

Jurisprudencia penal

PRIMER SEMESTRE DE 1981

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1. Relación de causalidad: imputación objetiva del resultado. Teoría de la adecuación.

«Quien ha puesto una condición «sine qua non» del resultado ha causado el resultado, pero para que éste pueda serle «objetivamente» atribuido es necesario, además, que tal condición sea adecuada, eficiente o apropiada, conforme a las reglas de la experiencia, para producir el resultado típico, que, por ende, ha de aparecer como consecuencia natural, lógica o racional de la acción.» (Sentencia de 20 de mayo de 1981.)

Artículo 1. Conciencia de la antijuricidad. Error de prohibición.

«Que el tercer motivo, al estar articulado por entender que el delito de tenencia ilícita de armas, previsto y sancionado en el artículo 254 del Código Penal, ha sido apreciado indebidamente y fundamentarse en que esta infracción delictiva, aunque "esencialmente objetiva y de mera actividad", reclama para su existencia que el sujeto activo deba conocer la significación anti-jurídica de su conducta, presenta el problema sobre si existe o no un error de derecho extrajudicial o error de prohibición, susceptible de tener el tratamiento jurídico penal del error o equivocación del acto y originar con ello la ausencia delictiva por inexistencia o ausencia de culpabilidad. La dogmática jurídica y la jurisprudencia de esta Sala, en determinadas y concretas resoluciones absolutorias, han recogido el tratamiento del error de Ley extrapenal de igual forma que el error de hecho, declarando la inexistencia del delito por ausencia de dolo, teniendo cada vez más eco el principio moderno de que "el castigo sin voluntad antijurídica es un residuo de responsabilidad objetiva", pudiéndose decir, en el momento actual, que el error de la antijuricidad material no formal, cuando está determinada como elemento del tipo delictivo, al exigirse la ilicitud por ley no penal engendra el "error de prohibición" que exonera de responsabilidad.» (Sentencia de 16 de junio de 1981.)

Artículo 1. Dolo. Error sobre el tipo y error de prohibición.

«El conocimiento del agente —elemento intelectual del dolo— debe abarcar las circunstancias jurídicamente relevantes del hecho y el disvalor ético-social del mismo que tiene expresión en la antijuricidad, y al desconocimiento o conocimiento equivocado de dichos extremos corresponde la diferenciación clásica entre el error de hecho y el error de derecho, traducidos en la dogmática penal moderna, con ciertas matizaciones, a los llamados error de tipo y error de prohibición, los cuales sin referencia en nuestro derecho constituido la tienen «de lege ferenda» en el Proyecto del Código Penal que distingue con cuidadosa técnica entre «el error sobre un elemento integrante de la infracción penal» y la «creencia errónea de estar obrando lícitamente», en ambos casos con eficacia excluyente de la responsabilidad siempre que el error o falsa creencia fueren probadas e invencibles; y al formarse en este caso la voluntad del sujeto con error sobre una circunstancia esencial del hecho: la creencia de que actuaba sobre una persona muerta, es llano que debe ser excluida su responsabilidad a título de dolo, pero no eximido de «toda» responsabilidad, porque su error ha sido consecuencia de grave imprevisión al no tomar las elementales precauciones que para cerciorarse de la muerte de la víctima pertenecen a la común experiencia, imprevisión de la que arranca su responsabilidad por culpa de un error vencible». (Sentencia de 14 de noviembre de 1980.)

Artículo 3. Desistimiento: naturaleza jurídica. La tentativa cualificada.

«Que el propio y voluntario desistimiento opera como causa de exclusión de la tipicidad, al paso que la interrupción de los actos que presupongan y entrañen un comienzo de ejecución por cualquier causa distinta a la indicada es elemento esencial en la tentativa, siendo de destacar, en el primer supuesto, es decir, en el desistimiento, que si los actos ya ejecutados constituyen por sí mismos un delito, el agente responderá de éstos y no por la tentativa del delito primeramente planeado y del que desistió.» (Sentencia de 31 de enero de 1981.)

Artículo 8, 1.º Trastorno mental transitorio: requisitos.

«Se caracteriza por las siguientes notas: origen o fondo patológico que se exagera explosivamente mediante resortes o estímulos, internos o externos, que agudizan la dolencia con brotes de agresividad o de violencia, si bien, en casos excepcionales, una emoción o una pasión, merced a su intensidad y virulencia, sin fondo patológico alguno, pueden también desencadenar el citado trastorno; aparición brusca y fulgurante; irrupción también rápida en la mente del sujeto, privándole de su capacidad de raciocinio y de la de conocer el alcance de sus actos; o suprimiendo su facultad de querer y de tomar libremente determinaciones o decisiones; breve duración;

curación ulterior sin secuelas; y, finalmente, ausencia de preordenación, esto es, que el trastorno mental transitorio haya sido provocado intencionadamente por el sujeto activo para delinquir.» (Sentencia de 29 de abril de 1981.)

Artículo 8, circunstancia 12.ª Obediencia debida: requisitos: no exigibilidad de conducta diferente.

«La doctrina actual, mayoritariamente, exige para fundar la obediencia debida, a saber, o que el receptor del mandato indica en error sobre la **ilicitud** del mismo creyéndolo de buena fe legítimo, o bien que aún percibiendo la antijuricidad de la orden —como sería notorio en el caso de autos— se viera compelido aceptarla por **no poderle ser exigible otra conducta conforme a Derecho.**» (Sentencia de 18 de noviembre de 1980.)

Artículo 9, circunstancia 2.ª Embriaguez no habitual: no se puede apreciar en los delitos culposos cometidos en la conducción de un vehículo de motor.

«Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la embriaguez como circunstancia atenuante de la responsabilidad no puede estimarse en los delitos culposos cometidos en la conducción de un vehículo de motor, ya que sería un contrasentido dejar de sancionar la conducción en estado de embriaguez, para, a renglón seguido, utilizar dicho estado a efecto de degradar la responsabilidad criminal del delito más gravemente penado por vía de atenuación.» (Sentencia de 3 de abril de 1981.)

Artículo 9, circunstancia 4.ª Preterintencionalidad: no es aplicable al delito de lesiones. Dolo general. Delito cualificado por el resultado.

Es sabido que la generalidad de la doctrina penal española considera que la atenuante 4.ª del artículo 9 encuentra su más adecuada aplicación en los delitos cuyo resultado admite una mayor o menor gravedad, sin que por ello varíe el título de imputación, lo que sucede en las lesiones. Sin embargo, la presente sentencia argumenta de forma opuesta con base en los siguientes razonamientos: «Dicha atenuante no es, de ordinario, apta e idónea para aplicarla al delito de lesiones, puesto que en los artículos 420 y 422 del Código Penal sólo se exige la concurrencia del dolo general, genérico e indeterminado de lesionar, imponiéndose la pena con arreglo a un resultado que muchas veces entra dentro de un terreno matemático imposible de prever y de querer, siendo claro pues que bastando que el agente tenga la intención de herir, golpear o maltratar, no es necesario que su dolo abarque el resultado concreto obtenido, el que de ordinario no depende de su voluntad, agregándose que, en realidad, el legislador sanciona unas vías de hecho dolosas cualificadas por el resultado, e incompatibles, como todos los delitos de esta índole, con la atenuante debatida.» (Sentencia de 1 de junio de 1981.)

Artículo 9. circunstancia 8.ª Arrebato u obcecación.

«Sólo los estímulos conciliables con los postulados de la ética y el derecho merecen valorarse como integrantes de la circunstancia atenuatoria de arrebato u obcecación y en modo alguno puede alegar en su favor haber obrado por tales impulsos si los actos que ejecutaba quien los invoca eran contrarios a los preceptos del ordenamiento vigente, que es lo que ocurre en el caso de la presente contienda en que el procesado, violentando por la fuerza a una persona que no quería secundar la huelga incivil que aquél acaudillaba, la impidió reintegrarse a su trabajo cotidiano, como era su deseo y obligación, y si en estas circunstancias intenta la víctima zafarse de las agresiones verbales a físicas a que se la tuvo sometida y al pretender huir con el coche que conducía atropella y mata a uno de los huelguistas, mal podrá alegar en su favor el cabecilla de los mismos haber obrado con ofuscación al lesionar a la recurrida en venganza de la muerte ocasionada cuando fue precisamente él, con su conducta irascible e ilegal, el principal culpable del suceso que se enjuicia.» (Sentencia de 11 de abril de 1981.)

Artículo 10, circunstancia 14.ª Reiteración: interpretación de la palabra Ley.

«1.º La reiteración exige que al delinquir el culpable hubiere sido castigado por delito a que la ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor. 2.º Al decir la Ley, según declaración de esta Sala, se refiere a la ley vigente, aun especial, cualquiera que sea la jurisdicción de la impuesta, incluso la militar.» (Sentencia de 30 de abril de 1981.)

Artículo 12, núm. 1.º Autoría en un delito de omisión impropia.

«Para que pueda configurarse la conducta de una persona como autora de un delito de comisión por omisión imprudente, tienen que darse los siguientes requisitos: 1) Que la omisión sea condición negativa del resultado. 2) Que tal condición aparezca como suficiente en caso de haberse cumplido, para impedir el resultado, o sea, que la acción jurídicamente esperada no pueda ser imaginada hipotéticamente como existente, sin que deje de desaparecer el resultado en su manifestación concreta, y 3) Que tal omisión tenga lugar hallándose o encontrándose el sujeto imputado en posición de responsable, en este caso, por ingerencia o garantía, ya que la equiparación de la omisión con el hacer activo tiene su base en una especial situación de deber jurídico de impedir el resultado, que sólo puede hallar su fundamentación en la expresada situación, surgida de especiales deberes de protección para determinados bienes jurídicos, como, por ejemplo, la aceptación contractual fáctica de asumir la responsabilidad por otros.» (Sentencia de 13 de junio de 1981.)

Artículo 12, núm. 1.º Coparticipación culposa de autoría.

«Aunque la coparticipación culposa de autoría no está tan conformada doctrinal y jurisprudencialmente como la dolosa, por su infrecuencia y su incertidumbre de resultado, puede admitirse y así lo ha hecho este Alto Tribunal en numerosas ocasiones y supuestos de las que son ejemplo, entre otras, las Sentencias de 2 de julio de 1966, 20 de mayo de 1970, 14 de marzo de 1974, 16 de noviembre de 1979 y 21 de noviembre de 1980, cuando se da un actuar planificado que en su entraña lleva una omisión espiritual imprudente, puesta de manifiesto en su desarrollo, en cuyo caso el reproche de culpabilidad comprende a todos los que operaron agrupando sus voluntades con igualdad o equivalencia de conductas causales calificadas penalmente, sin extenderse al indispensable resultado, al bastar únicamente como preciso un nexo acorde que alcance a toda la actuación, en todos sus matices, dándose el supuesto conocido por «multiplicidad de culpabilidad.» (Sentencia de 28 de mayo de 1981.)

Artículo 14, núm. 1.º Coautoría: elementos subjetivo y objetivo.

La coautoría «entraña el concurso de varios sujetos que toman parte en la ejecución del hecho, violando un mismo precepto penal, existiendo entre ellas un pacto, acuerdo o consenso y que cada uno de los concertados ejecute una actividad externa o adopte una actitud manifestada que tienda a la consumación del delito.» (Sentencia de 20 de mayo de 1981.)

Artículo 14, núm. 2.º Autoría mediata: la persona que recibe un mandato o encargo ignora la antijuricidad de la acción.

La figura legal de la llamada autoría mediata «cae bajo la vigencia del número segundo del artículo 14 del cuerpo legal punitivo citado, a tenor del cual el inductor es considerado responsable en lugar del inducido, como explican las sentencias de esta Sala de 31 de marzo de 1946 y 6 de diciembre de 1957, entre otras; sin que para estimar la existencia de tal inducción, sobre todo en aquellos casos en los que como ocurrió en el presente, el inducido desconoce la ilicitud o antijuricidad de su acción, se requiera la prueba de la existencia de una fuerza moral intensa, sino que basta un simple estímulo eficaz, como puede ser un encargo o mandato.» (Sentencia de 23 de mayo de 1981.)

Artículo 14, núm. 3.º Cooperación necesaria mediante una conducta omisiva. Sus diferencias con la complicidad por omisión.

«Se pueden reducir a tres los requisitos de la omisión por cooperación necesaria (coautoría) como de la omisión no necesaria (complicidad): a) Un elemento objetivo constituido por la omisión que en el primer supuesto de

coautoría debe ser causal (**conditio sine qua non**) del resultado típico y que en la complicidad basta que sea eficaz (no necesaria) en orden a la producción de ese resultado; b) Un **elemento subjetivo** o voluntad dolosa, bien de cooperar causalmente con la omisión al resultado (coautoría), bien de facilitar simplemente el resultado o **animus adjubani** (complicidad); y c) Un **elemento normativo** que es el que acaba de dar todo su sentido jurídico-penal a la omisión integrado por la existencia de un específico deber de actuar derivado de un precepto jurídico (ley, contrato, etc.) o de una situación de peligro precedentemente creada por el omitente que le coloca en **posición de garante**, es decir, que le obliga a garantizar la no producción del resultado, obligación que le incumbe a él personalmente en cuanto dio vida al peligro o daño potencial para la esfera jurídica ajena, lo que es distinto, por más específico, del deber genérico de impedir determinados delitos establecido en el artículo 338 del Código Penal.» (Sentencia de 10 de abril de 1981.)

Artículo 14, núm. 3.º Cooperación necesaria: diferencias con la complicidad. Teoría subjetiva, del dominio del hecho y de los bienes escasos.

«Para determinar la diferencia entre la cooperación necesaria, tratada penalmente en nuestra legislación como autoría —número 3 del artículo 14 del Código Penal— y la auxiliadora de tratamiento legislativo de complicidad —artículo 16 del mismo Código—, hay que tener en cuenta: 1.º Los elementos subjetivos mediante los cuales ha de ponerse en relación el acuerdo de voluntades, previo o simultáneo a la acción, bien de modo expreso o tácito, imprescindible para la apreciación de la participación múltiple en el delito, y de lo que se ha de deducir el «animus auctoris» o el «animus socii», como medios interpretativos de gran valor para el hallazgo de la distribución entre una y otra clase de participación. 2.º Los elementos objetivos, a través de lo que se ha de investigar sobre las actividades o conductas desarrolladas por cada uno de los partícipes, con la finalidad de medir la mayor o menor intensidad de su responsabilidad penal, mediante el criterio causativo del acto, el de poderío o de dominio del mismo, o el más moderno de «los bienes o actividades escasos», que trata de hallar la diferenciación entre la cooperación necesaria y la meramente auxiliadora, según la valoración más o menos difícil que lleva consigo la ejecución o dinámica delictiva en atención a la convivencia social, y 3.º Los elementos normativos, como valoraciones de naturaleza jurídica, que han de tenerse en cuenta al examinar las vinculaciones de la conducta puesta por cada uno de los partícipes en relación con la tipología delictiva.» (Sentencia de 6 de mayo de 1981.)

Artículo 16. Complicidad: posibilidad de referirla al que toma parte directa en la ejecución del hecho, al inductor y al cooperador necesario.

«Cómplice en sentido amplio y generalizado no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente en los planes y actos del ejecutor material, del

inductor o del cooperador esencial, que contribuye a la producción del fenómeno o hecho punitivo, mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del designio que aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria y libremente para el éxito de la empresa criminal en la que todos están interesados, siendo una participación accidental o secundaria, no condicionante, de carácter subsidiario o inferior.» (Sentencia de 4 de mayo de 1981.)

Artículo 52, párrafo segundo. Delito imposible: naturaleza y fundamento de la pena.

«El delito imposible que contempla el artículo 52.º del Código Penal no es una figura degradada o imperfecta, sino, como dice la doctrina, por ser una realidad legal, una figura con sustantividad legal propia, extensiva e integradora, que se caracteriza en primer lugar por la intencionalidad del agente que entra dentro de la culpabilidad del mismo delito representado y querido; en segundo lugar, por actividad del mismo exteriorizada de manera inequívoca a la consecuencia de un resultado antijurídico; en tercer lugar, tal fin u objetivo propuesto no se consiga o porque los medios elegidos son inidóneos, o por carencia absoluta de objeto (...). Que se basa la punibilidad de estos supuestos en un doble elemento, el subjetivo que es la voluntad del agente totalmente rebelde al derecho, a la convivencia, a la norma socio-cultural, y el objetivo de poner en peligro, de manera manifiesta el orden jurídico establecido.» (Sentencia de 26 de febrero de 1981.)

Artículo 69. Delito continuado: admisión de la doctrina concurriendo delitos y faltas o acciones en grado de consumación, frustración y tentativa.

«Se admite la continuación delictiva aun cuando las acciones que lo integran unas sean consumadas, otras frustradas y otras intentadas, aunque se entremezclen faltas, bien favorezcan o perjudiquen al reo, con la exclusión de los delitos contra la propiedad si existe violencia en las personas, porque cada violencia como medio de vulnerar la libertad, la vida o la integridad de éstas haría nacer tantos delitos, como sujetos pasivos existieran.» (Sentencia de 5 de marzo de 1981.)

Artículo 77. Sustitución de la pena de presidio por la de prisión en caso de ser mujer la responsable criminalmente.

«Aun cuando el alcance de lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal pudiera entenderse en el sentido meramente terminológico (así las Sentencias de 25 de marzo de 1936 y 30 de noviembre de 1968), es lo cierto que tal precepto establece una discriminación teóricamente más benéfica para la mujer que delinque, habida cuenta de la similitud que en principio comportan el cumplimiento de las penas de presidio y prisión, pero al tener que ser complementadas con las pertinentes normas penitenciarias, el precepto persiste en su vigencia, y su infracción en el caso de autos resulta evidente.» (Sentencia de 19 de mayo de 1981.)

Artículo 117. Extinción de la responsabilidad civil nacida de un delito o falta. Recíproca remisión entre el Código penal y el Código civil.

«Que si bien es cierto que la afirmación contenida en el artículo 1.093 del Código civil es valedera hasta sus últimas consecuencias, no lo es, con la generalidad con que se pronuncia, la contenida en el artículo precedente, en el que se afirma que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal», pues es este propio cuerpo sustantivo el que, en su artículo 117, establece una nueva remisión o reenvío al Código civil, al prescribir que «la responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil», con lo que, dicho se está, esta aparente antinomia, que representa el doble o recíproco reenvío, ha de resolverse en el sentido de que el nacimiento de la responsabilidad *ex delicto* queda enmarcada dentro de la órbita de las normas contenidas en el Código punitivo y sólo la extinción queda relegada al marco del propio ordenamiento jurídico civil». (Sentencia de 11 de mayo de 1981.)

Artículo 119. Funcionarios públicos a efectos penales: farmacéuticos, médicos y enfermeras del Instituto Nacional de Previsión.

«Los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporen a la prestación de un servicio social a cargo del Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionarios públicos a los efectos del artículo 119 del Código penal. Y aunque la jurisdicción laboral sea la competente para entender de ciertas cuestiones contenciosas entre ellos y el Instituto Nacional de Previsión, ello no obsta a la consideración de funcionarios públicos, a los fines de la legislación penal». (Sentencia de 7 de abril de 1981.)

Artículo 385. Cohecho: delito contractual. Estructura. Autoría. Consumación.

«Dentro de la tesis del delito contractual, con pluralidad de sujetos que pactan ilícitamente sobre la función pública que uno desempeña para apartarla de los cauces legales, con lesión de los intereses generales, **no se puede concluir que sea un acto personalísimo**, sino que basta para reputar **autores del delito** a los **llamados contratantes** en cuanto haya **acuerdo sobre el acto lícito o injusto a realizar**, porque la materia o el contenido del delito de cohecho no es acto que el funcionario ejecute o deje de ejecutar indebidamente, sino el **consentimiento prestado al mismo**, aunque no se lleve a efecto y quede **consumado** para el oferente en cuanto hace la oferta o proposición y para el que **la recibe desde que la acepta**. La Ley penal actúa, pues, aquí más que sobre resultados, sobre **actos de voluntad**. Por tanto, la solicitud o la recepción de la cantidad son suficientes para la consumación del delito». (Sentencia de 7 de abril de 1981.)

Artículo 420. Diferencia conceptual entre delito cualificado por el resultado y delito determinado por el resultado.

«Los delitos "cualificados" por el resultado suponen un hecho doloso y un resultado "más grave" que el querido, mientras que los delitos "determinados" por el resultado, entre los que se puede incluir el delito de lesiones, según su actual configuración legal, suponen un hecho doloso y un resultado "más grave, igual o menos grave" que el querido; el elemento subjetivo es en aquel caso la voluntad de herir, golpear o maltratar de obra, en cualquier sentido a grado, pero la determinación de la pena se hace según el resultado objetivo, bastando el nexo de causalidad entre aquella voluntad y el resultado, siquiera en el caso de consecuencias imprevisibles o notoriamente desproporcionadas el objetivismo que inspira la tipificación delictiva se temple con la aplicación del principio de preterintencionalidad». (Sentencia de 28 de noviembre de 1980.)

Artículo 429, núm. 2.º Violación: privación de la razón o sentido.

«La privación de la razón o sentido ha de entenderse no como ausencia total de conciencia, sino como pérdida o inhibición de las facultades cognitivas y volitivas en la medida adecuada para discernir la importancia, consecuencias y valoración moral del acto sexual.» (Sentencia de 17 de marzo de 1981.)

Artículo 431. Escándalo público: bien jurídico.

«Siendo el delito de escándalo público de mera tendencia y obsceno comportamiento, no de resultado, su integración legal surge al ámbito punitivo... por la ofensa al pudor o las buenas costumbres, lo que significa y equivale a ofender la moral sexual colectiva, por hechos de grave escándalo o trascendencia, representando aquél los efectos repulsivos que produce en las personas, pocas o muchas, que no siendo las directamente afectadas por el delito tienen conocimiento del mismo al tiempo de su realización o descubrimiento, mientras la trascendencia se centra en el daño moral o impacto perjudicial anímico que la actuación desvergonzada o lasciva del inculpado ocasiona en el sujeto pasivo ofendido.» (Sentencia de 20 de mayo de 1981.)

Artículo 431. Escándalo público: tipo abierto.

«Aun dando por supuesto que el artículo 431 del Código Penal sea exponente de un tipo abierto, entendido en el sentido de que las características del injusto están reflejadas tan sólo de modo fragmentario e incompleto, precisando una aportación complementaria de otros caracteres extravagantes

del tipo, es lo cierto que tales aportaciones vendrán de las que en un momento determinado de la convivencia social provengan de un estado de cultura o de opinión, pero nunca podrán integrarse con una antijuricidad administrativa, y menos integrándose ésta en aquélla hasta el punto de sustituirla, ya que ambas antijuricidades se desenvuelven en órbita distinta, más amplia en las de índole administrativa que en la punitiva.» (Sentencia de 5 de febrero de 1981.)

Artículo 440. Rapto: determinación del sujeto pasivo. Sólo puede ser una mujer.

Es «incierto el significado de la desaparición del inciso "de una mujer" y su sustitución por la frase "de una persona" —incerteza agravada por la ausencia, en la Ley de 7 de octubre de 1978, de una exposición de motivos que permitiera conocer la "mens legislatoris"—, pero la doctrina más caracterizada sostiene que, atendiendo a criterios interpretativos lógicos, históricos y sistemáticos, el **sujeto pasivo** ha de ser necesariamente mujer, pues en otro caso no tendrían sentido preceptos, como v. g. el artículo 444, que la reforma dicha respetó y no derogó.» (Sentencia de 21 de mayo de 1981.)

Artículo 452 bis b) núm. 1.º Solicitud de tramitación de expediente de inconstitucionalidad, basado en la fijación de la mayoría de edad.

«Que planteado en el segundo otrosí del escrito de formalización de este segundo recurso la cuestión de la inconstitucionalidad del artículo 452 bis b) en su número primero por contradicción con el artículo 12 de la Constitución que fija la mayoría de edad de los españoles en los dieciocho años, solicitando en el mismo la iniciación de una cuestión de inconstitucionalidad al amparo de lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tal petición no puede ser atendida, no sólo porque dicha cuestión al no haber sido promovida en Instancia debe ser considerada en la casación como cuestión nueva y por tanto rechazable, sino también y sobre todo porque la aparente discrepancia denunciada entre el precepto constitucional y el penal, no tiene realidad práctica, ya que nada impide que el legislador fije el límite de la protección penal por encima o más allá de la mayoría de edad, como ya venía sucediendo bajo el imperio de la legislación anterior donde la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiún años, mientras que la protección penal se extendía como ahora hasta los veintitrés años.» (Sentencia de 3 de abril de 1981.)

Artículo 501: «Transformación de un delito de hurto o de estafa en otro de robo con violencia o intimidación en las personas.

«Si en el curso o desarrollo operativo de una infracción que comenzó con los caracteres del hurto o de la estafa, advienen la violencia o la intimidación:

«encaminadas a la consecución de anhelos patrimoniales, tales infracciones se desvanecen o se esfuman para dejar paso a un comportamiento subsumible en el artículo 501, toda vez que su naturaleza y su estructura, astutas y no violentas, han cesado para abrir paso a un tipo de delincuencia distinto, matizado por el empleo de «vis absoluta» o por el de la «vis compulsiva». (Sentencia de 7 de abril de 1981.)

Artículo 501, núm. 1.º Robo con homicidio: referencia del dolo o de la culpa al resultado de muerte.

«No es un delito calificado por el resultado, sino un delito complejo integrado por la unión de dos delitos: el de robo y el homicidio, por lo que para la existencia de este último en su estricta acepción legal es menester que se halle cubierto por el dolo, ya sea directo, eventual o al menos por la culpa por lo que queda excluido el fortuito.» (Sentencia de 18 de febrero de 1981.)

Artículo 501, último párrafo. Porte de armas simuladas.

«Que el peligro eventual que entraña el porte de armas sobre el que está montada esta tipificación específica desaparece cuando el arma es simulada o carece de aptitud para su misión ofensiva.» (Sentencia de 20 de febrero de 1981.)

Artículo 514. Hurto: corte de una alambrada para sustraer cosas ajenas.

«El hecho de penetrar en una finca cortando la cerca de alambre de espinos que la cerraba y cogiendo dos animales de raza mular y una cerda que en la misma se encontraban es constitutivo de un delito de hurto, ya que la finalidad de las alambradas de espino es primordialmente evitar la fuga de los propios animales y no el de que éstos sean sustraídos, y aunque sea su corte exponente de una marcada agresividad contra las defensas puestas por el propietario, la acción no puede ser entendida como modalidad comisiva asimilada al concepto legal de fuerza ni asimilarse a los conceptos de pared, puerta o ventana que se establece en el número 2.º del artículo 504 del Código Penal.» (Sentencia de 11 de abril de 1981.)

Artículo 516 bis. Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos: robo y hurto de uso.

«Que en el artículo 516 bis del Código penal se configuran los delitos de robo y hurto de uso de vehículo de motor ajeno como delitos autónomos respecto a los delitos de robo y hurto ordinarios y se sancionan con pena

fija sin tomar en consideración la cuantía de lo sustraído, a diferencia de lo que ocurre con éstos, pero en el párrafo tercero de dicho artículo 516 bis se equipara una y otra clase de delitos a efectos de punición cuando el agente, en los delitos de hurto y robo de uso, hubiese dejado transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin restituir el vehículo directa ni indirectamente, lo cual no quiere decir que los delitos de hurto y robo de uso cambien de naturaleza, sino simplemente que se penan de distinta manera, según que concurren o no las circunstancias fácticas previstas en unos y otros párrafos.» (Sentencia de 5 de marzo de 1981.)

Artículo 516 bis, párrafo tercero. Restitución directa o indirecta de un vehículo de motor ajeno.

«Porque si por restitución se entiende **volver una cosa a quien la tenía antes**, es claro que no la devuelve quien la abandona a su suerte, y como esto fue lo que hizo el procesado al dejar el automóvil sustraído en lugar ignorado por su sueño, y la referida conducta, aun producida dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento de la ilegal ocupación, no puede entenderse como restitución indirecta, que lo sería dejando el coche en condiciones ostensibles para que de modo inmediato pudiera recuperarse, como en las proximidades del domicilio de su titular, junto a una Comisaría de Policía, mal aparcado, o en lugar de estacionamiento prohibido, y mucho menos como restitución directa, que requeriría la comunicación de la situación del coche a su propietario por llamada telefónica, por nota manuscrita o por aviso dejado en su domicilio, por intermedio de tercera persona o a través de los agentes de la autoridad.» (Sentencia de 17 de noviembre de 1980.)

Artículo 530. Multirreincidencia: sustitución de la locución imperativa por otra facultativa.

«Como ya entendió la Sentencia de 31 de marzo de 1980 (véase **ADPCP**, 1980, pág. 547), el artículo 530 del Código penal hay que ponerlo en relación con la noción de multirreincidencia de la circunstancia quince del artículo 10, tal como ha sido redactada por la Ley de 1978 y con la regla 6.^a del artículo 61, también modificada por dicha norma, de tal manera que la locución imperativa de la primera norma ha de sustituirse por simple facultativa.» (Sentencia de 24 de marzo de 1981.)

Artículo 546 bis a) Receptación. Momento de la consumación.

«La acción típica no se halla constituida, como quedó dicho, por la "adquisición" o la "recepción", sino por el "aprovechamiento para sí", lo que hace que la consumación del delito de receptación pueda coincidir o no con la adquisición, pues como es obvio, el delito de receptación, como todos

los demás delitos, se consuma cuando el agente, acomodando su conducta a la descripción típica, hace que surjan, conjuntamente, todos los elementos normativos del tipo, tanto en el aspecto subjetivo como en el objetivo, por lo que bien puede suceder, y sucede en la generalidad de los casos, que el momento consumativo del delito de receptación coincida con la adquisición, porque al tiempo de realizarla con ánimo de lucro, el agente ya conociese la perpetración del anterior delito contra los bienes y que de él procedían los que adquiere, pues como reiteradamente ha declarado este Tribunal, el aprovechamiento a que se refiere el precepto legal no es el real, que se produce con la consumición o reventa de los productos adquiridos, sino el meramente potencial, declaración jurisprudencial ésta que no supone otra cosa que la extensión al delito de receptación de la doctrina general establecida en orden a la determinación del momento en que se produce la consumación de los delitos de apoderamiento lucrativo, cual es el de la disponibilidad.» (Sentencia de 24 de noviembre de 1980.)

Artículo 563 bis b). Inexistencia del delito de emisión de cheque en descubierto si se utiliza el título mercantil como instrumento de crédito o de pago diferido.

«Para que el cheque goce de la protección penal que le concede el precepto anteriormente citado, es menester que haya sido entregado con una finalidad de pago inmediato u otra lícita y consecuente con lo que constituye la propia naturaleza de este documento mercantil, por lo que si el cheque es antedatado o postdatado, insertando en él una fecha totalmente diferente de la del libramiento, éste no revestirá carácter penal, aunque cuando en el momento de su presentación no haya provisión de fondos en poder del librado, porque cuando las partes han aceptado que el cheque fuese emitido en tales condiciones, han operado, consciente y voluntariamente una desnaturalización del título valor convirtiéndolo en un instrumento de crédito o pago diferido, que viene a cumplir las funciones propias de otros instrumentos mercantiles, como acontece, v. g. con las letras de cambio.» (Sentencia de 30 de mayo de 1981.)

Artículo 565. Crimen culpae: varios resultados dañosos.

«Si se dan varios resultados dañosos, como ocurre con harta frecuencia en los delitos de tráfico por imprudencia, será siempre y en todo caso el delito más grave el que sirva de valladar al castigo del delito culposo, con lo que viene a confirmarse la tesis preconizada por nuestro sistema de un **crimen culpae**, en que a efectos de su castigo e imposición de penas ante distintos tipos realizados se refunden y acrisolan en uno solo en el que toma carácter preferente y excluyente aquel que represente mayor gravedad en la pena, como se desprende de los propios términos en que se pronuncian los párrafos cuarto y séptimo del básico precepto estatuido en el 565.» (Sentencia de 16 de junio de 1981.)

Artículo 586, núm. 2. Omisión de auxilio reclamado: negativa a despachar un producto farmacéutico siendo portador de la correspondiente receta médica.

«Presentados los padres del enfermo en la farmacia de guardia, propiedad de la recurrente (...) les saca las medicinas solicitadas, pero al enterarse de que han estado en su domicilio, retiró dichos productos medicinales, negándose a despachárselos, manteniendo una conducta hostil a los padres del niño enfermo, que se ven obligados a regresar a Lalín y obtener las medicinas de otra farmacia, es claro que incurrió en la figura delictiva», cuando menos prevista en el número 2.º del artículo 586. (Sentencia de 30 de marzo de 1981.)

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 339. Fraude a la ley. Consideración del feto como español. Legitimación del Ministerio Fiscal para querellarse como ofendido por el delito de aborto practicado en el extranjero.

Es conocida la interesante discusión que se ha suscitado en torno a las diferentes conductas de aborto, punibles con base en el Código penal, son o no perseguibles en España cuando la interrupción del embarazo es practicada a una española en territorio extranjero. Ya en la fase instructora de la causa se planteó una Consulta —la número 5/1978, véase **ADPCP**, 1979, páginas 789 y siguientes— ante la Fiscalía General del Estado, cuya tesis ahora recoge, en líneas generales, la presente sentencia del Tribunal Supremo. Como es sabido, el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial requiere, para poder aplicar las leyes penales españolas por hechos cometidos en el extranjero, entre otros requisitos, que delinca un español contra otro español y que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes. Precisamente la cuestión central que se estudia en la sentencia es si el feto puede ser considerado como tal español y, en segundo lugar, si el Ministerio Fiscal está legitimado para querellarse. Antes de dar solución a ambas interrogantes se plantea otra, de carácter general, cual es la de si no se produce un «fraude a la ley sancionado, desde la reforma de 31 de mayo de 1974, por el artículo 64 del Código civil», al invocarse «una norma de cobertura, en este caso el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para evitar la aplicación de los artículos 411-2.º y 414 del Código penal que así se convertía en norma esquivada o defraudada». La conclusión es afirmativa al esgrimirse como argumento que «el **total ordenamiento** jurídico español propugna la protección del **nasciturus**», al tenerle por nacido para todos los efectos que le sean favorables, tal como expresa el artículo 29 del Código civil; y bajo esta óptica el Código penal otorgaría tutela «al futuro infante en su bien máspreciado: la vida». La sentencia no ignora que el propio Código civil establece en el artículo 30 una **situación de pen-**

dencia al condicionar las expectativas del futuro ser, al hecho físico del nacimiento en las condiciones de viabilidad que en el mismo se indican; por eso si la «situación de pendencia (**conditio pendet**) que ya otorga expectativas jurídicas o al menos intereses dignos de protección a favor del concebido es eliminada por aquéllos —sus padres— que son los que en primer término están llamados a representarle, y no sólo esto, sino que con la destrucción de la vida intrauterina se infringe la norma primaria penal que ampara la existencia del concebido, hablar luego por los que tal hacen, marchando al extranjero para eludir aquella norma, de que a los efectos del artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede aplicarse la norma punitiva española por no haber alcanzado el feto la categoría de persona, preciso soporte de la nacionalidad española, es, además de paradójico, perpetrar un clarísimo fraude a la Ley, pues, repetimos, la conducta de elusión de la norma penal invocando otra que se limita a señalar los requisitos de procedibilidad, está en contraste con el total ordenamiento jurídico que ya hemos visto, atiende desde todos los frentes, incluido el primordial de la represión penal, a que no se frustre el nacimiento del concebido, dispensándole entre ambos momentos toda la protección jurídica posible; lo cual lleva, como situación típica de **fraus legis**, a aplicar sus efectos, que no son otros que los de enervar la apariencia jurídica de la norma de cobertura invocada y hacer prevalente la norma defraudada». Al mismo resultado llega, aunque por una vía diferente, al interpretar el citado artículo 339, donde se consagra el «principio de la personalidad», fundado en la vieja máxima: **lex ossibus inhaeret**, expresión de la fidelidad que debe existir entre el Estado y sus súbditos, aunque éstos delincan en el extranjero, o como también se dijo con lenguaje beccariano que «la ley debe seguir a cada ciudadano como la sombra al cuerpo»; es de resaltar para lo que **sic et nunc** interesa, que entre los requisitos de procedibilidad exigidos por el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para poder juzgar en España al español que delinca en el extranjero está el de que el delito cometido lo haya sido **contra otro español**, lo que bifurca el principio de personalidad en dos sentidos: **activo y pasivo**; pero si bien se mira, este último aspecto, según puso de relieve la exégesis de un eximio penalista desaparecido seguido luego por toda la moderna doctrina española, lo que en realidad sucede es que sólo en su aspecto activo se da el principio de personalidad en el precepto en examen, pues respecto del sujeto pasivo lo que en realidad se actúa es el de **protección**: la actuación del Estado español frente al súbdito que delinquirió en el extranjero (**erga subditus**) se torna en protección del atacado (**pro subditus**), distinción de gran importancia, pues entonces lo que en realidad se consagra, del lado pasivo, es la salvaguarda del bien jurídico protegido por el ordenamiento penal español; lo que aplicado al delito de **aborto** perpetrado en el extranjero por un español contra una española, quiere decir que ésta es la protegida junto con el feto de que es portadora y junto con el interés del Estado en su conservación, dándose así una conjunción de sujetos pasivos o, si se prefiere de intereses jurídicos protegidos, perfectamente posible; pero si el **aborto** es **consensual**, por haber consentido en su perpetración la propia embarazada, ello sólo indica —dado que no pueden coexistir en

una misma persona las cualidades de sujeto activo y pasivo del delito por ser antagónicas— que se reducen a dos los bienes protegidos: el de la vida del feto y el del Estado que tiene un interés ético, familiar o simplemente demográfico (según el punto de vista legislativo que al respecto se adopte) en la conservación del **nasciturus** y ya hemos visto suficientemente cuál es la posición sostenida por el ordenamiento jurídico español; por lo que, concluyendo, si se descarta una interpretación literal y textual del precepto («contra otro español») que ya hemos visto repudiada por el propio artículo 6.º4 del Código civil si la misma acarrea un **fraus legis**, y se adopta en su lugar una interpretación sistemática y teleológica, veremos que dentro del propio sistema adoptado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya se considere el feto como sujeto pasivo del delito de aborto, según opinión mayoritaria del penalismo español, ya se considere que es el Estado quien asume tal condición en el ataque occisivo al embrión, el principio real que hemos visto juega en el artículo 339 respecto de la víctima es bastante para poder aplicar el precepto, independientemente de que el **nasciturus** tenga una personalidad potencial (**spes personae**) y, paralelamente, una potencial nacionalidad española por el prevalente criterio del **ius sanguinis** adoptado en el artículo 17-1.º y 2.º del Código civil; de otra suerte haríamos de peor condición al feto, concebido por españoles, que al mismo extranjero cuando uno y otro son víctimas de delito fuera de España a manos de un español, en cuanto que el artículo 340 de la misma Ley Orgánica otorga protección al no nacional, siquiera añada el requisito de ser grave el delito perpetrado contra el extranjero; debiendo finalmente considerarse que tampoco cabe invocar en nuestro caso (como se exige para el supuesto del artículo 340 por el artículo 341) que el hecho constituya también delito en el país en que se perpetró, pues el artículo 317 del **Code pénal** francés castiga igualmente el aborto, incluido el consensual y el imposible por estar la mujer supuestamente encinta; de modo que ni siquiera es necesario recurrir al fraude de Ley de ámbito internacional previsto en el artículo 12-4.º del Código civil; razones todas las expuestas que llevan a desestimar el **motivo primero** de cada uno de los dos recursos». Por último, la sentencia mantiene que «el **motivo segundo** del procesado recurrente no tiene entidad alguna en cuanto supone que falta el requisito de la querrela del ofendido o de cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las Leyes, entendiendo que la querrela del Ministerio Fiscal no llena esta exigencia por no ser éste persona, sino una Institución; pero si con arreglo al artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Público debe interponer querrela siempre que lo considere procedente, salvo en las causas reservadas exclusivamente a la querrela privada, es obvio que está legitimado para entablar la acción penal a que se refiere el artículo 339-1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal como viene declarando la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 14 de abril de 1971 y 30 de junio de 1972, entre las recientes), lo que impone también la desestimación del motivo en examen». (Sentencia de 20 de diciembre de 1980.)

SEGUNDO SEMESTRE DE 1981

Artículo 14. Causa de extensión de la pena.

«Que como es conocido el artículo 12 del Código penal responsabiliza criminalmente a los autores, cómplices y encubridores de los delitos o faltas, disponiendo en el párrafo inicial del artículo 14 cuáles «se consideran autores», locución más generalizadora y amplia que la de quiénes «son autores», reveladora del propósito o finalidad del legislador de comprender como tales a los ejecutores directos, a los inductores en igual forma, a los cooperadores necesarios y a los autores mediatos (...), siendo un motivo técnico el que determinó a aquél a cubrir en idéntica conceptualización de autoría tres especies diferentes de codelinquencia a efectos de asignarles la misma penalidad, operando el artículo 14 como causa de extensión de la penalidad». (Sentencia de 16 de octubre de 1981.)

Artículo 14, número 1. El que toma parte directa en la ejecución del hecho no es autor principal, sino coautor material y directo.

«Por más que algunos sectores doctrinales entienden que en el número primero del artículo 14 del Código Penal se define la autoría principal y material, la opinión dominante sostiene que, el referido número primero del artículo 14, no se ocupa del autor principal y sí de los coautores materiales y directos que, de modo estelar y nuclear, coadyuven confluyentemente al logro de un empeño común, siendo indispensable que dicha autoría concorra en todo caso de coparticipación, codelinquencia o concurso de delinquentes la presencia de los siguientes requisitos: «societas scaeleris», «pactum scaeleris», mutuo acuerdo, concurso de voluntades o previo concierto; «conscientia scaeleris» o conciencia de la ilicitud del acto, esto es, que cada uno de los presuntos autores se percate de que lo planeado y decidido ejecutar es antijurídico, y finalmente realización personal, material y directa de actos ejecutivos de la dinámica comisiva de que se trate, aunque no es preciso que cada uno de los partícipes realice o perpetre la totalidad de actos integrativos de dicha dinámica y que han de producir un resultado punible.» (Sentencia de 5 de noviembre de 1981.)

Artículo 48. Sobre el comiso del automóvil en caso de delito culposo o contra la seguridad del tráfico.

«Este Tribunal, de acuerdo con la consulta evacuada en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año de 1969 han venido entendiendo,

que no es de aplicación el comiso de los automóviles en los delitos de imprudencia ni contra la seguridad del tráfico, en atención, a que no todos los instrumentos que hayan concurrido en la ejecución del delito deben entenderse comprendidos en la disposición del artículo 48 del Código penal, sino tan sólo aquellos que hallándose en situación preordenada de medio a fin, hayan sido indispensables para la ejecución del concreto delito en la específica forma en la que se ejecutó, circunstancia que sin duda no concurre en el caso de autos», donde el «vehículo fue utilizado, no como instrumento para la ejecución, sino como medio para lograr el agotamiento del delito y la huida del lugar en el que se cometió». (Sentencia de 3 de octubre de 1981.)

Artículo 69. Delito continuado: requisitos.

«En el momento actual, la dogmática penal y la doctrina de esta Sala configuran el delito continuado, con independencia de su carácter pragmático y pietista debido a la finalidad de obviar dificultades en la apreciación de prueba y excesos punitivos, como realidad jurídica que reclama para su apreciación la presencia de los requisitos siguientes: 1. Que las diferentes conductas estén comprendidas en la misma tipología delictiva, imprimiéndolas el carácter de homogeneidad, productor de la conexión continuada de las acciones, que es susceptible de desaparecer, según los casos apreciados por razonable arbitrio, a causa de desconexiones temporales y parciales. 2. Que el ente social en cuyo entorno se realiza, a través de su norma cultural, no rechace su apreciación en atención a la intensidad de la protección que exigen el bien jurídico lesionado y la seguridad de los ciudadanos, y 3. Que sea susceptible de captarse la unidad de dolo integrado por la resolución de voluntad de tipo genérico dirigida al resultado conjunto de las diversas acciones, que no impide la existencia de las resoluciones individuales y específicas de la realización de cada acción.» (Sentencia de 28 de octubre de 1981.)

Artículo 303. Estampación de la firma propia en talón de cuenta corriente ajena. Concurso de delitos con el de estafa (artículo 529).

«Constituye falsedad, en estos documentos mercantiles, emitir y poner en circulación uno de ellos, en pago de una deuda, por persona no titular de la cuenta corriente contra la que se gira, pues, quien lo hace así, usurpa una titularidad que no tiene, al suscribir el talón como persona distinta de la única que podía hacerlo, aunque lo efectúe con su propia firma y sin imitar la del titular, ya que, inauténticamente, se entromete en la relación negocial y en la finalidad que se protege en el cheque, alterando la seguridad del tráfico mercantil y del documento mismo (que es un título valor), a medio de una «mutatio veritatis», trascendente y no inócua, porque no sólo se crea un documento falso y se entrega con finalidades jurídicas que no se pueden cumplir en la gestión del tomador que ignora

su emisión falsaria, que puede endosarlo, o intentar cobrarlo sin éxito, sino además porque es susceptible de inducir a error sobre su autenticidad, pudiendo resultar potencialmente atendido en el Banco librado, al operar dentro del tráfico jurídico mercantil, con aparente genuinidad por llevar incorporados todos los requisitos sustantivos exigibles a los efectos que debe producir, aunque alguno sea falso, lo que rebasa la denominada tentativa imposible, al existir el objeto —el cheque mismo alterado— y ser medio idóneo para conseguir su finalidad, que no es otra que la de su cambio o canje por la cantidad de dinero representada en él.» (Sentencia de 21 de noviembre de 1981.)

Artículo 303. Falsedad ideológica perpetrada por particular del modo establecido en el artículo 302, número 4. Ausencia de dolo falsario.

«Una comparecencia celebrada, en actuaciones civiles, ante la autoridad judicial por fedatario público, goza del rango de documento de esa naturaleza, pues constituye una actuación procesal comprendida en el número último del artículo 696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que, en principio, si la persona requerida, en dicha comparecencia, contesta lo que no corresponde a la verdad, puede pensarse, con fundamento, que su conducta integra una falsedad ideológica, cometida por particular, y perpetrada del modo establecido en el número 4 del artículo 302 del Código penal, pero, si se ahonda más en la cuestión, la solución ha de ser necesariamente otra, puesto que, el particular requerido, si bien miente ante una autoridad judicial y en un acto procesal que tiene que ser documentado por fedatario público, pudiendo incluso incurrir, en su caso, en delito de falso testimonio, no trata, con ello, de falsear ideológicamente y con fines de acreditamiento perdurable y preconstituido, un acto que, «per se», es de naturaleza oral, que no ha creado, dicho particular, por iniciativa propia y que, en definitiva, si se ha de documentar reduciéndose a escrito, es por razones completamente independientes de la voluntad y del querer del susodicho particular, el cual, palmariamente, y aunque mienta en sus manifestaciones, careció del indispensable dolo falsario o intención de cometer falsedad en documento público.» (Sentencia de 23 de junio de 1981.)

Artículo 344. Tráfico ilícito de drogas. Bien jurídico: salud pública y no la individual. Atipicidad en caso de tenencia para el consumo propio.

«El delito tipificado en el artículo 344 del Código penal, fiel exponente de un delito de peligro (...) o de riesgo abstracto (...) presupone que el bien jurídico protegido es la salud pública y no la individual, por el riesgo que en sí mismo llevan sus formas comisivas para la colectividad, siendo doctrina reiterada jurisprudencialmente, acorde con lo anterior, que la simple tenencia carece de relevancia penal si no tiene como proyección un tráfico posterior, sea oneroso o gratuito, y de ahí que el autoconsumo de droga tóxica o estupefacientes resulte atípica desde el punto de vista punitivo y no pueda incardinarse en el precepto penal citado.» (Sentencia de 27 de octubre de 1981.)

Artículo 435. Estupro: amplia interpretación de acceso carnal.

«La drástica reforma introducida por Ley de 7 de octubre de 1978 supuso una profunda innovación en los delitos de estupro, abusos deshonestos y raptos (...), dando una nueva redacción a otros preceptos, entre ellos la actual redacción del artículo 435 del Código penal, cuya figura plantea de por sí toda una problemática, siquiera sea de destacar, a los efectos que ahora interesan, como más importantes la indeterminación del sexo y la precisión del medio que como engaño ha de reputarse necesario y suficiente para la comisión del delito (...), admitiendo, a efectos meramente hipotéticos, que tal indeterminación permite la introducción en el tipo del concubito *contra natura*.» (Sentencia de 4 de noviembre de 1981.)

Artículo 457. Injurias: precisa delimitación conceptual entre dolo y elemento subjetivo del tipo de injusto.

«El delito de injurias supone la conjunción de una específica dinámica comisiva —real, verbal, escrita, omitiva o incluso implícita—, objetivamente ofensiva para otro, con la culpabilidad del sujeto activo representada por la presencia de los dos elementos integrantes del dolo, esto es, la representación y la voluntad, el saber y el querer, lo cognoscitivo y lo volitivo. Pero además para la perfección delictiva es indispensable que el agente proceda con el denominado «animus iniuriandi», elemento subjetivo del injusto típico, que no equivale a dolo específico como a veces erróneamente se sostiene, que algunos sectores doctrinales encuentran en la preposición «en» que se halla en la definición legal inserta en el artículo 457 del Código penal.» (Sentencia de 17 de septiembre de 1981.)

Artículo 501, párrafo último. Hacer uso de armas: basta su exhibición.

«El último párrafo del artículo 501 del Código penal (...) encuentra su fundamento en la peligrosidad que demuestra el delincuente con el empleo de los medios ofensivos de que se vale para cometer el delito, entre ellos, y por más generalizado, y a los efectos que ahora interesan, el uso de armas, entendiéndose por tales aquellas que estén aptas para su uso, bastando su mera exhibición, sin necesidad de disparo, como ya declaró la Sentencia de 28 de septiembre de 1974, quedando excluidas del subtipo aquellas otras que carezcan de aptitud para el fin ofensivo con que son fabricadas o las meramente simuladas, siendo de destacar, finalmente, la comunicabilidad de la circunstancia de uso de armas a cuantos tuvieren conocimiento de su uso.» (Sentencia de 3 de noviembre de 1981.)

Artículo 506, número 2.º Edificio público: concepto.

«El Código penal español vigente, a diferencia de la casa habitada, no define el edificio público, aunque sí sus dependencias, pudiéndose entender

por tales edificios, según se infiere de los artículos 338, 339, número segundo, 343 y 344 del Código civil, las construcciones destinadas a servicios del Estado, Provincia o Municipio, o aquellas que estuvieren destinadas a cualquier servicio oficial, militar o civil de dichos entes (...) o, finalmente, las construcciones que por su función se encuentren adscritas a cualquier servicio o fin, de naturaleza civil o militar, y que pertenezcan al Estado, Provincia, Municipio o a otros entes públicos.» (Sentencia de 4 de junio de 1981.)

Artículo 549, número 2.º Dualidad del bien jurídico protegido.

«El bien jurídico protegido por el artículo 549, número 2.º, son tanto la propiedad como las personas, al constituir un tipo, no de peligro puro, ni de simple daño, sino mixto de uno y de otro, cuya punición descansa por un lado en la cuantía del daño causado en la propiedad o cosa incendiada y por otro en el riesgo que implica para los moradores de la casa habitada o edificio sobre los que se aplica la acción incendiaria del sujeto ignorando si existían o no personas en su interior.» (Sentencia de 9 de julio de 1981.)

Artículo 564. Aplicación de la excusa absolutoria al delito fin, pero no al delito medio.

«El tribunal a quo, con criterio acertado, aplicó la excusa absolutoria a los hechos constitutivos de estafa, la cual, aunque típica, antijurídica y culpable, no es punible a la vista del artículo 564, pero denegó la operancia del mencionado precepto respecto a la falsificación del documento privado, siendo absolutamente certera la determinación, puesto que (...) no hay razón válida que aconseje destipificar el comportamiento medio —cuando constituye delito por sí mismo— en los casos en que el comportamiento fin queda comprendido en una excusa absolutoria que impide su punición.» (Sentencia de 30 de junio de 1981.)

REAL DECRETO LEY NUMERO 20/1977, DE 18 DE MARZO, SOBRE NORMAS ELECTORALES

Artículos 27 y 85. Incomparecencia como adjunto de una mesa electoral.

El procesado fue nombrado adjunto de una mesa electoral, y días antes de celebrarse las elecciones presentó un escrito ante la Junta Electoral de Zona en el que exponía que por ser Testigo Cristiano de Jehová, en conciencia religiosa no podía aceptar dicho cargo, sin otra justificación que esta alegación, excusa que fue denegada. No obstante ello, el procesado no compareció como integrante de la mesa electoral. El Tribunal de Instancia condenó al procesado por un delito electoral, y el Tribunal Supremo confirma la sentencia con base en las siguientes razones: «Que establecién-

dose en el artículo 27 del Real Decreto sobre normas electorales de 18 de marzo de 1977, que la condición de miembro de una mesa electoral tiene carácter obligatorio y que una vez hechas las designaciones, se comunicará acto seguido a los interesados, para que en el plazo de cinco días puedan alegar excusa, justificada documentalmente, que impida la aceptación del cargo, al no haber hecho el procesado esa justificación documental de la causa que, según él, le impedía la aceptación del cargo de adjunto de la mesa electoral, sino que se limitó —según se declara expresamente en los hechos probados, que hay que respetar en su integridad en esta clase de recursos— simplemente a alegar, siéndole denegada, y no presentándose en el día señalado para la constitución de la mesa y desempeño del cargo para el que había sido designado, por lo que la Sala de Instancia procedió con acierto, y con atinados razonamientos, al calificar los hechos como constitutivos de un delito electoral, sancionado en el artículo 85 del Real Decreto anteriormente citado, que considera delito de esa naturaleza la no concurrencia a desempeñar las funciones propias del cargo, sin que la Junta de Zona admita la **excusa justificada documentalmente** que formula el miembro de la mesa elegido; lo que conduce a desestimar el único motivo del recurso en el que, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denunciaba la indebida aplicación de los preceptos antes citados del párrafo primero del artículo 1.º del Código penal.» (Sentencia de 30 de octubre de 1981.)