

## Jurisprudencia penal 1971

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

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

### § 1. Artículo 1.º, **Voluntariedad.**

“**Sin la malicia o dolo puede haber y hay voluntariedad con la culpa, la de los preceptos que regula ésta al completarse el artículo 1.º del C. p. con los artículos 565 y 586 del C. p., integrándose así la voluntad criminosa, bien con el dolo —la forma más grave— o con la culpa; todo ello como enseña la doctrina de esta Sala**” (S. 17 mayo 1971). Cfr. en sentido idéntico: SS. 17 marzo 1934, 21 marzo 1944, 8 marzo 1946, 28 febrero 1948, 28 noviembre 1955, 28 enero 1970.

### § 2. Artículo 3.º, **Formas imperfectas de ejecución.**

El tipo penal contemplado en el artículo 341 [delito contra la salud pública], encierra **un delito de riesgo o peligro que no precisa de acaecimientos físicamente perceptibles con cambio en el mundo externo**, bastando la situación de riesgo, por lo que **de existir resultado material típico penalmente, se penaría en concurso de delitos** (9 marzo 1971).

“**Los delitos de riesgo o de peligro, a diferencia de los de resultado, no admiten formas imperfectas de ejecución**”; **bastando para su consumación la manifestación externa de cualquier acto que dé a conocer aquella situación** (S. 19 mayo 1971).

El delito contra la salud pública, previsto en el 341 del C. p., y concebido como **delito de peligro, se consume por la mera actividad inicial de tráfico**, sin necesidad de que se realice la venta de la droga de un modo específico o concreto, ni tampoco de su pago, bastando se conozca que ha quedado a disposición del adquirente que pretende enajenarla posteriormente (9 marzo 1971).

**Se rebasan los límites de la tentativa y se entra en el terreno de la frustración, cuando la procesada ha practicado todos los actos que deberían producir como resultado la muerte** (S. 25 marzo 1971).

“**Mal puede haber desistimiento en la tentativa, cuando se ha llegado ya al terreno de la frustración**” (S. 25 marzo 1971).

§ 3. Artículo 8: 1.º, **Trastorno mental transitorio (Embriaguez).**

Para que la embriaguez posea fuerza de circunstancia eximente es menester:

— que produzca en el sujeto una **situación de trastorno mental transitorio, de base patológica o psíquica**, por su honda repercusión en las facultades mentales.

— que sea **plena, completa y total**, con anestesia moral y física, anuladora de la voluntad y perturbadora del entendimiento.

— que sea, por último, **fortuita**, es decir, ocasionada por mero accidente, **sin intención deliberada de producirla y sin culpa**, descuido o negligencia por parte del sujeto activo del delito (S. 14 mayo 1971).

§ 4. Artículo 9: 9.ª, **Arrepentimiento espontáneo.**

Esta circunstancia de atenuación de la responsabilidad criminal exige como elemento o presupuesto subjetivo el que el sujeto actúe movido por nobles impulsos de puro y verdadero arrepentimiento (S. 13 mayo 1971).

§ 5. Artículo 9: 10.ª, **Atenuantes por analogía.**

“Caracterizada la personalidad del delincuente, autor de un delito de apropiación indebida, como **psicópata-abúlico**, con capacidad de conocimiento y de autororientación en el sentido de la norma, pero con capacidad de autodeterminación disminuida por la hipobulia, ello impide hablar aquí de **exercción completa o incompleta, pero no**, en cambio, de una **atenuante por analogía** del número 10. del artículo 9 del C. p., de significación análoga a la 1.ª del mismo artículo, en relación con la número 1.ª del artículo 8 del mismo cuerpo legal (S. 21 abril 1971).

§ 6. Artículo 10: 1.ª, **Alevosía.**

La agravante de alevosía va referida a la **dinámica del agente** (elemento objetivo) y agrava por la **mayor culpabilidad** que éste manifiesta por su cobardía y perfidia (elemento subjetivo) (S. 10 mayo 1971).

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

La existencia de la noche matiza el hecho con unos caracteres que lo tiñen de una **facilidad de comisión para el autor**. Por lo que, según reiterada doctrina del T. S., “siendo de noche, **no importa que se señale la hora de comisión del delito**, cuando se aprovecha la noche bascada de propósito para cometerlo, sin que sea obstáculo el hecho de que el lugar estuviese iluminado” (S. 10 mayo 1971).

§ 8. Artículo 10: 13.ª, **Despoblado.**

La agravante de despoblado ha sido correctamente aplicada —según declara el T. S.— en los delitos de coacción y de hurto cometidos con ocasión de llevar los procesados a la mujer, víctima del suceso, a un **lugar alejado de**

**todo vecindario, con intención de cohabitar uno solo con ella en virtud de lo previamente pactado y bajo precio convenido.** Y, mientras lo realizaban, en el camión, el otro procesado sustrajo del bolso de la víctima la cantidad convenida y otras 1.500 pesetas (S. 13 mayo 1971).

§ 9. Artículo 10: 14.<sup>a</sup>, **Reiteración.**

La circunstancia agravante de reiteración —declara el T. S., fijando su criterio comparativo en el catálogo legal de penas asignadas a los delitos debatidos— ha sido correctamente aplicada en el delito de hurto (arresto mayor), por haber sido el culpable condenado anteriormente por el delito de abandono de familia (arresto mayor y multa) (S. 27 mayo 1971).

§ 10. Artículo 10: 15.<sup>a</sup>, **Multirreincidencia** (61: 6.<sup>a</sup>).

El que anteriormente hubiese sido condenado el procesado por un delito de escándalo público y otro de abusos deshonestos engendra la circunstancia agravante de doble reincidencia. Contra lo que no cabe alegar que el delito de prostitución por el que ha sido recientemente condenado haya sido incorporado al catálogo delictivo en la reforma penal de 1963, ya que, al delinquir el culpable (en 1967), había sido anteriormente condenado por dos delitos que vienen comprendidos en el mismo título del Código penal, dándose una perfecta homogeneidad entre las condenas anteriores y la actual por venir incluidas las tres en el título IX del libro II del Código penal bajo la rúbrica de “delitos contra la honestidad”. No cabe, pues, hablar de retroactividad desfavorable para el condenado (S. 1 marzo 1971).

§ 11. Artículo 10: 16.<sup>a</sup>, **Allanamiento de morada.**

Para apreciar esta circunstancia agravante basta con que el delito se cometa en el hogar del ofendido, **sin que sea preciso que el agente posea la intención de menospreciar el hogar de aquél, ni cualquier otra motivación subjetiva;** bastando que conozca la calidad de ajeridad de la morada y el querer dolosamente cometer el delito, después de haber entrado en ella con el permiso del morador (S. 24 marzo 1971).

§ 12. Artículo 11, **Circunstancia mixta de parentesco (Agravante).**

Ha sido correctamente aplicada, al acreditarse la existencia del vínculo parental, tratándose, además, **de delitos contra las personas** y en base a las circunstancias existentes, que agravan la conducta del procesado al ultrajar la pureza y honestidad de una **niña hermana de su mujer** (S. 13 mayo 1971).

§ 13. Artículo 14: 1.<sup>o</sup>, **Autoría (mediata).**

“Si es autor de la infracción criminal el que mediante su actuación, activa u omisiva, realiza el tipo de lo injusto personal, será “**autor inmediato**” el que ejecuta directa, física y personalmente el delito; y “**autor mediato**” el que, sin ejecutar dicha actividad, causa, sin embargo, el resultado, sirviéndose de otra persona como medio o instrumento para la perpetración ejecutiva; en cuyo

supuesto, por ser más revelante su voluntad (**animus doli faciendi**) que el que-hacer material secundario, se **estima como autor directo e incluido en el número 1.º del artículo 14 del C. p.** (S. 12 mayo 1971).

§ 14. Artículo 14: 3.º, **Cooperación necesaria (Diferencia con complicidad).**

La diferencia entre la cooperación descrita en el número 3.º del artículo 14 del C. p. y la complicidad (art. 16) se halla **“en el grado de eficacia de los actos realizados, con referencia al resultado concreto”** (S. 18 diciembre 1971).

§ 15. Artículo 19, **Responsabilidad civil “ex delicto”.**

“Extinguida la responsabilidad penal por prescripción del delito y dictada sentencia absolutoria, no puede hacerse un pronunciamiento condenatorio en el orden civil, al faltar el apoyo necesario de la condena penal” (S. 22 marzo 1971).

§ 16. Artículo 22, **Responsabilidad civil subsidiaria.**

La responsabilidad civil subsidiaria **“ex delicto”** nace y es exigible cuando se da la presencia de dos requisitos: existencia de una **relación de dependencia** entre el responsable directo y aquel a quien dicha responsabilidad se atribuye y **comisión del delito cumpliendo el sujeto activo el cometido o servicios propios de esa relación** (S. 19 mayo 1971).

§ 17. Artículos 27, 29, 31, 36, 37, 41, **Inhabilitación especial.**

Al desaparecer en el Código penal de la República el **carácter de perpetuidad** que las penas de inhabilitación poseían en el Código de 1870, si se compara la regulación los artículos 27, 30 y 36 a 42 de aquel Código penal se hacen de las penas de inhabilitación especial y suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, con la regulación actual, se deduce que, dada la misma redacción legal y los efectos sustancialmente idénticos que producen tales penas, **son cualitativamente unas mismas sanciones principales o accesorias** —de acuerdo con el doble carácter que les otorgan los artículos 27, 29 y 31 del C. p.—, diferenciándose **tan sólo cuando actúan como principales por la duración cuantitativa de su cómputo principal**. Esta coincidencia cualitativa determina que, cuando el C. p. impone, como hace el artículo 417, la pena principal de inhabilitación especial, con sus efectos previstos en los artículos 36, 37 y 41 —y, además, los de prestar servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos públicos o privados—, no es procedente, al imponer como otra pena principal la de prisión mayor o menor o arresto mayor, pronunciar como pena accesoria de estas últimas la de suspensión, porque ésta viene integrada por sus efectos comunes, o absorbida por la de inhabilitación especial. Si no fuese así, se produciría un **“bis in idem”**, duplicándose las mismas penalidades (S. 9 diciembre 1971).

§ 18. Artículo 68, **Concurso de leyes (estafa y falsedad en documento privado).**

No siempre que el delito del **“falso documental”** es medio necesario para

la comisión de otro delito, debe desplazar éste a la falsedad, puesto que esto equivaldría a negar la posibilidad del concurso real y heterogéneo entre especies delictivas como la falsedad y estafa. Ello no obstaculiza el que los diversos comportamientos falsarios puedan unificarse cuando concurren las conexiones objetivas y subjetivas necesarias (S. 29 septiembre 1967). Del mismo modo que pueden aglutinarse las diversas acciones defraudatorias a las cuales las anteriores falsarias sirven de medio comisivo. Por tanto, si la falsedad recae en un documento privado, la especial exigencia de un perjuicio patrimonial en potencia o actual destipifica el delito de estafa al que tiende la falsificación, viniendo entonces a apreciarse concurso de normas, en lugar de concurso de delitos. De forma que si el principio de alternatividad acogido en el artículo 68 atribuye mayor pena al delito de estafa, prevalecerá esta calificación sobre la de falsedad en documento privado (S. 8 octubre 1970). Por lo que, en definitiva, sólo cuando el delito de estafa tenga señalada pena superior a la fijada en el artículo 306 para segunda. **Debiendo retrotraerse al concurso de delitos cuando estemos en presencia de documentos públicos y oficiales** (S. 2 marzo 1971).

#### § 19. Artículo 71, Concurso de delitos.

No debe aplicarse el precepto debatido, cuando concurren delitos o faltas, pues ello equivaldría a hacer una interpretación extensiva prohibida en materia penal, ignorando el criterio legal de coexistencia de dos delitos en relación de medio a fin, para, por el contrario, aplicarlo indebidamente a complejos integrados por delitos y faltas (S. 12 abril 1971).

#### § 20. Artículo 93, Condena condicional "ex arbitrio iudicis".

El autor de la Audiencia desestimando el recurso de súplica, que denegaba la concesión de la condena condicional en un supuesto de imposición de penas de 4 años, 4 meses y 1 día de destierro y multa de 25 pesetas a un delito de injurias graves a un particular, **no es recurrible en casación, puesto que no existe un precepto legal que autorice el recurso** —según exige el artículo 848, 1.º de la LECrim—, en base a la concepción del instituto como "un beneficio como concesión discrecional del juzgador o con carácter graciable" (S. 3 mayo 1971).

#### § 21. Artículo 94: 1.º, Condena condicional "ex necessitate legis".

Reitera nuestro T. S. que para que pueda aplicarse la condena condicional por ministerio de la ley es menester que concurren "además aquellos requisitos del artículo 93", es decir: los presupuestos generales básicos que regulan la concesión del instituto "ex arbitrio iudicis".

Por ello, aunque para la aplicación de la condena condicional "ex lege" se precise, además, la concurrencia de una exigente incompleta, "la función de ésta no queda agotada en los casos de penas privativas de libertad no superiores a una año"; ni tampoco tiene por qué ir acompañada de otra atenuante muy calificada para que el tribunal pueda extender la concesión de la condena condicional a penas de hasta dos años de privación de libertad. Pues ello sig-

nificaría, en primer término, que el Tribunal se vería privado, en los casos de condena condicional por ministerio de la ley, **del necesario arbitrio que le concede el artículo 93; párrafo último, del C. p.**; y, en segundo, **que se consideraría a la eximente incompleta de rango inferior a las atenuantes muy calificadas**, siendo así que éstas últimas pueden motivar o no la rebaja de la pena en uno o dos grados —de acuerdo con la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61—, mientras que las eximentes incompletas **provocan siempre y de modo imperativo** dicha rebaja, según el tenor del artículo 66.

En síntesis, la preceptiva del artículo 93 de nuestro C. p. vigente rige también para los casos de aplicación de la condena condicional “**ex necessitate legis**”, previstos en el artículo 94 del C. p., **incluyendo, además, la facultad concedida por el último párrafo del artículo 93 al tribunal para extender dicho beneficio hasta el tope de penas privativas de libertad de dos años de duración, sin necesidad del plus de otra atenuante calificada** (S. 8 febrero 1971).

#### § 22. Artículo 94: 2.º, Condena condicional “**ex necessitate legis**”.

En lo que respecta a la aplicación de la condena condicional por ministerio de la ley, en los casos contemplados por el número 2.º del artículo 94 del Código penal, el T. S. reitera la doctrina sentada, a este respecto, en un caso similar al planteado ahora, por la S. 22 enero 1970, según la cual, en la frase “**en los delitos que se persiguen a instancia del agraviado**”, empleada por dicho precepto, el concepto “**instar la persecución de un determinado delito**” ha de entenderse como “**el ejercicio de la acción penal por medio de la correspondiente querrela criminal**”. Y, por consiguiente, es necesario circunscribir el ámbito del precepto que se examina **a los delitos que únicamente pueden ser perseguidos mediante querrela del agraviado**, no a los que no precisan tal requisito, aunque no puedan reputarse públicos, sino semipúblicos, cuando la facultad de denunciarlos venga a limitada a ciertas personas o entidades, encargadas de velar por el patrimonio moral de los menores que el Estado no deja sin protección ante el posible abandono de sus guardadores o representantes.

De acuerdo, pues, con la normativa ínsita en el párrafo último del artículo 443, el T. S. parece limitar el alcance de la interpretación dada al concepto “**instar la persecución de un determinado delito**” a **los supuestos en que la víctima u ofendido sea un menor y, además, se trate de delitos atentatorios contra la honestidad de tales menores** (como estupro, etc...), en base a que la concesión del perdón del ofendido requiere, según dicción literal del 443, ser aprobada por el Tribunal o por el Ministerio Fiscal. De otro modo, concluye la sentencia, “**se burlarían por entero las previsiones del legislador, que no confiando en el perdón del representante de la menor, dejaría de evitar la impunidad del culpable lograda merced a esta sencilla vía de la solicitud de ese mismo representante, de la concesión de condena condicional**” (S. 13 diciembre 1971).

#### § 23. Artículo 104, Responsabilidad civil “**ex delicto**” (en aborto con resultado de muerte).

Aunque en el delito de aborto con resultado de lesiones graves se excluye la declaración de responsabilidad civil indemnizatoria en favor de la abortada

—por el contrasentido que supone que una coautora resultara enriquecida a costa de sus cooperadores en el aborto criminal—, **no sucede así**, por el contrario, **en el supuesto de aborto con resultado de muerte**. En éste no cabe imaginar que la abortada, víctima real del delito, quisiera, ni por asomo, ese resultado letal, por lo que es evidente la **justificación de la responsabilidad civil contraída por los ejecutores supervivientes**, en virtud del artículo 19 del Código penal. **Pero no en favor de la abortada, sino de sus familiares, titulares, según el artículo 104, de la indemnización**, en cuanto éstos no consintieron el delito ni sus consecuencias y son realmente los perjudicados moral y materialmente por la muerte de su pariente. Finalmente, la indemnización no se rige por las normas y pautas de la herencia, sino por el perjuicio irrogado (S. 17 diciembre 1971).

**Consentido el aborto por la grávida, no acabe acordar a su favor una indemnización por las lesiones sufridas** —como había acordado la Audiencia— y con cargo a la persona que realizó las maniobras abortivas, según ha declarado la Sala 2.<sup>a</sup> en casos de lesiones graves con ocasión de realizarse el delito de aborto (S. 12 mayo 1971). En sentido idéntico: S. 23 noviembre 1971.

§ 24. Artículos 105, párrafo 2.º, y 101: 3.º, **Responsabilidad civil “ex delicto”**.

El número 3.º del artículo 101 del C. p. remite el concepto “**indemnización**” a la **noción de perjuicio** de la que son titulares los perjudicados a tenor del artículo 105 del mismo cuerpo legal; de forma que si bien suelen serlo de ordinario los herederos, **no es imposible**, sin embargo, **que determinados herederos no resulten perjudicados por la muerte de su causante hereditario, por cuanto es distinto el concepto de la herencia y el del perjudicado por el delito**, tal y como se infiere de los artículos 103 y 104 del C. p. (S. 16 marzo 1971).

Es doctrina reiterada por la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. que el **asegurador no es perjudicado por el delito** —y, por tanto, no puede ser parte—, **puesto que el vínculo del asegurador no se produce “ex delicto”, sino solamente “ex contracto”** (S. 16 marzo 1971). Cfr. en sentido idéntico: SS. 9 diciembre 1968, 13 junio 1969, 1 diciembre 1969 y 30 octubre 1970.

§ 25. Artículo 119, **“Autoridad” (concepto)**.

Las agresiones contra Abogados y Procuradores relacionadas con el ejercicio de sus funciones no justifica la extensión a los mismos de la más peculiar y enérgica protección del artículo 119 del C. p. —definitoria del concepto de funcionario público desde el punto de vista jurídico-penal—, por cuanto a **ninguna de esas dos categorías profesionales se las puede encajar en el concepto de autoridad pública según el referido precepto**, por tratarse, en suma, de “profesiones liberales de mera postulación o representación ante los Tribunales, de índole bien distinta a la pública función de la Administración de justicia desempeñada por los juzgadores, funcionarios y los miembros del Ministerio Fiscal” (S. 18 marzo 1971).

§ 26. Artículo 173: 2.º, **Asociaciones ilícitas**.

“La «E. T. A.» es una agrupación prohibida por programar la subversión

violenta para desmembrar de la unidad de la patria parte de su territorio”, habiendo realizado el inculpado actividades de autor punibles en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 174 del Código penal (S. 13 mayo 1971).

173: 3.º, **Asociaciones ilícitas.**

“La rama juvenil de las «Comisiones Obreras», entidad que persigue la mutación de la estructura estatal por el uso de la fuerza”, encuadra en el tipo penal contemplado (S. 24 mayo 1971).

§ 28. Artículo 184, **Detención ilegal (por funcionario público).**

En un supuesto de detención ilegal practicada por un Suboficial del Cuerpo de Policía Municipal, la Audiencia aprecia la existencia del delito previsto en el artículo 184 del C. p., y el T. S. confirma la sentencia, incidiendo en los siguientes extremos: Para la existencia de esta figura delictiva se precisa: que **la detención sea arbitraria y sin fundamento legal alguno; y que la inexistencia del delito sea palpable y evidente.** Ya que, si existe, al menos en apariencia, un delito o motivo bastante para estimar racionalmente que la persona detenida tomó parte en la comisión de un delito, faltaría entonces el dolo específico de la infracción contemplada. Aunque después se llegue a demostrar la inocencia del detenido o el error padecido al calificar judicialmente y de forma provisional los hechos que dieron lugar a tal detención (S. 17 diciembre 1971).

§ 29. Artículos 231: 1.º, 232: 2.º, **Atentado a la autoridad.**

“El juez de paz es “autoridad”, por razón de mando y por ejercer jurisdicción propia, según el artículo 65 del Decreto orgánico de 19 de junio de 1969; de modo que si acudió al lugar del suceso en virtud de denuncia, viéndose amenazado e insultado soezmente por el procesado, concurren los elementos objetivo y subjetivo que determinan el **delito de atentado a la autoridad**” (S. 24 marzo 1971).

§ 30. Artículo 239, **Blasfemia.**

El tipo del artículo 239 del C. p. se llena cuando se blasfema el Santo nombre de Dios en presencia de numerosas personas, por lo que se dan los tres elementos requeridos por el tipo: **publicidad, ofensa a la Divinidad y grave trascendencia y escándalo entre los circundantes.** No procede degradar este delito a la calidad de la falta del número 1.º del artículo 567, por cuanto ésta viene reservada para **las blasfemias sin publicidad y que no supongan grave escándalo público** (S. 2 marzo 1971). En sentido similar, S. 15 febrero 1960.

§ 31. Artículo 303, **Falsedad en documento mercantil.**

De acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala 2.ª del T. S., son documentos mercantiles, a los efectos de aplicar el artículo 303 del C. p., **“todos aquellos que expresen una operación de comercio o que sirvan para demostrar derechos de naturaleza mercantil”.** Vienen comprendidos, por tanto, en dicha categoría.

conceptual no sólo los documentos regulados en el C. de c. o en otras leyes mercantiles, sino también todos aquellos que se derivan de operaciones mercantiles o que hayan de surtir efectos en las mismas, como los libros de contabilidad de los comerciantes, aunque no hayan sido legalizados o registrados (S. 11 mayo 1971). En sentido similar: SS. 18 octubre 1968, 26 enero 1965, 15 abril 1970, 2 noviembre 1970.

§ 32. Artículo 303, **Falsedad en documento público u oficial.**

El presupuesto objetivo de este delito o **condición especial de su punibilidad es el daño real en la vida jurídica, al menos potencialmente**, al darse aptitud al sujeto activo para provocar un perjuicio cierto. Por consiguiente, **sólo la falsedad esencial es la reprochada penalmente, y no la accidental e inútil**, que no resulta protegida penalmente, por constituir una mera inautenticidad formal sin consecuencias. Por esta vía se llega a reducir los límites de la falsedad penal con arreglo a **la calidad y efectos de la inveracidad**, para extenderla solamente a **aquellas mendicidades documentales en las que realmente se quebrante el interés público, sufran las indispensables garantías de veracidad y se destruya la fehaciencia y vocación probatoria de las pruebas preconstituidas** (6 marzo 1971).

§ 33. Artículo 325, **Acusación falsa.**

Los elementos fácticos integrantes de esta figura delictiva, como la intención dolosa y los deseos de perjudicar a la otra parte, están presentes en el caso contemplado, porque el procesado imputó unos hechos que, de ser ciertos, habrían constituido un delito de hurto. De ahí que, según el T. S. deba apreciarse la existencia del delito de acusación falsa (S. 2 marzo 1971).

§ 34. Artículo 341, **Delito contra la salud pública.**

La figura delictiva descrita en el artículo 341—calificada o agravada por razón de objeto material: drogas tóxicas o estupefacientes— viene integrada por: a) un injusto penal de riesgo y de peligro; b) de mera actividad; c) **tendente a proteger a la salud pública y colectiva** que se ve, así, atacada por este tráfico ilícito; d) **la consumación de esta figura delictiva se produce, pues, con cualquier acto de la cadena de los que dan lugar o contribuyen a este tráfico in-moral, que van desde la elaboración del producto hasta la puesta material a disposición de los adictos a la droga**; e) **la tendencia, al serlo con propósito de difusión o de venta, es por sí sola consumativa del tipo delictivo** (8 marzo 1971).

§ 35. Artículo 364, **Infidelidad en la custodia de documentos.**

“El propósito de sustraer, destruir u ocultar es lo que forma **el elemento subjetivo culpabilista del delito del artículo 364 del C. p.**; y, junto a la **finalidad lograda** respecto al objeto típico y **el daño a tercero o a la causa pública**—erigida en **condición objetiva de punibilidad**—, perfecciona este delito (2 abril 1971).

§ 36. Artículo 394, **Malversación.**

El delito de malversación, tipificado en el artículo 394 del C. p. implica la sustracción realizada o consentida por un funcionario público —**elemento subjetivo**— de los caudales o efectos públicos —**elemento objetivo**— que aquél tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones —**elemento normativo de lo injusto**—. A este concepto de malversación —propia— se asimila punitivamente la impropia, del artículo 396, que supone la aplicación a usos propios o ajenos de los mismos caudales o efectos, puestos a cargo del mismo funcionario, de no realizarse el reintegro dentro de los diez días siguientes a la incoación del sumario. Al ser la malversación un delito contra la propiedad por parte del funcionario que sirve al Estado, Provincia o Municipio, podrá darse sólo cuando con la conducta de apoderamiento se lesionen los intereses patrimoniales de tales organismos, lo cual se dará sólo cuando los caudales o efectos públicos tuvieran jurídicamente la estimación de tales, bien por hallarse ingresados en las arcas oficiales, bien por estar destinados a ingresar materialmente, al haber sido recibidos por el funcionario competente, como sucedería con los impuestos firmes recaudados y todavía no ingresados en el patrimonio de dichas entidades. Lo cual no se da en este supuesto concreto, en que las cantidades fijadas por vía del impuesto, para adquirir el carácter de caudal o efecto público se requiere que el gravamen económico se halle legalmente establecido y que el acto administrativo de la tributación sea firme, pues de otra forma faltaría la base legitimadora del impuesto y éste no tendría carácter de caudal o efecto público (8 marzo 1971).

La **in concreción del crédito embargado** pone en tela de juicio no sólo la cuantía, sino también, incluso, la existencia misma del crédito pretendido; por lo que, en definitiva, no puede existir este delito (S. 24 marzo 1971).

§ 37. Artículo 399, **Malversación impropia.**

El delito previsto en este precepto requiere la presencia de una serie de presupuestos de naturaleza diversa:

— **personal:** el cargo de depositario nombrado judicialmente, que equivale al ejercicio de función pública en el inculpado.

— **objetivo:** la existencia de bienes embargados o retenidos, que adquieren la condición de caudales públicos, aunque originariamente hubiesen sido privados; que el depositario sustraiga o consienta en que otro lo haga los caudales o efectos públicos que tenía a su cargo, como embargados o depositados.

— **formales:** la aceptación del cargo de depositario con obligación jurada de conservar los bienes a disposición del juez, una vez que se le entreguen para su custodia efectiva, y aunque coincidan las personas del depositario y del dueño de los referidos bienes (1 diciembre 1971).

§ 38. Artículo 411, párrafo último, **Aborto con resultado muerte.**

El delito tipificado en el párrafo 3.º del artículo 411 es de naturaleza compleja: **intencional** en lo que respecta a la existencia de la voluntad de causar el aborto; pero innecesidad de que los resultados tipificados (muerte o lesiones

descri tas en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 420) hayan sido queridos, bastando que el autor acepte esta posibilidad para que se dé la figura delictiva referida, sin que pueda aplicarse el artículo 50, pues "al querer el aborto, se quiso, cuando menos implícitamente, sus posibles consecuencias lesivas". Ya que, aunque estamos en presencia de un delito de resultado, no debe ignorarse que en la "mens legis" ha pesado bastante el peligro que supone y pueden acarrear las prácticas abortivas (S. 11 marzo 1971).

§ 39. Artículo 420, 1.º, **Lesiones.**

La expresión "imbécil" utilizada por el artículo 420, núm. 1.º, al efecto de calificar las lesiones graves, no debe entenderse como comprensiva de toda clase de perturbación mental de tipo permanente. Debiendo incluirse en tal precepto el **trauma craneal determinante de un estado demencial permanente**, de la misma naturaleza o acaso más grave que la propia imbecilidad a que alude el texto legal referido (13 diciembre 1971).

§ 40. Artículo 430 (en relación con 429: 1.º, 2.º y 3.º), **Abusos deshonestos.**

El delito de abusos deshonestos es un **delito formal o de simple actividad y se consuma por la misma realización del acto**. Por lo que, al ser dos los actos libidinosos realizados, deben sancionarse con total independencia (S. 11 diciembre 1971). Cfr. en sentido similar: SS. 21 enero 1970 y 2 octubre 1970.

La modalidad del delito de abusos deshonestos previsto en el artículo 429, 3.º, no exige otro requisito que la edad de la víctima no exceda del límite de doce años, expresando el precepto que existe el delito, **aun faltando alguna de las características previstas en el artículo 429, 1.º y 2.º**; es decir, aunque no se emplee fuerza o intimidación, ni la ofendida se hallase privada de razón o sentido, lo que implica, a su vez, que el asentimiento de la víctima es totalmente irrelevante a tal efecto (S. 22 marzo 1971).

Al ser el sujeto pasivo menor de doce años, los actos deshonestos practicados con él encuadran perfectamente en el tipo del artículo 429, 3.º, y en del 430 del C. p., por cuanto este **último precepto comprende los abusos deshonestos de personas de uno y otro sexo**. De modo que si el menor hubiese sobrepasado los doce años, pero no los veintitres, el delito sería el de **corrupción de menores previsto en el artículo 452 bis b), 1.º del C. p.**, que tal vez debería haber sido aplicado por el Tribunal a quo (S. 24 marzo 1971).

**Abusos deshonestos (No se aprecia delito continuado).**

Aunque las ocasiones en que el acusado cometió el delito no se concretan en número, **sí se alude a tres veces**, por lo que deberán apreciarse tres delitos de abusos deshonestos. En consecuencia, no puede aplicarse la doctrina del delito continuado "cuando los diversos delitos están individualizados o diferenciados" (S. 4 marzo 1971).

**Abusos deshonestos (concurso con escándalo público).**

Aunque la apreciación de ambos delitos es perfectamente compatible—según declara la S. 1 julio 1968—, **no existe, sin embargo, tal compatibilidad**,

cuando la “**comoción o perturbación en los sentimientos de morigeración y recato**” se produce no por “**la producción pública de escenas repugnantes**”, sino porque el conocimiento de tales escenas por la sociedad se debe más bien directamente a referencias de la víctima de tales abusos deshonestos. Falta, pues, en este supuesto el presupuesto de la publicidad generador del delito de escándalo público, ya que la comoción social no surgió por la presencia de la indecencia pública, sino por el conocimiento de la misma por conductos extraños, “**distintos al propio y directo de la sociedad**” (S. 12 marzo 1971).

**En todos los delitos contra la honestidad existe una lesión del pudor público. De modo que cuando éste resulta ultrajado y este ultraje está específicamente protegido surge la tipicidad de la infracción contemplada**” (S. 25 marzo 1971).

**Diferencia entre delito y falta de abusos deshonestos (429, 1.º, 430 y 567, 3.º).**

El delito de abusos deshonestos tipificado en el artículo 430 del C. p. requiere la presencia de dos elementos: **un presupuesto anímico o intencional** (la manifestación del deseo libidinoso o del móvil lúbrico del agente) **que opera como un elemento subjetivo de lo injusto**. Y, en segundo, en adecuada relación causal con el anterior, **un presupuesto real u objetivo**, concretado en su acción sobre otra persona—de uno u otro sexo—, lesionando su pudor y libertad sexual, sin llegar a intentarse el acceso carnal (S. 8 marzo 1971).

La diferencia existente entre el delito de abusos deshonestos y la falta contra el orden público prevista en el artículo 567, número 3.º, del C. p. estriba: en que **el primero es una conducta que lesiona la honestidad como bien jurídico protegido**, requiriendo que la lesión opere sobre un sujeto pasivo determinado, lo que individualiza, en suma, la lesión (se lesiona el pudor individual de la joven y no el orden público). La falta contra el orden público implica, en cambio, **un sujeto indeterminado, colectivo, sin individualización posible**, por tanto, **del bien jurídico protegido: se ofende a la moral pública sexual, a las buenas costumbres, pudor o decencia pública**. Finalmente, la diferencia entre ambas infracciones se debe también a la **operabilidad de módulos cuantitativos**, de acuerdo con la gravedad o levedad de la lesión generada, sin atender a la presencia o ausencia de propósitos libidinosos en el agente, requisito que puede estar presente en ambos casos (S. 8 marzo 1971).

#### § 41. Artículo 431, Escándalo público.

Debe apreciarse, aún cuando la sociedad no ha tenido conocimiento directo de la reprochable conducta homosexual desplegada por los dos procesados, sino a través precisamente de los comentarios jactanciosos de uno de ellos, “**lo que provocó unánime repulsa de la colectividad, cuya ofensa a ese sentimiento de pudor colectivo es justamente la que recoge el tipo penal del artículo 431**” (5 marzo 1971).

El atentado al pudor público se da respecto al sujeto pasivo aludido en tal precepto, cuando la exhibición de los órganos genitales ante dos niñas ha sido vista, además, por dos mujeres adultas, como representantes de la colectividad (S. 25 marzo 1971).

Los **actos de homosexualidad** a los que se aplica el precepto debatido no

precisan la exigencia de publicidad, ya que “basta la mera trascendencia para que el delito exista mientras afecte sólo a los propios interesados” (S. 28 mayo 1971). Cfr. en idéntico sentido: SS. 20 octubre 1908, 29 febrero 1957, 21 mayo 1969, 29 septiembre 1969.

Rechaza nuestro T. S. la aplicación del artículo 452 en el caso debatido, propuesta por el recurrente, por “no haber sido perseguido, en forma tal delito”, **apreciando, por el contrario, el delito de escándalo público**, en base a que, suprimido en la redacción actual del artículo 431 del C. p. el requisito, exigido por el artículo 433 del C. p. de 1931—cuyo tenor requería que los delitos de escándalo público sancionados en dicho precepto no se hallasen expresamente comprendidos en otros artículos del mismo Código penal—, comete este delito **quien, casado, introduce en su domicilio, aprovechando la ausencia de su mujer legítima, a una mujer soltera con la que convivió materialmente, originando la consiguiente reprobación en el pueblo, al ser “un ataque público y notorio a la institución del matrimonio monogámico, base y fundamento de nuestra sociedad...”** (S. 1 abril 1971).

#### § 42. Artículo 431, Escándalo público en concurso con favorecimiento a la prostitución.

Los hechos constitutivos del delito de favorecimiento a la prostitución (descrito en el artículo 452 bis del C. p.) pueden, a su vez, ser constitutivos del delito de escándalo público, porque los bienes jurídicos lesionados en ambos supuestos son distintos: en el primer supuesto, el favorecimiento a la deshonestidad o el comercio carnal venal; en el segundo, la moralidad comunitaria, por lo que, si existe publicidad, es posible el concurso de delitos (S. 31 mayo 1971).

#### § 43. Artículo 436, párrafo 1.º, Estupro.

“En la ejecución de este tipo de delitos contra la honestidad media una **concorde voluntad entre varón y mujer** en cuanto que resuelven cohabitar y, en efecto, cohabitan. Pero no cabe olvidar que, por los medios engañosos ejercitados por el varón, la voluntad de éste le responsabiliza criminalmente, mientras que **la de la mujer ha sido viciosamente captada por las maquinaciones del seductor...**” (S. 28 mayo 1971).

Las relaciones formales de noviazgo—pese a la corta edad de ambos sujetos—, con la estuprada, mujer honesta, menor de veintitrés años, y la accesión carnal, previa promesa de matrimonio, tipifican el delito previsto en el artículo 436, párrafo 1.º, del C. p., aunque después la estuprada hubiese contraído matrimonio con otra persona (S. 23 marzo 1971).

Esta figura delictiva precisa la concurrencia de los presupuestos **de edad y honestidad en la mujer**. Pero, además, requiere también **que el engaño** empleado por el sujeto activo, dirigido a yacer con ella, **sea eficiente**, como se da en el caso de la existencia de un noviazgo previo (S. 27 marzo 1971).

La **honestidad** como presupuesto del delito de estupro es una **presunción iuris tantum** (27 marzo 1971).

El T. S. reitera la presunción de que **“las relaciones formales de noviazgo entre personas que pueden contraer matrimonio sin impedimento alguno lle-**

van implícita la promesa o el compromiso moral de contraerlo, ya que, de otro modo, aquellas relaciones carecerían de finalidad". Si, por tanto, prevaliéndose de tal situación se consigue tener acceso carnal con mujer menor de veintitrés años y luego no se cumple la promesa matrimonial, se perfila de modo nítido el engaño característico en la configuración de este delito (S. 4 diciembre 1971). Cfr. en idéntico sentido: SS. 19 octubre 1970, 3 diciembre 1971, 15 diciembre 1971, 17 diciembre 1971 y 18 diciembre 1971.

Junto al tipo básico de estupro de seducción o de engaño, el C. p. vigente sanciona otros tipos de estupro autoritario o de prevalimiento, y entre ellos el llamado de prevalimiento paternal o jerárquico, introducido por la Ley de 6 de noviembre de 1942.

En esta figura, el engaño característico del estupro se ve sustituido por el prevalimiento paternal o jerárquico, que viene así a constituir un elemento coactivo característico de la situación o relación de dependencia laboral en que se encuentra la mujer ofendida respecto a su patrono o jefe. El prevalimiento es, pues, inherente a la situación de dependencia o subordinación de la víctima, sin que sea necesaria una coacción de rango superior, que determinaría su elevación a una figura delictiva de mayor gravedad. Debiendo, por consiguiente, verse la *ratio legis* del precepto en el "simple prevalimiento económico por parte del patrono y el correlativo temor al despido por parte de la ofendida" (S. 25 marzo 1971). En sentido idéntico: SS. 6 marzo 1963, 6 octubre 1969.

§ 44. Artículo 436, párrafo último, 434 y 435, **Abusos deshonestos.**

La colocación sistemática de éstos preceptos en el capítulo III—estupro y corrupción de menores—del Título IX, relativo a los delitos contra la honestidad—donde viene incurso la punición del estupro cometido por maestro encargado de la educación de doncella mayor de doce años y menor de veintitrés con la anuencia de ésta—, justifica la aplicación del párrafo último del 436 a los supuestos en que el sujeto pasivo posea la calidad fisiológica de varón comprendido en las edades mencionadas, ya que el precepto referido exige ciertamente la calidad de varón en el sujeto activo, pero no la de hembra en el sujeto pasivo víctima de tales abusos deshonestos no violentos. Por consiguiente, en tales supuestos el sujeto pasivo puede revestir la calidad fisiológica de ambos sexos (S. 27 marzo 1971). Cfr. en sentido similar: SS. 5 marzo 1966, 10 diciembre 1968.

§ 45. Artículo 443, **Condición procesal de punibilidad.**

La denuncia de la agraviada o de la ofendida en los delitos de estupro y raptó contemplados no exige plena capacidad civil, estimándose como equivalente a la misma la comparecencia ante la Policía para dar cuenta de los hechos (S. 27 mayo 1971).

§ 46. Artículo 444, **Indemnización a favor de la ofendida.**

Cometido el delito de estupro, el artículo 444 establece que los reos de este delito serán también condenados por vía de indemnización a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda (S. 1 abril 1971).

§ 47. Artículo 449, **Adulterio.**

El tipo penal del artículo 449 requiere el yacimiento de mujer casada con varón que no sea su marido. Por lo que la expresión **“hacer vida marital” implica el ayuntamiento carnal**, equivalente al contenido del verbo **yacer** (S. 15 marzo 1971).

§ 48. Artículo 452, **Amancebamiento.**

En el supuesto contemplado se dan los elementos de la **subsistencia del vínculo matrimonial entre los cónyuges**—pese a la separación legal, que, en cualquier caso, no disuelve el vínculo—, **la publicidad y notoriedad del amancebamiento y el conocimiento por la acusada de la existencia del matrimonio.** (S. 26 octubre 1971).

“El que ante unos vecinos de una casa de una determinada ciudad, alejada del domicilio conyugal de la esposa legítima, figurase el acusado como esposo de su concubina, no genera la notoriedad del irregular trato carnal; **no habiendo, pues, la trascendencia que, a título de notoriedad requiere el cuestionado precepto**, con la consiguiente situación de escándalo y vilipendio social para la esposa agraviada” (S. 4 mayo 1971).

En el supuesto contemplado por la S. 22 diciembre 1971, los procesados habían sido ya condenados por amancebamiento en 1965 a las penas de un año de prisión menor el varón, y seis meses y un día la mujer. Y, según se infiere del resultado de hechos probados, **“persistiendo en la idea que en aquel entonces les guió, reanudaron sus relaciones sexuales bajo el régimen de convivencia, que han venido manteniendo en su piso, cual marido y mujer, por los cuales eran tenidos por el administrador del inmueble, el vigilante de la casa, el sereno y el vecindario, ante el que se presentaban como tales, siendo sorprendidos en la vivienda por la policía, encontrando al varón en el lecho, con bata a la mujer y en cuna y litera a los hijos menores que habían...”**.

La moderna doctrina sentada a este respecto por nuestro más alto Tribunal, considera que, **“restablecidos en nuestro ordenamiento penal por Ley de 11 de mayo de 1942 los delitos de adulterio y amancebamiento, con su peculiar configuración ochocentista, se exige para el segundo de dichos entes penales el aditamento de la notoriedad que en el texto vigente viene a sustituir al del escándalo del texto anteriormente derogado”**, lo que significa, en suma, la trascendencia del delito al cuerpo social.

El T. S. casa, pues, la sentencia del Tribunal **a quo**, estableciendo una nueva tesis, al negar el elemento de **escándalo o notoriedad** exigido por el artículo 452, pues **“ambos procesados, al cambiar de residencia a otra ciudad, determinaron que “lejos de trascender la relación adulterina al medio social en que vivían, fue recatada sigilosamente por éstos, amparándose en el anonimato de la gran ciudad para fundar otra familia, siquiera ilegítima, sin estridencias, ni escándalo, hasta el punto de ser tenidos en el concepto público como marido y mujer, lo que bien a las claras revela la falta de notoriedad de la reprobada unión y la consiguiente ausencia de afrenta pública para la mujer legítima, lo que impide la subsunción de la conducta en el tipo penal del artículo 452 del C.p.”**.

Así, pues, el bien jurídico protegido por el tipo penal del 452 engloba no sólo la **fidelidad conyugal**, sino también la **honra pública de la mujer legítima**, como se deduce de “la injuria y escarnio que resultan de aquellas situaciones descritas en el artículo 442 para ésta, obligada a soportar el intrusismo de la manceba en la propia casa conyugal”. En consecuencia, si el cónyuge infiel y su pareja “**aparentan una ordenada convivencia matrimonial o pseudo-matrimonial**—ocultando en el círculo social en que viven su verdadero estado civil y la ilegítima relación que les liga”—**falta el segundo elemento necesario para integrar el tipo del amancebamiento**, pues no se produce la ofensa a la mujer legítima, al faltar, por ende, “**la notoriedad o trascendencia de la relación adulterina exigida por el tipo penal, que rinde así anacrónico tributo a la desigualdad de trato en el adulterio del varón y otorgando mayor gravedad punitiva al de la mujer...**” (22 diciembre 1971).

#### § 49. Artículo 452 bis, **Delito relativo a la prostitución.**

El tipo del artículo 452 bis b) comprende no sólo la **prostitución en sí misma considerada**, sino también “**otra forma de corrupción**”, alternativa a esta última del tipo, que se llena con la **corrupción de menores** (1 marzo 1971).

#### **Corrupción de menores y escándalo público.**

La reforma penal de 1963 introdujo en los delitos relativos a la prostitución en general y en la corrupción de menores en particular innovaciones sustanciales. Una de ellas es la **supresión de la nota de habitualidad** que define el artículo 452 bis b); de tal forma que si antes sólo podría referirse a quien de manera asidua se dedicaba a mediar en el tráfico carnal o actividades corruptoras de menores de veintitrés años, hoy, con esa habitualidad o sin ella, puede quedar incurso en los actos promovedores o facilitadores de la prostitución o de la corrupción **quien lo hace de manera aislada**. Por lo que si en esta figura de la corrupción, de mayor amplitud que la anterior, se sanciona a quien favorece la corrupción de forma aislada y accidental, con mayor fundamento se incluye al “**propio corruptor**”. La exclusión en ocasiones de los protagonistas de la relación sexual (S. 21 octubre 1967) se debió a supuestos de hecho distintos al contemplado, en lo que se contemplaba era la “**facilitación de medios para satisfacer los deseos deshonestos de un tercero**”, previsto en el número 2.º del artículo 452 bis b), y no obsta a que en el número 1.º del referido precepto se incluya al que “**satisface su apetencia sexual, si con ello lleva al menor a la situación degradante que trata de evitar el precepto**” (5 marzo 1971).

#### § 50. Artículo 457, **Injurias.**

Falta el **animus injuriandi** cuando el procesado, partiendo de que los odontólogos pretenden atribuirse el estar en posesión de una titulación especial inexistente en realidad, se limitó a afirmar que no hay base para titularse especializado en **cirugía maxilofacial** por los solos estudios de la Escuela de Odontología (S. 8 mayo 1971).

§ 51. Artículo 487, **Abandono de familia.**

No basta el incumplimiento de deberes como consecuencia del abandono material del domicilio conyugal y la consiguiente ruptura de la convivencia familiar para que concurra el tipo del artículo 487 del C. p. Es preciso, además, que tal abandono hubiese sido voluntario y malicioso, no provocado por el miedo (S. 21 abril 1971).

§ 52. Artículo 489 bis, párrafo 3.º, **Omisión de socorro.**

El delito de omisión de socorro agravado, cuando la víctima lo fuese por accidente causado por el que omitió el auxilio debido, requiere que “el conductor del vehículo tenga conocimiento de que ha ocasionado un atropello en el que puede haber víctimas”, ya que “el más elemental deber de solidaridad humana le obliga a comprobar su existencia y la situación de necesidad o de auxilio en que pueden encontrarse” (S. 8 mayo 1971).

§ 53. Artículo 505: 3.º, **Robo con fuerza en las cosas.**

Iniciado el delito de robo con fuerza en las cosas, y amordazado y atado después el vigilante, fue correctamente aplicado el artículo 505: 3.º en relación con el artículo 504: 1.º y 2.º del C. p.; pues aquella violencia ejercida en la persona es de mucho menor rango que la del apoderamiento de 950.000 pesetas en metálico y efectos valorados en 12.000 pesetas; conducta que, al llevar aparejada la pena de presidio mayor por su cuantía absorbe al de violencia en las personas (presidio menor según el art. 501: 5.º) (S. 26 mayo 1971).

§ 54. Artículo 510: 2.º, **Robo con fuerza en las cosas (llave falsa).**

Es falsa, en lo que respecta a la configuración del tipo delictivo del artículo 504: 4.º en relación con el 510 del C. p., la llave que el propietario tenía oculta en el hueco de unos ladrillos (S. 17 diciembre 1971).

El concepto de llave falsa es amplio, por razón de la misma indeterminación inherente a la palabra sustraer, el cual implica, en este caso, toda utilización de la llave legítima en contra de la voluntad del dueño, sustrayéndola al uso a que el propietario la destina (S. 23 marzo 1971).

§ 54 bis. Artículo 514, **Hurto.**

Distingue la doctrina de la Sala 2.ª del T. S. entre el delito consumado y el delito agotado de hurto: pues el agotamiento del delito consiste en que el reo disponga libremente de lo robado o hurtado y consiga el fin lucrativo propio de estos delitos. Mientras que la consumación requiere tan sólo que los objetos robados permanezcan por algún tiempo en poder material del sujeto activo y fuera de la disposición patrimonial legítima de su dueño (S. 13 mayo 1971).

§ 55. Artículo 514: 1.º, **Hurto.**

El hecho de que no conste o no esté determinado el sujeto pasivo de este delito no determina la desaparición del tipo, el cual, al hablar precisamente del

“**apoderamiento**” lo refiere a cosas muebles “**ajenas**”, vocablo el último no referido a una persona concreta o determinada, sino más bien a **todo lo que “está fuera del patrimonio del culpable”** (S. 13 diciembre 1971).

Según declara el T. S., comete el tipo del 514, número 1.º, quien, tras haberse efectuado en su cuenta bancaria, por error de un empleado del banco, un abono de 100.000 destinado a otra cuenta distinta y realizado por el titular de esta última cuenta, plenamente cerciorado de la improcedencia del mismo y de la existencia del error, se apresura a disponer del dinero en días inmediatos, en su particular provecho, siendo inútiles las gestiones del Banco para que lo reintegrase. Por lo que “esta conducta manifiesta la existencia de dolo penal y supera el cuasi-contrato del cobro de lo indebido por la presencia de la antijuricidad y culpabilidad criminal” (S. 15 diciembre 1971).

§ 56. Art. 516: 2.º, **Hurto con abuso de confianza.**

Según la redacción del artículo 516: 2.º, basta que exista el abuso de confianza para que se configure la agravación específica del número 2.º del 516 C. p., ya que ha desaparecido del texto vigente la distinción de que ésta fuera o no grave. Ahora basta, por tanto, la infracción de los deberes de lealtad que engendran las relaciones de convivencia o de dependencia con la subsiguiente mayor facilidad operativa delictual (S. 23 marzo 1971).

**Diferencia entre hurto con abuso de confianza y la apropiación indebida.**

La diferencia entre estas dos especies delictivas radica en que: **en la apropiación indebida** la cosa ajena llega al culpable **en virtud de un título que le convierte en poseedor temporal o tenedor legítimo de ella**; en el de hurto, en cambio, **no se da tal desplazamiento legítimo de la posesión**, aunque la cosa esté al alcance o en las manos de persona no titular para su manejo, **por cuanto no hay posesión jurídica, sino simple uso o manipulación de la cosa** al servicio del dueño de ésta (S. 20 diciembre 1971).

§ 57. 516 bis, **Hurto de uso.**

En el hurto de uso que supere el plazo de las 24 horas, la punición ha de fijarse ateniéndose al **valor intrínseco del vehículo**, según resulta de la interpretación literal del artículo 515 y del 505 del C. p. Ya que el artículo 516 bis, por razones de política criminal, ha derogado los normales criterios de económica, no atendiendo al perjuicio realmente sufrido o lucro cesante, sino **al valor total del carruaje sustraído**, aunque lo haya sido temporalmente y en mero uso (S. 21 diciembre 1971).

§ 58. Artículo 516 bis, párrafo 3.º, **Hurto de uso.**

Esta preceptiva **no exige el ánimo de apropiación indebida**, bastando por el contrario con el **mero uso**, aún **sin ánimo de hacerlo propio, sin la debida autorización del dueño** (S. 13 abril 1971).

§ 59. Artículo 519, **Alzamiento de bienes.**

Los elementos integrantes de este delito, según el tenor del artículo 519 del C. p. y la doctrina jurisprudencial sobre el mismo, son:

- El **principio de responsabilidad patrimonial** plasmado en el artículo 1.911 del C. c., según el cual “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes o futuros”.
- El **dolo penal presunto en el hacerse con sus bienes**, haciéndolos desaparecer de su responsabilidad patrimonial con la finalidad y maliciosa de volver ineficaz dicha responsabilidad, constituyéndose en insolvencia real o fingida.
- **No es necesario, sin embargo, el efectivo ejercicio de las acciones pertinentes por parte de los acreedores tendentes a hacer efectivo sobre el patrimonio del deudor los créditos de que eran titulares los acreedores perjudicados por el alzamiento** (S. 24 marzo 1971).

§ 60. 523, **Insolvencia fraudulenta.**

Aunque no llevar los libros obligados de comercio no es delito de insolvencia fraudulenta si no concurre, además, el **ánimo del comerciante de defraudar a sus acreedores —dolo específico de este delito**, según declara la S. 13 junio 1959—, en el caso contemplado sí se da esta figura delictiva (S. 10 diciembre 1971).

§ 61. Artículo 528, **Estafa.**

**El fraude ínsito en el engaño necesario para delito de estafa no es incompatible con los negocios civiles y mercantiles.** En la *praxis* criminal es frecuente la tipificación como tal delito de negocios privados que se criminalizan, siendo entonces necesario que la “celebración del negocio se efectúe con el deseo unilateral y preconcebido por parte del agente de servirse de él y de su mera apariencia externa para enriquecerse ilícitamente (S. 5 marzo 1971).

§ 62. 529: 1.º, **Estafa.**

Concurre en el caso contemplado la tipología esencial del delito de estafa: **el engaño, el ánimo de lucro y el perjuicio** (S. 28 mayo 1971).

**Diferencia entre estafa y apropiación indebida.**

La tipicidad del delito de apropiación indebida queda integrada por la incorporación al patrimonio del culpable de lo que éste recibió **en depósito comisión o por cualquier otro título que engendre obligación de devolver o entregar a otro.** Siendo, por consiguiente, totalmente necesario **el acto de entrega de la cosa en virtud de negocio lícito**, del cual resultará después perjudicado el *dominus*.

La estafa, por el contrario, se efectúa mediante el **engaño consistente en creer verdaderos el negocio, la cualidad o bienes que se fingen para mover así la voluntad del sujeto pasivo.** Lo cual es precisamente lo que realizó el procesado al fingir la existencia de asegurados, simular pólizas de seguros que

no se habían concertado, consiguiendo mediante el engaño de aparentar unos contratos imaginarios, la defraudación punible en el artículo 529, número 1.º, del C. p. (S. 22 marzo 1971).

**La venta por el procesado de una concesión administrativa a terceros con perjuicio para sus consocios o condueños integra el delito de estafa del artículo 531 del C. p. Sin que represente obstáculo alguno el hecho de que aquél fuese el detentador exclusivo de la titularidad de tal concesión, cuando lo cierto es que se había pactado civilmente la copropiedad de la misma. Asimismo, tampoco constituye obstáculo la naturaleza mueble de la propiedad, ya que el párrafo 2.º del artículo 531 del C. p. alude indistintamente a cosas muebles o inmuebles (S. 27 abril 1971).**

§ 63. Artículo 534, **Infracción del derecho de autor (Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879, artículos 1 y 2: 1.º).**

El delito de infracción del derecho de autor **no exige** como elemento del tipo la **determinación del valor de la defraudación, ni tampoco del perjuicio causado** (S. 8 mayo 1971).

§ 64. Artículo 535, **Apropiación indebida.**

Elementos característicos del delito de apropiación indebida son: 1) **La apropiación ilícita de una cosa mueble ajena poseída por título que genere obligación de devolverla.** 2) **El abuso de confianza con ánimo de lucro, constitutivo del dolo específico de este delito.** 3) **La relación de causalidad entre ambos elementos.** 4) **El perjuicio real o efectivo y concretamente determinado.** Y, en lo que concierne a este último extremo, aunque es jurisprudencia de la Sala 2.ª del T. S. la exigencia de un perjuicio cierto y conocido en el delito de apropiación indebida, y, en consecuencia, la exigencia de una previa liquidación de cuentas que acredite aquél detrimento económico; sin embargo, tal liquidación carece de objeto, si el perjuicio puede determinarse en su cifra mínima (S. 1 abril 1971).

Los elementos precisos para la existencia del tipo del artículo 535 del Código penal son: 1) **El dolo específico del delito, encarnado en el quebrantamiento de la confianza depositada por sus compañeros en el sujeto activo.** 2) **Y el enriquecimiento injusto del que se deriva un perjuicio consiguiente para aquéllos** (S. 5 marzo 1971).

El **dolo específico** de este delito lo constituye el quebranto de la confianza concedida por la empresa al procesado (S. 4 marzo 1971).

Aunque es cierto que el procesado adeudaba a la entidad denunciante una cantidad, no lo es menos que esa sociedad también era deudora, por otros conceptos, del procesado en cantidades superiores. Por lo que **falta el dolo necesario** para la figura delictiva de apropiación indebida (S. 26 abril 1971).

El delito de apropiación indebida exige **la tenencia previa de la cosa por el agente**, de modo que la acción de apropiársela viene representada por **una pura decisión volitiva del "accipiens"**. Decisión que, para no quedar en la esfera interna de los pensamientos, ha de trascender al exterior; siendo, a este respecto, el **acto dispositivo de la cosa confiada por el "tradens"** el más sig-

nificativo y rotundo en orden a **manifestar la voluntad de apropiación y en orden a fijar el momento consumativo del delito**, después del cual, los pactos, renunciaciones y transacciones **inter partes** podrán afectar a la responsabilidad civil **ex delicto**, pero no a la penal. Por lo que, al exigirse para la tipicidad de este delito la existencia de un perjuicio cierto y conocido y la previa existencia de una liquidación de cuentas que acredite aquel detrimento económico, dicha liquidación carece, no obstante, de objeto, si el perjuicio puede determinarse, al menos en su cifra mínima, o es el propio imputado, el que, con su conducta evasiva, impidió la liquidación de cuentas o la dificultó mediante una actuación falsaria sobre los antecedentes documentales y cambiales (S. 1 abril 1971). 1971).

Las **titularidades contractuales del delito de apropiación indebida** son señaladas en “**numerus apertus**” por el art. 535 del C. p.; operando en cualquier caso el **título posesorio como elemento objetivo-normativo** de este delito, pues viene insito en el verbo **recibir** empleado por el referido precepto (S. 22 marzo 1971).

De ahí que los actos o negocios jurídicos que impliquen la **transmisibilidad de la propiedad de efectos o cosas** —pues si tales objetos han de devolverse obligatoriamente, según exigencia expresa de dicha norma, su devolución sería del todo imposible de haberse transferido el dominio— caen fuera de esta infracción. En consecuencia, **el ámbito de la apropiación indebida se reduce a la simple titularidad posesoria concedida por el “dominus” al sujeto activo y constreñida por la vinculación restitutoria, según pacto o voluntad unilateral del propietario transferente, que resulta incumplida por el adueñamiento antijurídico** (S. 22 marzo 1971).

**No existe el delito tipificado en el art. 535 del C. p. cuando no puede determinarse con exactitud la ajenidad de la cosa objeto material del delito.** Por lo que, aunque el **contrato de sociedad** da origen a situaciones jurídicas, que, como las de mandato, administración y depósito, hacen posible la apropiación indebida de los bienes o fondos sociales, es, pese a ello, **necesaria su condición de sociales o comunes, para que puedan resultar ajenos** en la parte que proporcionalmente excedan a la participación del socio gestor a quien se imputa el delito de apropiación indebida. De forma que si no llegaron a ser ingresadas en el haber común las cantidades percibidas por el procesado —a causa de que tales cantidades procedían de obras ajenas por completo al ámbito social—, no es posible entonces afirmar el carácter de ajenidad de tales cantidades. Y si, además, no fue practicada la liquidación definitiva de la sociedad, cuando ambos socios dieron por terminada la misma, faltará igualmente la base precisa para fijar la cuota de participación de cada uno en el activo o pasivo del ente social (S. 11 marzo 1971).

**El poder en cuestión, representaba un acto en fraude de acreedores desde el punto de vista civil, por cuanto tendía a detraer del activo de la empresa un elemento patrimonial en perjuicio de la masa de acreedores; aparte de constituir, también, un incumplimiento del Convenio por el deudor, sancionado específicamente en el artículo 17, párrafo último, de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922. Desde el prisma jurídico-penal aparece también como delictivo: bien como apropiación indebida, cuanto el recurrente**

distrajo un dinero que debía ingresar en la masa de bienes de la suspensión, dando conocimiento del cobro a la Comisión Liquidadora; bien como *estafa*, habida cuenta de que el cobro indebido se logró con un poder que indujo a engaño a la empresa. Pero, al implicar pena idéntica, cualquiera de las dos tesis es válida (S. 30 abril 1971).

**Un incumplimiento contractual no posee otro alcance que el de un ilícito civil**, de modo que no llega de este modo a integrar lo típicamente penal (S. 18 mayo 1971).

Coincidentes ambas voluntades contratantes en el *pactus reservati dominii*, éste implica la mera entrega de las "posesión" de la cosa al comprador y con ello una de las situaciones contempladas en el artículo 535 del Código penal. De modo que la infracción por el "accipiens" de tal pacto de reserva de dominio, al vender el objeto del contrato, sin haber abonado todo el precio, da lugar a un quebranto de la posesión de la cosa y al delito de apropiación indebida (S. 3 marzo 1971).

#### Diferenciación entre hurto y apropiación indebida.

En base al diverso significado de los verbos "tomar" y "recibir" empleados por los artículos 514 y 535 del Código penal para definir respectivamente los delitos de hurto y de apropiación indebida; en base también al carácter de la posesión de las cosas en relación con tales preceptos, de modo que en el primero la posesión es ilegítima en todo momento, mientras que en el segundo la posesión viene precedida por un estado de legitimidad derivada de un contrato de depósito, comisión, administración o algún otro título que produzca obligación de devolver las cosas o entregarlas a otro: la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. ha establecido reiteradamente que "no comete hurto y sí apropiación indebida quien no emplea una dinámica comisiva de sustracción, sino que incorpora a su patrimonio o hace suyo lo que recibió en alguna de las formas expresadas y viene poseyendo con arreglo a Derecho, aunque esa posesión sea precaria, transitoria y en nombre ajeno". Puesto que la infracción tiene lugar no en el momento de la posesión, sino en el de la disposición, cuando precisamente se produce el desplazamiento patrimonial ilícito e infringe el sujeto la confianza que le había sido otorgada (9 marzo 1971).

#### § 65. Artículo 535 bis, Cheque en descubierto.

La protección penal del cheque no alcanza al caso en que se entregue aquél en el momento de contraer una deuda como garantía de su cumplimiento, cualquiera que sea la fecha que se le ponga al mismo. Porque, de esa forma, se le despoja al cheque de su función de "medio de pago", aparte de que su entrega en ese instante lleva implícito el conocimiento por parte del acreedor de la carencia de fondos en poder del librado (S. 10 abril 1971).

La legislación penal española no exige para la protección penal del cheque que éste sea librado contra un Banco, ya que puede serlo contra una Caja de Crédito y Ahorro, establecimiento autorizado por la Ley de 2 de enero de 1941 para realizar operaciones bancarias (S. 11 diciembre 1971).

Aunque la práctica bancaria da el nombre de "cheques" a los librados de plaza a plaza, y el de "talones" a los girados dentro de la misma plaza,

el **tratamiento jurídico de ambos documentos aparece unificado** por el artículo 543 del C. de c. (S. 11 marzo 1971).

Por su **carácter formal, este delito, cuyo bien jurídico protegido es el tráfico mercantil, carece de contenido patrimonial**, debiendo respetarse la situación civil preexistente en el momento de la comisión del delito, para reclamar en la vía correspondiente (S. 12 marzo 1971).

El delito de cheque en descubierto del 535 bis, párrafo 1.º, incardina la exigencia de tres requisitos: 1) **el elemento real u objetivo**, concretado en que el instrumento se entregue en pago para extinguir o liberar una obligación precedente, en función de contraprestación literal y onerosa de la misma; 2.º) **el ideal o psicológico**, consistente en entregar el cheque el librador al tomador a sabiendas de la falta de provisión de fondos con que abonarlo en el momento de su presentación al cobro; 3.º) **El espiritual del engaño** sufrido por el tomador al descubrir el ardid de que es objeto, pues ha de creer que recibe un título o valor de pago efectivo y no una mera promesa de abono diferido; lo cual sucedería si conoce ya la carencia de fondos y acepta, no obstante, el cheque (S. 12 abril 1971).

Si el cheque fue emitido en pago; si a quien lo emitía constaba la carencia de fondos para hacerlo efectivo a su vencimiento; y era, en suma, consecuencia de una obligación preexistente, se dan todos y cada uno de los elementos requeridos por el 535 bis, párrafo primero, del C. p., **aunque el cheque fuera postdatado** (2 marzo 1971).

“La no expresión de las fechas de dación de los talones dados en pago no es presupuesto del tipo del cheque en descubierto, puesto que no priva a tales documentos de ser portadores de sendos mandatos de pago refridos a los plazos pertinentes del artículo 537 del C. de c. por obligaciones que el librador contrajera y exigibles a la sazón” (S. 10 diciembre 1971).

Si bien el artículo 535 bis, del C. p., castiga el dar en pago un cheque a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá provisión de fondos suficientes para hacerlo efectivo, **no puede, sin embargo, encajar en esta figura de delito la conducta de quien, una vez librado el cheque y existiendo provisión de fondos, da al Banco una orden de bloqueo” de los fondos de su cuenta corriente**. Ya que este extremo venía previsto en el párrafo 3.º del artículo debatido según aparecía redactado en el proyecto, pero fue después suprimido por la Comisión legislativa, que no lo estimó digno de protección penal. Dándose, en consecuencia, una conducta atípica, salvo, claro está, que el **“bloqueo, previsto “ab initio”, se efectuara con el ánimo de defraudar y como un medio engañoso y psicológico de la estafa** (S. 12 mayo 1971).

· § 66. Artículo 540, **Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.**

El concepto de **prima**—según se infiere de la antigua Ley de 27 de abril de 1946, artículos 1.º y 2.º, en relación con los artículos 540 y 541 del C. p.—debe entenderse en sentido amplio como **“toda cantidad e dinero o de bienes de otro carácter recibida por el arrendador con independencia y al margen de la renta legal contractual propia del alquiler de viviendas** (S. 7 mayo 1971).

§ 67. Artículo 543, **Usura (encubierta).**

Este delito **no exige que el préstamo usurario se encubra con otra figura contractual** distinta, sino tan sólo que **ese mismo préstamo sea una ficción** en sus manifestaciones externas (S. 22 mayo 1971).

§ 68. Artículo 546 bis a), **Receptación (autónoma).**

Los párrafos 1.º y 3.º del precepto mencionado definen dos delitos perfectamente diferenciados: a) La **receptación genérica**, integrada por los elementos siguientes: 1) el conocimiento de la perpetración de un delito contra los bienes; 2) y el aprovechamiento de sus efectos en beneficio propio.

b) La **receptación específica**, caracterizada por la habitualidad del reo, vieniendo incurso en ella tres clases de personas, según el 546 bis b): —en atención a su calidad jurídica o profesional—; dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público (S. 23 marzo 1971).

§ 69. Artículo 564, **Excusa absolutoria (Parentesco).**

El parentesco no excluye el ánimo de lucro en los apoderamientos efectuados entre parientes. Y sólo en ciertos grados de muy próxima relación parental —no en este caso, en que el sujeto era sobrino segundo de la víctima—, que, en otros casos, puede venir calificada por la convivencia, aquí inexistente, da lugar a una exclusión de la punibilidad por razones de política criminal generadora de la excusa absolutoria (S. 22 marzo 1971).

La suerte de copropiedad familiar en que suele asentarse esta ausencia de punibilidad falta en el caso contemplado, según declara nuestro T. S., por cuanto si los padres de uno de los coautores de un robo con violencia en las personas se beneficiaron de parte del producto del robo, incurrieron en el **delito autónomo de receptación**, siendo inaplicable el artículo 546 del C. p. en base a que no sólo “los efectos receptados provenían de un delito (el de robo), sino también, y sobre todo, porque el perjudicado es, en este caso, un extraño ajeno por completo a la relación familiar (S. 6 mayo 1971).

§ 70. Artículo 565, **Imprudencia temeraria.**

La **imprudencia temeraria** se diferencia de la simple por la **intensidad de la culpa**, sin que pueda influir en tal diferenciación la **mayor o menor gravedad del resultado producido o la presencia o ausencia de infracciones reglamentarias**, si bien influyen lógicamente en la **entidad de la pena**. La delimitación entre ambas viene dada por la **calidad**, más o menos grave, del **riesgo o peligro creado**, imprevisión manifestada o extensión e importancia de la cautela omitida, es decir, la temeridad se deja ver por la gravedad del riesgo afrontado o peligro creado, por la mayor imprevisión del agente y de la cautela obligada, que **dar** así lugar a una culpa más intensa (8 marzo 1971).

Hay **imprudencia temeraria e incluso un posible dolo eventual**, cuando el conductor de un automóvil, que ve a un peatón en el centro de la calzada para cruzarla, no disminuye la marcha, ni hace maniobra alguna para evitar el

atropello, continuando impertérrito el camino, causándole la muerte al peatón (S. 22 marzo 1971).

§ 71. Artículo 565, párrafo 5.º, **Imprudencia temeraria con agravante de profesionalidad.**

La agravante específica de profesionalidad consiste en la impericia o ineptitud para el manejo del vehículo (S. 28 mayo 1971). Cfr. en sentido idéntico: S. 2 febrero 1962.

Dicha agravante requiere no sólo que el conductor infrinja el artículo 17 del Código de la Circulación, sino también que su **imprudencia vaya unida de modo directo a los deberes profesionales de pericia** (S. 21 diciembre 1971).

§ 72. Artículo 586, 3.º, **Imprudencia (falta).**

La falta de imprudencia prevista en el artículo 586, 3.º, supone tan sólo un **ligerísimo descuido en relación con un resultado imprevisible** (S. 4 marzo 1971).

## INDICE ALFABETICO

- Abandono de familia, 51.  
Aborto, 23, 38.  
Abuso de confianza, 56.  
Abusos deshonestos, 40, 44.  
Acusación falsa, 33.  
Adulterio, 47.  
Agravante de profesionalidad, 71.  
Alevosía, 6.  
Alzamiento de bienes, 59.  
Allanamiento de morada, 11.  
Amancebamiento, 41, 48.  
Apropiación indebida, 5, 56, 58, 62, 64.  
Arrepentimiento espontáneo, 4.  
Asociación ilícita, 26, 27.  
Atentado, 25, 29.  
Atenuantes por analogía, 5.  
Autoría, 13, 14.  
Autoridad, 25, 29.  
Blasfemia, 30.  
Circunstancia mixta de parentesco, 12.  
Coacciones, 7.  
Comisiones obreras, 27.  
Complicidad, 14.  
Concurso de leyes, 18, 40.  
Concurso de delitos, 19.  
Condena condicional, 20, 21, 22.  
Condición objetiva de perseguibilidad, 45.  
Condición objetiva de punibilidad, 35.  
Cooperación necesaria, 14.  
Corrupción de menores, 40, 49.  
Cheque en descubierto, 65.  
Delito agotado, 54 bis.  
Delito complejo, 38.  
Delito consumado, 2, 40, 54 bis.  
Delito continuado, 40.  
Delito contra la salud pública, 2, 34, 38.  
Delito formal, 2, 34, 40, 65.  
Delito de peligro, 2, 34.  
Delitos semipúblicos, 22.  
Delito relativo a la prostitución, 42, 49.  
Delito de resultado, 2, 38.  
Delito de tendencia sexual, 40.  
Desistimiento, 2.  
Despoblado, 8.  
Detención ilegal, 28.  
Embraguez, 3.  
Enajenación mental incompleta, 5.  
Escándalo público, 30, 40, 41, 42, 49.  
Estafa, 18, 61, 62.  
Estupro, 12, 43, 44, 45, 46.  
Excusa absoluta, 69.  
Falsedad, 18, 31, 32.  
Frustración, 2.  
Homosexualismo, 41.  
Hurto, 54 bis, 64.  
Hurto de uso de vehículos de motor, 57, 58.  
Imbecilidad, 39.  
Imprudencia, 70, 71, 72.  
Infidelidad en la custodia de documentos, 35.  
Infracción de los derechos de autor, 63.  
Inhabilitación, 17.  
Injurias, 50.  
Lesiones, 39.  
Llave falsa, 54.  
Malversación de caudales públicos, 36, 37.  
Maquinaciones para alterar el precio de las cosas, 66.  
Multirreincidencia, 10.  
Nocturnidad, 7.  
Oligofrenia, 39.  
Omisión de socorro, 52.  
Parentesco, 12, 69.  
Partido Comunista, 27.  
Perdón del Ofendido, 22.  
Presunción legal de voluntariedad, 1.  
Prostitución, 7, 42, 49.  
Psicopatía, 3, 5.  
Reincidencia, 10.  
Reiteración, 9.  
Receptación, 68.  
Responsabilidad civil, 15, 16, 17, 23, 24.  
Robo, 53, 54.  
Separatismo, 26.  
Tentativa, 2.  
Transtorno mental transitorio, 3.  
Usura, 67.  
Voluntariedad, 1.