

Jurisprudencia penal
1976

(3.^a parte)

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal

Artículo 3.º, párrafo primero. Consumación.

Para la consumación de los delitos de robo y hurto no es necesario que el reo pueda disponer más o menos libremente de lo robado o hurtado y que consiga el fin lucrativo propio de estos delitos, sino que basta que sus actos alcancen la objetividad propia de la infracción delictuosa quedando los objetos durante algún tiempo fuera de la disposición de su dueño, bastando pues para la consumación del delito de robo, que se produzca el apoderamiento de las cosas muebles ajenas con violencia y ánimo de lucro, de forma que la "res furtiva" quede fuera del control de su propietario algún tiempo durante el cual, quien se hubiese apoderado de ella tenga la posibilidad de disposición, aunque sólo sea ideal o potencial, de ahí, que de conformidad con esta doctrina, los hechos que se relatan en el resultando correspondiente de la sentencia recurrida deban calificarse, como acertadamente lo hizo la Sala de instancia, como constitutivos de un delito de robo en grado de consumación, en cuanto que, de los mismos aparece, que los procesados se apoderaron del vehículo en el lugar en el que su propietaria lo había dejado estacionado y después de transportarlo a un lugar oscuro y solitario en el que desmontaron las piezas y accesorios que deseaban, las transportaron a su domicilio siendo sorprendidos por la Policía Municipal cuando realizaban uno de los viajes con el expresado fin, de donde resulta que los procesados realizaron todos los actos ejecutivos integrantes de la figura penal habiendo recorrido íntegramente el "iter criminis", de modo, que la intervención de la Policía se produjo posteriormente, logrando impedir que se produjera el agotamiento del delito. (S. 13 octubre 1976.)

Artículo 3.º, párrafo tercero. Tentativa.

La tentativa de delito, como grado de la vida del mismo y que extiende la punición, supone la realización de acciones ejecutivas, que den ciertamente comienzo a la realización material de la infracción criminal, por hechos exteriores —elemento objetivo, referido a la antijuricidad tipificada—, sin practicarse todos los actos de ejecución que debieran producir el resultado final, y cuyas acciones se deban al plan del autor, a que se refiere el adverbio “directamente” del artículo 3.º, párrafo 3.º del Código penal —requisito subjetivo—; pero aquellos primarios actos ejecutivos que rebasan a los meramente preparatorios, han de incidir sobre el sujeto pasivo del atentado, y en la esfera peculiar del bien jurídico protegido que se pone en indudable peligro o riesgo de lesión definitiva, por penetrar con iniciación causal, en el núcleo del tipo, que se contiene en el verbo principal de la definición, sin alcanzar el pleno desarrollo exigido en la norma, para el superior estadio de la consumación. (S. 6 octubre 1976.)

Artículo 3.º, párrafo tercero. Desistimiento voluntario.

En aquellos ordenamientos punitivos que, como el nuestro, distinguen entre *delito frustrado e intentado*, el acento de la diferencia entre ambos grados de ejecución ha de ponerse en la *adecuación típica* de los actos realizados, de suerte que la estructura del correspondiente tipo delictivo decidirá si se han practicado *todos* los actos ejecutivos que deberían producir el resultado o solamente se ha realizado una parte del *iter criminis* exigido por el tipo en cuestión; siendo, a su vez cuestión distinta la operabilidad del *arrepentimiento activo* en el delito frustrado y el *desistimiento voluntario* en la tentativa, por lo que fijando ahora la atención en este último supuesto, más que a una *indagación psicológica* de los motivos que llevaron al autor a desistir de la inicial resolución delictiva, habrá que atender a la *valoración jurídica* de dichos motivos, en cuyo punto ya se comprende que si los *impedimentos* surgidos se representan en la mente del autor como *absolutos* en orden a obtener el fin propuesto, el desistimiento que de ello se deriva ha de valorarse en todo caso como involuntario; siendo ya cuestión más problemática cuando de *impedimentos relativos* se trate, cuestión eminentemente circunstancial pero en la que cabe anticipar como criterio de validez interpretativa aceptado por esta Sala en buen número de supuestos aquél en que si el sujeto desiste es llevado por un aumento del riesgo con el que no contaba de antemano y surgido durante la propia ejecución (Sentencias de 11 de octubre de 1888, 4 de mayo de 1929, 14 de octubre de 1975, 22 de mayo de 1965), lo que, lógicamente, impide considerar el desistimiento como espontáneo, vale decir voluntario. (S. 7 junio 1976.)

Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa

La doctrina y la jurisprudencia modernas, operando sobre la frase inicial del texto del número cuarto del artículo 8 del Código penal, “el que obra en defensa”, exigen que la reacción se produzca con auténtico “ani-

mus defendendi”, y que el presunto defensor se halle en situación real de “necessitas defensionis” es decir que, es indispensable que la defensa sea *necesaria* —“estado de necesidad defensiva” dicen las sentencias de 7 de octubre de 1971, y 30 de marzo de 1974, “estado jurídico de defensa”, la de 26 de junio de 1973—, lo que comporta que, en aquellos casos, en los que no hubo real y actual riesgo para el bien jurídico protegido de que se trate, por la inidoneidad del ataque, por haberse el defensor anticipado a éste o prorrogado la defensa indebidamente pues el ataque ya había cesado, concurrirá una hipótesis de *exceso extensivo e impropio*, en el que, faltando la necesidad de la defensa, es imposible la estimación de la institución de la legítima defensa, ni como eximente de los números cuatro, cinco y seis del artículo 8 del Código penal, ni como eximente incompleta o atenuante privilegiada del número primero del artículo 9 del mismo Cuerpo legal, si bien, y en esto están de acuerdo todos, podrían operar, en los casos en que la defensa se produzca cuando ya ha cesado el ataque, como provocación atenuatoria, regulada en el número cinco del artículo 9; debiéndose destacar finalmente, que ese exceso extensivo o impropio, debe diferenciarse del *exceso* en los medios, *intensivo o propio*, en cuyo caso existiendo agresión ilegítima —circunstancia primera del número cuatro del artículo 8.º—, pero no proporcionalidad entre los medios de ataque y los de defensa —circunstancia segunda del número cuatro del citado precepto—, no hay legítima defensa completa pero se puede aplicar, por lo menos, la incompleta del número primero del artículo antes mencionado.

Que esto sentado, y partiendo también de que la agresión ilegítima es el bastión inexpugnable de la legítima defensa, piedra angular y requisito capital y fundamental de la misma, sin cuya presencia es inútil la pretensión de aplicar dicha eximente de modo completo e incluso incompleto, y recordando que para que haya agresión ilegítima es perciso un ataque a bienes jurídicos, actual, inminente, ilegítimo y real —sentencia de 12 de noviembre de 1963— “acometimiento real y efectivo” inesperado, violento o injusto —sentencia de 15 de febrero de 1963—, “acto de fuerza injustificada y directa contra la persona agredida” —sentencia de 28 de noviembre de 1964—, o, finalmente, “empleo de fuerza, acometimiento o acción ofensiva con riesgo inminente y concreto” —sentencia de 14 de febrero de 1969—; y que concretamente en el caso de la bofetada, las sentencias de 30 de diciembre de 1902, 30 de enero de 1904, y 17 de abril de 1912, sostuvieron que constituía agresión ilegítima, mientras que lo negaron las de 17 de abril de 1879, 19 de octubre de 1881, 28 de septiembre de 1883 y 24 de noviembre de 1967, de cuyo aparente enfrentamiento cabe inferir que la bofetada podrá tener un carácter y significación *agresivos* cuando constituya acto de ataque que por la corpulencia, robustez, edad y fuerza del que la da e inferioridad física y débil complexión del que la recibe, ponga en peligro *por sí misma*, la vida e integridad corporal de éste, o constituya augurio seguro de mayores males, o naturaleza solamente *ofensiva o injuriosa real*, cuando agravia al receptor de dicha bofetada pero no ponga en peligro su vida e integridad corporal ni signifique pórtico, preludio o prólogo de ulterior continuación agresiva, la que imponga y haga necesaria la consecutiva defensa. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 9.º, 3.º. Menor edad.

Ha de acogerse el único motivo, del fundado recurso del Ministerio Fiscal, que pretende se deje sin efecto la operatividad de la atenuante de menor edad, número 3.º del artículo 9 del Código penal, apreciada sin razonamiento alguno, por la Sala de instancia, siendo así, que de los hechos probados resulta, según las fechas que consigna, que las relaciones amorosas, las inició el inculpado, cuando tenía quince años y seis meses, y que bajo promesa de matrimonio logró captar la voluntad de su novia, e iniciar los yacimientos, cuando ostentaba diecisiete años y siete meses pasados, así como que, la hija producto del embarazo surgido, nació cuando tenía dieciocho años y ocho meses y que por fin, las relaciones —con intimidad— continuaron, hasta que ya había cumplido los veinte años, en que pretendió contraer matrimonio con otra mujer; puesto que si bien es cierto, que le podía amparar tal atenuante privilegiada al inicio de sus relaciones, como el estupro de seducción que cometió, fue de tracto temporal muy amplio —más de cuatro años y medio—, y las intimidades carnales debidas al engaño duraron más de dos y medio, y ya teniendo dieciocho años, pasaron este límite durante dos años y cuatro meses, en su continuidad, también ha de ser cierto, que el delito continuado referido, se estuvo realizando mucho tiempo durante la mayoría de edad penal, y que su consumación, por la ruptura de las relaciones de noviazgo, e incumplimiento de la promesa de matrimonio, falsamente realizada, acaeció cuando tenía más de veinte años, por lo que el beneficio de la atenuación singular referida no es posible concedérselo, como antes doctrinalmente quedó justificado. (S. 5 octubre 1976.)

Artículo 9.º, 5.ª. Provocación.

Dentro de los llamados antaño estados pasionales o de lo que hoy día se denomina móvil determinante, puede incardinarse la circunstancia atenuante quinta del artículo 9 del Código penal, la cual consta: a) de una *provocación*, entendida no exactamente en el sentido del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal, sino en el de irritar o estimular a una persona, con palabras o actos, para que se enoje —sentencia de este Tribunal de 7 de febrero de 1901—, o en el de excitar, irritar o incitar a otro mediante palabras, gestos o actitudes —sentencias de 20 de mayo de 1952 y 22 de febrero de 1969—, con voluntad de causar un estado de excitación generador y precursor de la acción criminal; no reputándose provocación la reprensión o recriminación, por fuentes que sean, ni la disputa verbal o el simple estado de discusión, excluyéndose también en los casos de riña, pelea o reyerta, mutuamente aceptada y con recíproco acometimiento, aunque sí puede estimarse concurrente cuando uno de los futuros contendientes, reta o desafía al otro o cuando la incita a reñir con él mediante palabras injuriosas o acciones que supongan agravio u ofensa —sentencias de 12 de diciembre de 1871, 11 de marzo de 1885, 14 de enero de 1953, 4 de junio de 1960, 22 de mayo de 1964, 9 de febrero de 1965, 25 de febrero de 1967, 6 de marzo de 1968 y 12 de mayo de 1969, entre otras muchas—; b) es preciso que esta *provocación preceda*

inmediatamente al delito, esto es, que no medie un espacio de tiempo, mayor o menor, entre el hostigamiento y la reacción, sino que ésta suceda acto seguido de producirse aquél —sentencias de 14 de enero de 1891, 16 de abril de 1902 y 4 de octubre de 1913—; c) que sea *adecuada*, lo que tanto vale como decir proporcionada a la reacción suscitada en el agente y capaz de excitar a éste —sentencias de 11 de octubre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 15 de marzo de 1952, 20 de junio de 1963, 2 de febrero de 1968 y 14 de diciembre de 1970—; d) que *provenga del ofendido* y no de tercera persona; y e) que se hallen debidamente probados los hechos concretos integrantes de la provocación, requisito de constancia procesal que ha sido subrayado por las sentencias de este Tribunal de 29 de mayo de 1882, 25 de junio de 1902, 20 de noviembre de 1908 y 22 de abril de 1940. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 9.º, 9.ª. Arrepentimiento espontáneo (analogía).

La atenuante de arrepentimiento espontáneo del número 9 del artículo 9.º del Código penal, requiere subjetivamente un cambio de dolo, demostrado con la aparición de un estado ético-sicológico, de pesar y enmienda, por el mal delictivo realizado, y que además se manifieste espontáneamente, o sea, sin presiones o impulsos ajenos, de manera libre, antes de conocer el agente la apertura de procedimiento criminal, y que por fin objetivamente dé vida, a alguna de las cuatro conductas exigidas en dicha norma, utilitariamente; por lo que la atenuante analógica a la indicada, habrá de ser semejante aunque no idéntica, a los requisitos ideal y material referidos, suponiendo una conducta útil para la Justicia o para el perjudicado, y revestida de un deseo protegible en lo espiritual, pero no puede montarse la misma sobre una restitución económica ínfima de lo total sustraído, en delitos contra la propiedad, sin constancia de otros elementos, pues tal comportamiento, según doctrina muy común de esta Sala, sólo tendrá eficacia en la reparación del daño económico, dentro de la responsabilidad civil, pero no alcance beneficioso en rebajas ostensibles de la punición. (S. 2 junio 1976.)

Artículo 10, 6.ª. Premeditación.

Doctrinalmente, se dice que la premeditación no puede confundirse con el mero propósito de delinquir ni con la meditación que precede siempre a las determinaciones de la voluntad y, partiendo de la clasificación cuatripartita carrariana se distingue entre el *dolo simple*, cuando la voluntad de cometer un delito se ha formado de un modo normal, siendo por tanto, la meditación que de ordinario precede a la ejecución de los actos humanos, el *dolo de impetu*, en el que la voluntad se forma de un modo rápido e instantáneo, el *dolo deliberado* en el que hay un “*espacium deliberandi*” o persistencia en el propósito de delinquir, pero sin serenidad de ánimo, y, finalmente, el *dolo premeditado*, en el que la voluntad se ha formado de modo lento y reflexivo y con un período dilatado de fría incubación. Con lo cual en dicho *dolo premeditado*, se constata un “plus” de culpabilidad, una mayor intensidad dolosa, una mayor cantidad de voluntad criminal y una mayor dosis de libertad, viniendo a constituir una agra-

vante calificada. Pero modernamente dicha agravación se ha sometido a intensa y profunda revisión, superando los llamados criterios *cronológico* e *ideológico* para pasar al *psicológico* y al *sintomático*, valorativo o de los móviles, del cual hay huella en las sentencias de este Tribunal de 25 de marzo de 1957, sosteniéndose: a) la compatibilidad de dicha agravante con los estados emocionales o pasionales; b) que lejos de constituir siempre una manifestación de libertad moral puede integrar una inequívoca y segura señal de obsesión o de perversidad innata; c) que, en ciertos casos, puede ser su concurrencia indiferente, e, incluso, constituir una atenuante toda vez que se han revelado más peligrosos para la sociedad los delinquentes súbitos o de ímpetu, que actúan por motivos fútiles y que carecen de frenos inhibitorios, los que poseen en grado sumo el que premedita, pues, recorriendo un largo trecho entre la ideación y la ejecución, tiene muchas posibilidades de retroceder y de desistir; y d) que constituyendo la contrafigura, polo opuesto o signo contrario de las atenuantes pasionales de ímpetu en las que se exige siempre la concurrencia de un móvil moral o noble, en la premeditación tiene que constatarse la presencia de un móvil perverso o malévolo, inmoral o innoble, pues es más peligroso el que actúa instantáneamente que el que lo hace por móviles nobles o generosos aunque se produzca de modo premeditado.

Los requisitos de dicha agravante son los siguientes: 1.º, *serenidad de ánimo*, o concepción fría, serena, cuidadosa y reflexiva de la perpetración de un delito, planeándolo de modo metódico y ordenado en todos sus detalles ejecutivos; 2.º, *persistencia en el propósito de delinquir*, elemento cronológico que la práctica señaló primero "ad aliquos dies" y más tarde, a veces, del día a la noche o de la noche al día y la Bula papal "In supremo solio" fijó en seis horas, influyendo en algunas sentencias de este Tribunal, el cual, sin embargo, el 26 de enero de 1926 declaró que se trata de un lapso de tiempo o intervalo desde el instante en que surgió la idea criminal hasta que tuvo lugar la realización del hecho y que patente que el culpable persistió tenazmente en su resolución, y, el 30 de mayo de 1947, identificó tal requisito como el tiempo necesario para que, el delincuente, con fría razón, se haga cargo de las consecuencias de sus actos, y sea demostrativo de que perseveró tenazmente en su resolución; y 3.º, que dicha agravante sea *conocida*, es decir patente, acreditada o probada y, de ningún modo, conjeturada o sospechada, requisito en realidad superfluo pues todas las circunstancias modificativas, y no sólo la premeditación, han de estar tan probadas y acreditadas como el hecho punible mismo. (S. 7 junio 1976.)

Artículo 10, 9.ª. Abuso de confianza

La agravante de abuso de confianza aplicable a los delitos de hurto y concretamente en el supuesto contemplado, no viene determinada como erróneamente argumenta la tesis de la defensa, por el vínculo o relación entre la culpable, profesional de la hostelería que prestaba sus servicios en dicha calidad en el hostel y los huéspedes del mismo, objeto del despojo, ni tampoco de las relaciones de amistad, dependencia o cualquiera otra derivada de vínculo social análogo, sino que nace, de la situación favorable en que se encontraba la culpable para la perpetración del delito

y en buscar las ventajas que la misma le proporcionaba para su ejecución, ventajas que de otra manera no hubiera obtenido, siendo indudable los vínculos laborales que las unían al dueño del establecimiento hotelero, por razones del servicio a realizar, lo que supone haber depositado en ella su confianza, obligando a la culpable a guardar lealtad, quebrantándola aprovechándose de las facilidades de que disponía para recorrer todo el *hostal* y en la ocasión más propicia por la ausencia de los perjudicados de sus habitaciones cometer la sustracción. (S. 13 octubre 1976.)

Artículo 10, núm. 16. Morada del ofendido.

Tanto la hipótesis específica de agravación referente al robo en casa habitada, prevista en el artículo 506, número segundo, como la agravante genérica de comisión del hecho punible en la morada del ofendido, cuando éste no hubiera provocado el suceso, establecida en el número 16 del artículo 10 responden, en sustancia y por encima de sus visibles diferencias, a un común designio del legislador de refuerzo, en uno y otro caso, de la protección penal de la vivienda individual o familiar, subrayando, así, enérgicamente, el respeto que, como sede personal, ha de merecer el hogar humano a los terceros, por más que la específica nota agravatoria del robo venga inspirada principalmente —según la jurisprudencia viene insistentemente recordando— en el grave peligro que para las personas representa un insospechado encuentro o enfrentamiento con el malhechor, en tanto que en la agravante genérica predomina la nota moral reprobatoria del desentendimiento por parte del infractor de la reverente consideración debida a la santidad del hogar ajeno, por parte de quien a él accede o en él es recibido a título de visitante, huésped —abstracción hecha del especial supuesto del hurto doméstico— u otro concepto semejante, que particularmente obliga al extraño a un mejor comportamiento; por lo que ni una ni otra previsión agravatoria es aplicable al presente caso de robo con homicidio, en el que decae, por una parte, la razón de ser de la agravación específica, dado el carácter cuasi-familiar de la relación entre él y la víctima y el delincuente, asiduo de la casa, en tales términos que ni podría ser estimado este último ajeno a ella ni insólita o motivadora de alarma su presencia en la misma y, de otra parte y por lo que afecta a la agravante genérica de morada —invocada subsidiariamente, por el Ministerio Fiscal en el segundo y último motivo de su recurso— tampoco puede ser apreciada, al haber sido la propia víctima la primera que, olvidándose del sagrado carácter del hogar, lo desprotegió, como tal, al desnaturalizarlo, llevando a él a quien hasta entonces era su íntimo amigo, con el propósito de entregarse allí ambos a las prácticas sodomísticas a las que el primero era conocidamente aficionado y el otro fingió en aquella ocasión estar dispuesto a acceder, consintiendo, incluso, en algunos lúbricos preliminares, y sin que pueda obstar a esta descalificación moral y, consiguientemente, penal de la vivienda de la víctima el dato de haber sido el propio procesado quien predispusiera a su amigo a tal encuentro en ella, alimentando sus torpes apetitos y esperanzas para poder, con tal pretexto y ocasión, llevar a cabo su propia idea depredatoria,

ya que tal doblez podría, si acaso, dar vida a la agravante de astucia —no alegada ni debatida en el juicio— más no a la de morada, propugnada por el Ministerio Público que, aquí, sería determinante de la imposición de pena capital. (S. 26 octubre 1976.)

Artículo 14. Codelincuencia.

En todos los casos de coparticipación o codelincuencia en la perpetración de un mismo delito, ha de concurrir necesariamente: a) *concierto previo*, acuerdo de voluntades, común resolución del hecho, "negotio criminis" o "pactum scaeleris", realizado por los partícipes con el propósito de cooperar a un fin común, o "animus adjuvandi", el que, como luego se verá, algunos sectores doctrinales, con cierta exageración, exigen sea distinto en los autores que en los cómplices, demandando en el primer caso un "dolo de autor" y, en el segundo "un dolo de cómplice", reñidos, a veces, con la realidad; b) *conciencia de la ilicitud del acto* convenido, de tal modo que el acuerdo y la actividad que posteriormente ha de desarrollarse, tienen que dirigirse o converger a la consecución de un hecho que revista los caracteres de delito; c) *aportación de esfuerzo propio* al deseo colectivo, recíproca cooperación o realización conjunta, teniendo que efectuar, cada uno de los partícipes, algún *acto ejecutivo*, aunque no es necesario que lleven a cabo, personalmente, todos los actos que integren la perpetración de que se trate, reputándose ejecutivas las acciones que, una vez conocido el plan delictivo, aparecen como partes integrantes del comportamiento típico; y d) *causalidad* de la conducta de los partícipes respecto al resultado, o cooperación causante en la codelincuencia *principal*, que es sólo cooperación no causante en la coparticipación *secundaria*. (S. 21 octubre 1976.)

Artículos 14 y 16. Autoría y complicidad (diferencias)

La distinción entre autoría y complicidad, además de interés especulativo, tiene trascendencia práctica, pues hoy día, el Código español, sanciona a estas formas de participación, con diferente pena; existiendo respecto a este punto tres teorías que tratan de señalar los linderos o fronteras que separan ambos conceptos, a saber: 1.º, *la objetiva*, conforme a la cual, autor es el que realiza una característica del tipo y cómplice el que sin realizar ninguna característica del tipo contribuye a su efectuación con actos preparatorios o con actos de ayuda prestados en el momento de la perpetración del hecho; 2.º, *la subjetiva*, calificada por muchos de insostenible, y conforme a la cual, autor es el que quiere el hecho como propio —"animus auctoris"—, y cómplice quien lo quiere como ajeno —"animus socii"—; y 3.º, *la objetiva material*, que es aquella que reputa autor al que tiene el dominio final del acto, entendiendo por autoría el doloso tener en las manos el curso del suceso típico, o bien, el poder de suspensión e interrupción del hecho, derimiendo, finalmente, al coautor como al cotitular del dominio final del acto. Pudiéndose ob-

tener de la conjunción de las tres teorías un criterio divisorio(según el cual, autor material y directo será el que, con evidente protagonismo, realiza o ejecuta, de propia mano o a través de un instrumento inconsciente, los actos nucleares, capitales o fundamentales constitutivos del tipo penal de que se trate, mientras que cómplice es el que perpetra actos periféricos, de carácter auxiliar, accesorio o complementario, no causantes ni generantes del resultado, aunque coadyuven a su obtención de modo no necesario. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 24. Retroactividad.

A los solos efectos de atacar el haberse aplicado al procesado en la sentencia de instancia, la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia del número quince del artículo 10 del Código penal, se formula el único motivo de casación del presente recurso, fundamentándolo en ser la anterior condena impuesta al culpable por delito de apropiación indebida de 20 de marzo de 1974 y estableciéndose en el artículo 24 del Código penal que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, al modificarse las cuantías de determinados artículos del citado Código por la Ley de 28 de noviembre de 1974, la apropiación indebida por la que fue condenado el procesado puede no ser constitutiva de delito, argumentación que queda por completo desvirtuada al establecerse en el párrafo segundo de la disposición transitoria de dicha Ley de cuantías que las sentencias ya ejecutadas no se rectificarán, a efectos de antecedentes penales, por razón de las variaciones de cuantía que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley. (S. 28 septiembre 1976.)

Artículo 69. Delito continuado.

Dos son las hipótesis básicas que sirven para fraguar la unidad culpabilística en que fundamentalmente reposa el llamado delito continuado: Aquella en que, ya *ab initio*, el culpable planea la sucesiva concate-nación de acciones para lograr el final delictivo previsto (el total apoderamiento o defraudación cuando de infracciones patrimoniales se trata) y aquella otra en que creando el *climax* adecuado por la inicial acción delictiva puesta por el infractor, éste va aprovechando las ocasiones iguales o semejantes que se van ofreciendo a su designio criminoso para reiterarlo, a modo de recaída en la tentación, de suerte que así como en el primer caso el dolo unitario se sustenta en la unidad de plan preconcebido, en el segundo supuesto es tan sólo la unidad de ideación o de propósito, con pluralidad de sucesivas voliciones, la que sirve para fundar la homogénea culpabilidad que se propugna en esta figura delictiva, la cual acaba de recortarse si, junto a dicho esencial requisito subjetivo, concurren las demás abrazaderas o conexiones de corte objetivo, en especial la de unidad de precepto penal violado y un cierto contexto espacial-temporal, de modo que no existiendo grandes cortes o cesuras en ta-

les aspectos locativos y cronológicos, no pueda decirse que se rompió aquel unitario plan o, al menos, aquella unitaria ideación o designación del culpable. (S. 22 septiembre 1976.)

La mejor doctrina científica entiende perfectamente posible la continuación delictiva aun cuando las acciones que la integran sean unas consumadas y otras intentadas (o frustradas) siempre y cuando se dé la violación de la misma norma fundamental y concurren, como es lógico, los demás requisitos del delito continuado, en especial el de su homogénea culpabilidad; y ello es así no sólo por dicha razón técnica de la unidad de tipo penal violado, sino, además, por una razón fundamental de justicia material, pues si concurrendo las necesarias conexiones que dan vida a la figura delictiva de que se trata, la misma se disgregará en atención al distinto grado de ejecución de alguna de sus acciones integrantes, fácilmente se echa de ver que se haría de peor condición al reo de esa dualidad o pluralidad delictiva que al que, habiendo logrado consumir toda la serie de acciones, se le imputara, por lo mismo, un solo delito, premiándose así el éxito total en la empresa delictiva, frente a su parcial fracaso; siendo problema distinto el de la penalidad a imponer cuando de delitos patrimoniales se trata, tan íntimamente vinculados a su cuantía en la legislación patria, en cuyo caso, si bien la norma fundamental o primaria infringida sirve de abrazadera para la continuación, ello ha de ser sin detrimento para que recobren su imperio las normas complementarias o secundarias que castigan el delito imperfecto, si se da el caso de que, a virtud de dicha cuantía patrimonial pudieran sancionarse con mayor pena el delito intentado o frustrado, pues en tal caso, habría un verdadero concurso de normas en la que el principio de alternatividad y mayor rango punitivo, consagrado de manera general en el artículo 68 del Código penal, impondría el desplazamiento de la norma de la consumación por la de la imperfección delictiva en cuanto esta última atrajera superior castigo. (S. 28 septiembre 1976.)

De conformidad con el criterio objetivo-subjetivo, acogido por la mayor parte de la doctrina científica y también por los Tribunales de casación de la mayor parte de los países europeos y americanos, esta Sala viene exigiendo para la calificación de un hecho como delito continuado una serie de requisitos no sólo objetivos, como son: a) una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas realizadas por el mismo sujeto; b) que tales acciones u omisiones vulneren una o más disposiciones legales dirigidas a la protección del mismo bien jurídico patrimonial; c) que tales conductas guarden cierta relación espacio temporal entre sí, bien por su ejecución en un mismo tiempo o en una ocasión, o bien por la utilización de las relaciones o del idéntico "modus operandi"; sino también subjetivos, como la "unidad de propósito o resolución" respecto a todas esas acciones, elemento denominado más modernamente "dolo conjunto", "unitario" o "planificado" que constituye una verdadera abrazadera psíquica para las mismas y puede traducirse en una unidad de culpabilidad, consistente en la formación mental de un proyecto, plano o programa intelectual o ideal, en que figuran ordenadas todas aquellas acciones u omisiones diversas, dirigidas a la consecución de un resultado volitivamente

querido, previo conocimiento y representación de las particularidades objetivas a través de las cuales ha de desenvolverse la actuación delictuosa, sin que tenga que darse en cambio forzosamente como dato preciso e indispensable la unidad de sujeto pasivo de los singulares delitos cometidos contra el patrimonio en los que los titulares del bien jurídico lesionado pueden ser diversos como establecen las Sentencias de 30 de septiembre de 1967; 16 de junio de 1972 y 14 de abril de 1973, entre otras, o constituir una colectividad o sujeto pasivo masa (Sentencia de 12 de febrero de 1969); ni tampoco es preciso el elemento negativo de la imposibilidad de individualización o determinación de los hechos, que en realidad constituye un dato inoperante para una correcta valoración de la culpabilidad unitaria exigida, que es precisamente lo que da vida y justifica la creación de esta forma de delitos, ya que la mayor parte de las veces no depende más que de un mero defecto de prueba derivado de la mayor o menor acuciosidad o celo empleado por el instructor o por la acusación en lograr la individualización de los hechos, circunstancia que en justicia no debería ser tenida en cuenta por ser ajena a la culpabilidad del acusado, que según el criterio adoptado modernamente en la evolución del Derecho penal que sienta el principio que cada cual debe ser castigado con arreglo al grado de intensidad de la culpabilidad exteriorizado en la comisión del hecho típicamente antijurídico y no atendiendo a elementos extraños puramente circunstanciales, como el de la individualización de los hechos en sus fechas y resultados, que esta Sala ya ha declarado innecesario en la Sentencia de 22 de octubre de 1970, 24 noviembre 1972 y 14 abril 1973. (S. 9 octubre 1976.)

Artículo 236. Atentado.

Es indispensable atenerse al hecho probado de la sentencia de instancia, que declara de forma tajante estar autorizados los Guardias Forestales para realizar sus funciones sin llevar el uniforme reglamentario, lo que en forma alguna desvirtúa el nervio de la teoría de defensa, insistiendo repetidamente con diferentes argumentos ser indispensable tal uso de uniforme para el ejercicio de sus funciones como guarda, lo que en realidad constituye la base del recurso, ahora bien, cuando la Audiencia, efectuando estudio y resumen de las pruebas practicadas en autos, dice lo contrario, a ello es preceptivo atenerse, con mayor razón si se añade de facto que el guarda llevaba viviendo en San Juan dieciséis años y con anterioridad en varias ocasiones, por pastoreo abusivo, había denunciado al procesado, por lo que éste, el día 4 de noviembre de 1974, al llamarle la atención el guarda para que no entrara con su ganado vacuno en la repoblación forestal conocida por "Can Guillén", al mismo tiempo que le dirigía insultos sumamente soeces al agente de la autoridad, le agredió con el bastón que llevaba, causándole heridas inciso-contusas en diferentes partes de la cabeza, por lo que claramente menospreció el principio de autoridad que aquél ostentaba, incurriendo en el delito previsto y sancionado en el párrafo 1.º del artículo 236 del Có-

digo penal y en la falta incidental de lesiones del artículo 582 del mismo texto legal. (S. 2 junio 1976.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas.

El recurso se fundamenta en la falta de voluntariedad y de coincidencia de su ilicitud por el procesado; intencionalidad que para dejar de apreciarla, eliminando la presunción "iuris tantum" establecida en el párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal, es necesario sea ofrecida una prueba contraria a ella, conteniéndose en la resultancia de la sentencia declaraciones de hecho que la excluya, lo que en modo alguno sucede en el supuesto debatido, afirmándose en el relato fáctico cómo al procesado, sujeto de malos antecedentes, condenado, entre otros delitos, por tres de robo, le fueron ocupadas en su propio domicilio, calle Alenza, por funcionarios de orden público, dos pistolas, una marca "Star", calibre 9 milímetros con el número ilegible y otra, marca "Walter" calibre 22 milímetros de largo, un cargador con ocho balas del mismo calibre, un paquete conteniendo veinticuatro balas de 9 mm., seis balas sueltas de 22 mm. y dos cajas de cincuenta balas del mismo calibre, encontrándose tanto las armas como las municiones en perfecto estado de conservación y funcionamiento, por lo que indudablemente se ha cometido el delito de riesgo y peligro previsto en el artículo 254 del Código penal, estimado por la doctrina con el carácter de formal, bastando para su consumación la tenencia de las armas sin cumplir los requisitos establecidos en el Reglamento de Armas y Explosivos de 27 de diciembre de 1944. (S. 11 noviembre 1976.)

Artículo 302, 6.º. Falsedad en documento oficial.

En el relato fáctico de la sentencia recurrida se contienen datos más que suficientes para apoyar, como propugna el *primer motivo* del recurso, el delito continuado de falsificación en documentos oficiales en lugar de los trece que se imputan al procesado que recurre, una vez que se afirma que el abandono de los automóviles de que se trata en causa era llevada a cabo con un *plan preconcebido* por un grupo de personas que se dedicaban al tráfico ilegal de compra-venta de coches que primero introducían los automóviles extranjeros en territorio español y luego acudían a la subasta de aquellos otros abandonados, tras conseguir manipular los facsímiles de los números de motor y bastidor que daban base a los certificados de adjudicación de los vehículos subastados, de suerte que tales certificados eran luego empleados en la matriculación de los introducidos ilegalmente; de cuyo grupo de personas formaba parte el recurrente y su co-reo, que eran quienes, llevados de su amistad del secretario de la Delegación de Hacienda —organismo encargado de la subasta y adjudicación de los coches— y abusando de la confianza en ellos depositada por aquel funcionario, fueron cambiando los facsímiles originarios y correspondientes a los automóviles abandonados por los corres-

pondientes a los entrados subrepticamente en España, para así poder legalizar posteriormente su matriculación y tenencia; de suerte que una vez sentada esa premisa fáctica, reveladora suficientemente del plan unitariamente concebido y luego ejecutado de manera fraccionada a lo largo de los años 1967 a 1969, no puede ignorarse que en el arranque de toda la conducta enjuiciada se da prístina e indubitable la *unidad de dolo* en su versión más estricta, sin que la diversidad de automóviles abandonados y subastados en trece ocasiones distintas, puedan romper aquel unitarismo inicial, antes bien, los refuerzan puesto que se da igualmente el aprovechamiento de semejantes ocasiones, se perjudica a un mismo sujeto pasivo, la Hacienda Pública, defraudada por la clandestina importación de coches y se da unidad de precepto penal violado, la falsedad en documentos oficiales prevista con igual *modus operandi* en el número sexto del artículo 302 del Código penal y cometida por particular según lo sancionado en el artículo 303 del propio Código; razones todas que deben llevar a estimar la existencia de un delito continuado de falsedad en documentos oficiales con independencia de que ello pueda favorecer al reo, pues ya se ha dicho que fueron superadas las consideraciones pietistas que están en el origen de la institución desplazadas por otras rigurosamente técnicas y acomodadas a la realidad en que debe inspirarse todo derecho punitivo; sin que ello quiera decir que dada la importancia y alcance plural de la actividad desplegada por los procesados no deba tenerse en cuenta lo dispuesto en la regla cuarta del artículo 61 del Código penal a los efectos de un condigno señalamiento de pena, aunque la misma no deba rebastar los beneficios penales a que el recurrente pueda tener derecho, para no incurrir en "reformatio in peius". (S. 6 octubre 1976.)

El "modus operandi" incriminado en esta causa es el comprendido en el número 6 del artículo 302 del Código penal, no hay duda de que será preciso para la tipicidad de la conducta que, en documento primitivamente verdadero, se realicen interpolaciones, añadidos, complementos de textos o intercalaciones, o bien cambios, mutaciones, supresiones o desfiguraciones del referido texto que, con apariencia de verdad, varían esencialmente el contenido, significación o trascendencia del referido documento. Pero, tratándose de documento privado, cobra especial relieve el problema del momento en que se considera acabado o completo y, por tanto, íntegro e intangible a los efectos del núm. 6 antes mencionado. Y por más que es frecuente sostener que el documento privado queda ultimado cuando ha sido redactado y suscrito por los otorgantes, deduciéndose así de lo prescrito en el artículo 1.225 del Código civil, es lo cierto que, examinado el contexto de los artículos 1.228 y 1.229 del mismo cuerpo legal, se deduce la eficacia de los documentos o notas firmadas por los otorgantes e incluso el de los meramente escritos aunque no firmados, si bien en este último caso ha de tratarse, naturalmente, de manuscritos autógrafos, es decir, redactados manualmente o de puño y letra por aquella persona a quien han de perjudicar. Lo que comporta que el documento privado podrá ser de redacción mecanografiada o impresa, e incluso manuscrita por un tercero o por uno de los otorgantes, y en tal caso

será indispensable la suscripción del mismo por todos los intervinientes, y desde el momento de dicha suscripción, el documento quedará debidamente terminado y en condiciones de idoneidad objetiva para la práctica de las alteraciones o intercalaciones a que se refiere el núm. 6 del artículo 302 antes citado, o, por el contrario, de redacción manuscrita o suscripción no es siempre indispensable para que el documento se reputa concluso y constituya materia proclive a las variaciones referidas (S. 13 octubre-1976.)

Artículo 303. Falsedad (delito continuado).

El segundo motivo tiene por base la infracción por aplicación indebida del artículo 302 del Código penal —precepto que ha sido aplicado tan sólo en su relación con el artículo 303, al que indudablemente quiere referirse el recurrente dado el fundamento del recurso— impugnando el recurrente la calificación de los hechos como constitutivos de cinco delitos de falsificación de documento mercantil cometidos por particular, cuando las cambiales las aportó el procesado a la reunión ya firmadas las cinco, y argumentando que se trata de un delito continuado al no llevar a cabo cinco conductas delictivas, ni realizó la falsificación de las firmas en actos aislados de lugar y tiempo, sino que fueron realizados continuadamente y como integrantes de un solo quehacer delictivo; motivo éste que debe ser estimado al aparecer de relación fáctica la concurrencia de todos los requisitos del delito continuado, destacando la voluntad unitaria culpable, verdadero eje y sustancia del delito continuado, como lo viene calificando, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 3 de mayo y 4 de diciembre de 1968 y 22 de octubre de 1970, pero las falsificaciones se hicieron, además, en el mismo tiempo, empleando los mismos medios comisivos y fueron entregadas unitariamente en la misma reunión y a las mismas personas, ello unido a la unidad de patrimonio lesionado o potencialmente lesionado; procediendo en su consecuencia estimar este segundo motivo de fondo para condenar por un solo delito continuado. (S. 5 octubre 1976.)

Artículo 303. Falsedad en documento oficial.

Para la integración del delito de falsedad documental del artículo 303 del Código penal, se exigen determinados requisitos, alguno de los cuales afectan al sujeto activo del delito, que ha de tratarse de un particular; en cuanto al documento ha de ser público u oficial, letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles; en cuanto a la mecánica comisiva ha de cometer alguna de las falsedades designadas en el artículo 302 del propio Código, que afecte a la sustancia, trascendencia o extremo fundamental del documento y tenga potencia e idoneidad suficiente para provocar un daño real en el tráfico jurídico o mercantil; y por fin, en cuanto al elemento subjetivo, ánimo, dolo o intención del agente, ha de tener conciencia de alterar la verdad y voluntad de alterarla. (Sen-

tencias de 10 de febrero y 17 de mayo de 1972, 16 de mayo y 24 de septiembre de 1973.)

En el desarrollo de tal doctrina este Tribunal tiene declarado que tienen el carácter de oficial, los documentos privados unidos a actuaciones oficiales, porque quedan amparados por la legalidad y veracidad de éstas, incluso los privados con visos de legalidad, en cuanto aparentan situaciones protegidas por el poder, consagrando errores para los particulares; los impresos verdaderos falsamente rellenos, siempre que afecten a la esencia o extremo fundamental del documento, como la potencia para daño real en el tráfico jurídico, abarcan tales alteraciones por el dolo del agente. (S. 30 septiembre 1976.)

En el caso presente, cometido el delito de falsificación de documento oficial extranjero en el territorio de la República de Venezuela, es obvio que corresponde a los Tribunales de dicho país el enjuiciamiento, y, en su caso, punición de tal conducta, con lo que habiendo sido juzgado y condenado en España el procesado, en principio, no cabe duda de que la Audiencia "a quo" cometió el error "in iudicando" denunciado por el impugnante al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 303 y 302, 9.º, del Código penal y 339 y 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; sin que quepa aplicar el artículo 335 de dicha Ley, para mantener la competencia de los Tribunales españoles, como pretende el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso por escrito, toda vez que, aun siendo cierto que el delito de falsificación comenzó a cometerse en España al escribir el procesado desde el territorio nacional a Venezuela, interesando de un amigo incógnito que le obtuviera un permiso de conducir falso y enviándole al efecto seis mil pesetas como quiera que la *inducción* para la perpetración de un delito, que es como podría calificarse esta inicial conducta —con un autor moral, el procesado, y otro material, su amigo residente en Venezuela—, *por sí sola* y a menos que *sea eficaz* y vaya seguida de la ejecución del delito por parte del inducido o instigado, carece de virtualidad y constituye un a modo de acto preparatorio impune, es lo cierto que el acto delictivo falsario se perpetró y consumó en Venezuela, y ya es sabido que, a tenor del propio artículo 335, no pueden castigar los Tribunales españoles aquéllos actos integrativos del "iter criminis" realizados en España pero que *no constituyan por sí delito*.

Lo expuesto no excluye la posibilidad de castigar en la segunda sentencia al procesado, como reo de un delito de uso de documento oficial falsificado, comprendido en los artículos 304, 303 y 302, núm. 9, del Código. Pues, *por una parte*, la doctrina más calificada sostiene, ante el silencio del Código, la completa equiparación de los documentos oficiales extranjeros con los españoles a efectos del delito de falsedad siempre y cuando el documento de que se trate sea capaz de producir efectos dentro del territorio español y de su sistema jurídico, añadiendo que si se trata de falsedad de documentos extranjeros perpetrada en España será siempre punible por aplicación del elemental principio "locus regit actum" y la cometida en el extranjero, bien en documentos españoles bien en documentos extranjeros, y tanto sea llevado a cabo por nacionales como por no nacionales, sólo será punible en los casos del artículo 336 de la Ley

Orgánica, y *por otra*, es indudable que, con independencia del lugar de perpetración del delito, el procesado, a sabiendas, usó en España el documento falsificado, con intención de beneficiarse de él obteniendo un permiso de conducir español, o utilizando el propio permiso falsificado que, al estar redactado en el idioma castellano, autoriza a su titular para conducir vehículos por vías públicas españolas, tal como dispone el artículo 261, II, d) del Código de la circulación. (S. 20 octubre 1976).

Artículo 306. Falsedad en documento privado.

Si se trata de documentos privados, cuya falsedad se castiga en el artículo 306 del Código penal, será preciso: a) la "mutatio veritatis", alteración de mudamiento de verdad, con tal de que la inveracidad o mendacidad recaigan sobre extremos trascendentes o importantes y no sobre aspectos inocuos e irrelevantes; b) que dicha alteración de la verdad se efectúe mediante cualquiera de los medios comisivos enunciados en el artículo 302 del Código penal, siquiera sea preciso reconocer la inidoneidad de algunos de ellos —7.º y 8.º— para operar sobre documentos privados; c) que la inveracidad se efectúe en documento privado, entendiéndose por tal no el definido en la angosta sentencia de 22 de octubre de 1908 —famosa precisamente por no haber acertado en su intento conceptual—, sino el aceptado comúnmente que lo define como, documento en el que, sin intervención, como tal, de fedatario o funcionario público, una o varias personas crean, modifican o extinguen una relación jurídica, preconstituidamente y con finalidad probatoria, y que no sean públicos, oficiales o de comercio —elemento negativo éste último, que es indispensable para la adecuada concreción, como han destacado la doctrina y la jurisprudencia representada por las sentencias de 12 de diciembre de 1974, 6 de diciembre de 1975 y 13 de febrero, 18 de marzo y 15 de junio de 1975, entre otras muchas—; d) que exista y se constate el llamado *dolo falsario*; y e) que, además, concorra, bien el elemento normativo consistente en *el perjuicio a tercero*, o bien el elemento subjetivo del injusto o ánimo de causar tal perjuicio, propósito específico que, con unanimidad, la doctrina y la jurisprudencia, reconocen que no es el "lucri faciendi", sino el *dolus damnosus*. (S. 13 octubre 1976.)

Artículo 344. Delitos contra la salud pública.

La doctrina de esta Sala venía estimando en la antigua redacción del artículo 344 la presencia de un delito de peligro abstracto, en que para existir bastaba la posibilidad del resultado dañoso para las personas en colectividad, teniéndolo por consumado el delito, por la simple posesión de drogas tóxicas o estupefacientes en disposición de venta, aunque no se hubiere traspasado la posesión, y al margen de la presencia incluso de lucro, ajeno a esta figura, por lo que entendía, que la mera tenencia de la sustancia unida al deseo de enajenarlas consumaba la infracción; calificación, que las posteriores reformas del Código penal afectante a tal norma, ratificaron como acertada, pues la de 8 de abril de 1967, título "ex novo"

el capítulo que contenía dicho artículo 344 “De los delitos de riesgo en general”, y la de 15 de noviembre de 1971, que modificó con mayor rigor y amplitud el contenido de tal norma, acogió, en sus numerosos verbos típicos, todo el ciclo de producción económica, e incluso el ciclo jurídico, que se refieren respectivamente, a la creación, o expansión de dichas sustancias, persistiendo el fenómeno de consumación anticipada por la mera existencia de un riesgo abstracto, y la ausencia de formas imperfectas, lo que se pone de relieve, al tipificar, la simple “tenencia” de la droga, tóxica o estupefaciente, siempre que anímicamente, el poseedor, tenga el propósito de destinarla posteriormente al tráfico, en cualquiera de sus modalidades —elemento subjetivo del injusto—, o lo que es lo mismo, la “tenencia con tendencia de tráfico” es delito del artículo 344, a diferencia de la tenencia para el propio consumo, en que por faltar el indispensable tráfico, resulta comportamiento impune, sin perjuicio de su posible encaje dentro del “tipo de autor”, y de la legislación sobre Peligrosidad Social —Ley de 4 de agosto de 1970—. (S. 7 octubre 1976.)

El artículo 344 del Código penal común, previendo y sancionando la ilícita y subrepticia expansión de drogas tóxicas o estupefacientes, se integran y perfeccionan de una parte por la concurrencia de un elemento interno o psicológico caracterizado por la conciencia del agente de carecer de autorización o justificación legal requerida para llevar a cabo cualquiera de los actos enumerados en dicho precepto, y de otro elemento de naturaleza objetiva y externa, constituido por la ejecución a sabiendas de actividades de transporte, tenencia o tráfico finalísticamente encaminado a promover, facilitar o favorecer el uso o expansión de sustancias o drogas nocivas a la salud, sin que la propia índole de esta tipicidad delictiva por ser de tendencia y riesgo preciso para su consumación del resultado material de un daño o lesión concreta en los bienes jurídicamente protegidos, que no es la salud individual, sino la colectiva o general puesta en peligro por la difusión, utilización y comercialización de las sustancias nocivas, bastando para que el delito se perfeccione, con la creación de una situación real que conduzca o dé lugar a dicho riesgo y peligro con probable certeza, de ahí que esta clase de infracciones consideradas por la doctrina científica y jurisprudencial de resultado cortado, sean difícilmente apreciables las formas delictivas imperfectas, y asimismo que cuando de las actuaciones sólo se acredita la tenencia y transporte ilegal de la sustancia nociva, el Tribunal “a quo” ante la presencia de los hechos enjuiciados, partícipes activos, y circunstancias concurrentes, siente con la mayor certeza convincente posible, el destino potencial de aquélla y el ulterior designio y finalidad de su tenedor, a efectos de valorar si la posesión es con exclusivo propósito de consumo personal o de transmisión a terceros, que es propiamente lo que criminaliza el artículo 344 citado. (S. 22 octubre 1976.)

Artículo 399. Malversación de caudales públicos.

El artículo 399 del Código regulador del delito de malversación, que la doctrina denomina, con el término de impropia, se abarcan dos figuras

similares, donde la diferencia última radica en la clase de fondos malversados: a) fondos, rentas o efectos provinciales o municipales o de pertenencia a establecimientos de instrucción o beneficencia, b) caudales embargados, secuestrados o depositados por Autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. Respecto de esta segunda figura delictiva del texto legal se derivan como requisitos esenciales del delito: 1.º En cuanto al sujeto activo que sea administrador o depositario de caudales. 2.º En cuanto al objeto de estos caudales, en su más amplio sentido, aunque pertenezcan a particulares, se encuentren embargados, secuestrados o depositados por Autoridad pública. 3.º En cuanto al "modus operandi" que el administrador o depositario, los sustraiga o consiente que otro lo haga, o se produzca la sustracción por abandono o negligencia; o se aplique a usos propios dichos caudales a destino diferente, nieguen a entregar las cosas o rechazaren el pago (artículos 394 a 398 del Código penal). Cuando media embargo de bienes en procedimiento judicial, habrá de probarse el hecho de la traba, el nombramiento y aceptación del depositario o administrador y el acta de disposición. (S. 8 octubre 1976.)

Artículo 408. Homicidio en riña tumultuaria.

Lo característico de esta figura no es sólo la especial dinámica comisiva —confusión y tumulto— sino el desconocimiento del autor del resultado lesivo principal —muerte y lesiones—, constando en cambio el de los secundarios —lesiones o violencias—, añadiéndose, por ciertos sectores doctrinales, que es una concesión al espíritu pragmático más burdo, una responsabilidad objetiva disfrazada y un homicidio, en el caso del artículo 408, que se achaca arbitrariamente a una persona por la comisión de actos no homicidas sino lesivos o violentos. Y siendo sus requisitos o elementos constitutivos los siguientes: a) *sujeto activo* lo es cualquiera de los que riñen, pero siendo delito esencialmente plurisubjetivo, han de intervenir más de dos personas, aunque el Código español, a diferencia de otros, no lo exige expresamente, habiendo declarado la sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1947 que debe concurrir pluralidad de ofensores y de ofendidos; b) *sujeto pasivo*, lo es el fallecido a consecuencia de la reyerta; y c) *la acción* o dinámica comisiva se compone de un elemento *positivo*, otro *negativo* y, finalmente, un último *subsidiario*; el elemento *positivo* es la riña, reyerta, pendencia, pelea o quimera, confusa y tumultuaria, es decir gregaria, amorfa, caótica y anárquica, de todos contra todos, entremezclándose los contendientes de tal modo que es imposible aislar o singularizar las acciones combativas de cada uno y el resultado concreto de las mismas, siendo preciso destacar que, *por una parte*, aunque este Tribunal en sentencias de 12 de enero de 1872 y 6 de diciembre de 1882, sostuviera que las banderías determinadas destruyen la figura delictiva específica, la tendencia actualmente dominante —véase sentencia de 7 de marzo de 1961—, sostiene que lo importante es que, con bandos o sin ellos, haya habido una pendencia de signo caótico, y que, *por otra*, si hay concierto previo, aunque sea tácito, para lesionar o matar a un tercero, no se aplicará el artículo 408 aunque el acometi-

miento fuera tumultuario —sentencia de 14 de abril de 1952—; *el elemento negativo*, absolutamente esencial, consiste en desconocerse o ignorarse el autor de la muerte, habiendo declarado este Tribunal, en sentencias de 11 de noviembre de 1895, 14 de octubre de 1924 y 20 de mayo de 1946, que por mucha confusión y caótico tumulto que hubiere en la campal pelea si se sabe quien es el autor jamás habrá lugar a la especialidad del tipo; y *el elemento subsidiario*, radicante en que, no conociéndose la identidad del autor, conste la de quien infirió al fallecido heridas graves, o, en su defecto, ejerció violencias sobre la persona del mismo, de tal modo que la responsabilidad de la persona incógnita se extiende a los autores conocidos de actos concomitantes agravándola en razón a su eficacia. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 420, 2.º. Lesiones.

Debe acogerse el motivo del recurso del Ministerio Fiscal, pues si el hecho probado determina, que el procesado, por imposición personal impropcedente, con motivo de querer bailar con una incipiente mujer, agredió a un joven muchacho de diecisiete años, que era su pareja, dándole diversos golpes y un 'rodillazo en los testículos, que le produjo graves lesiones, de las que curó en ochenta y un días, con pérdida del testículo izquierdo, que le tuvo que ser extirpado, quedándole la reducción de un 50 por 100 de la capacidad germinativa y hormono-secretante, no se concibe, cómo en su calificación, la Audiencia, pueda estimar, sin razonamiento alguno, esta ablación, como mera "deformidad", comprendida en el núm. 3.º del artículo 420 del Código penal, porque no reúne las características que esta Sala exige para su presencia, de fealdad y visibilidad externa, y aunque pueda ser, que subconscientemente estimare, que tal ausencia glandular, mereciera sólo la valoración de "miembro no principal", recogida en el mismo tipo delictivo, es lo cierto, que esa calificación, como postula el Ministerio Fiscal, y antes quedó demostrado, era, a su vez, imposible de acoger, debiendo sustituirse por la pérdida de un miembro principal, por tratarse de un órgano con relevante misión para el desenvolvimiento de la función generatriz, endocrínica y libidinosa del cuerpo humano, que queda muy afectada en el ofendido —en su mitad—, tratándose de un órgano con función autónoma, a pesar de ser bilateral, y cualitativamente esencial, en valoración comparativa con otros del cuerpo humano, por lo que el delito a aplicar, es el definido en el núm. 2.º del artículo 420 del mismo Código, que agrega a la pena de prisión menor, ya impuesta por la Audiencia, la de multa. (S. 6 octubre 1976.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones.

En la relación de hechos declarados probados aparece no tan solo la concurrencia de todos los elementos que según la doctrina y la jurisprudencia constituyen el delito de lesiones, sino también la agresividad del procesado que encontrándose acompañado de una señorita y estimando era observado por un viandante, se dirigió al mismo sosteniendo con él agrias palabras, siguen diciendo los hechos probados, pasando a las vías de hecho y sufriendo el citado viandante heridas de las que tardó en curar ciento

dos días, sin defecto ni deformidad, acción ésta de pasar a la vía de hecho que la resultancia fáctica atribuye tan sólo al procesado y que ha de presumirse voluntaria en virtud de la presunción "iure iunctum" establecida en el párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal, al no haberse probado lo contrario, que es reprochable al procesado, pues es sabido que en los delitos cualificados por el resultado basta —como dice la sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1975— se constate la presencia de un dolo genérico, indeterminado, indiferenciado o general de lesiones, sin que sea preciso que el agente se represente y quiera un resultado de concretas y específicas lesiones, de duración predeterminada, prefijada y de gravedad mayor o menor, es decir que, es suficiente con que la intención delictiva se proyecte y gravite sobre el simple hecho de ofender físicamente a otro, pero son que importe —en orden a la culpabilidad— que el resultado lesivo sea más o menos relevante y que fuera o no querido por el agente en su exacta, cuando no matemática, dimensión; por lo que concurren o se dan en el suceso el elemento, que niega el recurrente que concorra, de voluntad de lesionar o "animus laedendi o vulnerandi"; pero es que aun en el supuesto de que se tratase de una riña mutua y libremente aceptada, en que degenerase las agrias palabras que la precediera, cada uno de los contendientes sería agresor recíproco del otro y ambos sujetos activos y pasivos de la transgresión de orden jurídico. (S. 9 octubre 1976.)

Artículo 430. Abusos deshonestos.

Ya es tema clásico en la jurisprudencia el de si el beso erótico, dado contra la voluntad de la mujer, basta a constituir por sí mismo el delito de atentado al pudor ajeno —de abusos deshonestos violentos en nuestro meridiano jurídico— o más bien una simple contravención sin mayor trascendencia punitiva; tema eminentemente circunstancial si los hay, puesto que como viene afirmando esta Sala en sus últimas resoluciones, la distinción debe ser ensayada no sólo con arreglo a criterios *cuantitativos* de gravedad —como lo confirma *a sensu* contra el artículo 567-3.º del Código penal— sino también conforme a *criterios cualitativos*, por modo que así como en el delito se quebranta de modo preponderante la libertad sexual individual, ya de forma real y directa, ya presunta o indirecta dada la edad menor de doce años de la ofendida, en la paralela falta citada, 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 afecta a la moralidad sexual colectiva, a los hábitos morales públicos, lo que explica el encuadramiento de dicha falta entre las que atacan el orden público; de todo lo cual cabe concluir que el beso dado con carga o intención lasciva, unido a otros actos de libidine que claramente atacan a la libertad sexual del individuo en cualquiera de las dos formas —real o presunta— a que se ha hecho mención, rebasarán la esfera contravencional en sus dos esferas —de orden público, de orden personal— para integrar derechamente la superior infracción de carácter delic-

tual prevista y sancionada en el artículo 430 en relación con el que le precede. (Sentencias de 12 de abril y 25 de septiembre de 1975 entre las recientes). (S. 29 octubre 1976.)

Artículo 430. Abusos deshonestos (consumación).

El delito de abusos deshonestos, como infracción de mera actividad o comportamiento, y no de resultado objetivo, se consuma cuando el agente, con deseo libidinoso, que quiere satisfacer a medio de su conducta, realiza tocamientos impúdicos de cierto alcance cuantitativo, sobre el cuerpo de otra persona, contra o sin su voluntad, a medio de un solo acto o de una serie de actos entramados entre sí, sin que resulte preciso que aquél logre la completa efectividad sensual apetecida; no integrando tal delito del artículo 430 del Código penal, los meros actos preparatorios para la satisfacción del deseo sexual, sin operancia ejecutiva en el cuerpo ajeno, y resultando posible, a pesar de tal rápida ejecución, la forma imperfecta de tentativa de abusos deshonestos, en casos aislados y hasta excepcionales, cuando el sujeto activo poseído de dicho deseo lujurioso, que es el elemento subjetivo del injusto, produce la existencia incompleta del requisito objetivo o material, con acto o actos ejecutivos, iniciales y externos de su propósito, que recaigan ya sobre la persona ofendida, pero que no supongan el uso indebido libidinoso de su cuerpo, con la presencia de indudable peligro y que signifiquen el inicio posible del abuso mismo, y de la imposición de la opresión deshonesto. (S. 6 octubre 1976.)

Artículo 431. Escándalo público.

Según el texto legal y la interpretación jurisprudencial al mismo del artículo 431 del Código penal, regulador y sancionador del delito de escándalo público, exige para su integración de varios requisitos esenciales que la doctrina de esta Sala viene concretando de la siguiente manera: 1.ª Una ofensa al pudor —moral personal de uno o varios sujetos pasivos— o las buenas costumbres —moral sexual colectiva—. 2.º Realizada de cualquier modo lo que supone que abarca actos, palabras, imágenes, escritos, medios de difusión por tanto de amplitud ilimitada. 3.º Que los hechos supongan grave escándalo en cuantas personas los presencien o los conozcan una vez ocurrido, o trascendencia para los que las sufren, atentando a su moral sana, normal o elemental honestidad. 4.º Dolo, intención o malicia consistentes en la conciencia de la lesividad de los actos para el pudor y las buenas costumbres y voluntad de realizarla. 5.º En cuanto a la naturaleza de los actos domina el de la relatividad, porque han de apreciarse y valorarse judicialmente en sí, y en relación a las nociones imperantes en torno de la decencia, al decoro público y a las normas éticas del contorno social. (Sentencia de 20 de mayo de 1976.)

Analizando a la luz de esta doctrina el único motivo del recurso que considera infringido el artículo 431 del Código penal, es evidente que el mismo ha de decaer, pues si el recurrente, dando rienda suelta a sus inclinaciones homosexuales, se presenta en un bar, con el rostro maquillado, gran escote y con desprecio al más elemental recato y respeto a los clientes del establecimiento procede a mostrar sus pechos que por trata-

mientos hormonales se habían desarrollado en proporciones y formas femeninas, con ademanes lascivos, provocando la repugnancia e indignación de la clientela, y pese a los requerimientos de un camarero, continuó, junto con otras tales exhibiciones, que fueron contempladas por menores de quince años, es claro que su conducta integró plenamente el delito de escándalo público, reuniendo los requisitos fijados en el anterior considerando, y penado en el artículo 431 número segundo del Código penal que obligaba al Tribunal de instancia, como hizo con todo acierto, a aplicar la pena de arresto en su grado máximo. Razones que conducen a la desestimación del motivo del recurso. (S. 30 septiembre 1976.)

Artículo 436, párrafo primero. Estupro.

Es doctrina jurisprudencial reiterada y conocida la de que el llamado *estupro común o de seducción*, descrito en el párrafo primero del artículo 436 del Código penal, gravita sobre dos requisitos esenciales que mutuamente se complementan: el *engaño* y la *honestidad* de la mujer mayor de dieciséis y menor de veintitrés años, víctima de la asechanza seductora; requisitos que cobran particular relieve en la vida social de nuestros días, en la que una mayor libertad de costumbres y en el comportamiento sexual de la juventud, podrían oscurecer aquellas exigencias típicas hasta poner en contradicción las previsiones del legislador con la realidad ambiental; por lo que es preciso reafirmar las bases en que se apoya el delito, comenzando por el engaño, alma del mismo, el cual ha de tener relevancia y potencia causal tales que determina la entrega de la mujer lo que, a su vez, explica que una larga tradición jurídica, una y otra vez confirmada en la *praxis*, hasta el punto de ser exigida en algún texto de Derecho comparado, venga conectando el genérico engaño de nuestro texto legal —artículo 436, párrafo primero del Código penal— a la falsa *promesa de matrimonio*, como la más eficaz palanca, según enseña una experiencia secular, de conseguir el acceso carnal con mujer honesta, honestidad que si no explícitamente exigida por el tipo penal en esta modalidad de estupro, está latente en el mismo como implícito y sobreentendido por el legislador, pues ya se comprende que la operabilidad y eficacia de la falsa promesa matrimonial presupone la buena fama y costumbres de la joven con la que el seductor entabla relaciones de noviazgo, lo que explica igualmente que la jurisprudencia venga exigiendo en torno a tales relaciones —mostrando así la interacción de los dos elementos del delito en estudio— que las mismas estén adornadas de las cualidades de lícitas, públicas, serias y de tal entidad que presagien, aun cuando sea *tácitamente*, una fundada culminación de matrimonio (Sentencias de 4 de mayo de 1961, 9 de febrero de 1971 y 10 de noviembre de 1975, entre muchas); de suerte que en materia tan escabrosa como la examinada, es preciso evitar un anacronismo de doble filo: aquel que lleve a admitir cualquier sedicente engaño en pugna con la actual liberalización de costumbres antes aludida, como aquel otro que llevara a exigir de forma expresa y categórica —en remedo de los históricos y fenecidos esponsales— el compromiso de contraer matrimonio como previo al yacimiento, pues si es cierto que aún perdura en el seno de no pocas familias de nuestro

tiempo la formalización de un tal ofrecimiento mediante la llamada “petición de mano”, tal acto no viene a ser sino la culminación de un anterior proceso de noviazgo con virtualidad bastante para engendrar el engaño envuelto en una promesa tácita de nupcias. (S. 19 octubre 1976.)

Artículo 436, párrafo último. Abusos deshonestos.

El delito de abusos deshonestos no violentos se halla descrito y sancionado en el último párrafo del artículo 436 del Código penal, en el cual se castiga, con la pena de multa, a cualquier abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias que las establecidas en este artículo y en los dos precedentes; y si bien la referencia concreta efectuada por dicho precepto a los sujetos activo del referido delito, elimina toda problemática al respecto, como no se alude claramente en su texto al sujeto pasivo de la infracción citada, se ha planteado, tiempo ha, la cuestión de si dicho sujeto pasivo deberá ser necesariamente mujer, o si, por el contrario, podrán serlo, *indiferentemente, varón o hembra*. La primera posición, obtenida del enlace o conexión sistemáticos entre el párrafo último del artículo 436 y los demás párrafos del mismo y los artículos 434 y 435, todos del Código penal, tiene a su favor las reiteradas referencias a “doncella” —artículo 434—, “hermana” —artículo 435—, “mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés” —párrafo primero del artículo 436—, “mujer mayor de doce años y menor de veintitrés” —párrafo segundo del citado artículo 436— y “mujer honesta de doce o más años y menor de dieciséis” —párrafo tercero del mismo artículo—, es decir, la alusión constante a sujeto pasivo perteneciente al sexo femenino, sin resquicio o fisura alguna que permitan una interpretación distinta; y, además, ciertos conceptos, empleados por el legislador, como el de doncella o mujer honesta, carecen de todo valor y relieve si se han de aplicar a varón, y, v.g., el engaño a que se refiere el artículo 436, en sus primero y tercer párrafo, polarizado por la jurisprudencia en la promesa de matrimonio o en las relaciones de noviazgo serias, prolongadas y ostensibles, tampoco tiene sentido, serio y racional, si tanto el sujeto activo como el pasivo son varones; culminando los argumentos reforzadores de esa primera posición, observando que el sujeto pasivo, *varón*, de delito de abusos deshonestos no violentos, puede incluso ser *mayor de edad*, aunque menor de veintitrés años, lo que implica la concesión de una protección penal a la moralidad sexual individual, desusada y exagerada, así como completamente injustificada. Pero, sin embargo, este Tribunal, en Sentencias de 5 de marzo de 1966, 10 de diciembre de 1968, 22 de marzo de 1971 y 5 y 19 de enero de 1973, destruyó lo que parecía sugestiva y convincente tesis, valiéndose para ello de la conexión, perfectamente sistemática, entre el artículo 436, párrafo cuarto, no sólo con los párrafos y artículos inmediatamente precedentes, sino con el artículo 430, llegando así a la conclusión de que si los abusos deshonestos violentos pueden perpetrarse con persona de uno u otro sexo, el delito de abusos deshonestos no violentos o estupro puede cometerse tanto con sujeto pasivo hembra como con sujeto pasivo varón. (S. 4 junio 1976.)

Artículo 452 bis b), 1.º. Corrupción de menores.

Los hechos probados que se relatan en el resultando correspondiente de la sentencia recurrida, cuales son el que el procesado, captando la voluntad del menor ofendido mediante la entrega de 700 pesetas, logró conseguir que éste se dejase acariciar y masturbar, lo que repitió a los pocos días mediante la entrega al menor, en esta segunda ocasión, de 500 pesetas, integran evidentemente la figura delictiva que prevé y sanciona el Código penal en el número 1.º del artículo 452, bis b), como acertadamente lo entendió la Sala de Instancia, ya que los referidos actos suponen una desviación del normal ejercicio sexual con virtualidad suficiente para producir en el menor un trauma psíquico, que dado el momento en que se produce, como es el de formación integral de su personalidad, en el doble aspecto físico y moral, puede conducirle a persistir en la depravación que supone la realización de actos de la naturaleza de aquellos en cuyo ejercicio le inició el procesado. (S. 7 junio 1976.)

Artículo 452 bis d). Prostitución.

La procesada compró un piso, donde facilitaba habitación con cama a prostitutas profesionales mediante el pago de cantidades que éstas les satisfacían, y que los hombres, con los que realizaban su tráfico, "les pagaban las cantidades que habían pactado", es decir, que pagaban a las prostitutas y no a la procesada; y aunque sea cierto que la narración histórica suscita y tildada por la recurrente de insuficiente, no especifica el importe de dichas cantidades, es lo cierto que ese dato, de un lado, es completamente indiferente e inane a los efectos del precepto penal aplicado que no exige que la dedicación a la prostitución del local de que se trate persiga una finalidad lucrativa determinada y exactamente concretada, y, de otro, superfluo y ocioso, ya que basta con que una mujer yazca con hombres distintos mediante precio para que se la pueda reputar prostituta aunque no conste la suma exacta que percibe por cada entrega sexual. (S. 2 junio 1976.)

El artículo 452 bis) del Código penal, al penar como delito el relativo a la prostitución, caracterizado como favorecimiento con ánimo de lucro la prostitución ajena y donde destaca como elemento esencial, lo que esta Sala viene denominando con el nombre de *tercería* lucrativa, destaca como elementos esenciales del delito: 1.º En cuanto al sujeto activo del delito que se trate de dueño, gerente, administrador o encargado de local o servidores del mismo —número primero— o arrendadores o arrendatarios también del local donde se ejerza la prostitución o la corrupción ajenas— o los que participen en su financiación. 2.º En cuanto a los locales, abarca a todos, se hallen o no abiertos al público, donde haya un destino con alguna nota de reiteración, habitualidad o dedicación a prostitución o corrupción, bien se trate de alquiler de habitaciones, bien de viviendas, aunque el sujeto activo las ocupe en todo, en parte o viva incluso en el piso. 3.º En cuanto al acto, destino o finalidad de tales habitaciones, locales, pisos o viviendas, es ejecutar la prostitución, la co-

rrupción; explotar cualquiera de estas formas de actos inmorales o participar en su financiación; no siendo, pues, precisas más determinaciones de abarcar el comercio carnal de mujeres, las prácticas homosexuales o cualesquiera otras formas de corrupción o degradación sexual de las personas. (S. 26 septiembre 1976.)

Artículo 480. Detención ilegal.

El artículo 480 del Código penal, defiende con tipicidad básica, contra la detención ilegal realizada por particulares, de cualquier manera, que suponga la privación absoluta de la facultad deambulatoria de un ser humano que por su condición resulte antijurídica, y con ausencia de causas de justificación, y que alcanza, en su reproche, además del agente ejecutivo de la detención, según el párrafo 2.º de dicha norma, al que proporcione lugar para la realización de la misma; la que cuando recaea sobre sujetos pasivos menores o niños, contiene una mayor gravedad, por su incapacidad o dificultad de resistir, profundos efectos para su psiquismo, y alarma y conmoción para su familia y para la sociedad, operando el subtipo del artículo 481, núm. 4.º del propio cuerpo legal cuando se hubiere exigido rescate para poner en libertad al detenido, ya que el propósito lucrativo, no exigible por regla general para cometer el delito, supone una causa ilícita, que actúa como “plus” de culpabilidad y motivo desencadenante de superior peligro. (S. 28 octubre 1976.)

Artículo 489 bis. Omisión del deber de socorro.

El delito de omisión del deber de socorro tipificado en el artículo 489 bis del Código penal, constituye una infracción dolosa de comisión por omisión teniendo su razón de ser en el deber jurídico y moral de prestar auxilio al semejante que lo precisa por solidaridad humana, y cuando la omisión de tal deber se contrae a la propia víctima causada, se acrecienta la especial antijuridicidad en la conducta del agente, dado que la exigencia de actuación y auxilio es superior en su entidad que cuando se trata de víctima no propia, bastando en aquel supuesto que el culpable capte y se aperciba del peligro originado por él al darse cuenta de que existe una persona lesionada a la que deja desamparada y en contingencia grave e inminente de su integridad física, sin hacer nada por remediar la situación tras producir y conocer el accidente, optando por la conveniencia interesada y egoísta de la huida, y siendo así que los hechos declarados probados de la sentencia recurrida acreditan que el procesado atropelló a un peatón, originándole tan graves heridas que determinaron su muerte inmediata, a pesar de lo cual aquel “continuó la marcha, aunque se había dado cuenta del accidente por la rotura del parabrisas y el choque contra el atropellado”, no atendiendo los requerimientos de sus acompañantes a que parase y averiguar lo ocurrido, hasta doscientos metros más avanzados de la calzada, en donde dichos acompañantes bajaron y retrocedieron al lugar de la colisión, “mientras el procesado continuaba

su marcha hasta su domicilio”, de cuya transcripción se desprende inequívocamente la concurrencia de los elementos exigidos para la calificación del delito previsto y sancionado en el párrafo tercero del artículo 489 bis citado, toda vez que ni espontáneamente, ni aun a requerimientos de los amigos usuarios del vehículo, el procesado se detuvo a auxiliar al herido tras haberse dado cuenta perfecta del accidente y colisión acaecida, sin que existiera impedimento alguno que pudiera oponerse o desaconsejar la prestación del socorro obligado, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva esgrimida en el recurso de que “la víctima dejó de ser persona por su muerte inmediata, y sin persona a la que socorrer no podía haber delito de omisión de tal socorro”, pues el adjetivo “*inmediata*” utilizado en el “*factum*”, tan sólo refleja proximidad, prontitud o cercanía, pero en forma alguna que fuera instantánea, súbita, repentina o fulminante, como las propias actuaciones justifican, que habiendo sido vistas por esta Sala conforme a la facultad otorgada por el artículo 899 de la Ley Procesal, arrojan que la víctima fue recogida y llevada al centro asistencial donde se le apreciaron diversas heridas y conmoción cerebral de pronóstico “grave”, siendo seguidamente trasladada a la Ciudad Sanitaria “Francisco Franco” donde ya ingresó cadáver, lo que acredita que el procesado tuvo oportunidad y tiempo bastantes para prestar el auxilio eficaz que le venía impuesto por ley, moral y humanidad, que voluntariamente soslayó. (S. 8 octubre 1976.)

Artículo 508. Casa habitada.

La noción de *casa habitada* que describe el artículo 508 del Código penal a los efectos calificadores del artículo 506, número segundo del mismo Código hasta llegar a integrar un verdadero subtipo del delito de robo, es un concepto eminentemente fáctico que, si bien coincide, por regla general, con la noción legal de domicilio, ya sea en la versión civil que del mismo artículo da el artículo 40 del Código civil, ya en su versión administrativa tenida en cuenta por la legislación municipal, no es forzoso que implique tal coincidencia, pues basta, en el plano jurídico penal, que se trate de albergue o habitación de una o más personas, es decir, de lugar apto para pernoctar, de suerte que una misma persona puede tener a la vez más de una morada, incluso en localidades distintas, con entera independencia de cual de ellas pueda constituir su domicilio legal, siempre que se cumpla con la exigencia de servir de habitación, con la posibilidad, por tanto, de que en cualquier momento pueda presentarse en ella el morador ausente (Sentencias de 10 de febrero de 1949, 26 de abril de 1965); concepto el expuesto que descubre la verdadera *ratio* de esta agravante específica que no es otra que la existencia de riesgo que para las personas representa la entrada en su morada —circunstancial o permanente— de sujetos extraños con propósitos de atentar contra la propiedad, a la par que de proteger la intimidad de tal morada, razón por la cual su allanamiento con fines depredatorios queda embebido en esta modalidad o subtipo del robo (“*ad exemplum*”, Sentencia de 17 de diciembre de 1973).

Que aplicada la anterior y conocida doctrina al supuesto de hecho de la sentencia recurrida, si en su *factum* se dice del procesado que, tras de salvar distintos obstáculos, penetró en el bar del mesón de autos “y luego en la habitación que sirve de dormitorio a su propietario”, es obvio que se ha expresado de manera suficiente el concepto de casa habitada tal como se describe en el artículo 508 del Código penal y viene interpretándolo esta Sala sin que sirva a desvirtuarlo la alegación de que el perjudicado tiene su domicilio en otro lugar de la misma población, de suerte que el cuarto de que habla el *factum* más bien tendría misión de vigilancia del establecimiento que de casa habitación; pues aunque así fuera, esa función fiscalizadora es perfectamente compatible con la de habitación del dueño tantas veces como lo crean oportuno, hasta tal punto de que bien podría hablarse de segunda morada del mismo, dotada de idéntica protección jurídico-penal que la de su domicilio legal, habida cuenta del fundamento de esta agravante cualificadora que antes se ha expuesto; por cuyas razones no se precisa insistir más a fin de desestimar este motivo del recurso. (S. 28 junio 1976.)

Desistido el primer motivo del recurso, en el segundo motivo se combate por indebido la aplicación del artículo 506, 2.º en relación con 508, 1.º del Código penal por estimar que no hay casa habitada, ni dependencia de la misma. Olvida tal alegación el concepto de casa habitada del artículo 508 del Código penal, especialmente su última parte, donde se estiman como dependencias de casa habitada “los demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio, en comunicación interior con el mismo y con el que formen un solo todo”, requisito que concurren en el presente caso como describe el resultando de hechos probados. Habiendo declarado la jurisprudencia de esta Sala que los establecimientos industriales o mercantiles son dependencia de casa habitada cuando comunican interiormente con ella, como en el caso de autos, en que la dependencia de la Caja de Ahorros comunicaba interiormente con el portal del inmueble y era precisamente por donde entraban y salían los empleados de aquella. (S. 14 octubre 1976.)

Artículo 514, 1.º Hurto (diferencias con el hurto de uso).

Las diferencias esenciales que separan el hurto común del hurto de uso, de los artículos 514, 1.º y 516 bis del Código penal, se derivan en primer lugar de las propias y respectivas definiciones legales dominando en el hurto: 1.º El ánimo de lucro, 2.º La ausencia de violencia o intimidación de las personas o la fuerza en las cosas. 3.º El hecho de tomar cosa mueble ajena. 4.º La ausencia de voluntad del dueño de la cosa. En el hurto de uso hay una nota común, la falta de autorización del dueño y dos notas diferenciales: 1.ª El ánimo, que ha de ser de no haber el vehículo como propio. 2.ª El objeto, que ha de ser vehículo de motor. 3.ª La finalidad del delincuente, que sólo es el uso. La doctrina jurisprudencial, siguiendo las líneas de tales definiciones legales, destaca tales diferencias, acentuando especialmente, como del propio cuerpo legal se deduce: que en el hurto hay ánimo de apoderamiento definitivo, de ha-

cer el autor suyas las cosas sustraídas, en tanto que en el hurto de uso —sobre recaer sólo sobre vehículos de motor— la intención es sólo de usar el coche o vehículo, para su posterior abandono; abandono que desde el principio se planea por el autor... (como el sujeto tomó el ciclomotor) “con ánimo de quedárselo”, la intención delictiva está clara: lucro, sobre la cosa y no sobre su uso. El recurrente lo utiliza varios días y actuando como si fuera el dominio de la cosa, separa varias piezas, las queda para sí y el resto lo abandona. Sin que esta conducta posterior modifique la calificación del hecho, donde prima la intención. (S. 7 octubre 1976.)

Artículo 514, 4.º. Hurto (reincidencia).

Es constante doctrina de esta Sala que la pluralidad de antecedentes penales por delitos contra la propiedad, sirven para fundar la cualificativa del número cuarto del artículo 514 del Código penal, en cuanto uno de aquellos constituye uno de los delitos mencionados en dicho precepto o dos de ellos integran las dos faltas a que también alude mentado mandato penal, sin que la virtualidad de dichos antecedentes se agote en tal función cualificadora, si, una vez cumplida ésta, el resto de las condenas anteriores impuestas pueden engendrar la agravante de reincidencia, simple o múltiple (Sentencias de 28 de junio de 1907, 2 de enero de 1908, 28 de junio de 1910, 23 de junio de 1915, 28 de noviembre de 1939, 16 de marzo de 1948, 11 de marzo de 1950, 10 de marzo de 1955, 24 de noviembre de 1956, 25 de junio de 1957, 2 de diciembre de 1958, 3 de julio de 1959, 29 de marzo de 1960, 22 de noviembre de 1965, 16 de diciembre de 1967, 4 de junio de 1968, 12 de mayo de 1969, 30 de enero de 1970, 17 de marzo de 1975 y otras muchas); doctrina que no vulnera el artículo 59, pues ni la cualificativa de que se trata integra *por sí* el delito, sino que actúa como complemento del tipo, ni es tampoco *toda ella* elemento inherente al delito, puesto que sólo *una parte* de la misma sirve para complementarlo, por lo que el resto de las condenas no consumidas por la cualificación que convierte la falta en delito, pueden servir para fundar la reincidencia, en cualquiera de sus versiones, si concurren los requisitos de ellas, y sin violación, por tanto, del principio *non bis in idem*.

Que aplicada la anterior y conocida doctrina al único motivo del recurso, se hace preciso desestimarlo en cuanto pretende combatir la agravante quince del artículo 10 del Código penal como incompatible con lo dispuesto en el artículo 59 del mismo Código, una vez que en el hecho del apartado c) del resultando probatorio las condenas anteriores por robo y hurto de uso sirvieron al Tribunal *a quo* para transformar lo que sería una simple falta de hurto por la cuantía de lo sustraído, estimado en doscientas pesetas, a tenor de lo que autoriza el número cuarto del artículo 515, número cuarto del referido texto punitivo, de modo que apreciar *además* la Sala de Instancia la agravante de simple reincidencia, infringió por indebida aplicación la regla segunda párrafo primero del artículo 61; argumento que sería válido si sobre el recurrente pesara una tan sólo de las dos condenas contra él pronunciadas en 25 de noviem-

bre de 1969, pero que carece de eficacia casacional una vez que en dicha fecha fue condenado por los delitos de robo y hurto de uso, pues, según lo dicho, el primero de tales delitos asume la función de cualificar la falta, convirtiéndolo en delito, a tenor del número cuarto del artículo 515, y el segundo sirve para fundar la reincidencia simple, como con acierto apreció el Tribunal de Instancia; sin que desvirtúe esta doctrina el hecho de que ambas condenas fueran fulminadas en un mismo fallo, pues si ello hubiera sido obstáculo para apreciar la doble reincidencia —como con igual acierto desestimó el Tribunal provincial respecto de los restantes delitos de hurto y robo también penados en su sentencia, constitutivos *per se* de delito, dada la fecha de comisión de los hechos, anterior a la reforma de 28 de noviembre de 1974— no lo es, en cambio, para sentar la doctrina y requisitos de la birreincidencia antes de la mentada reforma legal de 1974; argumentos todos que llevan, como se ha dicho, o desechar el recurso. (S. 23 septiembre 1976.)

Artículo 515, 1.º. Hurto

El recurso se basa en la teoría de que la tipificación del delito cometido debe estar en relación con el valor del beneficio obtenido por el procesado, tesis a todas luces insostenibles; si el culpable vende el producto del hurto por muchísimo menos de su valor, como ocurre la generalidad de las veces, en que terceros tratan de aprovecharse de la ocasión que se les presenta, nos encontraríamos que de nada sirve la diferenciación de cuantías fijada en el artículo 515 del Código penal para el establecimiento de la pena a la que es preceptivo atenerse y si el hecho probado de la sentencia, fija el valor real de lo sustraído en 236.215 pesetas, dicha cifra es la que únicamente debe tenerse presente a efectos de la tipificación del delito, importe del perjuicio causado a la víctima; sin poder atenderse tampoco, las otras alegaciones de la defensa de ignorar el procesado el contenido de la bolsa sustraída, al abrirla, comprobando se trataba de joyas, procedió a venderlas y aprovecharse de su valor, por lo que tanto en este hurto como en todos los que se enjuicien, es preciso atenerse a la diferenciación de cuantías, no pudiendo aplicarse el número 2.º del artículo 515 como se solicita, por exceder de 200.000 pesetas el importe de la suma hurtada. (S. 22 octubre 1976.)

Artículo 516 bis. Hurto de uso.

En orden a la punición de esta conducta, pueden distinguirse hasta cuatro posiciones doctrinales y jurisprudenciales, con repercusión legal en ocasiones, a saber: 1.º) la de la *absoluta equiparación* con el hurto común, sostenimiento que los diferentes ordenamientos—el español entre ellos—, no exigen, al definir la susodicha infracción que el agente tenga un propósito de apoderamiento definitivo y total, siendo indiferente, por tanto, que el dicho sujeto activo se proponga incorporar la cosa a su patrimonio o intente tan sólo usarla durante cierto tiempo, restituyéndola

o abandonándola más tarde; como este sistema fue el romano, tal como se infiere de la definición pauliana: "Contrectatio rei alienas, lucri faciendi gratia, vel ipsius re, vel etiam usus eius, posesionisve, quod legi naturali prohibitum est admittere", y también el de las Partidas: "Malfetría que facen los omes que toman alguna cosa mueble agina encubiertamente sin plazer de su señor con intención de ganar el señorío, o la posesión, o el uso de ella", influye poderosamente en las legislaciones medievales y hasta en la Edad Moderna, con excepción del territorio francés, donde regía el adagio: "Le larcin d'usage nest pas regardé comme un veritable vol", y fue aceptado por este Tribunal, en Sentencia de 7 de diciembre de 1875, la que sostuvo el criterio rigorista de la asimilación total, y, según algunos sectores doctrinales, también por las Sentencias de 3 de enero de 1891, 9 de junio de 1906, 9 de junio de 1915, 31 de marzo de 1922 y 13 de marzo de 1930, las cuales, sin embargo, referíanse más bien al problema de la determinación del momento consumativo en el hurto común; 2.º) la de la *impunidad*, basada en el criterio de la diferente naturaleza del hurto de uso, respecto al hurto común, y en la atipicidad de aquella figura, habiendo sido mantenida por este Tribunal en Sentencias de 21 de enero de 1884, 30 de enero del mismo año y 24 de diciembre de 1949, en las que se estimó la ausencia del ánimo de lucro, parificando a este elemento subjetivo del injusto con el propósito de apoderamiento definitivo; 3.º) la de la *punición como figura específica*, e independientemente del hurto común, bien con carácter general, bien, restringidamente, para casos especiales, posición, esta última, que es la española del artículo 9 de la Ley de 9 de mayo de 1950, del artículo 10 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, del artículo 403, segundo del Código de Justicia Militar, y del artículo 516 bis del Código penal, introducido por la reforma de 1967 y remodelado mediante Ley de 28 de noviembre de 1974, así como la italiana plasmada en el artículo 626 de su Código penal, la uruguaya evidenciada en el artículo 324 del suyo, y la de otras muchas legislaciones; y 4.º) la llamada *cuantitativa* que, independientemente de la existencia de tipificaciones para casos especiales, equipara el hurto de uso al hurto común, pero sin que la tasación o justiprecio de la cosa sustraída se haga "in toto", sino atendiendo, tan sólo, al valor del uso de la misma, habiendo sido adoptada esta solución por las Sentencias de esta Sala de 24 de diciembre de 1949, referida al hurto de uso de un automóvil, de 23 de noviembre de 1967, respecto al hurto de uso de una bicicleta, de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973, referidas al hurto de uso de ciclomotor de menos de cincuenta centímetros cúbicos de cilindrada, cuya "atormentada" noción establecen dichas resoluciones de modo definitivo, y de 26 de junio de 1974, todas las cuales, en resumen, mantuvieron la tesis de que, en tales casos, la cuantía de lo sustraído se determina por el valor de la utilización, es decir, por el importe del aceite o de la gasolina consumidos o por el precio de alquiler, añadiendo que, si estos módulos no constan, se puede incardinar la conducta del infractor, según los casos, bien en el artículo 587, número primero, del Código penal, bien en el número cuarto del artículo 514 del mismo cuerpo legal. (S. 4 octubre 1976.)

Artículo 529, 1.º. Estafa.

Como manifestaciones muy comunes del elemento psicológico e ideal del delito de estafa del artículo 529, núm. 1.º del Código penal, recogidas en esta norma expresamente, se encuentran: la "ficción de empresa", que tanto supone a efectos penales, como la simulación de una actividad mercantil o civil, que aparente una entidad de importancia y seriedad negocial, en un orden complejo de actividades, y cuya ostentación, es causa de error, lucro y perjuicio patrimonial; y las "negociaciones imaginarias", integradas, por la mera figuración de celebrar el agente, un contrato de derecho privado, que promete falazmente concertar con otra persona, para ganar su voluntad, con la simulación unilateral de contraprestaciones vanas, cayendo en el error de celebrarlo, y realizado el desplazamiento patrimonial del que se aprovecha el agente, que incumple, como era su previo propósito, las promesas, ofrecidas inauténticamente, como señuelo o "artifici". (S. 4 octubre 1976.)

La llamada *estafa negocial o mercantil*, presupone, como viene declarando esta Sala, la existencia de convenciones de lícita apariencia y se acoge a la buena fe que el tráfico mercantil implica, tanto por la rapidez de sus operaciones, como por la masificación de las mismas, circunstancias que son las que explota en su beneficio el autor del fraude pero en el que, lógicamente, se reconocen todas las características del delito en examen: *engaño* o ficción, ya específico del artículo 529 y siguientes, ya genérico del artículo 533 del Código penal, *error* causado en el sujeto destinatario del engaño acerca del verdadero alcance y fines de la "propuesta" operación mercantil, *acto de disposición* originado por el yerro, por virtud del cual la cosa apetecida por el agente se desplaza o ingresa en su patrimonio o en el de un tercero en connivencia con él, y finalmente *perjuicio* que tal traslación económica origina en el sujeto pasivo (o en un tercero) con el consiguiente *lucro* para la parte injustamente enriquecida; de suerte que concurriendo todos estos elementos propios de la estafa, no debe haber inconveniente alguno en subsumir el pretendido acto de comercio en el tipo penal correspondiente, por más que se revista de la apariencia de un contrato usual en el tráfico, con pago aplazado mediante letras de cambio escalonadas u otro medio igualmente empleado entre comerciantes; antes al contrario, el *rigor poenalis* debe actuar en estos casos con mayor acuidad, precisamente para proteger intereses de alto valor comunitario implicados en la vida del comercio y evitar el desprestigio que una incorrecta y punible utilización de medios de pago como el cambiario gravitan de modo parasitario sobre los mismos hasta originar su grave deterioro por todos lamentado.

Que en aplicación del pensamiento que antecede se hace preciso ratificar la tesis de instancia cuando considera los hechos probados constitutivos de un delito de estafa del artículo 529 número primero del Código penal, sancionado en el 528 número segundo del mismo Código, toda vez que del relato se desprenden con toda evidencia los elementos característicos de dicho tipo de estafa, en primer lugar el *engaño*, representado por la ficción que utilizó el procesado de obrar en nombre de la Compañía Ch., S. A., sin ser ello cierto para lo que jugó con el equívoco de su

apellido igual al nombre de dicha empresa, engaño que provocó la entrega al procesado de veinte cajas de whisky y tres días más tarde de otras tantas, por un valor total de 154.800 pesetas, mercancía inmediatamente vendida por el procesado a precio inferior, aprovechando que para el pago habían sido libradas letras escalonadas con vencimiento en los dos meses siguientes; es decir, que el inculpado alegó una cualidad que no tenía y un crédito del que carecía para pagar en su momento la mercancía adquirida, lo que hace ingresar el engaño entre los expresamente descritos en el número primero del artículo 529 del Código penal y cuya potencia causativa se alude en el *factum*, diciendo que tanta fue la confianza que el procesado supo infundir en el ánimo del vendedor, que ni siquiera se le exigió el concepto de las letras, expresión harto gráfica del *error* que la conducta del recurrente produjo en su destinatario, causa, a su vez, del *desplazamiento* de la mercancía a manos del acusado y del *perjuicio* que se siguió para el comprador de buena fe que adquirió el whisky al reo, no menos que para la propia empresa vendedora en cuanto a la parte de mercancía no recuperada. (S. 18 octubre 1976.)

Artículo 529, 5.º. Estafa (frustración).

El recurso pretende atacar el grado de frustración en que se aprecia el delito de estafa; pero basta examinar el *modus operandi* empleado en esta ocasión por el inculpado para comprender que realizó *todos* los actos de ejecución del delito, cuales fueron el de aprovechar una letra —entre otras que le fueron confiadas por su principal para descuento— y que tenía en su dorso la firma en blanco de tal comitente, para poner mecanográficamente la cláusula de endoso a su favor y presentarla, así preparada, en la sucursal bancaria nombrada en el *factum*, para obtener el propuesto descuento de la misma lo que no logró; de suerte que bien puede decirse que *subjetivamente* se realizó plenamente el tipo penal de abuso de firma en blanco contemplado como estafa en el núm. 5.º del artículo 529 del Código penal, aunque *objetivamente* no llegara a darse la defraudación o perjuicio buscado; conducta distinta de la mera *tentativa* con la que se arguye en este motivo, pues es sabido que en este primer grado de ejecución del delito el culpable sólo alcanza a poner por obra *una parte* del *iter criminis*, de modo que en ambos planos, subjetivo y objetivo, el delito queda truncado, cosa que ya se ha visto no acontece en el supuesto de autos en que el procesado hizo cuanto estaba *de su parte* para lograr el éxito o resultado delictivo, lo que si no consiguió fue por causas ajenas a su voluntad, esto es, al ser descubierta en última instancia su suplantación. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 531. Estafa (diferencias con el art. 529, 1.º).

Entre la estafa común o propia del artículo 529 núm. 1.º, cuando el medio comisivo empleado consiste en fingirse dueño de un bien inmueble, vendiéndolo o enajenándolo o arrendando, y la específica y privilegiada del artículo 531 párrafo 1.º del propio Código, se dan como elementos comunes: el psicológico, consistente, en aparentar el agente la cualidad de propietario de la que carece respecto a determinado bien

inmueble, mediante cuyo ardid logra captar la voluntad de la víctima y el objetivo, representado por el perjuicio sufrido por el sujeto pasivo y correlativo beneficio obtenido por el activo como consecuencia del acto de disposición que aquél realiza impulsado por el error de conocimiento producido en su ánimo, diferenciándose tan solo ambas figuras, en que el tipo de la específica requiere que el inmueble tenga existencia física real, de forma que cuando sea radicalmente inexistente o imaginario el supuesto queda subsumido en la figura genérica del artículo 529, como así lo ha venido declarando esta Sala en varias sentencias, y, entre ellas, en las de 9 de octubre de 1961, 2 de febrero de 1962, 6 de mayo de 1964 y 17 de diciembre de 1968. (S. 7 octubre 1976.)

Artículo 533. Estafa.

El delito de estafa, descrito en el artículo 533 del Código penal, ya se considere, según criterio tradicional, como un *tipo complementario* que cierra la regulación legal de las “estafas y otros engaños”, a modo de cautela legislativa que evite la atipicidad de maquinaciones no descritas en los preceptos anteriores, ya se considere, con técnica más moderna como el *tipo básico o genérico* de la estafa, del que las demás especies vendrían a ser tipos cualificados a virtud de los específicos engaños que recogen, es lo cierto que, en todo caso, habrá de reunir los elementos propios y característicos de toda estafa, a saber, el *engaño* inicial y *causativo* del *yerro* producido en el sujeto pasivo sobre la realidad de la situación suscitada por el sujeto agente, error que, a su vez, es causa del *acto de disposición patrimonial* por virtud del cual la cosa apetecida por el culpable pasa a su poder, lo que origina, por ende, un *perjuicio* para el defraudado con correlativo *lucro* para el delincuente; de suerte que la única especialidad de este tipo básico es que el engaño sea reconocido por vía negativa, o, como dice el precepto, “no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección”, los que por actuar como *lex specialis* desplazarían a la norma genérica que es el artículo 533; sin que, por lo demás y como acontece en todo ataque patrimonial de esta índole, sea óbice para el *nacimiento* del delito el que la conducta engañosa se produzca en el seno de la contratación o del tráfico mercantil —en el que tantas veces se produce la llamada estafa comercial— como tampoco será obstáculo a la *consumación* de la estafa que el perjuicio ya producido con el efectivo desplazamiento de la cosa a manos del culpable, se enerve por la posterior devolución o indemnización, conducta que queda ya extramuros del tipo y que sólo afecta, como es harto sabido, a la subsistencia de la responsabilidad civil, pero no a la responsabilidad penal que ya quedó afirmada y que sólo puede beneficiarse con la posible atenuante de arrepentimiento espontáneo si, por acaso, se dan los requisitos de tal minorante de la sanción penal. (S. 14 octubre 1976.)

Artículo 535. Apropiación indebida.

Tras las reformas penales de 1870 y 1944, las dos hipótesis de acción que se albergan en el artículo 535 del Código penal: la *apropiación o dis-*

tracción de dinero o cosa mueble ajenos, y la *negación* de haberlos recibido quedan perfectamente equiparados en el tipo, de suerte que este último supuesto de negativa no es una simple mendacidad *subsequens*, sino que es menester ponerlo en relación con los títulos fiduciarios que otorgan la posesión al *accipiens*, con la resultante obligada de entregarlos o devolverlos al *tradens*, tan pronto como lo exija la naturaleza jurídica del título transmisor de la posesión, de modo que la falsa alegación de no haber recibido la cosa confiada por su dueño viene a funcionar como simple presunción de *iure* del apoderamiento; con lo que dicho se está que en la hipótesis de que se cobra toda su vigencia la problemática —que por ello es común a los dos supuestos— del título traslativo de la posesión, en cuyo enunciado el legislador ha seguido un claro sistema de *numerus apertus*, por lo que el depósito, comisión o administración que se mencionan como paradigmáticos del tipo, no excluyen la posibilidad de que intervengan otros —incluso innominados o atípicos en el campo iusprivatista— siempre que guarden con los nombrados la fundamental analogía de otorgar la posesión de la *res commendata* al sujeto activo del delito, con la fundamental consecuencia de entregarla o devolverla a quien, en definitiva, resulte dueño de la misma, en el tiempo y circunstancias que se desprendan del propio título que sirve de fundamento a la transitoria situación posesoria (ad exemplum Sentencia de 18 de mayo de 1963). (S. 6 octubre 1976.)

El contrato de empresa o de arrendamiento de obras, regulado en los artículos 1.588 y siguientes del Código civil, es título apto e idóneo para generar apropiación indebida de los materiales que el “dominus” entregue al artífice o constructor y que éste no destine a la finalidad convenida o de los que se apropie incorporándolos a su patrimonio, pero en el caso de recibir dinero del referido dueño, en concepto de precio, de parte de él, o con el carácter de precio anticipado de la sobras que se ha obligado a realizar, es indudable que el receptor de dicho dinero no se constituye en mero poseedor legítimo de tales bienes con obligación posterior de intervenir, entregar o restituir, sino que, habiendo adquirido la propiedad del mencionado dinero, le corresponden, sobre él, todos los derechos atribuidos y concedidos al dueño por el artículo 348 del Código civil, entre ellos el “*ius disponendi*” y, por tanto, si no lo destina a la construcción pactada sino que se lo apropia, incorpora a su patrimonio o dispone del mismo en su exclusivo provecho y además no realiza la obra pactada, ello entrañará un incumplimiento de contrato con indudable trascendencia en el orden civil pero carecerá de relevancia penal por la vía del artículo 535 del Código punitivo; sin que por lo demás quepa incardinar el caso en preceptos de la índole de los artículos 528 y siguientes del Código penal, porque en la narración histórica de la sentencia de instancia, no hay huella, rastro o atisbo de que el procesado se valiera de cualquier tipo de falacia o engaño para conseguir la entrega del dinero y de las letras de cambio de autos. Procediendo en consecuencia estimar el segundo motivo del recurso, por aplicación indebida del artículo 535 del Código penal. (S. 20 octubre 1976.)

Artículo 543. Usura encubierta.

Según doctrina de esta Sala, la modalidad de *usura encubierta* descrita típicamente en el artículo 543 del Código penal exige dos inexcusables requisitos: a) La realidad de un *préstamo usurario*; y b) que ese préstamo subyacente y oculto pero existente, *se disfrace* o vista de otra forma contractual cualquiera; de tal modo que así como en la usura habitual es la iteración de la conducta, la "consuetudo delinquendi": la que acota la originaria ilicitud civil tornándola en antijurídico-penal, en la usura encubierta o "palliatá" es la adopción de formas lícitas en el tráfico jurídico para enmascarar un negocio reprobable por logrero y leonino, haciendo más difícil su descubrimiento y persecución, lo que determina su elevación a delito penal; por más que esta modalidad delictiva esté también prevista como ilícito civil en la llamada "Ley Azcárate" de 23 de julio de 1908, en su artículo 9.º, dualidad que se explica por la posterior instauración de la usura como delito en nuestro Derecho a virtud de las reformas penales de 1928 y de 1932, en particular esta última, debiendo entenderse, dada la virtual coincidencia de ambas previsiones, que la penal desplaza a la civil, siendo, en cambio, esta última-disposición la que seguirá suministrando el concepto de préstamo usurario, a lo menos con fuerte valor indicativo, por lo que, a tenor de su artículo 1.º, cabrá atender para la antedicha calificación, no sólo a la exigencia de intereses desproporcionados, sino a los otros dos supuestos, alternativos del primero, de haberse otorgado el préstamo en condiciones leoninas o de suponerse recibida mayor cantidad que la entregada. (S. 27 octubre 1976.)

Artículo 565. Imprudencia.

La conducta seguida por la víctima, en la culpa atribuible a otra persona, y que condujo al daño de aquélla, de contribuir causalmente al evento, con aportación colateral y favorecedora, influyendo en el mismo, si bien no determina la ausencia de culpa de la conducta esencial y originadora del agente, sí posibilita la rebaja de su grado o entidad cualitativa, porque actúa dentro de la relación causal natural y directa, que liga la referida conducta principal con su efecto, al ayudar, de manera más o menos intensa, en la consecución del daño o del mal, contribuyendo con la causa ajena complementariamente, de manera concausal, lo que aún tiene mayor influencia, si la conducta culpable y ajena de la víctima, no resulta previsible con claridad y evidencia. (S. 2 junio 1976.)

Es preciso recordar que la calificación de excesiva o adecuada, aplicada a la velocidad que debe desarrollar un vehículo de motor en orden a la seguridad del tráfico en que se ve inmerso es eminentemente relativa y circunstancial, dependiendo, por tanto, de múltiples factores implicados en la circulación, los más caracterizados de los cuales se hallan ya estereotipados y recogidos en las normas que regulan una actividad tan fuertemente reglamentada como la circulatoria, lo que implica, de una parte, la previa existencia del llamado *deber de cuidado*, y de otro lado, su fácil

captación por el destinatario de dicha norma, en gracia, precisamente, a la previsibilidad *del peligro* de la situación contemplada por aquélla, lo que traducido a términos de dogmática penal implica la conjunción de los dos elementos —*normativo y psicológico*— en que se basa la noción de culpa o imprudencia punible, siendo ya una cuestión de mera mensuración, la de determinar si la culpa es leve (simple en el lenguaje legal) o grave (temeraria en el mismo orden) y si infringe o no una norma reglamentaria (lo que de ordinario así ocurrirá por lo antes dicho) y bien entendido que tal infracción normativa no ha de consistir en pura desobediencia (propia del injusto policial o administrativo) sino que ha de *operar causativamente* respecto del *resultado* dañoso, con el que se cierra el conjunto de factores integrantes del delito culposo en el aspecto de que se trata. (S. 7 octubre 1976.)

El artículo 565 número primero del Código penal al definir y penar el delito de imprudencia temeraria, viene a establecer que éste consiste en realizar un hecho, con tal descuido y falta de atención, que si en lugar de esta conducta negligente, hubiera mediado malicia constituiría delito. La doctrina ya antigua de esta Sala ha venido estableciendo como requisitos esenciales del delito: La acción u omisión voluntaria, no maliciosa, un mal efectivo y concreto y una relación de causalidad entre aquélla y éste (Sentencias de 22 de diciembre de 1959, 12 de junio de 1961 y 26 de febrero de 1962, entre otras muchas). Modernamente y al compás de la evolución de la doctrina y de los tiempos se viene afirmando que la esencia y raíz de la imprudencia es la desatención en el actuar de las personas que provoca un descontrol de la conciencia y de la voluntad con que se actúa, así como del campo, los objetos y las personas sobre las que recae aquella actividad. Esta desatención es base de la imprudencia temeraria, cuando se incurre en imprevisiones de lo que era fácil, asequible y vulgar de prever, y que eran exigibles a cualquier persona. Con ta conducta se infringen los deberes objetivos de cuidado, y se crea un riesgo previsible, evitable y atribuible al sujeto con actuación negligente; un resultado lesivo constitutivo de delito y una relación de causalidad, inmediata, directa y eficaz entre el hecho humano, con negligencia grave y el mal efectivo y concreto, sin interferencia decisiva de elementos extraños (Sentencias de 15 de febrero, 21 de marzo de 1974 y 20 de marzo de 1975, 22 de diciembre de 1975, 28 de enero y 13 de marzo de 1976, entre otras muchas). (S. 18 octubre 1976.)