

Jurisprudencia penal

1975

(Primera parte)

Por

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Doctor en Derecho

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Unilversidad Autónoma de Madrid
y Vicesecretario del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»

§ 1. Artículo 9:1.^a, Enajenación mental incompleta, en relación con el artículo 8:1.º (Psicopatías).

Las psicopatías congénitas que padecen los seres humanos, se manifiestan como anomalías de la personalidad, que atacan su sistema afectivo degenerando los sentimientos, al producir una desarmonía caracterológica, y una más o menos extensa inadaptación social, por lo que sufren y hacen sufrir a los demás hombres, al reaccionar frente a estímulos captados, con respestas desproporcionadas al incentivo externo, poniendo de manifiesto su anormalidad psíquica temperamental y del sentimiento ético, en superior o menor extensión; pero dada su enorme frecuencia y la peligrosidad que suponen para la buena convivencia, y que sus grados más frecuentes son soportables, por manifestar un comportamiento controlable de mera extravagancia o rareza, y al no constituir propias y genuinas enfermedades mentales, han venido siendo por esta Sala sólo excepcionalmente valoradas como meras causas de disminución o atenuación de la responsabilidad criminal, siempre y cuando manifiesten condiciones de gravedad, por su intensidad y características, en debido juicio axiológico, y que actúen en adecuada relación causal con el delito cometido por encajar éste dentro de la distonía del carácter padecida y, además, esté patente que dentro del campo de la conciencia disminuyan o rebajen ostensiblemente la inteligencia o la voluntad.

Esta doctrina, últimamente expuesta en SS. 26 diciembre 1973, 22 abril, 22 octubre y 9 y 16 noviembre 1974, impide que se aprecie la existente incompleta, porque el hecho probado lo estima como personalidad psicopática congénita, que tiene "disminuidas sus facultades volitivas" y que padece "una psicopatía descompensada por desviaciones carac-

terológicas tales que condicionan su comportamiento antisocial, debido a una disminución de sus capacidades de entender y querer”, lo que significa una mera personalidad psicopática grave, que actúa en los delitos contra la propiedad, dentro de su distonía de carácter y que tiene afectadas en tal sentido sus potencias intelectivas y volitivas, sin constituir enfermedad mental propiamente dicha, por lo que estuvo acertadamente valorada la psicopatía, como integrante de una atenuante privilegiada, encajada en el número 1.º del artículo 9, en relación con igual número del artículo 8 del Código penal. Sin que pueda estimarse que tal desviación del carácter suponga ausencia de inteligencia y voluntad, como proceso patológico de fondo, ya que dista indudablemente de esta entidad (S. 8 marzo 1975.)

§ 2. Artículo 9:1.ª, Trastorno mental transitorio (en relación con el artículo 8:1.ª).

Deniega el Tribunal Supremo la apreciación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, a causa de la ausencia de base patológica, habida cuenta de que:

“...Ya se entienda con un sector doctrinal y jurisprudencial que el mencionado trastorno exige una base patológica en el sujeto [SS. 1 marzo 1935, 11 abril 1936, 28 junio 1941, 10 enero 1945, 5 marzo 1945, 23 septiembre 1966, 21 abril 1967, 19 mayo 1967, 8 noviembre 1967, 29 abril 1969, 20 noviembre, 24 febrero 1971 y otras]; bien se prescindiera, de acuerdo con otra orientación más plausible, del mencionado requisito [SS 13 marzo 1934, 19 diciembre 1935, 14 octubre 1944, 15 abril 1948, 27 febrero 1954, 28 diciembre 1964, 4 abril 1968, 30 mayo 1968, 25 septiembre 1970 y otras]. como lo acredita que, a diferencia de la enajenación, no se aplique al que padece el trastorno medida asegurativa de internamiento, lo esencial..., es el efecto psicológico que el trastorno produzca sobre las bases de la imputabilidad o, más concretamente, sobre la capacidad de conocer la antijuricidad del acto y de autorientarse conforme a dicho conocimiento, de suerte que si la perturbación psíquica es total o plenaria la eximente será perfecta o completa y si sólo es parcial será imperfecta o incompleta. Pór lo que, aplicado tal criterio rector a la personalidad del reo y a su despliegue en el hecho de autos, por más que en el relato se diga que actuó bajo “una fuerte y repentina excitación que alteró sus facultades mentales y volitivas sin anularlas”, como es harto sabido, tal expresión encierra un juicio de valor sujeto a la censura de la casación en cuanto ha de apoyarse en bases fáctica convincentes y precisas, por lo que, comenzando por la personalidad del procesado, al que se presenta como persona de “carácter tímido, introvertido e inseguro”, “traspasado del medio rural al urbano sin buena preparación para ello”, tal bosquejo caracterológico es evidente que nada decide por sí mismo...; ...como, asimismo, si de la persona pasamos a las circunstancias anteriores, coetáneas y subsiguientes al hecho, hemos de anotar que la frustración sexual de que se creyó víctima el procesado, unido al gasto in-

nerente a la consumición de bebidas alcohólicas provocadas por las camareras que servían en el establecimiento, si bien produjeron en el acusado una impresión de “burla para sus deseos” y “un engaño para el dinero gastado inútilmente”, habrá que convenir que tal situación de humillada frustración para la sensualidad del procesado, podrá servir para desatar un típico estado pasional, incluso una intensa emotividad conectada a la personalidad (relativamente) primitiva del reo, pero no la característica perturbación anímica propia de quien sufre un verdadero trastorno de su psiquismo en mayor o menor grado” (S. 29 abril 1975.).

§ 3. Artículo 9:2.^a, Embriaguez.

“Cualquiera que sea el grado de acierto técnico que, en el plano de *lege ferenda*, se estime que presidió la reforma penal de 1944 al resucitar el requisito de la *no habitualidad en la embriaguez como atenuante*, tomándolo de los Códigos de 1850 y de 1870, en que también se exigía, lo cierto es que en el plano de *lege data* se hace preciso acatarlo; si bien, a diferencia de aquellos arcaicos cuerpos legales que aún forman, en buena parte, el trasfondo de nuestra vigente legislación punitiva, ni es menester fundar la noción de *habitualidad en un determinado número de veces de ejecución del hecho*, ni con vista de las circunstancias de las personas y de los hechos, sino que basta la efectiva constatación de la *asiduitas en la bebida* [SS. 22 mayo 1962 y 30 octubre 1967] y que se exprese por el juzgador con el necesario vigor narrativo eliminador de toda duda al respecto [SS 27 junio 1903, 15 noviembre 1912, 28 noviembre 1917, etc.] para que se tenga por decaída la atenuante por falta de uno de sus requisitos —*obstativo o negativo*— que, para ser apreciada, debe concurrir con otro positivo: La falta de *preordenación al delito*”. (S. 12 febrero 1975.)

§ 4. Artículo 9:8.^a, Arrebató u obcecación.

Deniega la Sala 2.^a del Tribunal Supremo la apreciación de la atenuante de arrebató u obcecación, en base a considerar que: “Si bien cabe hablar de la “*idea fija y obsesiva de quemar el local*”, tal *obsesión*, visto el conjunto de circunstancias que rodearon el evento, más bien es propia de la irritación producida por una alteración emocional de la afectividad que de la perturbación de los fundamentales estratos del psiquismo —*intelectivo y volitivo*—; lo que traducido a términos jurídicos podría integrar la atenuante —más afín al estado del procesado— *consignada en el número 8 del artículo 9.º del Código penal*, si no fuera porque la motivación de tal situación pasional, los móviles de la misma, se compadecen mal con la *eticidad y licitud de los mismos que esta Sala viene exigiendo para la estimación de tal atenuante*. Y, si bien es cierto que una parte la *doctrina censura con acritud la exigencia por entender que no está expresa en el texto legal*, no es menos verdad que *otro sector del penalismo entiende, con arreglo a esa tendencia jurispruden-*

cial, que la locución **adverbial naturalmente**, que se inserta en la definición del Código, dice relación con una **apreciación social**, admitida comúnmente, de los móviles, con lo que dicho se está que queda excluido el móvil bajo y abyecto y no hay duda de que, en el caso enjuiciado, la satisfacción a ultranza de la sexualidad del procesado y su desproporcionada reacción no son “comprensibles” para el común de las gentes; no son, en una palabra, “naturales en el sentir del hombre medio, destinatario de la norma penal”. (S. 29 abril 1975.)

§ 5. Artículo 9:9.^a, **Arrepentimiento espontáneo.**

“...Esta circunstancia, que implica la **no persistencia del ánimo perverso** en el delincuente, o bien una **anulación retroactiva del dolo**, ha de estar necesariamente provocada por **impulsos de arrepentimiento espontáneo** que había de surgir de **sentimientos internos ético-sociales** y hasta religiosos, contrarios al delito ejecutado, producto por la **recapacitación del agente** que impulsado por ellos trata de reparar o disminuir los efectos del delito, dar satisfacción al ofendido o confesar a las autoridades la comisión del mismo; pero no cuando tal proceder obedece a **motivos o presiones externas** o a **consideraciones utilitarias dirigidas a buscar la impunidad del delito o la disminución de la pena**, porque entonces, además de faltar la espontaneidad requerida por el precepto **no puede hablarse de una menor peligrosidad del sujeto** que es lo que, en definitiva, presta fundamento a la atenuante”. (S. 28 febrero 1975.)

§ 6. Artículo 9:10.^a, **Atenuantes por analogía.** Cfr. § 14.

§ 7. Artículo 10:13.^a, **Nocturnidad.**

La circunstancia agravante de **nocturnidad** se halla inscrita, con otras (despoblado y cuadrilla), en el número 13 del artículo 10 del Código penal vigente, con una redacción que apenas ha variado desde el Código de 1848, si bien se puede señalar:

a) Los Códigos de 1870 y 1932, quizá con mejor criterio, le daban un **carácter potestativo**, esto es, que su aplicación era discrecional para los Tribunales: “según la naturaleza y accidentes del delito” (Código de 1870) o “conforme a la naturaleza, los motivos y efectos del delito” (Código de 1932); mientras que su aplicación era y es imperativa en los Códigos de 1848, 1850, 1928 y 1944.

b) El Código de 1928, consagrando legislativamente lo que ya era constante exigencia jurisprudencial, describía la agravante —entonces 8.^a del artículo 66— como “**ejecutar el hecho de noche... cuando fueren buscadas esas circunstancias de propósito o se aprovechara de ellas el delincuente**”.

La fundamentación de esta discriminación agravatoria se encuentra en la **mayor peligrosidad del agente que se ampara en las sombras de la noche para mejor conseguir sus fines y antijurídicos propósitos**, preten-

diendo, y logrando generalmente, el mayor desamparo de la víctima con las consiguientes facilidades comisivas, dificultar o impedir que ésta pueda recibir auxilio de otras personas, ocultar su identidad, propiciar su fuga y lograr la impunidad; habiendo expresado esa especial fundamentación, de modo sumamente gráfico y didáctico, la S. 15 junio 1970 al decir "que la circunstancia agravante de nocturnidad tiene su "ratio essendi" en la intensa peligrosidad del agente que quiere o acepta el auxilio idóneo de la oscuridad para conseguir mayor facilidad y libertad ejecutiva del delito, superior posibilidad de huida e impunismo, más alta dificultad de identificación y, por último, deseo de conseguir la indefensión de la víctima, mermada o anulada en su capacidad de reacción personal y de ayuda ajena, todo lo cual determina un menor riesgo para el delincuente y una más intensa alarma social".

Desde su incorporación a la legislación codificada española, la doctrina y la jurisprudencia vienen sosteniendo con unanimidad [SS. 30 diciembre 1946, 20 noviembre 1956, 11 mayo 1963, 13 marzo 1967, 22 mayo 1968, 17 febrero 1970 y 29 octubre 1974] que los elementos o requisitos de la nocturnidad son los siguientes:

1.º) **Elemento objetivo**, compuesto o integrado por dos notas: **oscuridad**, la que se identifica con la falta de luz natural o solar, y **soledad**, la que implica que, dedicándose los humanos durante ciertas horas de la noche al sueño, la citada oscuridad se complementa con la ausencia de otras personas que pudieran auxiliar al ofendido, impedir o dificultar la perpetración del delito, identificar al delincuente, aprehenderle o evitar su fuga con el producto de su rapiña o con los instrumentos del delito.

2.º) **Elemento intencional o subjetivo**, caracterizado por la voluntad empleada finalísticamente en la búsqueda o en el aprovechamiento de la noche como medio de ejecución o dinámica delictivas.

3.º) **Elemento probatorio**, pues la nocturnidad como cualquier otra circunstancia agravante no puede presumirse en contra del reo y tiene que estar tan acreditada y probada como el hecho delictivo mismo (S. 24 enero 1975).

§ 8. Artículo 10:15.^a, **Reincidencia** (en relación con el artículo 61:6.^o)
Multirreincidencia.

Viene siendo doctrina reiterada de la Sala 2.^a, a partir de la S. 25 enero 1972, que para que pueda ser aplicada la circunstancia agravante de **multirreincidencia**, prevista en el número 15 del artículo 10 del Código penal, que obliga al juzgador a elevar la pena legalmente señalada al delito cometido en un grado y le faculta a aumentarla en dos, de acuerdo con lo preceptuado en la regla sexta del artículo 61, no basta que se haya producido una pluralidad de condenas ejecutorias contra el imputado en una misma sentencia o incluso en varias, de la misma o distintas fechas, siempre que éstas hubieran sido dictadas tan próximas en el tiempo, que el Tribunal no hubiera podido tener en cuenta racionalmente la primera sentencia, para declarar en la segunda la existencia de la cir-

cunstancia agravante de reincidencia simple, ni esta declaración, de todo punto necesaria para poder apreciar la agravante de plurirreincidencia, en la tercera o posterior sentencia, por exigirse para ello: que se hayan dictado contra el reo, por lo menos, dos sentencias condenatorias con anterioridad al hecho que se enjuicia; de tal modo que en el segundo de dichos fallos se haya apreciado la simple reincidencia, generada por la primera condena, o sea, la duplicidad o pluralidad de condenas ejecutorias, en la segunda de las cuales conste formal y procesalmente la declaración de la primera reincidencia. (S. 11 diciembre 1974.)

§ 9. Artículo 14:2.º, Inducción.

Conforme al número 2.º del artículo 14 del Código penal se reputan autores quienes inducen directamente a otros a ejecutar un hecho punible. Inducir, según su acepción académica, sustancialmente coincidente con la acepción corriente del vocablo, no es otra cosa que “incitar, instigar o persuadir a otro”, por lo que la inducción penal equivale a producir en otra persona, en todo caso, no decidida —aunque no necesariamente indiferente— la decisión de ejecutar el hecho antijurídico. Estima la doctrina jurisprudencial que existe autoría por inducción cuando el influjo psíquico ejercido sobre el autor material es causa de la resolución de éste de cometer el acto o hecho incriminado. [SS. 4 octubre 1934, 25 agosto 1954 y 26 junio 1962, entre otras].

De esta concepción, asimismo predominante en la doctrina científica, se deducen los elementos básicos que la configuran, consistentes: en que sea directa, o sea, que recaiga sobre un sujeto determinado y dirigida a la comisión de una infracción punible concreta (con la salvedad prevista en el párrafo final del artículo 4.º del referido Código); que sea eficaz, es decir, determinante de la acción, sin que revista tal carácter el simple consejo o la mera indicación del procedimiento ejecutivo; y que sea dolosa, o sea, con voluntad consciente de persuadir a otro a la realización del delito, aunque los fines perseguidos por inductor o inducido no sean coincidentes (S. 2 diciembre 1974.)

§ 10. Artículo 251, Propagandas ilegales

El delito de propaganda ilegal, que reprueba criminalmente la libre expresión de ideas estimadas legislativamente como perjudiciales para la soberanía del Estado, al poder dañar o lesionar su seguridad interior o el orden público, o su organización material, se tipifica en la amplia fórmula del artículo 251 del Código penal, en base a dos elementos:

— Uno, normativo y objetivo, determinado por la impresión, distribución o tenencia para ser repartida de la propaganda no autorizada, en cualquier forma que sea, dentro o fuera de España, y que se enumera en el párrafo 6.º de dicha norma.

— Otro subjetivo, que se desdobra, en relación a la culpabilidad, exigiendo el conocimiento por el agente del delito, de la propaganda ilegal

en su manifestación, dando existencia al requisito espiritual del dolo, y que se enraiza con la antijuricidad, a medio del propósito de esparcir la propaganda con “*animus diffundendi*”, otorgando sentido al injusto típico, por tenderse con ello a la deseada consecución —lógrese o no— de alguno de los cuatro fines que el precepto tal citado exige como indispensable en sus cuatro apartados anumerados (S. 17 enero 1975.)

Al no requerir tal infracción un resultado material, por bastar la mera intención o deseo de conseguirlo en el sujeto activo, a medio del contenido de la propaganda, es evidente que se trata de un delito de tendencia o peligro; pero su finalismo es de carácter concreto y no abstracto o remoto, pues exige actúe a modo de provocación al delito, contra el Estado nacional y su seguridad interior, por lo que deja fuera de su tipicidad la propaganda meramente doctrinal y extranacional, como ya determinó la S. 20 noviembre 1972, que no venga a representar una ataque cierto y directo, a la vez que concreto, a la organización política, social, económica o jurídica patria, con alguno de los designios previstos en el apartado primero de dicho artículo 251 o cualquiera de los tres restantes; pues no resulta posible hacer una interpretación extensiva o “*in malam partem*” del tipo, abarcando supuestos no previstos en él de manera precisa, como sucede con las obras políticas de condición marxista o similar de carácter general, máxime cuando su impresión está por lo común autorizada y se pueden adquirir libremente en el mercado de los libros, y la exposición de sus principios doctrinales, por su condición general o abstracta, no puede incluirse dentro de las finalidades concretas que constituyen la esencia del reproche penal típico (S. 17 enero 1975.)

Según la S. 4 noviembre 1974, si, semánticamente, propagar significa “extender, aumentar o dilatar una cosa o los efectos de ella” o “extender el conocimiento de la misma”, por propaganda se entendió, primitivamente, “congregación de cardenales de la Curia romana encargados de difundir la religión católica” (Sagrada Congregación de Propaganda FIDE) y, más tarde, “asociación cuyo fin es propagar doctrinas, opiniones, etc.”, o “trabajo empleado con el mismo fin”, hoy día podría definirse como cualquier actividad —palabra impresa, escrita o hablada, imagen (fotografía, caricaturas, dibujos), actuación o espectáculo— dirigida a transmitir, comunicar o extender las ideas, criterios, opiniones, preferencias o programas de actuación de un individuo, grupos o asociaciones, con propósitos proselitistas o de contagio intelectual, y presentando tales ideas o criterios del modo más suasorio, atractivo y persuasivo posible para que, obrando eficazmente, se facilite: en primer lugar, la recepción o captación de tales ideas; la asimilación de las mismas después, y, por último, el comportamiento de ellas.

Debe, además, de destacarse:

1.º) Que cuando esta propaganda versa o se refiere a materias políticas, el desarrollo de sus técnicas actuales no puede contemplarse con indiferencia por el legislador penal, ya que significa el aporte de medios tan poderosos como lo puede ser el empleo de violencia en la con-

secución de los fines de trastornar la estabilidad del régimen político de cualquier país.

2.º) Que la propaganda, política o no, puede tener un signo o naturaleza positivos, que son los antes descritos, u otros negativos, consistentes en la comunicación, extensión o transmisión a otras personas, físicas o jurídicas, o al público en general, de pensamientos, ideas, criterios u opiniones, convicciones o creencias o planes de actuación o de gobierno contrario a otros preexistentes o, por lo menos, contemporáneos o coexistentes, de tal modo que se los presente y describa como perniciosos, nocivos o inconvenientes, denigrándolos, desprestigiándolos o vilipendiándolos, invitando a todos, o a algunos en particular, a apartarse de ellos y a repudiarlos (S. 30 enero 1975.)

En España, y refiriéndose concretamente a la propaganda política, con excepción de algún atisbo en los Códigos de 1822 y 1848, la punición de ciertas formas de difusión de ideas, concepciones o actividades, no se inició hasta la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, concretamente en su artículos 31, 33, 34, 37, 38 y 39, los cuales, con redacción sensiblemente parecida, pasaron, en 1944, al Código, promulgado el mismo año, integrando el capítulo XI del Título II del mismo, el que dedica a tales delitos los artículos 251 al 253.

Habiendo sostenido la doctrina, y también la jurisprudencia, que se trata de un delito de actividad, de tendencia, de mero peligro, de consumación anticipada y de resultado recortado, toda esta variedad idiomática significa que la acción se confunde con el resultado o que no es necesario para la perfección del delito que la actividad difusora alcance los fines propuestos, razón por la que se trata de infracciones que no admiten frustración o tentativa.

Agregando la referida doctrina que la regulación del artículo 251, por falta de tradición legislativa, adolece de insuficiencia técnica y de vaguedad excesiva en alguna de sus descripciones, consagrando un imposible —según su concepto— inmovilismo o estancamiento involutivo de las instituciones políticas. Exigiendo como requisitos dignos de destacar, merced a ofrecer alguna singularidad: dentro de la antijuridicidad, dos elementos subjetivos del injusto: uno expreso, la persecución de cualquiera de los fines enunciados en los cuatro números del artículo 251, y otro tácito, que se infiere del concepto legal de propaganda —párrafo 6.º del mismo precepto— y que equivale a persecución consciente de la difusión de las ideas de las expuestas de un modo u otro de los reseñados; y dentro de la culpabilidad: que el dolo del agente abarque la idoneidad del medio empleado.

Por su parte, la jurisprudencia, representada por SS. 17 marzo, 5 y 14 mayo ,16, 24 y 26 octubre, 2, 16 y 30 noviembre y 5, 13, 17, 20 y 27 diciembre 1973 y 4 noviembre 1974, entre otras muchas, con mayor claridad, exige la concurrencia de dos elementos estructurales:

— Uno de índole normo-objetiva, o de dinámica criminal o de descripción de la especial actividad delictiva tipificada, contenido en los párrafos 1.º y 2.º (mejor sería decir los cuatro números y el párrafo 6.º) y

que se refiere, por una parte, a los **finés perseguidos** y, de otra, a la **misma propaganda subversiva**, de la que se da en el mencionado sexto párrafo una definición o interpretación auténtica, condensada en tres figuras:

Impresión u obtención de toda clase de libros, folletos, hojas sueltas, carteles, periódicos y de todo género de publicaciones tipográficas o de otra especie, los discursos, la radiodifusión y cualquier otro procedimiento que facilite la publicidad.

Distribución del mismo o difusión en otra forma, y

Tenencia para ulterior distribución, reparto o difusión.

— Y otro de **matiz subjetivo**, que se bifurca a la vez en otros dos: el ánimo difusor o "**animus diffudendi**" que se entraña en la **antijuridicidad** como elemento subjetivo del injusto, y la **conciencia del sentido atentatorio para la seguridad interior del Estado**, que se incardina en la culpabilidad; es decir, y simplificando, que ha de concurrir un elemento objetivo o dinámico —actividad— con otro subjetivo y finalista —intención, ánimo y propósito de los partícipes de difundir ideas con fines subversivos (S. 30 enero 1975.)

Elementos del delito tipificado en el artículo 251:

1.º Un elemento objetivo o conducta comisiva, consistente en realizar **propaganda de todo género o cualquier forma, tanto dentro como fuera de España, elemento territorial**. Consiste ésta, según el tenor del precepto legal, en la **impresión** de toda clase de libros, folletos, hojas sueltas, carteles, periódicos, toda clase de publicaciones tipográficas o de otra especie; en la **distribución**, en la **tenencia** para ser repartidos, en discursos, radiodifusión o cualquier otro procedimiento que facilite la publicidad y, por fin, uso de símbolos o emblemas propios de organizaciones declaradas fuera de la Ley.

2.º Un elemento subjetivo, que es el ánimo de difusión de tal material objetivo, que el Código penal recoge con las expresiones de **realizar propaganda, tener para repartir** —donde se observa la consumación anticipada dispuesta por el Código— **impresión, distribución, facilitar la publicidad**.

3.º Un elemento finalístico, que se recoge en los cuatro apartados del precepto y que en síntesis son: **subversión violenta del Estado, ataque al sentido nacional, a la Nación española y perjudicar el crédito del Estado**.

4.º El elemento intencional o voluntario, siempre presumible, del conocimiento de lo que se difunde y voluntad de difundir (SS. 23 octubre 1973, 18 marzo, 24 abril, 2 mayo, 24 junio 1974 y 14 enero 1975.)

Propaganda ilegal para la huelga (distinción de la propaganda con fines políticos y la propaganda con fines económicos).

Respecto al argumento de que la propaganda para la huelga que hacía el recurrente con las pegatinas no puede estimarse como vulneradora del citado precepto, ya que para la aplicación del mismo se precisa no so-

lamente un ánimo, sino fuerza y adecuación necesaria a los fines perseguidos, no puede aceptarse, porque existente el propósito de hacer propaganda en pro de la "huelga solidaria" "frente al despido y la represión", como indicaban las pegatinas que colocó el procesado en las paredes de la Ciudad Laboral donde cursaba estudios y en las fachadas del casco antiguo de la población en que vivía, la falta de reivindicaciones económicas, pues se propugnaba la huelga solamente "frente al despido y la represión"; y el propagar en nombre de las denominadas Comisiones Obreras, que, como creación del Partido Comunista, persiguen con él subvertir violentamente, o destruir la organización política, social, económica y jurídica del Estado, hace advertir que estos fines y no otros de simples mejoras económicas perseguía el recurrente al fijar las pegatinas en cuestión, sin que pueda ponerse en duda la fuerza de convocatoria de ellas ni su poder de captación de voluntades para la huelga ilegal preconizada al solo objeto de imponer a las autoridades del Estado, por medios violentos, las decisiones de los simpatizantes de élla (S. 14 diciembre 1974.)

La actividad dinámica difusora del material propagandístico, para realizar con eficacia el afán proselitista que impulsa la actuación idealista del agente difusor, tanto puede conseguirse por el reparto, más o menos directo de textos ilegítimos a distintas personas, a cuyo fin tiene indudable importancia el número de las publicaciones prohibidas y hasta la índole de su potencia difusora, exigiéndose por la Sala 2.^a que la cantidad posea cierto alcance numérico, como en supuestos "uti singulares" o especiales, puede cometerse el delito con la entrega, reparto o permisión de uso de una sola unidad propagandística, en atención a su mismo poder difusorio, que se logra hacia muchas personas, como pusieron ya de relieve las SS. 28 noviembre y 23 diciembre 1970, 15 julio 1971, 30 noviembre 1972, 14 febrero, 6 marzo y 14 mayo 1974, en orden a los carteles murales, "affiches" y "graffiti", pintadas, etc, y a los que debe asimilarse la constitución de una sala o lugar de lectura en que, a través, del tiempo, se ponga a disposición del público que se capta, para su lectura y conocimiento o estudio, un ejemplar, con indudable tono subversivo, deshonrrante y ofensivo para el Estado español, porque este medio es capaz, por su misma potencia difusora, de alcanzar los fines prohibidos en dicho artículo 251, a medio de la actuación calculada del propagandista, cuyos antecedentes personales e ideología también cuenta a estos efectos para conocer la tendencia de su actuación, constituyéndolo en eficaz agente difusor de material unitario. (S. 17 enero 1975.)

La frase consignada en los referidos impresos, "en la lucha contra los mercenarios del Estado asesino durante la larga noche del franquismo", es gravemente ofensiva para el actual Estado español y para su especial estructura y, por tanto, "per se", logra que el caso, con todo merecimiento, se incluya y subsuma en el número 4 del citado artículo, donde se plasman, entre otras, las conductas propagandísticas perjudiciales para el crédito y prestigio del Estado hispano. (S. 30 enero 1975.)

"...El número de impresos...es indiferente o irrelevante pues, en todo

caso, se habrían impreso o poseído publicaciones subversivas en número suficiente para que los mismos pudieran incardinarse en los preceptos aplicados, siendo también indiferente la falta de concreción de la fecha de impresión.

La propaganda ilegal, por lo general, proviene de asociaciones declaradas fuera de ley, que pretenden alcanzar las finalidades prohibidas criminalmente en dichos apartados del párrafo segundo del artículo 251 del Código penal, pero no basta, para estimar la presencia de tal delito, que se trate de meras publicaciones de dichas asociaciones ilegales, sino que, además, han de tener por sí mismas un contenido prohibido y tendencial, por lo que tiene que atenderse esencial y necesariamente al alcance de este último. De manera que si aún proviniendo la propaganda de asociación ilícita, no se dirige al logro finalístico de los objetivos tutelados criminalmente, el delito resulta inexistente, y a la inversa, sea cualquiera su procedencia, si su finalismo o tendencia resulta la indicada, el tipo operará, a pesar de proceder el material propagandístico de persona jurídica, de hecho o de derecho, admitida legalmente, o de sujeto individual, cualquiera que sea su ideología o afiliación. (S. 16 enero 1975.)

Renuncia la Sala 2.^a a establecer, a efectos penales, una distinción entre el régimen político imperante y la organización estatal, ya que, de una parte, como ya recordó la Sala 2.^a [S. 6 diciembre 1971], los conceptos de Estado, Nación, Régimen y Gobierno se hallan tan interrelacionados que el ataque a cualquiera de ellos repercute ineluctablemente en los demás, como lo muestra la amplia gama de finalidades asignadas por el artículo 251 al delito de propagandas ilegales, de las que no se excluye ningún aspecto de la organización política básica. (S. 20 enero 1975.)

Si al recurrente le sorprendieron con un paquete de 235 hojas tamaño cuartilla, con el contenido que indica la sentencia recurrida: "huelga general revolucionaria al coronar al heredero del yugo fascista, hagamos huelgas, asambleas y paros contra el patrón yanqui de España", firmado por el Comité de Madrid del Partido Comunista de España, aunque tales hojas fueran ocultas bajo el pantalón, la Sala sentenciadora concluyó con acierto en la existencia del *animus diffundendi*, conforme a doctrina ya sentada por la Sala 2.^a, en SS. 23 junio 1972, 1.^o de febrero 1974 y 14 enero 1975.

Tentativa.

Si bien los delitos de tendencia —entre los que se cuenta el de propaganda ilegal— son de consumación anticipada o de resultado cortado, según expresión doctrinal consagrada, sobre todo en sus formas de mera tenencia, en que basta la mera posesión de la propaganda, unida al propósito difusor de la misma, para perfeccionar el tipo delictivo, no es menos verdad que pueden darse casos, ya que no de frustración —de difícil comprensión y encaje— sí de tentativa, por haberse manifestado al exterior los actos encaminados a lograr la efectiva tenencia de la propaganda aunque sin llegar a conseguirlo por la interferencia policial u otra causa

causa obstativa. [En contra, S. 30 enero 1975]. Esto es justamente lo que aconteció en el caso debatido, en que el procesado recurrente recibió aviso de la agencia de transportes para retirar el envío con la propaganda comunista que contenía y cuando se disponía a realizar tal operación, para lo cual ya había tomado el paquete y lo había entregado momentáneamente a su casual acompañante, fue conminado por funcionarios de la Policía, antes de que firmara el oportuno recibí, para que les fuera dado el paquete en cuestión, orden que acató el ocasional tenedor del mismo, ignorante de lo que acaecía, pero no así el procesado, quien perfecto conocedor del carácter del envío, se dio a la fuga; pues de este contexto de acción se desprende que, si bien el recurrente estuvo a punto de lograr la tenencia o posesión de la propaganda que le era remitida con fines de difusión, no lo consiguió con la necesaria autonomía para que pueda hablarse de la posibilidad de disposición de aquélla, gracias a la intervención policiaca. (S. 23 diciembre 1974.)

§ 11. Artículo 344, Delitos contra la salud pública.

El delito del artículo 344 del Código penal, en su redacción, según la Ley de 15 de noviembre de 1971, recoge una infracción criminal de riesgo abstracto y autónomo, ante el tráfico, la promoción del uso y el despacho ilegal de sustancias tóxicas o estupefacientes, naturales o sintéticos, haciendo punibles tales conductas, constitutivas de alguna de las facetas del ciclo económico de producción previo al consumo, o ya de posterior mercantilidad, cuando se eliminen por el agente las normas de control administrativo de condición estricta, que dan lugar a la antijuridicidad o ilegalidad integrante del delito, por originarse el elemento negativo de la infracción sanitaria. Debe coincidir la conducta peligrosa con cualquiera de los verbos típicos pródigamente empleados en la amplia fórmula legal y, concretamente, con el tráfico —elemento subjetivo del injusto—, de las sustancias estimadas como drogas o estupefacientes en las listas I, II y IV del Convenio Unico de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificado por España el 1 de marzo de 1966, que se realiza, entre otras formas, a medio de la venta o cambio, en intermediación, lucrativa o no, que lleve las sustancias nocivas a la disposición de otras personas, para su consumo particular, como drogadictos, o con cualquier otra finalidad. (S. 4 abril 1975.)

El artículo 344 del Código penal, en la redacción que le dio el Texto refundido conforme a la Ley de 15 de noviembre de 1971, enumera una serie, no exhaustiva, de medios ejecutados ilícitamente, para promover, favorecer o facilitar el uso de drogas tóxicas o estupefaciente, de lo que se desprende: que la tenencia de los dichos productos, para que sea delictiva, ha de ser medio para conseguir alguno de los fines aludidos expresados en el precepto sancionador y, por tanto, la tenencia para uso propio está excluida de la normativa sancionadora, siempre que por la cuantía de lo poseído y dadas las circunstancias que rodeen el hecho, no pongan de manifiesto la intención del agente de dedicar los productos nocivos para la salud al tráfico comercial, con el consiguiente perjuicio

para la sociedad y las personas que llegaran a consumirlas. Y, como en el caso contemplado se afirma en la relación circunstanciada de los hechos declarados probados, que al procesado le fue ocupada una pastilla de "Haschish", dividida en varias porciones y mezclada entre tabaco, de 127 gramos, que había adquirido para su consumo, es vista la ausencia de eficacia penal de la conducta del procesado, y se acoge el recurso...

En consecuencia, el T. S. casa la sentencia del Tribunal y absuelve al procesado del delito que se le había imputado, si bien "constando en la Sentencia que el procesado estuvo al parecer recluso en Casa de Templanza, por su peligrosidad social como consumidor de drogas estupefacientes, debe deducirse testimonio de los particulares necesarios para remitirlo a la jurisdicción especial para que surta los oportunos efectos, dada la continuación de su peligroso y destructivo vicio, bien para unirlo al expediente que se le siga o bien para abrirlo de nuevo o incoar otro distinto, ya que se trata de nuevos hechos que acreditan su recaída en el vicio del que se creía curado". (S. 20 enero 1975.)

La tenencia de drogas para consumir el agente es impune por falta de tipicidad, porque la tenencia para traficar con un tercero es el delito del artículo 344; y cuando el hecho probado demuestra que la tenencia de 330 gramos de marihuana por los procesados —"aficionados a su consumo"— era para su propio consumo, como ocurre en el caso de autos, la absolución se impone, sin perjuicio de que el hecho pueda ser incluido en la Ley de Peligrosidad Social de 4 de agosto de 1970 (artículo 2.º, número 7.º), según doctrina expuesta en SS. 14 febrero, 21 marzo, 8 y 10 mayo, 4, 5 y 20 junio, 24 y 30 septiembre 1974). (S. 11 febrero 1975.)

Aun no estimándose que hubiere tal venta (que sí la hubo, pues se concertó el precio de mil pesetas, aunque de momento no se hiciera efectivo), habría, al menos, donación del producto tóxico, también expresamente incluida en el precepto penal aplicado, como hubo otros actos de favorecimiento del uso de la droga, al facilitarse el local o piso de autos de que disponía el recurrente para que en él pudieran instalarse los adquirentes y consumir la sustancia nociva, como en efecto ocurrió. Conducta que en su conjunto está evidentemente incurso en el precepto penal aplicado, si bien, dada la escasa cuantía acreditada de la droga entregada (catorce gramos) y circunstancias personales concurrentes, el Tribunal a quo hiciera aplicación del párrafo tercero del mismo precepto. (S. 10 febrero 1975.)

§ 12. Artículo 399, Malversación impropia.

El delito de malversación de caudales impropia, que tipifica el artículo 399, en su relación con el 394 del Código penal, con claro criterio extensivo, indudablemente se apoya en una doble ficción, decretada "ex lege", pues a los depositarios, o suministradores de caudales embargados, secuestrados o meramente depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, los hace funcionarios públicos, al menos.

de manera transitoria y episódica por su actividad de tales y, además, estima caudales de tal condición, a las cosas o valores que no lo son por sí mismos, por no pertenecer al erario público y en atención a la intervención sobre ellos de dicha autoridad, y misión encomendada, estimando delictiva su conducta si se dan los requisitos de alguno de los delitos de los artículos 394 a 398, en el primero de los cuales se reprocha la sustracción para sí, o el consentimiento para que otro lo efectúe, de los caudales o efectos públicos que aquellas personas tengan a su cargo o disposición.

A este respecto, la doctrina de la Sala 2.^a, expuesta, entre otras, en SS 27 febrero y 2 marzo 1973, ha venido calificando como delitos de malversación impropia, de los citados artículos 399 en relación con el 394 del Código penal, el depósito de cereales y leguminosas que el Servicio Nacional de Cereales, como organismo oficial, adquiere en compra, según las facultades que le están asignadas en los artículos 1.º, apartados b) y c), 4.º y 5.º de la Orden del Ministerio de Agricultura de 19 de noviembre de 1953 y que deja depositados en poder del mismo vendedor, con carácter regular y necesario, para conservarlos a su disposición y restituirlos cuando se le pidieran —artículos 1.766 y 1.767 del Código civil—, en el supuesto que tal depositario, designado por autoridad pública, y que adquiere el carácter, a esos efectos, de funcionario público, así como los cereales, el de caudales, realice la conducta de sustraer por sí, o permitir que otro sustraiga de los mismos, de manera antijurídica, resolviendo el depósito por acto de autoridad propia prohibida en desdoro y perjuicio económico de la finalidad pública que está vinculado a cumplir. (S. 2 abril 1975.)

Responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

“El principio añejo *“societas delinquere non potest”*, que repudia la responsabilidad criminal de las personas jurídicas o morales, por faltarles capacidad de culpabilidad e imputabilidad, que no se cree posible, al no poseer unidad de conciencia y de voluntad, ha decretado la consecuencia teórica y práctica, ante la realidad de delitos por ellas cometidos y la necesidad de represión, de personalizar la conducta ilegal criminalmente en los miembros componentes de los órganos de manifestación, o personas físicas, que integrando la *“universitas”*, posean expresas y directas facultades de dirección, gestión, representación o administración, o que meramente impulsen el comportamiento de la persona colectiva en dirección punible, y bien actúen en provecho de ella o en el suyo propio; a cuyo fin de ha valorarse judicialmente, tanto la situación de derecho de tales personas dentro del ente pluripersonal, como la de hecho constituida en la realidad práctica, pues unas veces obedece la representatividad a normales legales o pactadas y otras se actúa de manera irregular y, en ambos supuestos, la responsabilidad penal recaerá sobre el órgano de gestión operante; doctrina últimamente expuesta por la Sala

2.^a, en sus recientes Sentencias 4 octubre y 2 diciembre 1972 y 31 enero 1973. (S. 2 abril 1975.)

§ 13. Artículo 405, Parricidio

Condena el T. S., por el delito de parricidio, a la pena de 18 años y seis meses de reclusión menor, con las consiguientes accesorias, apreciando la atenuante 4.^a del artículo 9, de preterintencionalidad, considerando que:

Según la más reciente doctrina de esta Sala, para que se dé la preterintencionalidad, ya sea homogénea o de menor grado (amparada por la circunstancia atenuante 4.^a del artículo 9.^o del Código penal), ya sea heterogénea o de grado mayor (cubierta por el párrafo 3.^o del artículo 1.^o en relación con el 50 del Código penal), es menester, en todo caso, un hecho —inicial o base, de carácter doloso, en conexión causal con un hecho— resultado o consecuencia atribuible a mera culpa o al fortuito, de suerte que exista una especie de progresión delictiva entre el delito propuesto y el cometido, desbordando este último a modo de plus effectum el mal realmente querido por el culpable. Por lo que, si se obtiene la convicción de que el dolo estuvo ausente en todo el decurso de la acción, no habrá preterintencionalidad de ninguna clase, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológico y normativo— en que encarna la culpa y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que, si bien es exigida en la noción legal del *casus* por el número 8.^o del artículo 8 del Código penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del *versari in re illicita*, cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal [SS. 15 noviembre 1969, 15 octubre 1971, 22 febrero y 6 noviembre 1972, 30 marzo 1973, 26 abril y 29 mayo 1974].

Esta doctrina puede encontrar perfecta aplicación al delito de parricidio, ya en su forma preterintencional o ya en la culposa, sin que ignore esta Sala la oposición a esta tesis de un sector doctrinal que exige en dicho delito un *dolo doble* o *duplicado*, a saber, el ánimo de matar y el de matar a determinadas personas, precisamente alguna de las mencionadas en el artículo 405 del Código penal, lo que vendría a constituir una suerte de *dolo con destinatario concreto incompatible con la preterintención* o con la *mera culpa*. Tesis esta que es impugnada por otra parte de la doctrina científica, en la que es opinión dominante la de que basta el *dolo eventual* en el parricidio y aun la posibilidad de su *comisión culposa*, de acuerdo con la antigua dirección de la jurisprudencia de la Sala 2.^a continuada hasta el presente [SS. 19 diciembre 1871, 5 mayo 1880, 13 junio 1887, 25 diciembre 1947, 18 octubre 1962, 28 septiembre 1964 y 15 noviembre 1969]. Pues, en efecto, la *relación parental no funciona en el tipo del parricidio como uno de los llamados elementos subjetivos del injusto que imposibilitan la comisión culposa del delito, sino como una característica del sujeto pasivo, que, desde luego, debe ser captada por*

el sujeto activo, pero que no impide la comisión culposa, una vez que el agente conoció o debió conocer su ligamen familiar con el paciente, del mismo modo que pudo y debió conocer el resultado mortal que sobrevendría causalmente de su acción homicida, quedando únicamente por dilucidar si, por ser el parricidio un *delictum sui generis* respecto del homicidio, con el que está en relación de subsidiariedad tácita, al no venir en aplicación el parricidio doloso previsto en el artículo 405, recobrará su imperio el artículo 407 en relación con el 565 del Código penal (homicidio culposo); cuestión esta última de pura técnica jurídico-penal que no entraña consecuencias prácticas desde el momento que con una u otra nomenclatura —parricidio u homicidio culposos— la pena a imponer siempre sería la señalada para la imprudencia, notoriamente inferior a la conminada tanto en el artículo 405, como en el artículo 407 del Código penal. (S. 7 abril 1975.)

§ 14. Artículo 429, Violación.

El bien jurídico protegido en esta figura delictiva es “no sólo el honor, sino también la libertad de la mujer, al tener que soportar el acceso carnal del varón, sin quererlo y en contra de su voluntad”. (S. 12 abril 1975.)

Aprecia el T. S. delito de violación por existir “intimidación y oposición firme de la mujer a realizar el coito...”, a pesar de que “con su actuación voluntaria, la joven, al entrar en la habitación que servía de hospedaje al recurrente, permitir que la cerrase y su posterior desnudez, como la del varón, y la realización mutuamente consentida de tocamientos lascivos y besos..., contribuyó a crear el clima favorable a la comisión del delito, al excitar al varón...”, el cual “se encontraba en una situación de sobrecarga pasional, análoga o similar a la de arrebato u obcecación que en otra S. de 3 febrero 1964 sirvió de fundamento a esta Sala para estimar la circunstancia atenuante 8.^a del artículo 9, que aquí no ha sido alegada, ni estudiada...”. Por todo lo cual, “razones de equidad aconsejan hacer uso de la facultad que otorga el artículo 2 del Código penal y proponer al Gobierno la rebaja de la pena (12 años y un día de reclusión menor) en dos grados. (S. 12 abril 1975.)

§ 15. Artículo 430, Abusos deshonestos.

El delito de abusos deshonestos consiste en “la exteriorización impúdica de un íntimo propósito lujurioso o libidinoso..., que supone un atentado contra el pudor del sujeto pasivo, materialmente realizado sobre la honestidad de su cuerpo...”. (S. 22 abril 1975.)

Es un delito de tendencia, consumado con la exteriorización del acto impúdico y el propósito libidinoso.

El bien jurídico protegido es la honestidad de una persona concreta y determinada.

La acción del sujeto del delito es de dinámica externa sobre el cuerpo

de dicha persona concreta o de obligarla a actuar sobre el cuerpo del agente.

El ánimo ha de ser deshonesto, libidinoso o impúdico, matizado por cualquiera de las circunstancias del artículo 429, y estando excluido el fin de yacer con la víctima. (S. 17 febrero 1975.)

Para su consumación requiere “la realización sobre otra persona de actos obscenos que, por sí mismos, tengan un contenido o significación sexual clara e inequívoca, por la que resulten contrarios a los sentimientos de pudor y decencia observados por la colectividad...”. (S. 28 diciembre 1974.)

Admite la tentativa como forma de ejecución imperfecta la S. 24 febrero 1975. Por el contrario, la niega, al considerarlo delito formal, S. 6 febrero 1975, al declarar que “...en el momento en que se realizan dichos actos deshonestos queda consumado el delito, no habiendo hasta entonces más que actos preparatorios impunes, siendo irrelevante la lubricidad del autor quede o no satisfecha...”.

“...El acto de levantar las faldas a una niña es ya de por sí impúdico y deshonesto...”; y juntamente con el ánimo lúbrico integran indudablemente un ataque a la moral y al pudor, siendo constitutivos de una falta contra el orden público prevista en el número 3.º del artículo 567. (S. 28 diciembre 1974.)

El “beso erótico”.

El tema de si el beso erótico constituye por sí mismo el delito de abusos deshonestos o integra más bien una simple contravención sin mayor trascendencia, es un tema eminentemente circunstancial si lo hay, puesto que, como viene afirmando la Sala 2.^a en sus últimas resoluciones, la distinción debe ser ensayada no sólo con arreglo a criterios cuantitativos de gravedad—como lo confirma el artículo 567, 3.º del Código penal, definidor de la falta, cuando habla de actos que ofendieren levemente a la moral—, sino también conforme a a criterio cualitativos; de modo que, así como en el delito se quebranta de forma preponderante la libertad sexual individual, en la falta, la mayor nimiedad de tales embates a la pudicia ajena—el simple beso como más representativo— viene compensada por su mayor trascendencia a las buenas costumbres o a la decencia pública citadas expresamente en el precepto, en línea equivalente a la moral, dando así a entender la mens legis que castiga la liviana infracción en tanto en cuanto trasciende a la moralidad sexual colectiva, a los hábitos morales públicos—lo que explica el encuadramiento de la falta entre las que atacan el orden público— con todo el relativismo que comportan tales conceptos standard en orden a su vigencia cultural en la sociedad y con arreglo a lugares y tiempos [SS. 2 febrero, 22 septiembre, 28 octubre y 2 diciembre 1970, 8 marzo, 8 mayo y 18 octubre 1971, 15 febrero 1972, 19 enero 1973, 18 junio 1974, entre otras]. De todo lo cual cabe concluir que el beso dado con carga o intención lasciva, unido a otros actos de libidine que claramente atentan contra la libertad sexual del

individuo, ya en forma real, ya en forma presunta (dada la edad de aquél) rebasan la esfera meramente contravencional, para integrar directamente un formal ataque al pudor ajeno previsto en el artículo 430 del Código penal en tanto en cuanto este precepto se conecta a las formas comisivas violentas descritas en el artículo que le precede. (S. 12 abril 1975.)

Diferencia entre el delito de abusos deshonestos y la falta contra el orden público del número 3.º del artículo 567.

Según doctrina reiterada y constante del T. S., no puede predicarse “ni la paridad, ni siquiera una tangencia ideológica” entre el artículo 430 y la falta referida, como tampoco ésta es una manifestación venial intensa del delito de abusos deshonestos.

Las diferencias existentes entre ambos, no son sólo cuantitativas (como declara la S. 22 abril 1975), sino también, y sobre todo, cualitativas. (S. 18 octubre 1971.)

Así, en lo que respecta al bien jurídico protegido en ambas figuras:

— En el delito, es la honestidad, pudor y libertad sexual individual ajena. (SS. 12 diciembre 1964, 22 septiembre 1970, 22 diciembre 1970, 25 febrero 1971, 21 diciembre 1974 y 21 marzo 1975). Es decir, el núcleo privado de la intimidad sexual de personas particulares, más que hablar propiamente de libertad sexual, máxime si se trata de sujetos pasivos menores de 12 años, ya que ello parecería poco ajustado a la realidad... (S. 17 febrero 1975.)

— En la falta, la colectividad social, el orden público, al que se ofende levemente en los valores representados por la moral, las buenas costumbres y la decencia públicas, no particulares, ni privadas.

De otro lado, los sujetos pasivos son diversos:

— En el delito, personas particulares; de ahí la condición de procedibilidad establecida en el artículo 443, de la denuncia del agraviado o sus representantes legítimos.

— En la falta, son los entes públicos como sinónimo de la colectividad social. No se requiere para su perseguibilidad la denuncia previa del agraviado.

Respecto al *modus operandi*:

— El delito precisa un “acto deshonesto en sí” y la “abusividad del mismo contra o sin la voluntad de la víctima”.

— La falta, exhibición de estampas o grabados u otra clase de actos que no sean los de tocamientos impúdicos. Cfr. SS. 21 diciembre 1974, 21 marzo 1975 y 17 febrero 1975.

§ 16. Artículo 431, Escándalo público.

El delito de escándalo público, previsto y penado en el artículo 431 del Código penal, para su estimación y concurrencia exige la presencia de los siguientes requisitos:

1.º **Ofensa al pudor o a las buenas costumbres**, pudiendo consistir la dinámica de la ofensa en actos, palabras o escritos, libros, periódicos, di-

bujos, cuadros y toda clase de imágenes, cintas cinematográficas, discos y toda clase de objetos obscenos.

La palabra "pudor" alude a la moralidad de personas determinadas, y la frase "buenas costumbres" a la moralidad social colectiva pública; si bien hay sectores doctrinales que identifican ambos conceptos como comprensivos de los sentimientos de recato, morigeración y decencia del común de las gentes en la medida media en que son experimentados en una sociedad determinada y en un momento temporal también determinado, pues sostienen, con razón evidente, que el sujeto pasivo de este delito es siempre el mundo circundante, la colectividad o la comunidad social; añadiendo que la definición y concepción de lo que es ofensivo para el pudor o las buenas costumbres es mudable, versátil y pleno de relativismo, porque al compás de los tiempos, las épocas, de las filosofías imperantes y de las normas de cultura existentes, los mismos o parecidos la execración y repulsa social, repugnar y repeler, despertar la indignación o, por el contrario, aceptarse y admitirse sin pasmo ni repulsión, sin sobresaltos ni proscripción, como propios y característicos de su tiempo, como naturales y totalmente disculpables, dentro de una normalidad de hábitos sociales y de modos habituales de conducirse; por lo que en las legislaciones positivas se suele establecer una cierta imprecisión típica, confiando al arbitrio de los Tribunales y a su prudente criterio, la calificación tolerante o desfavorable de los mismos, y, en su caso, la necesidad o conveniencia de su punición, toda vez que lo que se persigue con este delito no es tanto la inmoralidad intrínseca como su proyección social;

2.º Que los actos integrantes de la ofensa sean constitutivos de grave escándalo o trascendencia, habiendo creado la conjunción "o" constantes y graves problemas de interpretación:

- Así, ciertas Sentencias [20 octubre 1908 y 2 junio 1917, entre otras] entendieron que se trataba de una conjunción disyuntiva y que, por lo tanto, "escándalo" y "trascendencia" son palabras heterónomas, queriendo significarse: con la primera, que los actos incriminados produjeron la grave repulsa social antes descrita; mientras que la segunda evoca la idea de relevancia o importancia, albergando dentro de sí a las ofensas de gran monta o de considerable significación peyorativa, siendo esencial la publicidad, divulgación o comunicación social de los actos integrantes del escándalo (sea coetánea a la comisión de los hechos, posterior y emanada de los mismos, derivada del conocimiento de ellas, o meramente policial o procesal, según diferentes criterios plasmados en unas u otras corrientes jurisprudenciales), mientras que tal publicidad aunque no sobre, no es esencial en los actos trascendentes, los cuales pueden realizarse en la intimidad o en el secreto y con la mayor discreción y total sigilo y, sin embargo, tener carácter punible, por revestir caracteres de singular relevancia e importancia en orden a la moral colectiva o por poner de manifiesto conductas o hábitos aberrantes o desviados suma-

- mente nocivos y gravísimamente lesivos, según la "communis opinio", en orden a lo que se reputa obsceno, torpe e inadmisibles en el terreno erótico o en el de una sana y normal sexualidad;
- Por el contrario, otras resoluciones de este Tribunal mantienen que la conjunción "o" es de naturaleza copulativa y que, por tanto, en la mente del legislador, "escándalo", y "trascendencia", tienen una significación sinónima u homónima, equivaliendo ambos a que los actos trascendieran, se divulgaran o difundieran, llegando al conocimiento de los demás, bien por haberse realizado en su presencia, bien por publicidad ulterior, mereciendo el reproche social y la repulsa colectiva, con execración y rechazo general;

3.º Voluntad criminal (S. 6 marzo 1975).

Dos son los bienes y sujetos jurídicamente protegidos:

El primero, la defensa de la paz moral de la comunidad, para que no sufra alterando el desarrollo de la normal convivencia, a medio de acciones lesivas al recato o morigeración de sus miembros, según los sentimientos de moralidad media culturalmente establecidos, que afecten a una pluralidad de personas, ofendiéndoles en sus sentimientos y valores éticos, con dicho escándalo público;

Y el segundo, el sentido moral que todo ser humano posee individualmente, y que tiene derecho a que se le respete, sin quebrantamientos por actos obscenos y ajenos, que lo desconozcan, siempre que la acción tenga por sí misma trascendencia suficiente, por herir los sentimientos individuales del pudor, en cuyo especial supuesto, puede ser el sujeto activo no ya la colectividad social, más o menos ampliamente representada, pero siempre pluripersonal, sino una persona única, que resulta ofendida ciertamente. (S. 30 enero 1975.)

El bien jurídico protegido es tanto la moral individual de una persona concreta, como la moral colectiva de la sociedad, cuando las mismas se hieren de "cualquier modo". (S. 8 marzo 1975.)

La ofensa a la moral personal queda puesta de relieve suficientemente en el Código con las frases "ofensa al pudor", "con hechos de grave trascendencia" y las del párrafo segundo "si el ofendido fuere menor de veintiún años"; lo que supone que el legislador admite un solo sujeto pasivo, cuya moral individual se ofende.

La ofensa a la moral colectiva viene descrita con la ofensa a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo, que puede producirse según doctrina de la Sala 2.ª: bien simultáneamente al hecho, o con su conocimiento posterior por aquellos terceros cuyos sentimientos de honestidad queden lesionados por la noticia y verdadera del hecho escandaloso, cuya naturaleza repugnante en el orden de la honestidad ha de ser la esencia del acontecer delictivo. (S. 8 marzo 1975.)

El escándalo público, tipificado como delito en el artículo 431 del Código penal, exige la ofensa, de cualquier modo, al pudor o a las buenas costumbres, con hechos de grave escándalo o trascendencia.

Si bien se venía entendiendo, antes de que el legislador creara, con

la reforma de 1963, el tipo agravado del último párrafo de dicho precepto, que el único jurídico protegido, se refería al sujeto pasivo constituido por la comunidad en general, o grupo social, cuya moral se tutelaba, contra las actuaciones que lesionaran al recato sentimientos, y ética media, culturalmente establecida, sin embargo, ante la nueva típica protección, en singular, como "ofendido", de las personas menores de veintiún años, de edad, que tal subtipo agravado estableció, y de la disyuntiva normativa, entre escándalo público y trascendencia, se estimo, por la doctrina de esta Sala, que podían también lesionarse, individualmente, la moral de todo ser humano, con edad inferior a la dicha, siempre que la acción poseyera, por sí misma, trascendencia suficiente para herir sus sentimientos personales de pudor, en cuyo singular supuesto, puede constituirse en sujeto pasivo, no ya como en el tipo base, la colectividad social, más o menos ampliamente representada, aunque siempre pluripersonalmente herida, sino también una sola y ofendida persona o varias sin dimensiones de generalidad apreciables. (S. 7 febrero 1975.)

El delito del artículo 431 puede darse por una doble modalidad: Cuando los hechos "per se" fueran constitutivos de grave escándalo; o cuando tuvieren trascendencia; dándose además en el caso que se incrimina el doble condicionamiento, pues los tocamientos de los órganos genitales de un niño de más de doce años, pero menor de catorce años, es de por sí gravemente escandaloso y extraordinariamente dañoso para la formación moral y sexual del menor a quien se iniciaba por caminos de homosexualismo en el difícil estadio formativo de su personalidad. Además, era trascendente porque se realizaba delante de otros menores a quien además se pensaba hacer seguidamente destinatarios de tan aberrantes actividades. Las mismas consideraciones son por entero aplicables a los hechos constituyentes del segundo hecho que se enjuicia. (S. 17 febrero 1975.)

El delito de escándalo público, de mera actuación y comportamiento, no de resultado, viene objetivamente cualificado por la conducta del culpable, constitutiva de actos inmorales o deshonestos, consumándose conforme a su definición legal contenida en el artículo 431 del Código penal por la ofensa "al pudor o a las buenas costumbres", lo que equivale a ofender a la moral sexual pública, según valoración socio-cultural contingente, ya que el pudor al que se contrae el texto punitivo es el general o colectivo, y las buenas costumbres las representadas por principios morales de honestidad y recato, arraigados, sentidos, confesados y respetados por la comunidad nacional, materializándose la ofensa "por hechos de grave escándalo o trascendencia"; vocablos utilizados por el legislador disyuntivamente por su diferente significado finalista, al contraerse:

El escándalo, a los efectos repulsivos que origina en las personas que no siendo las directamente afectadas por el delito, tienen conocimiento del mismo al tiempo de su ejecución o de su posterior descubrimiento; mientras la trascendencia afecta al daño moral que el acto o hecho reprehensible ocasiona en el sujeto pasivo ofendido, máxime si se

trata de menores de edad, en cuyo supuesto el trauma psíquico es más hondo y lamentable. (S. 14 marzo 1975.)

No puede aceptarse que sólo existe escándalo público “cuando haya existido publicidad y ofensa a la moralidad y honestidad colectiva, constituida por muchas personas, pues alcanza a su vez los actos de trascendencia grave en lo personal, que lesionen sólo el pudor de una o más personas determinadas, de manera intensa...”, como se deriva del párrafo 2.º del artículo 431”. (S. 21 enero 1975.)

No es necesario que tan torpes u obscenos actos sean representados en un a modo de escenario frente a multitudes o a vecindario, sino que la “o” que separa las palabras “escándalo” y “trascendencia” tiene un valor disyuntivo y no copulativo, que permite incluir en la definición legal no sólo los actos rodeados de publicidad o que han sido conocidos y trascendieron a terceros o a la sociedad en general, sino también a aquellos otros que, aun 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 de la decencia, recato y morigeración del común de las gentes. (S. 21 marzo 1975.)

La razón de la mayor penalidad en el artículo 431, párrafo 2.º, del Código, cuando de menores se trata, no es otra que la conmoción moral, el impacto psíquico que el hecho escandaloso produce a los afectados en pleno período de formación de su personalidad, que puede ser influido, nocivamente, en lo más íntimo y digno de la persona que es su esfera moral. (SS. 27 junio 1972, 11 mayo y 7 noviembre 1973, 3 octubre y 10 octubre 1974, 8 mayo 1975.)

Exhibicionismo sexual.

El exhibicionismo de las partes más íntimas del cuerpo humano, por un varón, a personas del sexo contrario, acompañado de masturbación u onanismo, realizado en lugar público, imponiéndoles la visión indecorosa, no deseada, ni permitida, con ofensa de su natural y personal pudor, representa una indudable infracción criminal grave, tipificada dentro del artículo 431 del Código penal, como escándalo público, porque atendiendo a las actuales normas socio-culturales de la convivencia humana y a su sistema ético, que impone guardar el recato debido y prohíbe tales ostentosas y desviadas manifestaciones sexuales, se lesiona los valores normativamente protegidos del pudor ajeno y de las buenas costumbres.

- tanto porque tales actos se proyecten o trasciendan al exterior de la comunidad en mayor o menor medida, por su publicidad, produciendo la ofensa de sus sentimientos de morigeración y decencia;
- como si actúan con grave trascendencia sobre una o varias, pero escasas personas, sin genérica expansión, si se trata de acto de importancia, que afecta a sus valores personalmente de manera

cierta. Así como el grave escándalo público exige número relevante de personas ofendidas en sus sentimientos, la trascendencia se remite a los efectos personales logrados con la conducta deshonesta sobre una o varias personas. (S. 21 enero 1975.)

La plaga de exhibicionismo sexual que viene padeciendo la sociedad de nuestros días, proyectado con harta frecuencia sobre menores de edad, impone al órgano jurisdiccional representante en este punto del ente social y de sus módulos valorativos atinentes a la moral sexual colectiva, la necesidad de que tales actos—cualquiera que sean las medidas terapéuticas que la clínica aconseje para corregir, en casos, tal desviacionismo lindante con lo patológico—, su corrección mediante la imposición de la pena, con todo su saludable y ancestral prestigio, singularmente cuando se trata de proteger a los miembros de la colectividad más inermes ante tales ataques al pudor individual y público, cual acontece con los menores de edad, necesitados cual ningún otro de que su recta formación moral y sexual no sufra menoscabo y deje, acaso, huella indeleble en los mismos. Estas razones, sin duda, han motivado la inclusión en el artículo 431 del Código penal, definidor del delito de escándalo público, a los menores de veintiún años, de uno y otro sexo, como sujeto pasivo especialmente amparado con un plus de penalidad. Todo lo cual ya postula por la estimación de dicho delito cuando además de la ofensa a la moral y buenas costumbres que como *standars* jurídicos se mencionan en el precepto, la conducta gravemente escandalosa—y no hay duda de que la hay en el hecho de exhibición sexual públicamente realizada— se proyecta sobre dichos menores de edad en atención a las razones indicadas.

«Los actos de impúdico exhibicionismo son constitutivos “per se” de gravedad por su trascendencia directa e inmediata sobre personas que tuvieron conocimiento de tan reprochables manifestaciones impúdicas, concurriendo los requisitos que correctamente tipifican la conducta del procesado como incurso en el ámbito del artículo 431». (S. 14 marzo 1975.)

Pornografía.

La literatura pornográfica, entendiéndola por tal la impudorosa, obscena y torpe tarea gráfica que trata de despertar artificialmente y de modo enfermizo, un erotismo exacerbado, estéril, malsano y nocivo, con la descripción, narración o exhibición descarnada, salaz y soez, aunque disfrazada de atractiva incitación, de escenas, muchas veces viciosas y aberrantes de particularidades anatómicas humanas de carácter íntimo y de relaciones sexuales entre personas de diverso o del mismo sexo, así como las estampas, dibujos, objetos, aparatos, revistas, películas o discos de igual significación, constituyen una nefanda, abismal y productiva actividad, destinada primordialmente a la inexperta juventud, a la que pervierten, corrompen y envilecen y en la que despiertan precoces y prematuras apetencias sexuales, halagando y provocando pasiones eróticas desbordadas y torpez e insaciables apetitos cuando no desviaciones imaginativas originadoras de impotencias psíquicas o de viciosas.

aberraciones, siendo de consecuencias nefastas y funestas para la misma a la que dañan no solamente, desde el punto de vista moral, sino físicamente merced a lo que este Tribunal ha llamado "codicia de los mercaderes de tal vil tráfico"; por tanto, si bien la tenencia de tales publicaciones, cuando persigue una finalidad coleccionista o de mero, aunque perjudicial y malsano, recreo o deleite contemplativo propio, se ha reputado, desde el punto de vista penal, conducta impune y atípica, este Tribunal ha estimado constitutivo del delito de escándalo público tanto la fabricación, confección y redacción de tales literaturas, revistas, estampas, objetos, fotografías o películas pornográficas, como su exhibición, comunicación y venta, y también la simple tenencia, conservación, depósito o almacenamiento con finalidad de ulterior exhibición, propagación, comunicación o venta; siendo de destacar a este último respecto no sólo el apartado quinto del artículo 2 de la Ley de 28 de noviembre de 1974, que modificó ciertos artículos de la también Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1971, pues al fin y al cabo sólo declara la peligrosidad de ciertos estados y no define delitos, sino las Sentencias de 3 octubre 1907, 19 mayo 1909, 24 septiembre 1914, 18 mayo 1928, 13 febrero 1953, 15 abril 1914 y 15 marzo 1969, entre otras muchas, las cuales, en diversas hipótesis fácticas deferidas por la praxis cotidiana, reputan unánimemente delito de escándalo público la simple tenencia de publicaciones, objetos o material pornográfico, cuando estaban destinados a su posterior venta, exhibición o comunicación "hasta causar el estrago consiguiente a la difusión de su impudicia". (S. 6 marzo 1975.)

Condena el T. S., en consecuencia, por cuanto el procesado, con fines de lucro, adquirió, en Italia, revistas, fotografías y películas pornográficas que introdujo en España, encontrándose en su poder material de la clase indicada, significando inequívocamente la frase subrayada que no tenía tales objetos en su poder para su reservada lectura solitaria y autárquica y contemplación propia, podría decirse con propiedad "a puerta cerrada", sino para posterior y lucrativa venta, conducta que, como se ha dicho, queda plenamente inmersa en el artículo 431, sin que importe si hubo o no publicidad de los actos integrantes, pues dichos actos son trascendentes y relevantes en sí, gravemente nocivos y peligrosos para la sociedad y atentatorios y ofensivos para la moralidad colectiva, mereciendo la indignada repulsa a que se hacen acreedores quienes se dedican a tan nefando tráfico. (S. 6 marzo 1975.)

El hecho probado de mostrar una fotografía, tal como se expresa a una niña de ocho años, es hecho especialmente escandaloso, y de gran trascendencia, al afectar a la forma psíquica y moral de la menor que contempla aberrante representación, como la del coito bucal, lo que, según doctrina de esta Sala, es de trascendencia grave, por herir los sentimientos de pudor de una persona de ocho, sensible a estos efectos, con el consiguiente impacto en el cuerpo social; alegación que es de recoger en todo su contenido, ya que los hechos sientan los requisitos que integran el delito citado: por su trascendencia como el recurso señala, afectando al sentimiento de moralidad de la sociedad; reuniendo

también los **elementos subjetivos** (ánimo lúbrico) y **objetivos** (delito formal y no de resultado) que configuran la infracción penal; pues, como se dice, ofendió gravemente y con trascendencia a la moral, por lo que no puede ser calificado de simple falta, como lo hace la Sentencia recurrida y por ello procede dar lugar al recurso, aplicando las sanciones del artículo 431, párrafo 2.º, del Código Penal, al ser la perjudicada menor de veintinueve años de edad (S. 27 febrero 1975).

La venta clandestina de las revistas que se citan, cualquiera que fuese su número, conteniendo fotografías notablemente eróticas, en las que se reproducen escenas sexuales realizadas en su mayoría contra natura, de onanismo, sadismo y lesbianismo, por sujetos de diferente y aun de idéntico sexo, y por tanto idóneas para ofender gravemente el pudor de las personas normales en las que tienen que suscitar en las mismas profundos sentimientos de escándalo y repugnancia y también para excitar indebidamente la lubricidad de las personas anormales, favoreciendo y estimulando su sexualidad desviada, transgrediendo en ambos supuestos la ordenación sexual constituida por normas de carácter no sólo legal, sino moral, cultural, religioso y consuetudinario que integran el concepto de pudor público y buenas costumbres, que es el bien jurídicamente protegido, al traficar clandestinamente con las mismas con conocimiento y conciencia de su obscenidad e impudicia, constituye indudablemente un delito de escándalo público tipificado en el artículo 431 del Código Penal, porque si bien la simple tenencia del material pornográfico no es punible mientras se mantenga dentro del ámbito de la intimidad privada, como sucede en este caso con las dos personas que últimamente las adquirieron del recurrente, su distribución o exhibición resulta delictiva no sólo porque con ello se consuma la concreta ofensa al pudor de la persona que la reciba o por lo menos se crea la posibilidad abstracta de que tal ofensa se produzca, que es lo que en realidad quiere prevenirse, sino también porque al salir de la esfera de custodia del vendedor o distribuidor se produce el peligro consistente en la posibilidad del conocimiento público del escrito o imagen obscena, bien por una ulterior difusión, que puede consistir en préstamos sucesivos a varias personas o en la exhibición en reuniones privadas, con lo que queda de un modo indeterminado a disposición de la sociedad, sin que sea legalmente estimable el argumento de que las personas que adquirieron del recurrente, tales revistas eran personas mayores de edad, con formación e instrucción, a quienes la exhibición de las mentadas revistas no podía causar grave perturbación ni ser causa de escándalo o de ofensa a su sentido del pudor, porque la apreciación no puede ser hecha desde un punto de vista personal más o menos amplio, sino que basta la abstracta posibilidad de que pueda resultar ofendido el sentimiento colectivo de pudor público (S. 20 marzo 1975).

Homosexualismo.

Condena el T. S. por escándalo público los actos de homosexualismo consentidos, intra-muros y entre menores de edad, y declara que, según ha declarado la Sala 2.ª [SS. 2 de febrero de 1971, 12 de febrero de

1972], los actos de homosexualismo no constituyen por sí mismos materia delictiva, sin perjuicio del estado peligroso que denoten, apto para atraer medidas de seguridad establecidas al efecto por la legislación patria, de modo que la tipificación de tales actos de pederastia en el artículo 431 del Código Penal exigen el grave escándalo o trascendencia a que disyuntivamente se refiere el precepto y que, a no dudarlo, incluye —desde el plano semántico valorativo con que el legislador emplea tales expresiones— ya al escándalo propiamente dicho o activo, que mira al daño y ruina moral del prójimo inherentes al hecho ofensivo, como al pasivo, que, en estado más avanzado, alcanza la efectiva decepción del daño moral ajeno por la difusión del hecho escandaloso o mortificante para las buenas costumbres, según criterios culturales de lugar y tiempo; por lo que el vicio nefando no traspasará la esfera ética si se realiza estrictamente en privado y sin posibilidad de herir los sentimientos de rectitud y ortodoxia sexual de la colectividad representada por mayor o menor número de personas; pero, por el contrario, alcanzará a entrar en la esfera delictiva si de algún modo trasciende o difunde a círculos concomitantes de personas, ofendiendo aquel sentido del pudor colectivo.

Por consiguiente, los hechos que se relatan en la sentencia recurrida no pueden por menos de constituir el delito de escándalo público previsto en el artículo 431 del Código Penal, una vez que se afirma como probado que el recurrente y sus otros dos co-reos se entregaron a las prácticas homosexuales que se detallan en el factum, hechos que se difundieron al círculo de sus conocidos, especialmente a raíz de surgir entre ellos desavenencias que dieron lugar a la intervención de la Guardia Civil y a su detención; pues es visto que el hecho enjuiciado es en sí mismo activa y operativamente escandaloso, todo lo que pueden ser las prácticas de inversión sexual en una sociedad sana que mayoritariamente las repudia, como, asimismo, concurre el aspecto pasivo o recepticio del escándalo con la trascendencia o difusión de tales hechos o personas ajenas a los mismos que, al sentirse heridas en su pudicia y repudiarlos, provocaron la detención de los autores de los mismos (S. 8 marzo 1975).

La Sala 2.^a del T. S. casa la sentencia de la Audiencia —condenatoria por delito— y condena por falta contra el orden público (art. 567, 3.^o) un supuesto de tocamientos homosexuales entre un hombre de cuarenta y cinco y un muchacho de quince años, al que aquél “tocaba y abrazaba”, siendo sorprendidos por la Guardia Civil, habida cuenta de que no existió publicidad coetánea, aunque los hechos supongan ofensa a las buenas costumbres; en cuanto a la trascendencia, es necesario una cierta publicidad..., que no hubo en este caso..., y, por último, no se concreta el lugar de los tocamientos para poder deducir la gravedad de los deseos lúbricos de que habla el hecho probado... (S. 11 marzo 1975).

En un supuesto en que el inculpado “se hizo masturbar” en cuatro ocasiones dentro de un mes, por tres menores (de doce, trece y catorce años cumplidos), aprecia delito de abusos deshonestos y un solo delito de escándalo público, pues esta Sala no puede abordar el problema de la compatibilidad del delito-tipo o del subtipo, contenidos respectivamente en los párrafos 1.^o y 2.^o de dicha norma, y que parece admitir la Sen-

tencia de 20 de octubre de 1970, porque no se recurre para que se acepte el delito de escándalo público del párrafo primero, y no puede formularse nuevas cuestiones en perjuicio del reo, de acuerdo a la posición tradicional y humanitaria de la Sala, y, por tanto, si los ofendidos fueron los muchachos indicados, y la actuación impúdica de masturbación la misma, realizada en fechas muy contiguas, la trascendencia que tal actuación les produjo, si bien pudo y debió haber sido calificada, como constitutiva del delito más grave de corrupción de menores antes indicado, con superior penalidad, ello no autoriza a entender presente un concurso de cuatro delitos de escándalo público, pues la trascendencia fue unitariamente realizada en lo subjetivo, y no puede descomponerse y fraccionarse el resultado, dada la naturaleza de permanencia de la acción misma, hasta el momento final de la antijuricidad, con la denuncia referida; por lo que en tal sentido ha de estimarse la sentencia ajustada a derecho, al sancionar un único delito de escándalo público, porque la trascendencia del escándalo se produjo en una sola dimensión subjetiva única al margen de su distinta y diversa dimensión objetiva (S. 7 febrero 1975).

Los factores decisivos a tener en cuenta a este respecto son:

- Identidad de sujetos activos y pasivos.
- Idéntico bien jurídico lesionado.
- Idéntico "modus operandi".
- Reiteración de idéntica trascendencia inmoral.
- Permanencia de la situación antijurídica creada (S. 7 febrero 1975).

Diferencias entre el delito de escándalo público (art. 431) y la falta contra el orden público (art. 567, 3.º).

Teniendo una misma naturaleza, se distinguen por la gravedad de la ofensa causada con el mal quehacer, apreciado a medio de un criterio relativo y cuantitativo, de valoración judicial; porque directamente el delito exige que la lesión a la moral o a las buenas costumbres sea "grave", mientras que el ataque a tales bienes jurídicos, o a la decencia pública, impuestos por la falta, ha de ser "leve"; a cuyo fin de actuarse axiológicamente, a medio de matizaciones socio-culturales, que tengan en estima la intensidad de la acción impúdica, su extensión, el impacto ocasionado y las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión, así como de las personalidades de los sujetos activos y pasivos, todo lo cual comporta el uso adecuado de módulos generales y personales, mudables, relativos y de caso concreto, para lograr atemperar siempre la norma jurídica grave o leve, a la norma de cultura que la integra o subyace en ella, a fin de preservar el decoro necesario para las buenas y adecuadas relaciones públicas (S. 21 enero 1975 y en idéntico sentido 30 enero 1975).

Acentúan la diferencia cualitativa existente entre el delito y la falta las SS. 21 diciembre 1901, 30 marzo 1909, 18 abril 1925, 27 febrero 1957, 13 febrero 1963, 17 mayo 1965, 12 marzo 1970, 20 diciembre 1972, 18 enero 1974 y 14 marzo 1975.

§ 17. Artículo 434, Estupro autoritario.

Aprecia la Sala 2.^a del T. S. estupro autoritario en un supuesto de hecho en que la estuprada era de condición honesta y diecisiete años de edad, condenando al sujeto activo, maestro de profesión, a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor y accesorias. Aplica la pena en grado máximo, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 484 y 452 por darse en el supuesto contemplado los requisitos de ser maestro el estuprador y abusar de su encargo educativo para delinquir, al estimarse como probada la relación educativa con la estuprada (S. 28 febrero 1975).

Honestidad.

En un supuesto en que el T. S. condena por estupro autoritario (maestro con alumna), declara que:

“... la doncellez se presume con presunción “*iuris tantum*” en una joven menor, de buenas costumbres y honesta, condiciones concurrentes todas ellas en la ofendida...”; pues la honestidad “no es inconciliable con que fuese seducida por el que debió ser su formador y se prevaleció de su función para corromperla llegando a inspirarle un apasionado amor disculpable en una adolescente deslumbrada por su seductor...”, “... Las buenas costumbres y la honestidad se pregonan como anteriores al estupro, no referibles a la situación anímica creada por la seducción en tal juvenil edad...” (La alumna había dirigido al maestro cartas en las que expresaba su deseo de tener un hijo con él) (S. 28 febrero 1975).

§ 18. Art. 436, párrafo 1.º, Estupro simple, común o de seducción.

Por vez primera, en lo que respecta a esta modalidad delictiva, la Sala 2.^a del T. S. declara que:

“... de “*lege ferenda*” y dada la preconizada igualdad absoluta de sexos, la creciente emancipación femenina y la progresiva educación sexual, la figura delictiva del estupro de seducción, plasmada en el párrafo primero del artículo 436 del Código penal, resulta anacrónica y un tanto superada y desfasada, así como necesitada de remodelación en virtud de la cual o desaparezca el tipo, o sea, al menos rebajada la edad de la estuprada a los dieciocho años, reformándose paralelamente la legislación civil, de modo que sean ampliados los casos permisivos de la investigación de la paternidad”, si bien, en tanto no se lleven a cabo esas reformas de “*lege data*”, esa figura subsiste sin modificación ni derogación, y en el supuesto planteado debe aplicarse (S. 25 abril 1975).

El bien jurídico protegido en este delito es “la honestidad y la disponibilidad libre por la mujer de su sexualidad” (S. 18 febrero 1975).

Elementos constitutivos del estupro simple son:

a) En primer término, que el sujeto pasivo sea una mujer de edad comprendida entre los dieciséis y los veintitrés años.

Como elemento normativo del tipo, la mujer debe ser de “condición

honestas”, “pues aún cuando no se precisa esta última exigencia normativamente, la virtuosidad y buena fama se requieren, en adecuada interpretación sistemática y finalista, referida a las demás formas de estupro, y ha de estimarse existente en tan incipiente mujer (diecisiete años), salvo declaración expresa en contrario, que la destruya...”.

b) En segundo, requiere un presupuesto fisiológico o real: que el sujeto activo sea un varón, que consiga de dicha mujer la entrega carnal o yacimiento sin el empleo de fuerza o violencia.

c) En tercero, como elemento psicológico o ideal, que “el agente utilice, como medio para conseguir dicho fin sexual, la seducción o el engaño, que sugestione idónea y eficazmente a la mujer, con solapada conducta y falaz promesa de cierta entidad, viciando su consentimiento y libertad moral y espiritual, por el error creado...”.

En síntesis, son elementos constitutivos del delito: la calidad fisiológica de hembra en el sujeto pasivo y de varón en el activo, la honestidad de la primera, el engaño del varón, el yacimiento, la relación causal, eficaz e idónea entre aquél [el engaño] y éste [el yacimiento], y el incumplimiento del matrimonio prometido (S. 18 febrero 1975).

Los elementos constitutivos del estupro simple son:

a) El sujeto pasivo: mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés años.

b) De condición honesta, es decir, “buenas costumbres, fama y reputación, conserve o no el signo físico de su integridad nativa”.

c) Yacimiento o acceso carnal con el seductor: *coniunctio membrorum*..

d) Engaño, del cual pueden darse muchas formas, entre ellas:

— En primer término, la ordinaria, constituida: por la promesa seria y creíble de contraer matrimonio, o por las relaciones de noviazgo formales, públicas y persistentes, conocidas y aprobadas por las familias respectivas.

e) El engaño debe ser el causante de la entrega de la mujer, de tal modo que tal entrega no sea absolutamente voluntaria y espontánea..., sino que “el consentimiento o la voluntad anente de la mujer se hallen influidos o viciados por el engaño..., porque no se apercebe de la perfidia del hombre y cree firmemente en el fiel cumplimiento de sus falaces promesas” (SS. 13 y 31 mayo 1974, 25 abril 1975).

Engaño.

El engaño o la seducción ha de ser la causa determinante del viciamiento de la voluntad de la mujer honesta y del yacimiento otorgado (S. 18 febrero 1975).

Entre las formas que reviste el engaño, el que “tradicionalmente se usa por el varón con más frecuente... es la promesa de matrimonio, más o menos reiterada, dentro de las relaciones serias de noviazgo —con consentimiento de los parientes y manifestación ostensible ante la sociedad—” (S. 18 febrero 1975).

Se da el engaño, cuando la promesa “aparece luego incumplida, sin razón o causa atendible y justificada por el promitente, lo que pone de

relieve a posteriori que se valió de ella para sus fines sexuales..." (S. 18 febrero 1975).

En un supuesto de hecho, en que la ofendida tenía dieciocho años de edad, entablando relaciones amorosas con el recurrente al mes de conocerse, y cohabitando después, bajo previa promesa de matrimonio, el T. S. aprecia estupro simple y declara que:

"... El elemento esencial que lo caracteriza y constituye el dolo específico es el engaño, por medio del cual se consigue que la mujer seducida por aquel engaño... acceda al acceso carnal..." (S. 21 marzo 1975)..

Entre las distintas modalidades del engaño, "la más corriente es la promesa matrimonial, que con su persistencia y apariencia de formalidad hace imaginar a la mujer que sólo hace un anticipo carnal al que va a ser su esposo...".

Dicha promesa suele ser expresa: "con palabras de presente, que la hacen verosímil y más aún cuando se conjuntan con el modo de proceder de la pareja, que se presenta públicamente como tales novios con propósitos matrimoniales, que conocen sus amistades y parientes..."; y también tácita: "... no excluye el ofrecimiento matrimonial tácito el poco tiempo de relaciones amorosas que llevaban los novios, pues lo sustancial para estimarlo es su conocimiento por los demás, su publicidad y la seriedad de las mismas que les dan visos de buenos propósitos finalistas" (S. 21 marzo 1975).

Existe el delito de estupro cuando "la duración de las relaciones, sin ser largas y prolongadas, dentro de las condiciones de libertad en que hoy se desarrollan los noviazgos, eran lo suficientemente continuadas y persistentes para producir la aproximación o acercamiento espiritual y corporal y la mutua confianza y estimación que facilitan la comisión del delito..., máxime si se alude después a "la prolongación de las relaciones después del coito y a la adquisición común de alianzas matrimoniales y mobiliario; lo cual, aún sucedido a posteriori, revela inequívocamente que la conducta del recurrente permitía fundadamente creer en la honradez y seriedad de sus ofrecimientos, así como en la posibilidad de cumplimiento y en la verosimilitud de los mismos..." (S. 25-abril 1975).

§ 19. Artículo 437, Estupro laboral.

Condena el T. S. a seis meses de arresto mayor y las accesorias correspondientes a un encargado o capataz de cuadrilla de vendimiadores de la que formaba parte la estuprada, una joven de veintidós años, de buena conducta, indiscutible honestidad y en apurada situación económica, con la que, bajo amenaza de expulsarla y prescindir de sus servicios, logró yacer. La joven se suicidó a los dos meses del hecho.

Considera la Sala 2.^a que "el artículo 437 es un subtipo penal dentro del estupro denominado por la doctrina autoritario o de prevalimiento", y viene caracterizado por los siguientes elementos:

— En primer término, "la existencia entre sujeto activo y pasivo, mujer menor de veintitrés años y de acreditada honestidad, de una rela-

ción de dependencia jerárquica laboral y económica, de la que se prevale y abusa el autor para vencer la voluntad contraria de la víctima”, que accede a su proposición “... ante el temor de perder su empleo u ocupación...”.

— En segundo, “... esta posición se personaliza por el precepto en las figuras de jefe o patrono, que, según la jurisprudencia, son interpretadas extensivamente, en base a que “entre ambas fluye intensamente la intención de la ley de no atenerse estrictamente a la relación de patronazgo, sino de extenderla al amparo de la palabra jefe a todo aquel hombre que tenga a la víctima bajo su dependencia o disciplina y, por ello, se halle en situación de autoridad y superioridad sobre ella” (SS. 10 junio 1969, 22 enero, 2 febrero y 30 septiembre 1970, 18 abril 1975).

Por consiguiente, aunque, en el caso debatido, “el sujeto activo no era patrono, sí tenía la condición de capataz, que debe estimarse comprendida bajo la cualificación de jefe, en cuanto, como tal, venía encargado del gobierno, dirección, vigilancia y disciplina de un cierto número de obreros, como delegado o representante laboral del patrono, general y consuetudinariamente con poder para reclutar y despedir al personal temporero a sus órdenes...”.

Ello, no obstante, aclara el T. S., si se hubiese calificado el supuesto por la Audiencia como estupro de prevalimiento de la situación de angustiosa necesidad de la perjudicada (párrafo 2.º, del artículo 436), “no sería preciso acreditar la situación de subordinación laboral...” (S. 18 abril 1975).

§ 20. Artículo 440, Rapto violento o propio.

Condena el T. S. por el delito previsto en el artículo 440 del C. p., en base a considerar que:

En lo que respecta al bien jurídico protegido, “el delito de rapto violento del artículo 440 del Código penal, no definido legalmente, aunque sí descrito como el rapto de una mujer ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, lesiona indudablemente, en primer lugar, la libertad personal de deambulación o traslado libre, como derecho de la personalidad inmanente de la mujer, que es el bien jurídico conculcado primordialmente, frente al uso de la fuerza o intimidación que suplanta o anula la voluntad de tal sujeto pasivo; aunque también más lejanamente se tutele la honestidad de la hembra, contra la mera intención, o los hechos ulteriores, de signo sexual, que gobiernan finalísticamente la conducta “libidinis causa” del agente, llegando su compleja naturaleza también a amparar el ultraje inferido a la familia de la víctima, especialmente si es menor de edad y existe un derecho-deber de guarda o tutela que se quebranta” (S. 24 marzo 1975).

Elementos constitutivos del rapto propio o de fuerza:

a) La sustracción de una mujer del lugar donde se halle o a donde quiere ir, trasladándola a otro —admonitio de loco ad locum—, conculcando su libertad personal deambulatoria y hallándose sexualmente me- nos protegida, no teniendo importancia el tiempo que pueda durar la sus-

tracción, que puede ser incluso corto; y aunque no se hubieren apercibido de ello, en su caso, los familiares guardadores, de ser la mujer menor, en mera "abductio" o apartamiento del hogar.

b) Que tal sustracción se realice contra la voluntad de la ofendida, mediante violencia, coacción o imposición que supere la opuesta voluntad de la ofendida, hembra, en disenso real, y no meramente formal o aparente, que debe ponderarse circunstancial y casuísticamente.

c) Que el sujeto activo actúe teniendo miras deshonestas, al realizar tal sustracción, bien de yacimiento, o bien de efectuar actos lúbricos de cualquier condición, y consiga o no realizarlos; pues en el supuesto que se consiga violación, estupro o abusos deshonestos, según el último párrafo de dicha norma, se producirá un concurso ideal de delitos de medio a fin, penados conforme al artículo 71 del propio cuerpo legal, ya que el acceso carnal o las acciones libidinosas de otro carácter, no son precisas para la consumación, al bastar la mera intención finalista de las ideales "miras deshonestas". Por lo que se aprecian, además cuatro delitos de estupro del artículo 436, párrafo 3.º, del Código penal. (S. 24 marzo 1975.)

§ 21. Artículo 449, Adulterio.

El delito de adulterio, tipificado en el artículo 449 del Código penal, es delito de resultado y no de mera tendencia, porque exige como elemento constitutivo, el yacimiento de mujer casada con hombre que no sea su esposo, estando vigente el ligamen matrimonial; porque tal uso extramatrimonial destruye el deber de fidelidad conyugal, que al casarse se concertó, ofendiendo con tal acción la fe jurada, el derecho del marido a la exclusividad corporal de su consorte sexualmente, y acaso a la misma legitimidad de la familia. (S. 28 febrero 1975.)

"Hablar de vida marital lleva implícito el uso del matrimonio y por consiguiente la realización de actos sexuales propios de marido y mujer, es decir, el yacimiento carnal; dándose así los elementos propios de la figura de adulterio, según la doctrina de esta Sala, al concurrir todos los elementos de tal delito: relaciones ilícitas, conocimiento del varón de la condición de casada de la mujer, y el yacimiento carnal de éste con aquél". (S. 4 abril 1975.)

Los Tribunales penales pueden llegar a determinar la presencia de ese indispensable trato o unión carnal sexual entre la mujer casada y el varón que no es su esposo, determinando su existencia de una manera directa, porque tal sea su convicción psicológica fáctica, sin necesidad de determinar por qué medios justificativos han llegado a tal creencia, al estarle atribuida la soberana interpretación de las pruebas en conciencia; o también pueden adoptar, si son más escrupulosos, el sistema descriptivo de situaciones externas, o de medios indirectos conocidos, que, al margen de la sorpresa "in actu", revelan un trato continuado, intimidad, entrevistas en lugares solitarios, o medios análogos, de cuyo conjunto de externas actividades conocidas deduzcan, sin ninguna incertidumbre, de manera racional y exacta, en adecuada lógica, y experiencia práctica no-

ral, lo que se guarda en la intimidad, y no es susceptible de una demostración directa, por tratarse de actos íntimos celosamente ocultados, es decir, el contacto carnal íntimo, la cohabitación, la vida marital o la unión ilícita carnal, sin que puedan confundirse en esta última las conjeturas o suposiciones meramente hipotéticas, con aquellas deducciones perfectamente equilibradas y racionales, que desde los actos conocidos, lleguen a la precisión indudable de los desconocidos, por su carácter reservado u oculto. (S. 28 febrero 1975.)

§ 22. Artículo 450, **Perdón del cónyuge agraviado (en adulterio y amancebamiento)**.

El artículo 450 del Código penal, aplicable por su texto al **adulterio de mujer casada y por extensión del artículo 452 al adulterio de marido con manceba**, exige determinados requisitos, algunos de los cuales afectan a la procedibilidad: **necesidad de querrela del cónyuge agraviado**; otros al sujeto del delito, pues se exige que la querrela se dirija contra ambos culpables; y otros de carácter negativo o prohibitivo: **siempre que el cónyuge agraviado no hubiera consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de los adúlteros**, pues en este caso y automáticamente, el perdón se extiende al otro, extinguiendo la responsabilidad penal de ambos por imperio del artículo 112, núm. 5, del Código penal. (S. 15 marzo 1975.)

Consentimiento tácito.

En relación con el consentimiento del adulterio, el T. S. distingue entre: el **consentimiento expreso**, manifiesto o ex profeso para el adulterio, que rara vez se observa en la vida cotidiana, y el **consentimiento tácito o presunto**, para las relaciones adulterinas; estableciendo en reiteradas sentencias que forman cuerpo de doctrina que el mismo se integra por el **aquietamiento y la conformidad ante el delito**, manifestada por una **absoluta pasividad del cónyuge inocente sin reacciones judiciales ni extra-judiciales contra la situación delictiva y el lapso de un tiempo suficientemente extenso para estimar que se tenía consentida la anormal situación de su cónyuge**.

Ad exemplum, se ha estimado por la Sala 2.^a que el transcurso de **doce años sin aquella abierta y manifiesta repulsa a la situación anormal del cónyuge equivale al consentimiento tácito**, y, por tanto, si concurren más años o, como alguna sentencia dice, **décadas de años**. (SS. 27 febrero y 26 abril 1956, 22 mayo 1969, 13 octubre 1972, 12 enero 1973 y 15 marzo 1975.)

Este lapso de tiempo —cerca de **catorce años** desde que la querellante “adquirió certeza de las relaciones ilícitas de su marido” hasta que presentó la querrela—, con **absoluta pasividad respecto a tales relaciones**, determinan que se considere su **aquietamiento como un consentimiento tácito**, que la impide, conforme al artículo 450, deducir con éxito la querrela por adulterio. (S. 15 marzo 1975.)

§ 23. Artículo 452, Amancebamiento.

Considera el T. S. que “si no hubo lugar de convivencia mutua y no se hacía vida marital común, será cosa reprochable, pero no infiere a la mujer la cualidad de manceba, según el contenido de la Sentencia 8 junio 1917, que exige trato con el varón como marido”: “Manceba, a los efectos del artículo 452 discutido aquí, es la mujer no legítima, que sostiene trato carnal asiduo y duradero con varón que no es su marido, y así consta en la Sentencia 16 febrero 1912, entre otras muchas, por lo cual, lo que hay que examinar es si el trato carnal citado fue asiduo y duradero, cosa que en este caso existe; y si existió la notoriedad requerida, porque amancebamiento es concubinato en casa conyugal o fuera de ella notoriamente. [S. 26 enero 1954] y en el caso de autos se da este último supuesto, que sólo precisa el ser un hecho ostensible, como aclara la Sentencia 11 abril 1946”. (S. 17 marzo 1975.)

Es menester distinguir, a efectos del artículo 452, entre “el amancebamiento, y el concubinato, pues de lo que aquí se trata es solamente del primero: la estancia de una mujer extraña a la propia (que admite una manceba), y que este detalle sea conocido como ocurre en el supuesto que se juzga, porque el precepto sustantivo penal que se aplica no exige la necesidad de hacer vida en común el hombre y la mujer, y siempre en un mismo lugar, para que se confundan los interesados con un matrimonio ordinario, sino solamente que se den los supuestos de una unión carnal en plan de mancebía, sostenida con carácter de continuidad, y que ella sea conocida con notoriedad”. (S. 17 marzo 1975.)

El requisito de la “notoriedad” en el delito de amancebamiento.

El delito de amancebamiento del artículo 452 del Código penal, cuando se cometa por el esposo teniendo manceba con notoriedad fuera de casa conyugal, ha venido siendo interpretado por la Sala 2.^a en el sentido de que la situación irregular sea pública y sabida por la sociedad, al menos en el círculo de personas que conozcan a los esposos; o la situación de ilegitimidad de la unión, con rechace por su moral colectiva, según apreciación axiológica judicial de caso concreto; pues en el supuesto de que la relación sexual ilegítima resulte oculta o desconocida del círculo social que estiman a la pareja como esposos, dada su aparente y ordenada conducta, falta la ofensa a la mujer legítima conocida comunitariamente, y el hecho aparece como penalmente atípico; por lo que es enteramente necesario que en los hechos probados de la sentencia penal no se empleen expresiones de dudosa significación, o ambivalente sentido, para fijar tales decisivos datos, pues si se habla de “vida marital” sin mayores concreciones, diciendo es pública y notoria, puede tomarse en el doble sentido anteriormente expuesto, de vida marital debida al matrimonio o al mero ejercicio de una sexualidad de la pareja, sin ligamen contractual, y de conocerse la ilegalidad de la situación constituye delito, y en otro supuesto, encajar en la atipicidad de la conducta.

Para cometerse tal delito no basta la concurrencia objetiva de la mancebía, ni el desprecio de los vínculos legítimos del matrimonio, con la esposa burlada, sino que es preciso que la unión en mancebía sea notoria al exterior y repugne la ofensa a la mujer legítima, en el círculo de amistades del matrimonio, o donde aquéllos moren. De ahí que ha de concentrarse de manera directa tan esencial extremo, máxime cuando no se dice dónde habita la mujer, y existía el domicilio conyugal, y dónde fueron públicas las relaciones anormales, si en el lugar en que tal domicilio se hallaba sito y en dicho círculo de amistades de los esposos, o si además en los lugares de ejercitarse la mancebía, conociendo en este caso su condición, y no estimándose que la irregular pareja fueren casados, con la afectación de los valores éticos sociales, por lo que en tal sentido debe despejarse la duda creada por la sentencia con su ambivalente relato fáctico, que debe aclarar tales dudas irresolubles para, por derivación, conocer si existió o no el delito de amancebamiento, pues el Considerando primero de la sentencia no resuelve tal duda. (S. 7 marzo 1975.)

§ 24. Artículo 500, Robo.

La consumación en el delito de robo la determina el verbo típico “apoderar” del artículo 500 del Código penal, lo que es más que la mera aprehensión material de la cosa —“contrectatio”—, y menos que la consecución de la apropiación real y definitiva con obtención de provecho —“illatio”—, bastando según conocida doctrina de la Sala 2.^a, la “aprehensión”, con desposesión de la “res furtiva” del dueño, y correlativa posesión adquisitiva del delincuente, determinada por disponibilidad mínima o al menos potencial del efecto, por fugaz que esa o pueda ser, quedando los objetos fuera del definitivo control del propietario y bajo el total control del sujeto activo. (S. 8 marzo 1975.)

§ 25. Artículo 516: 2.º, Hurto doméstico.

El hurto simple o común, tipificado en el número primero del artículo 514 del Código penal, viene específicamente agravado en su penalidad si el culpable fuere doméstico, conforme al texto punitivo del número 2.º del artículo 516. Se entiende concurre dicha calidad o condición necesaria para cualificar el hurto, si éste se comete por “cualquier persona que preste sus servicios en lo que constituye y es hogar o casa habitación del perjudicado, sin entrar en juego la clase de trabajo que se desempeñe o el sitio concreto donde se efectúa la sustracción, siempre que pertenezca a lugar o recinto comprendido dentro del domicilio; dado que la razón de ser de la circunstancia expresada viene determinada por la naturaleza del servicio prestado que ordinariamente proporciona acceso a todas las dependencias de la casa habitada, permitiendo al culpable prevalerse de la ocasión más propicia para sustraer cosas u efectos que se encuentran a su alcance, con indudable facilidad para su comisión, mayor impunidad para su posible ocultación y en todo

caso quebranto de la lealtad debida al ofendido, pudiendo considerarse en términos generales y corrientes como hurto doméstico: “toda sustracción fraudulenta verificada por dependiente o criado durante su permanencia en la casa en la que se encuentra y en la que presta su trabajo o servicio, de cosas muebles existentes en la misma”. (S. 11 marzo 1975.)

§ 26. Artículo 516: 2.º, Hurto con abuso de confianza.

Para la aplicación de tal norma no es necesaria la demostración de la existencia de una especial relación de confianza entre autor y víctima, que resulta irrelevante para la apreciación de la agravante, cuando haya existido un aprovechamiento de la situación de hospitalidad por aquél, que le ha permitido ejecutar más fácilmente el hecho punible. [SS. 6 febrero 1951, 15 diciembre 1967, 15 noviembre 1968 y 24 octubre 1969, entre otras]. (S. 11 febrero 1975.)

§ 27. Artículo 522, Quiebra fraudulenta (complicidad en relación con el artículo 520).

En materia de insolvencia punible, en especial de la quiebra, el entrecruce de legislaciones que en la misma se produce, la antigua data de las que rigen el aspecto mercantil de la falencia, el reenvío que el Código penal hace al de Comercio no sólo para llenar los tipos penales en blanco, sino para permitir, en auténtica “dejación de soberanía”, que este último modele los casos de complicidad de la quiebra con grave quebranto de la técnica jurídico-penal, puesto que el artículo 893 del Código mercantil considera como complicidad casos de verdadera coautoría, cuando no de favorecimiento y mero encubrimiento, todo ello contribuye a dotar a esta materia, en especial en tema de coparticipación, de una nota de confuso arcaísmo que la doctrina concertada de las Salas Primera y Segunda del T. S. ha tratado de paliar, señalando en verdadera labor de *finium regundorum* los límites de una y otra jurisdicción, el verdadero alcance que para la criminal tiene la declaración civil de la quiebra no menos que su calificación en ese ámbito, con las repercusiones que ello comporta en el orden procesal (presupuesto procesal de perseguibilidad) y en el sustantivo (condición objetiva de punibilidad).

“La labor depuradora de la Sala 2.ª se ha hecho notar también en el aludido tema de la participación [S. 19 enero 1974], de suerte que el reenvío que el artículo 522 del Código penal hace al artículo 893 del Código de Comercio para señalar los supuestos de complicidad no debe ser considerado excluyente de las normas comunes, sino complementario de las mismas, esto es, como casos de complicidad específica. De suerte que si se dan casos de auxilio en la acción de bancarrota del quebrado que no tienen encaje en dicho artículo 893, ello no quiere decir que deban quedar impunes, sino que entonces deberán retornar las normas comunes previstas en los artículos 14 y 16 del del Código penal.

para señalar si tal cooperación confabuladora con el quebrado merece el rango de coautoría o de mera complicidad, con lo que bien se advierte que estamos ante un supuesto de concurso de normas en que la especial prevalece sobre la general, pero en que, desaparecida la primera, entra en funciones la segunda". (S. 23 enero 1975.)

§ 28 Artículo 529, Estafa.

La estafa criminal, en fórmula compendiosa, exige el uso de un engaño, de cualquier condición, que alcanza lucro antijurídico, en perjuicio ajeno; y representa, más ampliamente y en el mejor concepto doctrinal, la conducta engañosa, ejecutada con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en otra u otras personas, les induce a realizar un acto de disposición, a consecuencia del cual se genere un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero. Por lo que tal delito acogido en el artículo 529 y siguientes del Código penal, requiere para generarse, como requisitos integrantes:

- a) El engaño o maquinación dolosa, originadora de la culpabilidad.
- b) El ánimo de lucro, o de enriquecimiento injusto, como elemento subjetivo del injusto, perteneciente al ámbito de la antijuricidad.
- c) El daño o perjuicio económico, que actúa como presupuesto objetivo.
- d) La relación o lazo causal, entre el ardid primario, que determinando la equivocación vicia el consentimiento y el desplazamiento patrimonial defraudatorio. (S. 14 marzo 1975.)

Engaño.

El presupuesto ideal o psicológico del engaño, alma de la estafa, y consistente en cualquier falta de verdad, debida a simulación, entre lo que se piensa o dice, o se hace creer, provocando una inadecuación frente a la realidad, persuadiendo, instigando o induciendo al agente, al sujeto pasivo, y logrando viciar su consentimiento perjudicialmente, ha de ser idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genere el fraude; manifestando, por lo tanto, potencia causativa suficiente para alcanzar el perjuicio patrimonial buscado; porque tiene que ser la razón única del perjuicio logrado, enlazándose así, inexorablemente, por lazo de causalidad, el engaño con el perjuicio, y debiendo de ser aquel antecedente, por su prioridad cronológica, de éste, de manera que representen respectivamente un "prius" y un "posterius". (S. 14 marzo 1975.)

El engaño, elemento esencial del delito de estafa, opera con mayor efectividad si se apoya en fragmentos de realidad que luego se tergiversan poniéndolos al servicio de la idea defraudatoria, de tal modo que la futura víctima de la maquinación engañosa es persuadida más eficazmente para el acto dispositivo que pretende el sujeto activo del delito al captar tan sólo aquella parte de verdad que le es ofrecida, pero desconociendo la parte decisiva, omitida cuidadosamente por quien se ampara en la contratación civil o mercantil ocultando su verdadera

solvencia y su imposibilidad de llevar a cumplimiento la prestación ofrecida por su parte [S. 18 abril 1964]. Este *modus operandi* de la estafa alcanza perfecta virtualidad en la actual *praxis* bancaria, en la que los créditos solicitados a los Bancos, de corto vencimiento y documentados mediante letras de cambio, son respaldados por declaraciones de bienes, inventarios o balances de situación que en buena parte quedan librados a la buena fe del solicitante del crédito, sin perjuicio de los peculiares canales de información de la empresa bancaria. Por lo que, si en tales relaciones patrimoniales se incluyen bienes inexistentes o que ya no se tienen en el momento de la solicitud del préstamo o que están bajo la acción ejecutiva de otros acreedores es evidente que, pese a la apariencia de verdad o, por mejor decir, de una parte de la misma, se finge algo que no se tiene, con potencia causativa para mover la voluntad de la entidad bancaria para la concesión del ansiado crédito, con lo que así se dan todos los requisitos del delito de estafa: engaño, error en el sujeto pasivo, acto de disposición patrimonial, perjuicio y relación causal entre aquel elemento psicológico y este resultado material y objetivo, tal como ya ha declarado esta Sala en caso análogo. (SS. 25 septiembre 1970 y 22 enero 1975.)

Tampoco puede traerse a colación en este caso la antigua S. 25 junio 1892, pues en esta resolución se aludía a la obtención del préstamo “bajo la simple afirmación de ser propietario (el prestatario) de bienes inmuebles”, cuya generalidad no puede parangonarse con la relación escrita de bienes concretos y determinados ofrecidos como base y respaldo de un crédito personal real, que hubo de obrar con mucha mayor virtualidad y eficacia para mover la voluntad de la entidad bancaria acreedora que, por otra parte, no hizo sino ajustarse a los usos (usos) y prácticas mercantiles de nuestros días. (S. 22 enero 1975.)

Uno de los medios del engaño precisado en el delito genérico de estafa contenido en el artículo 529, núm. 1.º, del Código penal, es el de apariencia de bienes, que tanto supone, por lo general, como hacer creer positivamente, o por falta de declaración, del estudio de insolvencia que se padece, que el agente tiene medios o bienes matriales, de cualquier clase, que supongan un patrimonio económico valorable, y de los que en realidad se carece, produciéndose con esta equívoca y ostentosa posesión, la inducción en el ánimo del sujeto pasivo, que le hace concluir un negocio jurídico, con transmisión por éste de algún bien, del que se ve desposeído por el engaño sufrido, sin que reciba a cambio la falaz contraprestación prometida, y siendo, por lo tanto, objeto de defraudación; debiéndose de admitir una gama muy amplia de actos de apariencia de bienes, de acuerdo siempre con la “*praxis*” o realidad común, y al ingenio humano tan variado, dentro siempre del principio, si se trata de ámbito mercantil, de la “verdad sabida, buena fe guardada”, con su seriedad y honestidad de formas y acciones; por lo que caben tanto las declaraciones de bienes falsas, como la omisiva reserva del estado de insolvencia que se padece, y que, de ser expuesta, impediría el negocio jurídico celebrado, pues no contaría con un insolvente, por el

riesgo indudable de imposible cumplimiento de su falaz prestación. (S. 27 enero 1975.)

Ilícitud civil y penal.

Si bien el fraude no es incompatible con los negocios civiles o mercantiles, ello no quiere significar que todo incumplimiento o cumplimiento irregular de obligaciones pactadas, cuando entrañe un perjuicio, suponga la comisión de un delito de estafa, puesto que es preciso distinguir entre la estafa contractualmente amparada y buscada, con dolo causante y con perjuicio puesto de manifiesto en el incumplimiento de la falaz contraprestación prometida, y el negocio jurídico bilateral seriamente concertado, que con dolo posterior, no se cumple por una de las partes, luego del desplazamiento patrimonial, a su favor logrado; pues mientras aquélla entra en el campo penal, este último, pertenece, en su delimitación y efectos, al ámbito civil.

La línea diferencial entre ambas figuras la ha determinado la doctrina de esta Sala, atendiendo al momento del engaño y a su eficacia dentro del contrato, pues si éste es buscado, en su perfección negocial, con "dolo antecedente", inicial o "in contrahendo", como medio en que se alberguen las maniobras engañosas del deseado y logrado desplazamiento patrimonial, sin contraprestación entonces ya deseada y prevista para el futuro, que se proclama banalmente, se estará ante la estafa criminal; pero, si celebrado el contrato seriamente y sin simulación artificiosa alguna, no se cumplimenta la prestación realmente prometida por una de las partes, por "dolo subsequens" o posterior, cuando deba consumarse aquélla, operando ésta maliciosa y sobrevenida ineffectividad, en el proceso de ejecución del contrato antecedente, se producirá un mero incumplimiento de prestación, que únicamente tiene valoración civil y que ante la jurisdicción privada debe ventilarse, porque el perjuicio no tuvo su causa en el engaño previo, sino que fue precisamente anterior al "dolo in solutum"; por lo que no cabe apreciar delito de estafa. (S. 14 marzo 1975.)

Artículo 532: 2.º.

El artículo 532, núm. 2, del Código penal, regula aquella modalidad de estafa, por virtud de la cual se perjudica a otro mediante el otorgamiento de un contrato simulado. La doctrina constante de esta Sala, considera que tal figura penal aparece en el campo del Derecho, cuando existe fingimiento de contrato, o declaración aparente contractual, con ausencia de causa, o móviles concretos e individuales del mismo, con el propósito o intención de perjudicar, aunque este perjuicio se concrete posteriormente, consumándose el delito cuando se otorga el contrato ficticio o simulado, con independencia de que la lesión económica llegue o no a producirse, que el contrato simulado sea o no eficaz para transmitir el dominio y de que la acción civil que los perjudicados por la simulación sea o no viable porque el éxito de las pretensiones civiles.

no sirve para despojar al acto criminal de sus requisitos esenciales. [SS. 20 junio 1959, 7 noviembre 1959, 25 marzo y 18 octubre 1972, 24 enero 1973 y 4 abril 1974]. Por consiguiente, se aprecia delito de estafa prevista en el artículo 532: 2, "al existir contrato de venta de dos fincas rústicas con carácter fingido, simulado o sin causa". (S. 22 enero 1975.)

§ 29. Artículo 535, Apropriación indebida.

"El delito de apropiación indebida se da cuando el sujeto agente intravierte o convierte arbitrariamente y por propia autoridad la posesión de dinero, efectos o cosas muebles que ostenta legítimamente y en virtud de un título válido que produzca obligación de entregarlos o devolverlos en propiedad ilícita o antijurídica con ánimo de disponer de la cosa definitivamente para sí en concepto de dueño y lucrarse de ella; propósito que en aquellos casos en que no aparezca determinado expresamente todavía puede ser deducido de conductas y manifestaciones externas unívocas o inequívocas realizadas por el mismo como dueño, dando a la cosa o dinero apropiado un destino o dedicación que resulte incompatible con el título por el que se posee o ejecutando actos concretos que demuestren la intención de dar a la cosa un destino diverso al señalado en dicho título, que sólo corresponde efectuar al propietario y que por ello revelan una clara intención de adueñamiento" (S. 28 febrero 1975).

La esencia u objetividad jurídica del delito de apropiación indebida se halla, en definitiva, en el incumplimiento por parte del sujeto activo del delito de su obligación jurídica de restituir, entregar o devolver la cosa o dar a ésta el fin o uso convenido y que es correlativa al derecho a la restitución que compete al sujeto pasivo (activo de tal obligación), generalmente el tradens, que le faculta para exigir del obligado la ejecución de la misma, consistente en que el bien mueble le sea devuelto o que se dé al mismo el uso convenido, derecho que es el bien jurídico protegido y que se fundamenta en los diversos títulos o relaciones jurídicas que justifican la tenencia de las cosas muebles objeto de la relación, sin transferir su dominio, como son, por ejemplo, la comisión, el mandato o el contrato de obra con suministro de materiales, que resultan incumplidos o quebrantados con la intraversión realizada por propia autoridad del obligado a su restitución y con la que trata de convertir su posesión lícita en propiedad antijurídica que es lo que en realidad viene a significarse con la rúbrica o "nomen iuris" de dicho delito.

Por lo que, en aquellos casos, en los que no existe tal incumplimiento arbitrario o no puede ser esabecido claramente, como sucede en el de autos, en el que el inculpado que había recibido el encargo y el género, en cantidad indeterminada, pero suficiente para confeccionar un número de blusas o camisas que podría variar entre dieciocho y veinte mil, confeccionó y entregó, efectivamente, diecinueve mil de ellas, como consta en los hechos probados, con lo que cumplió tal obligación, dentro de los límites convencionalmente fijados, sin que

el aprovechamiento de algunos retales sobrantes del corte de las mismas, que consuetudinariamente son tirados o abandonados como desperdicios sin valor económico alguno, ya que en este caso fueron aprovechados por el inculpado en unión de otros, pertenecientes a diversos clientes, para confeccionar alguna blusa, con el fin de no tener parados a sus obreros, pueda tener entidad suficiente para dar vida a dicho delito, por no tratarse en realidad de una apropiación, sino de "un *ius usus innocui*", que en todo caso excluiría el ánimo de lucro ilícito del agente y con ello su culpabilidad (S. 21 marzo 1975).

Elementos del delito:

1.º En cuanto al objeto, que se trate de dinero, efectos o cualquiera otra clase de cosa mueble.

2.º En cuanto al título, que la posesión de los objetos mencionados se reciba a virtud de depósito, comisión, administración, comodato, arrendamiento de obras o de servicios, o cualquier otro que transmita legítimamente la posesión referida, pero que no atribuya el dominio o la propiedad de dichas cosas.

3.º En cuanto a la dinámica comisiva que el agente receptor de los referidos objetos, aprovechando las facilidades que la tenencia o contacto físico e inmediato, con ello le proporcionan, convierta, transforme o transmute la posesión legítimamente adquirida en propiedad antijurídica, o al menos que asuma facultades de disposición que sólo al dueño competen, incorporando las cosas a su patrimonio, disponiendo de ellas en provecho propio, distrayéndolas de su pactado o natural destino o negando haberlas recibido.

4.º Perjuicio patrimonial para el depositante, comitente, mandante, comodante, arrendador o "dominus" en general o para un tercero.

5.º Animo de lucro, entendiéndose por tal el deseo o el propósito de obtener cualquier clase de provecho, beneficio, acrecentamiento patrimonial, enriquecimiento, ventaja o utilidad, aunque fueren meramente contemplativos o de ulterior liberalidad o beneficencia (SS. 25 febrero, 25 marzo y 19 diciembre 1974, y 6 febrero, 28 febrero y 12 marzo 1975).

Sin liquidación previa de cuentas, no ha podido fijarse la cuantía exacta de lo apropiado o sustraído; sin ella, no hay todavía ni acreedor ni deudor, ni deuda neta, líquida y segura. Por consiguiente, no cabe apreciar el delito en cuestión, según constante y reiterada doctrina de la Sala 2.ª del T. S.: 1 marzo 1950, 27 mayo y 10 junio 1953, 9 mayo 1958, 28 junio y 22 septiembre 1960, 1 julio, 2 y 20 octubre 1969, 1 diciembre 1970, 13 diciembre 1972 y 21 febrero 1974. Por el contrario, se ha fijado con toda exactitud la suma o cantidad apropiada; puede entonces apreciarse el delito, si concurren los restantes requisitos del artículo 535 del Código Penal (S. 6 febrero 1975).

"Entre los contratos o títulos adecuados, aptos e idóneos para generar el delito mencionado figura con todo merecimiento el de comisión mercantil. Y ello no sólo porque de modo taxativo lo menciona el artículo 535 antes citado, sino porque, tanto obre el comisionista en nom-

bre y por cuenta ajenos [comisión representativa] como en nombre propio y por ajena [comisión propiamente dicha], y según se deduce de los artículos 245, 246, 247, 264, 265 y 266 del Código de Comercio, cuanto dinero, efectos, mercaderías o cosas muebles lleguen a su poder procedentes del comitente para el desarrollo y ejecución de su misión intermediadora o de terceros dentro del ámbito de las operaciones mercantiles que constituyan el objeto de la dicha comisión y correspondan a su principal, quedarán legítimamente en posesión del comisionista, pero si éste, aprovechando las facilidades que su contacto físico con las referidas cosas le deparan, trueca su contractual, justificada y legítima posesión en antijurídica propiedad y atribuyéndose unas facultades de disposición que sólo al dueño incumben, se apropia o hace suyas tales cosas, las incorpora a su patrimonio, las distrae de su natural y conveniente destino, o niega haberlas recibido, comete el delito de apropiación indebida" (S. 28 febrero 1975).

Según la doctrina de Sala 2.^a, el contrato de sociedad genera situaciones jurídicas como las de mandato, administración y depósito que posibilitan la apropiación indebida de los bienes o fondos sociales, aunque el gestor de los mismos sea también socio, pues entonces el delito se entenderá cometido en la parte que proporcionalmente exceda de su participación como tal socio gestor [SS. 16 febrero y 15 junio 1954, 22 diciembre 1960, 21 noviembre 1966, 5 diciembre 1967, 23 diciembre 1968, 2 mayo 1969, 16 octubre 1972 y otras]. Como también en general se condena el apoderamiento unilateral e injusto de un socio en perjuicio de otro que reúna los caracteres de dicho delito [SS. 20 octubre 1954, 11 mayo 1955, 28 octubre 1958] y aun cuando se trate de sociedad irregular, pues, si bien en tal caso el perjudicado no es el ente social, por carecer el mismo de personalidad jurídica, no es menos cierto que entonces el perjuicio se infiere a los demás socios en la medida en que es dañada su cuota de participación en el fondo social y sin perjuicio de que la liquidación de cuentas fije cuál sea el caudal partible entre ellos [S. 28 septiembre 1973], en tanto que las aportaciones de los socios al fondo común pierden su individualidad y sólo tienen derecho a una cuota, bien de participación en el haber social, bien de liquidación si la sociedad se extingue [S. 16 octubre 1972]. (S. 7 febrero 1975).

El contrato de compra-venta, sea civil o mercantil, es traslativo no sólo de la posesión, sino del dominio de la cosa vendida y no constituye, de ordinario, título apto o adecuado para generar el delito de apropiación indebida, aun cuando pendan determinadas obligaciones e incluso el pago del precio [S. 17 junio 1947]. Pero no puede predicarse lo mismo cuando se trata de un contrato de compra-venta con precio aplazado y con reserva de dominio, pacto que fue declarado lícito por las SS. de la Sala Primera del T. S. 16 febrero 1894, 30 noviembre 1915, 10 y 14 enero, 6 febrero, 11 marzo, 3 julio y 22 septiembre 1929 y 20 marzo 1930, entre otras muchas, y que supone que el vendedor transmite en el momento de la celebración del contrato o en el de la entrega de la cosa, tan sólo la posesión de la misma reservándose la propiedad de

ella hasta tanto le sea abonada la totalidad del precio; lo cual presenta grandes ventajas para el referido vendedor, el cual, en caso de incumplimiento por parte del comprador, puede no sólo hacer uso de la facultad resolutoria tásita consagrada en el artículo 1.124 del Código Civil o ejercitar las acciones personales nacidas del contrato, sino que, además y puesto que no ha perdido el dominio, le es dable también ejercitar la acción reivindicatoria contra el comprador e incluso contra terceros para lograr la restitución o recuperación de la cosa vendida. Y, finalmente, y como quiera que el comprador sólo es poseedor de la referida cosa y no propietario de la misma, caso de disponer de ella, enajenándola a un tercero, será reo del delito de apropiación indebida comprendido en el artículo 535 del Código Penal, pues habiéndolo recibido en virtud de un título similar a los específicamente enumerados en el precepto mencionado, trueca o convierte su legitimante adquirida posesión en antijurídica propiedad, atribuyéndose un "ius disponendi" que sólo al dueño incumbe o compete; siendo de destacar, para disipar o desvanecer toda duda, que el T. S., en SS. 16 junio 1894, 27 noviembre 1901, 30 noviembre 1906, 21 octubre 1910, 17 abril 1935, 31 mayo 1948, 12 noviembre 1953, 26 junio 1958, 13 febrero, 15 abril 1961 y 5 abril 1963, sentó doctrina congruente con lo expuesto, que el Código Penal de 1928, en su artículo 725, criminalizó o tipificó expresamente y de modo específico esta conducta, y que la Ley de 17 de julio de 1965, en su artículo 12, estableció, para los contratos de compra-venta de bienes muebles a plazos, que el comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero, dispusiera de la cosa antes del pago total del precio, será castigado con las penas previstas en el Código Penal para el delito de apropiación indebida (S. 3 abril 1975).

Condena el T. S. en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.º de la ley de 27 de julio de 1968, en base a considerar que:

El legislador de nuestros días ha proveído a la más enérgica tutela y protección, sin excluir la penal, del interés social ligado a la construcción de viviendas, cuya creciente demanda por una gran masa de la población ha hecho proliferar el agio y especulación más desenfundados y aún a defraudar aquellos intereses colectivos y expactantes, destacando en esta regulación el decreto de 3 de enero de 1963, último dado en la materia integrada por las llamadas viviendas de protección oficial, con el cortejo de garantías y cautelas exigidos a los promotores de las mismas que perciban cantidades a cuenta antes de la calificación definitiva del inmueble, no menos que la Ley de 27 de julio de 1968 dirigida a las demás construcciones urbanas destinadas a habitación sin aquella cobertura oficial, pero en las que sus promotores reciben igualmente cantidades anticipadas de los futuros titulares de la morada y en cuya disposición legal, de manera paralela a las medidas atnes aludidas, se garantiza la devolución de los anticipos, más el 6 por 100 de interés anual, mediante el correspondiente contrato de seguro o aval solidario prestado por entidad bancaria o Caja de Ahorros en los que habrán de depositarse en cuenta especial las cantidades adelantadas y con separación especial de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al pro-

motor y de las que únicamente puede disponer para atender la construcción de las viviendas (artículo 1.º, condiciones primera y segunda), de suerte que bien se hable desde el punto de vista civil de un reforzado depósito irregular, bien de un verdadero patrimonio separado, de afectación o de fin, es lo cierto que no puede entenderse traspasada la propiedad del dinero entregado al promotor, sino que éste tiene la mera posesión del mismo, a fin de invertirlo en la construcción de las viviendas o, en su caso, devolverlo a los frustrados titulares de las mismas; todo lo cual explica suficientemente que la propia Ley considere, ya desde el punto de vista penal, que el incumplimiento por el promotor de las medidas de garantía antes explicadas, seguidas de la no devolución al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas por éste, genere el delito —o en su caso la falta— de apropiación indebida y aun que —dada la carestía de viviendas y la existencia del fenómeno especulador a que se ha hecho referencia— se imponga la pena en su grado máximo (artículo 6.º de dicha Ley) a semejanza y en virtual paralelismo con otras disposiciones legales destinadas a reprimir el agiotaje en esta misma materia como la Ley de 27 de abril de 1946 sobre primas por el arrendamiento o subarriendo de viviendas. (SS. 28 marzo 1974 y 18 abril 1975).

§ 30. Artículo 546 bis, a), Encubrimiento autónomo (receptación). Encubrimiento entre parientes (art. 18).

La tesis de que el encubridor autónomo debe ser absuelto, aplicando el artículo 18 del Código Penal, pues al ser encubridor de su hermano lo ampara la excusa absolutoria prevista en citado precepto, es notoriamente inviable. Pues desde la creación de la figura autónoma de la receptación o encubrimiento autónomo, el artículo 18 queda circunscrito a los encubrimientos conexos en que el encubridor realiza por móviles parentales los actos ennumerados en los apartados 2.º y 3.º del artículo 17, ya que, aunque mediara el vínculo parental próximo, si se auxilió al autor principal para que se apropiara de los efectos del delito o falta, no produciría sus efectos la prenombrada excusa absolutoria constatada en el artículo 18, bien se considere propiamente como tal, o como causa de inculpabilidad fundada en el principio de no exigibilidad de otra conducta, pero que, en la actual redacción del artículo 17 del Código Penal, en su concordancia con el 18, significa un proceder altruista, inspirado por afectos familiares que descarta, en términos absolutos, al propio beneficio e incluso el favorecer que el autor encubierto se pudiera beneficiar lucrativamente de los efectos patrimoniales del delito que se encubre.

“A este delito no le es aplicable la exención del artículo 18, pues recibir lo robado no representa un ánimo filantrópico y favorecedor del pariente, sino la obtención de un lucro personal o ilícito, reseñando las SS. 30 junio y 13 diciembre 1961 que el artículo 17 ya no comprende como encubrimiento conexo el supuesto de existir para el encubridor beneficio propio, pues el apropiarse de parte de lo robado señala la

barrera diferencial entre el encubrimiento propio y el autónomo receptativo tipificado en el artículo 546 bis y al que, con el dual requisito de conocer el ilícito proceder y aprovechándose en propio beneficio, se refieren las SS. 7 marzo 1964, 28 octubre 1970 y 23 marzo 1972 (S. 15 febrero 1975).

§ 31. Artículo 548, Incendio.

Condena el T. S. por delito de incendio del artículo 548 siete delitos. de homicidio del artículo 407 y uno de lesiones graves al procesado, que con un bidón de gasolina prendió fuego a un bar en el que trabajaban señoritas que recibían un tanto por ciento por cada consumición hecha a invitación del cliente.

Considera respecto al artículo 548 que, "a pesar de la inclusión del delito de incendio entre los de índole patrimonial, lo cierto es que su desarrollo típico lo configura como un **delito de riesgo**, susceptible de afectar a la vida e integridad física de las personas y, por ende, de incidir en primer término en la seguridad colectiva o comunitaria y, sólo en segundo lugar, de ocasionar simplemente daños en la propiedad ajena (y aun en la propia en determinadas condiciones).

Este criterio rector sirve para clasificar las tipologías del delito en examen en tres grandes grupos:

El primero y más importante, dado el gravísimo riesgo que comportan las conductas en él incluidas, puede ser denominado de **inmediato peligro personal e integrado** por los artículos 547 y 548 del Código Penal.

El segundo que puede considerarse como mixto o de transición en que se da a la vez el riesgo personal —siquiera no se dé el elemento subjetivo del injusto de su conciencia por el sujeto activo— y la **dañosidad del acto**, según resulta de los artículos 549 y 550 que lo componen.

En fin, el tercer grupo integrado por el **daño propiamente dicho o patrimonial** constituido por los restantes preceptos. Esta escala de gravedad sirve, a su vez, para distinguir los tipos afines del primer grupo, sobre todo el del número 3.º del artículo 547 y el del artículo 548, situados en zona tangencial, puesto que uno afecta —según dicción literal— a una **concurcencia numerosa** y el otro a una o más personas que se saben dentro del edificio incendiado; expresiones gramaticales que, unidas a los aludidos criterios de interpretación sistemática y teleológica, vienen a poner de manifiesto que, en el primer caso, el riesgo implícito en la *mens legis* es el riesgo catastrófico o multitudinario propio de los locales que describe, aptos por su aforo para una gran afluencia o concurso de gentes, en tanto que el peligro designado en el segundo caso afecta a un edificio —que no ha de ser forzosamente privado— en el que se halla una pluralidad de personas sin aquel alcance masivo que caracteriza al artículo 547 y ausente en el artículo 548 del Código Penal.

Esta interpretación viene confirmada por la jurisprudencia que reserva la primera calificación a casos de insólita y extremada gravedad que han marcado por ello los anales judiciales y que, en cambio, aplica con mayor frecuencia la segunda de dichas tipologías a casos que proliferan

más en la **praxis** y en los que el fuego se aplica a edificios públicos o viviendas ocupadas por un número más o menos indefinido de personas [SS. 3 mayo 1897, 16 noviembre 1910, 15 abril 1941, que contempla un caso análogo al que ahora se enjuicia y en el que el reo prendió fuego a una casa de prostitución, 4 mayo 1943, 29 marzo 1950, 30 enero 1954, 5 noviembre 1955 y 24 febrero 1972, entre otras]. Todo ello sin perjuicio de que si el peligro potencial para las personas se actualiza y las mismas parecen en el siniestro se aplique bien el **concurso de normas** con prevalencia del principio de especialidad y consiguientemente del artículo 406, 3.^a, por ser el incendio medio para cometer el propuesto asesinato, bien el **concurso de delitos** por no darse tal dolo directo, sino sólo el eventual de aceptar, en su caso, las desgracias que puedan derivarse del fuego, con aplicación, por tanto, del artículo 71 del Código Penal, sancionador en este caso del incendio en concurso con el homicidio u homicidios, y demás resultados lesivos que para la integridad física se produzcan (S. 29 abril 1975).