichos bienes, adjudicándoselos judicialmente a un tercero, consiguiendo con este ardid engañoso puesto en juego por el procesado un lucro ilícito, primero evitando con la utilidad consiguiente que se le embargaran bienes de su propiedad y luego haciéndose pago a su acreedor ejecutante con el producto de la venta de los bienes embargados que pertenecían a terceros, por lo que junto a los requisitos o elementos generales que la doctrina de esta Sala viene declarando como integrantes del delito de estafa, perjuicio patrimonial real y evidente ánimo de lucro y engaño con entidad suficiente para promover a error, se dan los elementos típicos objetivo y subjetivo del delito definido en el artículo 531 párrafo 1.º. (S. 29 noviembre 1976.)

Artículo 535. Apropiación indebida.

A tenor de las características legales reseñadas en el texto punitivo del artículo 535 del Código penal y a la abundante doctrina de esta Sala en la interpretación y aplicación concreta del mismo, el delito de apropiación indebida tipificado sustantivamente en tal precepto, que tradicionalmente vino figurando desde el Código de 1822 en el ordenamiento jurídico-penal español, como una modalidad de la estafa, a la que pertenece por su naturaleza genérica, pero de la que el legislador del texto refundido del Código penal de 1944 la segregó, configurándola como delito autónomo e independiente en razón a su propia naturaleza específica, viene a delimitar con trazo más ostensible la línea separatoria existente entre lo ilícito civil y lo antijurídico penal, constituyendo su dolo peculiar o cualificativo el abuso de confianza en que el culpable incide y del que se prevale para hacer suyas las cosas muebles o dinero que recibe de ajena pertenencia a título de depósito, comisión, administración o *cualquier* otro no traslativo de dominio, que consecuentemente obliga a devolver, entregar o destinar lo recibido a un fin taxativamente preordenado, pero de las que aquél se apropia, distrae o niega haberlas recibido, disponiendo de ellas o reteniéndolas con "animus rem sibi habendi", en beneficio propio o ajeno, transformando o cambiando la simple tenencia y posesión, ciertamente lícita, pero transitoria y accidental de los bienes muebles detenidos, en propiedad ilegítima propia, con correlativo cierto y concreto perjuicio patrimonial del auténtico dueño, cuyo interés y derecho constituye el bien jurídico penalmente protegido mediante la incriminación de tal conducta, siendo por ello un delito de resultado y enriquecimiento injusto, cuya consumación se logra con el simultáneo perjuicio material ajeno, o sea, acrecentando el patrimonio del sujeto activo a costa del detrimento y daño del sujeto pasivo. (S. 9 diciembre 1976.)

Artículo 535. Apropiación indebida (consumación).

El momento de consumación del delito de apropiación indebida no puede ser otro que aquel en el que el procesado realizó todos los actos ejecutivos del

hecho integrante del tipo descrito en el artículo 535 del Código penal, dando a la letra un destino distinto de aquel para el que le había sido entregada, incorporando a su patrimonio y realizando actos de disposición del importe de la misma, pues es en tal momento en el que se produjo la conversión de la lícita posesión en ilícita propiedad y, en consecuencia, el quebranto económico constitutivo del resultado lesivo que da perfección al delito. (S. 20 diciembre 1976.)

Artículo 546 bis a). Receptación.

El motivo de infracción de ley alegado infracción del artículo 546 bis a) primero y segundo del Código penal, en razón de que no consta que la procesada se aprovechara para sí de los efectos del delito, necesariamente ha de decaer en cuanto que consta de los hechos probados que recibió del otro procesado diversas alhajas, para que las vendiera, que conocía la ilícita procedencia de los objetos, que los vendió y que ella personalmente se lucró, razones que pudieron fundamentar la inadmisión del recurso, pero que admitido da lugar a su desestimación, tanto por falta de respeto a los hechos probados como por reunir éstos aquellos requisitos que tanto el Código como la doctrina de esta Sala vienen exigiendo para integrar el delito de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación, a saber: Comisión de un delito contra los bienes, en el que el receptor no es autor ni cómplice, conocimiento por el receptor del hecho delictivo, aunque no sea pormenorizado, bastando el conocimiento de la ilícita procedencia y aprovecharse para sí, con ánimo de lucro, que se presume, salvo prueba en contrario, de los efectos de aquél. Extremos todos a los que se extendió la actividad de la recurrente. (S. 17 enero 1977.)

Artículo 563 bis b). Cheque en descubierto.

Siendo el bien jurídico protegido por el delito de cheque en descubierto o sin provisión o disponibilidad de fondos, la seguridad del tráfico mercantil, éste resulta atacado por el solo libramiento de dicho documento cualquiera que sea su cuantía, aunque el importe no exceda de 5.000 pesetas, por lo que aun siendo conveniente la consignación en la sentencia de instancia de la cantidad en él figurada, su omisión no puede dar lugar a la casación solicitada, no sólo en atención a la razón anteriormente expuesta, sino también porque el cheque en cuestión no aparece entregado con finalidad defraudatoria, pues la mercancía que aparentemente pagaba ya había sido entregada al procesado con anterioridad a la fecha de emisión del citado título-valor, como consta en el primer Resultando de la resolución impugnada, por lo cual no podía haber sido la causa engañosa del desplazamiento patrimonial, lo que constituiría en efecto un delito o falta de estafa, sino que tal conducta debe ser subsumida en el párrafo 1.º del artículo 563 bis b) del vigente Código penal y no del número 1.º del artículo 529 del mismo cuerpo legal, como efectuó correctamente el Tribunal "a quo" en la Sentencia de instancia, procediendo por tanto la desestimación del único motivo admitido del recurso en el que

se denuncia la aplicación indebida del primero de tales preceptos. (S. 7 diciembre 1976.)

Artículo 565, p. primero. Imprudencia temeraria.

El cargo que desempeñaba el procesado recurrente, al decir de los hechos probados, era el de encargado general de la obra y como tal encargado general, según el Anexo II de la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de agosto de 1970, por la que se aprueba la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, ha de poseer los conocimientos de Encargado de Obras y bajo las órdenes inmediatas del técnico superior o medio tiene uno o más encargados a las suyas, adopta las medidas oportunas para el debido ordenamiento y ejecución de los obras; posee los conocimientos suficientes para realizar las órdenes que recibe de sus superiores y es responsable del mantenimiento de la disciplina en las obras a su cargo y muy especialmente en todas cuantas disposiciones se dicten en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, es decir, como con reiteración ha venido declarando esta Sala, corresponde a los encargados de obras adoptar las funciones de seguridad necesarias en evitación de riesgos no sólo para los obreros, sino para los terceros en general, por ser ellos los trabajadores de confianza de Empresa o Entidad constructora, debiendo prevenir accidentes y prestar los primeros auxilios en caso necesario, con lo que claramente se determina por la legislación laboral y la doctrina jurisprudencial sus obligaciones y responsabilidades para precaver y evitar posibles accidentes, y como el procesado recurrente el día de autos al ordenar a tres trabajadores que subieran a la cubierta del tejado, a nueve metros del nivel del suelo, con una pendiente del 20 por 100, para remover y colocar tres planchas de acero galvanizado, de 10 x 1,20 metros, sin la adopción de dispositivo de seguridad que el riesgo exigía, como redes, barandillas, protectoras o cinturones de seguridad, dada la altura y condiciones en que se realizaba el trabajo, con lo que se habría podido evitar el trágico accidente producido al caer uno de los trabajadores al vacío, cumpliendo las normas de seguridad, establecidas en el artículo 17 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 y artículo 192 de la Orden Ministerial de 28 de agosto de 1970, por lo que hay que concluir afirmando que se ha aplicado correctamente en el presente caso el párrafo 1.º del artículo 565 del Código penal, pues no cabe mayor temeridad que ordenar a unos obreros realizar trabajos sobre tejados, con materiales resbaladizos, de marcada inclinación, sin adoptar medidas y dispositivos de seguridad alguno que las disposiciones legales vigentes ordenan y la más elemental prudencia aconseja, por lo que no puede exonerarse de responsabilidad el que en la obra no se dispusiera de Libro de Ordenes y Asistencias—como alega el recurrente—, afirmación gratuita al no constar en los hechos probados y quedar sobre todo determinada su responsabilidad por su conducta y las disposiciones citadas. (S. 16 noviembre 1976.)

Una de las cotas más altas de imprudencia temeraria en el tráfico de vehículos de motor viene dada por la coligación de factores etiológicos que disocian y disgregan la concentración de la conciencia o atención del conductor para percibir el riesgo, no menos que su capacidad reactiva o de reflejos ante

el peligro suscitado por su propio estado o la situación ambiente: fatiga, sueño, alcohol ingerido, prolongación de la diversión juvenil a través de la conducción a manera de juego, euforia desbordada, impericia e inexperiencia y tantos otros; pues entonces se da ya en el inicio de la conducta una *actio libera in causa culposa*, de tal entidad, que tiñe ya todo el decurso de la acción, pues es evidente que quien se pone a conducir bajo la influencia de todos aquellos factores combinados es consciente del gravísimo peligro que ha de producirse con ello para la esfera jurídica ajena, lo que explica la producción de resultados realmente catastróficos que a diario se producen con tan imprudentísimas conductas en las que cobran todo su resalte y proyección los dos elementos integrantes de la culpa punible: el psíquico integrado por aquella peculiar posición anímica de quien emprende la conducción *no obstante saber* el complejo de condiciones que disminuyen su capacidad de gobierno del vehículo que, con toda probabilidad, ha de llevarle a la producción de resultados dañosos (culpa consciente) y el elemento normativo o menosprecio del deber de cuidado entrañado de manera elemental en el *principio de conducción dirigida* proclamado como es sabido en el párrafo preliminar del artículo 17 del Código de la Circulación y de cuya inicial infracción se derivan luego como lógica secuela la de otros muchos preceptos reglamentarios implicados en aquel principio; de suerte que la conjunción de ambos elementos, el uno con toda su intensidad psicológica y el otro con toda su entidad normativa, no pueden llevar sino a calificar como imprudencia temeraria —según el lenguaje legal— la conducta de quien así se comporta. (S. 24 noviembre 1976.)

El artículo 565 1.º del Código penal al definir y penar el delito de imprudencia temeraria viene a establecer que éste consiste en realizar un hecho, con tal descuido y falta de atención, que si en lugar de esta conducta negligente hubiera mediado malicia constituiría delito. La doctrina ya antigua de esta Sala ha venido estableciendo como requisitos esenciales del delito: la acción u omisión voluntaria, no maliciosa, un mal efectivo y concreto y una relación de causalidad entre aquella y éste (Sentencias de 22 de diciembre de 1959, 12 de junio de 1961 y 26 de febrero de 1962, entre otras muchas). Modernamente y al compás de la evolución de la doctrina y de los tiempos se viene afirmando que la esencia y raíz de la imprudencia es la desatención en el actuar de las personas que provoca un descontrol de la conciencia y de la voluntad con que se actúa, así como del campo, los objetos y las personas sobre las que recae aquella actividad. Esta desatención es base de la imprudencia temeraria cuando se incurre en imprevisiones de lo que era fácil, asequible y vulgar de prever, y que eran exigibles a cualquier persona. Con tal conducta se infringen los debates objetivos de cuidado y se crea un riesgo previsible, evitable y atribuible al sujeto con actuación negligente; un resultado lesivo constitutivo de delito y una relación de causalidad inmediata, directa y eficaz entre el hecho humano, con negligencia grave y el mal efectivo y concreta, sin interferencia decisiva de elementos extraños. (S. 23 diciembre 1976.)

Artículo 565, p. segundo. Imprudencia.

En materia de imprudencias cometidas con ocasión de la conducción de vehículos de motor, comprendidas en el artículo 565, 2.º, con infracción de

reglamentos, en este caso el Código de la Circulación son declaraciones reiteradas de esta Sala que la desatención en la conducción es la esencia y raíz de la imprudencia, consistente en una omisión espiritual tanto en el actuar como en el prever. En el actuar en cuanto que se conduce con conducta liviana, descuidada y ligera, sin la concentración absolutamente precisas cuando se manejan vehículos de motor que por su marcha, potencia, velocidad y proliferación suponen un peligro en las carreteras y exigen una conducción cuidadosa, prudente y acomodada a las circunstancias de la circulación en cada caso. En la previsión porque, dadas las circunstancias anteriores, el agente debe prever y evitar todo riesgo, ser diligente para no provocar situaciones de peligro y, en fin, cuidar de las personas, intereses y derechos de los demás implicados en el tráfico, en la misma medida que quisiera que los otros velaran, respetaran y cuidaran de los suyos. Por tanto, a la atención y previsión debidas ha de agregar, como mínimo, la observancia rigurosa de las normas del Código de la Circulación, porque si a su infracción se une aquella desatención u omisión leve, nos encontraremos ante el delito de imprudencia simple, con infracción de Reglamentos. Si la desatención es grave, profunda o grosera y los deberes, infringidos elementales nos encontraremos ante la imprudencia temeraria, aunque se le ponga al añadido de la infracción reglamentaria. (S. 2 diciembre 1976.)