

**bajo un montón de tierra el material inventariado en el sumario, en deficiente estado de conservación, esto no quiere decir que el acusado pretendiera destruir dicha propaganda...**" (S. 14 marzo 1973).

§ 4. Artículo 10: 10.<sup>a</sup>, **Prevalimiento del carácter público del culpable.**

Esta circunstancia de agravación comporta **"abuso de superioridad en el plano moral utilizado en su beneficio particular por el delincuente, a semejanza de la agravante 8.<sup>a</sup> del mismo artículo, la cual actúa en el plano físico"** (S. 5 diciembre 1973).

§ 5. Artículo 10: 13.<sup>a</sup>, **Nocturnidad y despoblado.**

"Ambas circunstancias tienen **análogo fundamento**; y, si bien la **primera se contrae al tiempo y la segunda al sitio o lugar, las dos tienden a conseguir mayor facilidad en la realización del delito**, haciendo más probable su impunidad y más angustiada y desamparada la situación de la víctima...". Siendo necesario, según doctrina jurisprudencial, que **"ambas sean buscadas de propósito o, al menos, aprovechadas para la ejecución del delito..."** (S. 23 marzo 1973).

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

Para apreciar esta agravante lo que juega es el requisito legal de la **relación cuantitativa de la gravedad de las penas**, conforme a los artículos 27 y 72 del Código penal. Por lo que no procede aplicarla, cuando el procesado fue anteriormente condenado por delito de hurto de uso a una pena de dos meses de arresto mayor, pena inferior a la prevista en el párrafo 1.<sup>o</sup> del artículo 431, aplicado ahora al caso debatido (S. 19 febrero 1973).

Casa el T. S. la sentencia dictada por el Tribunal **a quo**, que había apreciado la circunstancia de reiteración en un delito de propagandas ilegales [el reo había sido condenado en 1959 por insulto a fuerza armada, por la Jurisdicción Militar, a la pena de seis meses y un día de prisión], pues, a tenor de dicho precepto, debe realizarse una "rigurosa comparación punitiva para **deducir si la pena señalada al delito por el que el culpable es juzgado es igual o mayor que la impuesta anteriormente**, criterio que cede únicamente si los delitos antecedentes son dos o más, en cuyo caso engendran también la reiteración, aunque la pena asignada a ellos sea menor...".

Por consiguiente, si el recurrente fue condenado en 1959 por la J. Militar, por el delito de insulto a fuerza armada, **a la pena de seis meses y un día de prisión**, y en la presente causa es condenado a **la pena de prisión menor y multa**, es preciso acudir al Código de Justicia Militar para saber cuál es la extensión concreta de la pena señalada a dicho delito castrense... Y bajo el **nomen genérico** de "insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada", el cap. III del tít. IX del tratado II, de aquel cuerpo legal, incluye una serie de delitos que van desde el maltrato de obra a la ofensa de palabra a dichos sujetos pasivos, pasando por las figuras delictivas intermedias de amago de ataque y de resistencia; de tal modo que **las modalidades más leves** (resistencia y ofensa verbal) **están castigadas con prisión hasta seis años en los artículos**

**310 y 311**, respectivamente, estableciéndose, de esta forma, **un límite máximo** a dicha clase de pena, cuya duración genérica —a tenor del 212 del mismo C. J. M.— es de **seis meses y un día a doce años**. Estos datos, no viniendo especificada la concreta modalidad de insulto a fuerza armada integradora de aquel antecedente penal, permiten verificar la comparación entre el anterior delito por el que fue condenado el recurrente y el sancionado en la presente causa. Por lo que, tanto por el dato de la pena mínima impuesta como por la obligada interpretación del principio “pro reo”, es preciso concluir que el anterior delito militar corresponde a los tipos punitivos de menor gravedad que comportan el antedicho límite de pena. Si, en consecuencia, **la pena no podía exceder de seis años de prisión**, y el correspondiente al delito de propagandas ilegales del artículo 251: 1.º C. p., es de prisión menor y multa, **ésta segunda pena es de mayor entidad** (dada la conjunción de penalidades; la pena privativa de libertad y la de multa), según SS. 8 abril 1969 y 12 febrero 1972), que la primeramente impuesta. Procediendo desestimar la aplicación de la agravante mencionada (S. 14 marzo 1973).

§ 7. Artículo 10: 15.ª, **Doble reincidencia**.

La Sala 2.ª del T. S. cambia la doctrina, “casi centenaria, quietista, inmovilizada y anclada en el siglo XIX... y excesivamente respetuosa con el precedente”, que sostenía “**bastaba con que el culpable hubiera sido castigado anteriormente por la perpetración de dos o más delitos de la misma naturaleza para que entraran en juego, según los casos, la regla sexta del artículo 61, el artículo 516, número 3.º o el 530 del C. p., siendo indiferente que las condenas anteriores hubiesen sido o no impuestas en la misma sentencia o que éstas estuviesen escalonadas con el rigor exigido por el número 15 del artículo 10, de tal modo que fuese dable distinguir entre delito primitivo, situación de reincidencia y doble reincidencia. Ahora, considerando que la **doble reincidencia no es más que una intensificación de la reincidencia o una reincidencia duplicada, no basta, por tanto, para su apreciación la simple o mera repetición de delitos, sino que es menester que éstos se hallen en la misma disposición temporal y orden sucesivo que se exige para la reincidencia, de tal modo que si los distintos delitos, al ser enjuiciados y sancionados en la misma sentencia, no pueden generar reincidencia entre sí, tampoco pueden originar doble reincidencia respecto a un nuevo delito cometido, cuando ya había adquirido firmeza la sentencia que castigó a los primitivos. Es, por consiguiente, menester que una segunda sentencia aplique o pueda aplicar el grado máximo de la pena que corresponda, pues, con arreglo al número 15.º del artículo 10, al tiempo de delinquir el culpable, ya está ejecutoriamente condenado por uno o varios delitos comprendidos en el mismo título; y que, posteriormente, y firme ya la sentencia condenatoria, cometa un tercer o ulterior delito también homogéneo** (SS. 1 enero 1973 y 10 abril 1973). Este “giro de ciento ochenta grados”, según lo califica la Memoria de la Fiscalía del T. S., puede apreciarse a partir de las SS. de 22 febrero, 13 abril, 18 octubre, 9 noviembre y 1 diciembre 1972.**

Para que quede configurada la **doble reincidencia**, se precisa, según se desprende de la noción legal del número 15 del artículo 10, en relación con la regla 6.ª del artículo 61, que **sólo puede declararse por segunda vez reincidente**

**a quien fue reincidente por la primera, en anterior sentencia; o lo que es lo mismo, que para que haya doble reincidencia, es preciso que se hayan dictado por lo menos dos sentencias condenatorias anteriores al hecho que se enjuicia, de modo que, en el segundo de dichos fallos, se haya apreciado la primera o simple reincidencia (S. 25 enero 1973).**

#### **Plurirreincidencia.**

La doctrina expuesta recientemente por la Sala 2.<sup>a</sup> en torno al concepto legal de reincidencia y su concepto derivado de **plurirreincidencia**, ha subrayado la importancia de la condena **intercedente** en cada uno de los delitos sucesivamente cometidos por el culpable, de acuerdo con la definición de dicha agravante en el número 15 del artículo 10 del Código penal, según la cual: “Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido **ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos** comprendidos en el mismo título de este Código”; fórmula descriptiva en que se hace bascular el concepto en la **previa existencia de condena**, esto es, de **sentencia firme y ejecutoria**, de acuerdo con la doctrina científica más moderna que concede superlativa importancia a ese estado o situación de reidad del condenado que descansa, a su vez, en la **severa y formal admonición que el ordenamiento dirige al culpable a través de la condena misma, sin esperar a que ésta se cumpla, de modo que la reincidencia tanto dista del mero concurso o pluralidad de delitos, de la multidelinuencia en suma, como de la exigencia de la previa ejecución de la pena impuesta por el anterior delito.** El Código penal acoge así el sistema llamado de la reincidencia “ficta”, en el que se fundamenta la agravante por el “plus” de culpabilidad que implica la recaída en el delito por quien ya es reo, concepto que si es válido para la simple reincidencia, debe serlo igualmente para la **multirreincidencia, que no es un concepto autónomo y específico, sino simple agregado, suma o resultado de reincidencias simples**, como así lo confirma el propio Código, cuando en la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 61 —excepcionando todo el sistema que impide rebasar la pena señalada por la ley por el concurso de agravantes— permite imponer la pena superior en uno o dos grados, a **partir de la segunda reincidencia**, es decir, que se exige para que haya segunda o posteriores reincidencias una primera o precedente, con los mismos requisitos, por tanto, impuestos para la agravante simple por la expuesta definición legal. En consecuencia, **no basta con que se haya proferido una sola sentencia condenatoria por varios delitos para que pueda hablarse ya de multirreincidencia en quien delinquiró después, sino que es menester que medie la condena entre cada uno de los delitos sucesivamente cometidos, de tal modo que el segundo o más veces reincidente lo haya sido declarado por primera vez al menos**, según se desprende también de las expresiones utilizadas en los artículos 516: 3.º y 530 del Código penal. Puesto que, desde la segunda reincidencia, los efectos agravatorios del sistema se parifican; siendo ya cuestión totalmente distinta la procesal de probar la anterior declaración judicial de la agravante, a cuya prueba puede llegarse no sólo por testimonio literal de las condenas, sino por la propia índole de las penas antes impuestas u otros datos que hagan necesaria la conclusión de que el reo ya fue considerado reincidente al delinquir por tercera o sucesivas veces (S. 21 febrero 1973).

En la legislación penal española actual cabe distinguir la **reincidencia**, definida como agravante genérica en el número 15 del artículo 10 del C. p., y que posee otras manifestaciones específicas como las contenidas en el artículo 533, in fine, o en el párrafo tercero del artículo 534, del mismo cuerpo legal; la **birreincidencia o doble reincidencia**, a que se refiere la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 61 y los artículos 516, número 3.º, y 530, atribuyéndole un carácter agravatorio privilegiado, que la doctrina moderna censura con unanimidad, puesto que, después de comprobada la inutilidad e ineficacia disuasoria de la pena impuesta, en un Derecho criminal que dice propender principalmente a la reforma y corrección del delincuente y a su reinserción y readaptación a la vida social, el cual, ante la nueva recaída o contumacia del delincuente, sólo encuentra como solución adecuada la de aumentarle considerablemente la dosis de lo que, como ya se ha dicho, se reveló ineficaz e inidóneo: y la **multirreincidencia**, caracterizada por la realización de todavía mayor número de infracciones delictivas, que hoy día tiene su asiento en el artículo tercero de la Ley de 4 de agosto de 1970, de Peligrosidad y Rehabilitación social, y que, en su modalidad habitual criminal, se manifiesta en distintos lugares del Código penal, como, vr. gr., en el artículo 18, número tercero, circunstancia segunda, en el artículo 402, párrafo 2.º, y en el artículo 542 (17 enero 1974).

**Debe desestimarse la reincidencia múltiple cuando se trata de condenas impuestas en la misma sentencia** (S. 4 julio 1973).

§ 8. Artículo 10: 16.<sup>a</sup>, **Agravante de morada.**

“Por morada debe entenderse el lugar más o menos habitado donde una persona reside y satisface las condiciones de la vida doméstica” (S. 17 abril 1973). En sentido similar, SS. 19 junio 1940, 11 diciembre 1952, 23 septiembre 1963.

§ 9. Artículo 11, **Circunstancia mixta de parentesco.**

El Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por el Tribunal a quo —que había apreciado la agravante de parentesco en un delito de estupro incestuoso—. Puesto que, condenado el procesado como autor de cuatro delitos de **estupro incestuoso**, no puede luego aplicársele la **circunstancia mixta de parentesco como agravante**, una vez que el legislador ya tomó en cuenta la relación parental que unía al reo con su nieta —sujeto pasivo de la infracción— para describir el tipo penal contenido en el artículo 435 del Código penal. De modo que estamos ante el segundo de los tres supuestos enumerados en el artículo 59, calificados por la doctrina de **inherencia expresa** y que convierte al precepto sancionador del incesto en **norma principal** respecto de la contenida en el artículo 11 que viene así a actuar como **norma subsidiaria expresa** sólo para los tipos cuya entrada en juego lo permitan (S. 6 diciembre 1972).

§ 10. Artículos 17 y 18, **Encubrimiento** (Exención de pena).

“El principio de inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho tiene su pleno desenvolvimiento en el Derecho penal sustantivo, en el cual el artículo 18 del Código punitivo exime de las penas impuestas a los encubridores

que lo sean de análogos parientes y se trate precisamente de aquellas formas de encubrimiento que atacan a la administración de justicia" (artículo 17: números 2.º y 3.º). Mostrando, de este modo, **la conexidad con el orden jurídico procesal**, en el cual los artículos 416, 1.º, y 418 de la LECrim., en el sumario, y el 707 de la misma Ley, en el plenario, dispensan de la obligación de declarar como testigos a los parientes del procesado mencionados"; **excusa, cuyo fundamento no es otro que el de evitar poner en contradicción la voz de la sangre con el deber de todo ciudadano de colaborar en el descubrimiento y sanción de los delitos** (S. 26 noviembre 1973).

§ 11. Artículo 24, **Retroactividad de la Ley penal más favorable.**

Según lo dispuesto en la regla 3.ª del artículo 5. de la Ley de 8 abril 1967, "las sentencias ya ejecutadas no se pueden rectificar "a efectos de antecedentes penales", por razón de las variaciones de cuantías que para la calificación de ciertos delitos han sido establecidas en la Ley citada" (S. 8 febrero 1973).

§ 12. Artículo 25, 112: 5.º, 443, párrafo 4.º, 451, 452, párrafo 3.º, 467, párrafo 4.º, 487, párrafo último y 586: 1.º.

**Perdón del ofendido (comunicabilidad del perdón a los co-reos no beneficiados expresamente por la agraviada).**

En un supuesto de **violación de una prostituta por cuatro sujetos**, a uno de los cuales otorga, con arreglo al artículo 443, párrafo 4.º, del C. p., la víctima su perdón, **previo pago de 30.000 pesetas**, la Audiencia, tras estimar que los hechos constituían tres delitos de violación en grado de tentativa, absuelve a los cuatro procesados, **comunicando** a todos el perdón otorgado por la víctima a sólo uno de ellos.

El Tribunal Supremo casa la sentencia, haciendo efectiva la concesión del perdón de la agraviada respecto al sujeto, al cual se lo había otorgado previamente, pero condenando a los otros por el referido delito, en base a considerar:

En primer término, que, con independencia de la opinión que se tenga en el plano de **lege ferenda** sobre la supervivencia en el moderno Derecho penal de los **delitos privados** [que, en el **orden procesal**, suponen la reserva en favor del ofendido de la **iniciativa** de su persecución, con la correlativa facultad de extinguir la acción penal mediante su **renuncia** (artículo 106, párrafo 2.º LECrim.); mientras que, en el **ámbito jurídico-sustantivo**, suponen la posibilidad de cancelar la responsabilidad penal y la pena en ejecución mediante el **perdón del agraviado** (artículos 25, 112: 5, 442, párrafo 4.º, etc...)], lo cierto es que "tales auto-limitaciones que el Estado se impone respecto al **ius persecuendi** y al **ius puniendi** obedecen a consideraciones de política criminal que van desde la necesidad de evitar el **strepitus fori** hasta la conveniencia de **reparar el perjuicio**, pasando por otras razones de elevada índole moral, como la restauración de la paz familiar en el actual delito de abandono de familia, y otras más utilitarias..., como la de facilitar la restitución de la **res furtiva** y aún la de limitar el número de procesos de interés mínimo...".

En segundo, que tales necesidades de política criminal se observan en el Derecho penal patrio, donde sí, por un lado, se ha constreñido la facultad

privada de perdonar, cuando se trata de menores ofendidos, requiriéndose la aprobación del Tribunal sentenciador, **“a fin de evitar compensaciones a costa de los mismos”**; por otro, se ha aumentado, en cambio, el número de delitos privados o, si se *prefiere*, *semipúblicos* (abusos deshonestos, abandono de familia), lo que indica que la interpretación judicial ha de atenerse estrictamente a la *mens legis* y al *ius positum*, sin perjuicio de vigilar la autenticidad de la conducta de los interesados, es decir, la presencia en el perdón de las notas de espontaneidad, firmeza, incondicionalidad, irrevocabilidad e intransmisibilidad. Cfr. S. 11 marzo 1968.

En tercero, a efectos de dirimir la problemática de la comunicabilidad del perdón a todos los autores del delito privado o semipúblico, cuando el ofendido ha limitado su concesión a uno solo o a varios de los co-reos, debe partirse de que “se trata de un derecho que confiere a su titular una facultad de disposición exclusiva y excluyente, y, por ende, perfectamente divisible respecto a los sujetos activos del delito, como igualmente lo es el derecho de querrela privada...”. “Hasta el punto de que cuando la ley ha querido hacer indivisible la persecución, como el perdón—adulterio y amancebamiento—, lo ha consignado expresamente..., mostrando lo excepcional del supuesto, que se explica, dada la naturaleza pluripersonal de dichos dos delitos..., lo que no acontece en los demás delitos tocantes a la honestidad...”

Y, por último, que la tesis de la comunicabilidad del perdón en el delito ahora planteado [basada en argumentos de Derecho comparado, ajeno por completo al vigente ordenamiento punitivo; en el *ius conditi*, al argumentarse en base a los referidos artículos 450 y 451, o, en fin, con base en la discriminación que la actitud de la ofendida introduce entre los encartados, al perdonar al que su mejor situación económica permite satisfacer la cantidad de dinero por ella exigida], a todos los partícipes es contraria a la doctrina jurisprudencial invocada, sin que basten a exceptuarla en este caso concreto, ni el hecho de que la ofendida ejerciera la prostitución en el llamado “barrio chino” de V...; ni el hecho de haber exigido la cantidad de 30.000 pesetas por conceder el perdón, de modo que sólo otorgó el perdón al procesado que le hizo pago de esa suma, pues tal reparación dineraria, lejos de venir excluida por la Ley, es tenida en cuenta por la misma, tanto en general (artículo 101 del C. p.) como en particular (artículo 444, 1.º)..., de modo que la condición moral de la víctima podrá servir para regular el quantum de los perjuicios de esa índole moral mentada por el artículo 104, pero no para denegar la responsabilidad civil in totum...” (S. 13 junio 1973).

§ 13. Artículos 28, 74. Pena de multa grave de cuantía inferior a 5.000 pesetas.

El T. S. casa la sentencia pronunciada por el Tribunal a quo, la cual, al apreciar en el autor de un delito de resistencia a agente de la autoridad la exigente incompleta de trastorno mental transitorio, había rebajado sólo en un grado la pena privativa de libertad de arresto mayor, pero no en el mismo grado o proporción la pecuniaria de multa de 5.000 a 25.000 pesetas, señalada como pena conjunta para tal delito.

A este respecto, afirma que, “si bien parte de la doctrina y jurisprudencia,

bajo el imperio de la legislación anterior al Código Penal de 1944, **venía sosteniendo que en ningún supuesto podía imponerse al culpable de un delito una pena de multa inferior al mínimo señalado por la ley**, cualquiera que fuese el grado de desarrollo que hubiera alcanzado en su ejecución el hecho o las circunstancias que concurriesen en el mismo, puesto que, de hacerlo así, se desnaturalizaría el concepto de delito contenido en el artículo 6.º del expresado cuerpo legal sustantivo, que califica como tales solamente aquellos hechos que la ley castiga con penas graves, olvida que **la distinción entre las formas de la infracción contenida en el mentado precepto y efectuada, sin duda, a efectos procesales o de competencia, no debe tener un valor diferencial ontológico**, puesto que la calificación como delito o falta de un hecho la verifica el legislador exteriorizándose no sólo en el castigo señalado a cada conducta, sino, ante todo, con la descripción e inclusión de las mismas —por razón de su intolerabilidad para la convivencia social— en uno y otro de los libros II o III del Código, donde se recogen y separan los delitos de las faltas”.

De ahí que aquella doctrina haya quedado actualmente sin fundamento dada la redacción del artículo 28 del Código vigente, que sólo impide tal rebaja en aquellos casos en que la multa se imponga como pena principal única. Por lo que, a sensu contrario, debe entenderse que, en aquellos supuestos en que no se imponga como pena principal, sino como conjunta o acompañada de una pena privativa de libertad, la multa no perdería su carácter de grave, aunque quedara por debajo del límite mínimo señalado a las penas graves en el artículo 74 del referido Código. En consecuencia, no sólo no hay inconveniente alguno para rebajarla de ese límite, sino que, en este caso, resulta obligatorio hacerlo, de acuerdo con el artículo 61: 5.ª, que ordena tal rebaja en uno o dos grados, al existir dos o más atenuantes o una sola muy calificada (S. 3 octubre 1973).

#### § 14. Artículo 69, Delito continuado (escándalo público).

Deniega nuestro más alto Tribunal la aplicación del delito continuado en un caso de escándalo público, por considerar que no concurren en él los requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para que pueda apreciarse: **homogeneidad de actos y de propósito, identidad del sujeto activo y del pasivo, unidad del bien jurídico atacado, e imposibilidad de separar o individualizar cada una de las acciones realizadas**. Presupuestos que no concurren, cuando el procesado realizó sus actos de exhibicionismo ante diferentes personas, en ocasiones o momentos distintos (S. 6 julio 1973). Cfr. § 30.

#### § 15. Artículo 71, Concurso ideal de delitos.

No procede apreciarlo en un supuesto de violación y falta de lesiones, por cuanto el concurso ideal exige **“que un solo hecho sea constitutivo de dos o más delitos o uno de ellos medio necesario para cometer el otro; y si a la violación subsiguen las lesiones, que únicamente constituyen falta, no cabe la aplicación de esta norma”**, según ha declarado reiterada doctrina de la Sala 2.ª del T. S. [SS. 7 julio 1947, 15 noviembre 1963]. Por consiguiente, deben separarse el delito y la falta para su sanción; **debiendo, además, tenerse en cuenta**

la diversidad de bienes jurídicos infringidos: en la violación se ataca a la integridad sexual de la ofendida; en las lesiones, a su integridad física (S. 22 julio 1973).

El delito de estupro doméstico, del artículo 434 del Código Penal, puede coincidir con el delito de escándalo público del artículo 431 del mismo cuerpo legal, si la realización del acto carnal se efectúa en condiciones de visión directa externa, y que afecte a la moral o a las buenas costumbres gravemente, por herirse dos bienes jurídicamente protegidos de diferente condición: la doncellidad, respeto y libertad sexual, en el primero, de las mujeres entre doce y veintitrés años de edad; y dicha moral y buenas costumbres, de otras personas en el segundo, sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 71, porque un mismo hecho constituya dos delitos distintos. Pero, en tal caso, no puede estimarse presente una absorción delictual sin lesión del principio "non bis in idem"; y mucho menos en el supuesto de que se cometiera el estupro de tal condición con una mujer y en acto distinto, anterior o posterior a la realización de los accesos carnales en el tiempo, y no simultáneo o coetáneo, se le exhibiera a la misma, en unión de otra muchacha menor de edad, los órganos genitales y se le propusiera su masturbación, porque se trata de dos conductas diferenciadas en su ejecución (S. 11 mayo 1973).

#### § 16. Artículo 101, Responsabilidad civil.

"La indemnización de daños y perjuicios es inherente a la comisión de todo delito, según establece el artículo 101 y siguientes del C. p.; de lo que no quedan excluidos los perjuicios de carácter moral, como son los derivados del delito de adulterio, según el texto del artículo 104 de dicho cuerpo legal" (S. 20 diciembre 1973). Cfr. § 38.

#### § 17. Artículo 112: 5.º, Indulto (en delitos privados).

Frente a la petición de que los delitos perseguibles a instancia de parte están excluidos del indulto (D. L. de 23 de septiembre de 1971), cuando así lo interese el querellante dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la firmeza de la sentencia, según lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 2, de dicho Decreto, el T. S. declara que procede aplicar el indulto de 1971, en contra de la sentencia recurrida, por no haber llegado el momento oportuno de que la parte ofendida haya podido manifestar su oposición a la concesión del indulto.

En la persecución de los delitos contra la honestidad, la razón que fundamenta la manera de proceder, está en la autolimitación del Estado, que depona su derecho preferente de perseguir y castigar esta clase de delitos (como el estupro), ante el interés particular de la persona o familia ofendidas. Y, por eso, tales interesados poseen facultades especiales en los llamados delitos privados, y no debe negársele lo que se concede a otros interesados, sólo por tratarse de los llamados querellantes" formales", mucho más cuanto que según la ley de 18 de junio 1870, artículo 15.º, debe oírse a la parte ofendida, en la aplicación de la gracia (S. 14 noviembre 1973).

... **Indulto y "tempus delicti commissi".**

Al efecto de aplicar el indulto de 23 de septiembre de 1971, en un delito de raptó impropio y otro de estupro, y de fijar el "**tempus delicti commissi**", el T. S. deniega los beneficios de dicho decreto de indulto, por no estimar comprendido dicho "**tempus**" dentro de los límites temporales marcados por el decreto. Habida cuenta de que "**el delito de raptó es de carácter permanente**", cuya ejecución persiste o se prolonga en el tiempo mientras dura el ataque al honor familiar y personal, bienes jurídicos que protege. Ya que, si bien se consuma en el momento de la sustracción de la mujer, dicho momento consumativo persiste mientras no se produzca el reintegro de aquélla al hogar familiar. De otro lado, el **delito de estupro** es un **delito continuado**, ya que los accesos carnales diversos en el tiempo, se deban a la causa de dependencia o engaño o a cualquier otra que los origine, suponen el resultado de una voluntad homogénea única, planificada o renovada, que lo hace persistir durante todo el tiempo, en que las condiciones normativas se produzcan (S. 27 diciembre 1973).

§ 18. Artículo 123, **Ultrajes a la Nación Española.**

"Manifestar en alta voz y en lugar público «España es una mierda y los españoles son unos hijos de puta y unos ratas», ofendiendo con ello de un modo grosero y vulgar a la Nación Española, que le da hospitalidad y educación [a los procesados, de nacionalidad guineana]...", es un acto que configura el tipo del artículo 123 del C. p. Sin que pueda alegarse que tales ultrajes iban dirigidos solamente contra algunos elementos que constituyen la Nación, concretamente contra el personal perteneciente al sexo masculino, ya que la primera de tales injurias va dirigida contra España, "**término que no puede ser referido más que a la Nación Española**, y, además, porque también **constituyendo la Nación un conjunto de personas unidas por la misma historia, raza, lengua y tradición, asentadas en un mismo territorio, la injuria dirigida genéricamente contra los miembros de tal grupo afecta a la dignidad de la Nación entera como ente colectivo...**" (S. 11 diciembre 1973).

... § 19. Artículo 147, párrafo 1.º, **Injurias al Jefe del Estado.**

El requisito de la "publicidad" queda patentemente demostrado, cuando las palabras injuriosas contra el Jefe del Estado español se profririeron en lugar público (un "tele-club"), estando presentes más de diez personas (S. 1 febrero 1957, 22 febrero 1969), máxime cuando el acusado emitió las palabras injuriosas con la fría y premeditada reflexión que supone estar dando una conferencia o charla y ante personas de cultura básica (S. 12 abril 1973).

§ 20. Artículo 164 bis b), **Ofensas al Movimiento Nacional (diferencia entre delito y falta).**

El acto de **coger unas banderas de FET y JONS**, colocadas en los balcones de una calle con motivo de las fiestas patronales del pueblo, **rasgarlas** y luego **quemar** alguna de ellas, **constituye**, pese a haber apreciado el Tribunal sentenciador la atenuante de embriaguez, número 2.º del artículo 9, **el delito del 164 bis b)**, sin que puedan tales actos degradarse a la calidad de faltas de los

artículos 570: 3.º y 590 (daños); pues “**tal conducta es intrínsecamente injuriosa por su propio contenido y significación, dada la presunción dolosa del artículo 1.º del C. p. y la valoración que socialmente se le atribuye**”; por lo que no cabe apreciar inexistente el ánimo de injuriar en base al estado de embriaguez del recurrente (S. 7 diciembre 1972).

§ 21. Artículo 209. **Delito de ultraje a la Religión Católica.**

“**Presentar a un sacerdote —en las viñetas de una revista— en un confesionario, diciendo a un penitente, de rodillas, al pie del mismo, “son 345,70 y la voluntad”, es escarnecer al Sacramento de la Penitencia que figura administrándose; irrisión, mofa o burla que se traduce en descrédito y desprestigio en el concepto público...**” (S. 11 octubre 1973).

§ 22. Artículo 240, **Desacato (concepto y diferencia con la falta del número 5.º del 570).**

Aprecia el T. S. el recurso interpuesto por el M. F. contra la sentencia dictada por la Audiencia, calificando como falta del artículo 570, 5.º del Código penal, el escrito dirigido por un obrero a la Magistratura de Trabajo con motivo de dictar ésta una sentencia que, a su juicio, denegaba sus derechos como obrero.

El T. S. considera que, así como **el delito de atentado** implica un ataque material al principio de autoridad encarnado por las personas que la ostentan, **el de desacato**, entraña una ofensa moral a ese mismo principio, un desconocimiento de la dignidad entrañada en el ejercicio de la función pública, bien jurídico atacado, el cual trasfunde toda la estructura y dinámica del tipo hasta configurar su autonomía conceptual y ubicarlo dentro de los delitos que atacan la seguridad interior del Estado, en cuanto éste actúa a través de órganos autoritativos, **emancipándose así de la consideración de mero delito privado contra el honor —que es un bien jurídico personal—**, para convertirse en un **delito público** con todas las consecuencias que ello comporta (SS. 6 febrero 1959, 13 noviembre 1963, 10 junio 1964, 28 noviembre 1966, 28 octubre 1969 y 8 octubre 1973).

La distinción entre el **delito** de los artículos 240 y siguientes y la **falta de desacato** prevista en el artículo 570, radica en los fundamentos siguientes:

a) **El delito** ataca, como **bien jurídico protegido**, a la dignidad que supone el ejercicio de la función pública, lo cual fundamenta su inclusión entre los delitos contra la seguridad interior del Estado.

— El delito se apoya, además, sobre un **elemento objetivo**, constituido por la calumnia, injuria (con su arcaica variante del insulto) o amenaza. Y, además, sobre **otro elemento de naturaleza subjetiva: el animus infamandi**, cuyo alcance no es sólo deshonorante, como sucede en el delito privado, sino que su ámbito es mayor, pues se trata de la **intención de vejar o menospreciar a personas que encarnan la autoridad** en cuanto la misma es representantet de esa calidad pública (S. 8 febrero 1966).

b) La **falta de desacato** supone un alcance menor, en cuanto al **bien jurídico protegido**, el orden público.

— Su descripción típica (del 570, 5.º) alude tan sólo a **falta de respeto y consideración debida a la Autoridad**. No precisa, pues, la imputación ca-

luminosa, la injuria o amenaza paladariamente proferida, desde el prisma objetivo.

— Desde el punto de vista subjetivo, **no requiere el animus injuriandi** o de despreciar a la autoridad, “verdadera **alma mater** del delito de desacato”

— En la falta se sanciona, más bien, **un exceso verbal**, expresiones incorrectas e irrespetuosas, sin mayor trascendencia para el prestigio de la autoridad pública (SS. 7 abril 1965, 8 febrero 1966, 29 septiembre 1969, 8 octubre 1973).

### § 23. Artículo 246-249, **Desórdenes públicos.**

**Bien jurídico protegido. Diferencia entre delito y falta (570, 3.º).**

Los estrictos **delitos de desórdenes públicos**, descritos en los artículos 246 a 249 del Código penal y las correlativas **faltas contra el orden público**, recogidas en el artículo 569-1.º y en el 570-1.º a 4.º del mismo Código, tienen, a no dudarlo, **un bien jurídico protegido común a todas las referidas infracciones: la paz pública.**

El criterio de diferenciación entre aquellos delitos y las meras faltas es, una vez más, puramente **cuantitativo**, con todo el relativismo circunstancial que comporta la distinción, atinente a lugares y tiempos, personas y fines que las impulsan. Lo cual quiere decir que **la perturbación del orden, para ser delictual, ha de revestir cierta entidad, ha de ser, en definitiva, una perturbación grave, que así deviene elemento normativo del tipo, ya expresamente enunciado** (artículos 246 y 247), ya **implícito** en la descripción; sea por **la misma gravedad del resultado** (artículo 249), sea por **la relación tangencial y comparativa por las faltas de igual índole**, en las cuales se mienta también expresamente **la perturbación leve** (artículos 569-1.º y 570-2.º y 4.º) o la presuponen, dada la **índole mínima y limitada en la trascendencia que suponen** (artículo 570-1.º y 4.º). De modo que la subsunción en una y otra de tales faltas —suscita la levedad del trastorno— ya es **un problema técnico de mera subsunción**, atendidos los principios de **especialidad y concreción.**

En el caso de autos, la frase pronunciada —“Para mí, la hoz y el martillo”—, si bien ofrece un indudable cariz subversivo, en cuanto alude al característico emblema del partido o doctrina comunista, declarados fuera de la Ley por el vigente ordenamiento jurídico, por **las circunstancias en que fue pronunciada, ni acusa la conmoción emocional que todo grito subversivo produce en el medio social en que se lanza, ni tuvo en el caso sub judice la fuerza inductiva a que se refiere el auténtico delito del artículo 248 del Código punitivo, al exigir que provoque directamente a la alteración del orden público;** tratándose más bien de un **exabrupto verbal** y más o menos consciente de quien se encuentra en estado de ebriedad, con la terca obstinación y disposición mental que caracteriza a quienes actúen o se conducen en tal estado patológico. Lo cual lleva a degradar la infracción a la categoría de **mera falta contra el orden público, siendo ya problema secundario de subsunción** —dada la igualdad punitiva con que son conminadas— **el de optar entre la falta del número 3.º o la del número 4.º del artículo 570**, que es preciso decidir en favor de la **primera, dada la específica alusión que contiene a la embriaguez como causante**

de la leve perturbación que ambas sancionan. Lo que lleva a casar en este punto la sentencia de instancia que estimó que los hechos por ella relatados eran constitutivos del delito previsto y sancionado en el artículo 248 del Código penal (S. 30 noviembre 1973).

§ 24. Artículo 251, **Propagandas ilegales.**

El delito de propaganda ilegal, definido y sancionado por el artículo 251 del C. p., está compuesto por varios elementos: por las publicaciones o, simplemente, por la mera tendencia o posesión para repartir —pues se trata de una infracción de consumación anticipada—; por el elemento subjetivo o espiritual, consistente en el *animus diffundendi* del agente, con la finalidad de lograr alguno de los objetivos concretos incorporados a la tipicidad y delimitados en los cuatro apartados que contiene el precepto sancionador, con independencia que se alcancen o no, los cuales prohíben en su conjunto atentar contra los intereses nacionales y el orden estatal..., siendo necesario que dichos actos sean susceptibles o tengan entidad suficiente para conseguir esos objetivos, con independencia de que se produzca o no el efecto apetecido. Por consiguiente, confirma el T. S. la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia (S. 2 noviembre 1973).

“Prohibiendo bajo la represión penal la libre expresión de ideas estimadas por el legislador como perjudiciales para la soberanía del Estado...”, el artículo 251, por medio de la tipificación de un delito de propaganda ilegal, establece un delito de tendencia o peligro, ajeno a todo resultado material (S. 17 marzo 1973).

§ 25. Artículo 251: 1.º, **Propagandas ilegales.**

El Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por la Audiencia y absuelve del delito de propagandas ilegales, en base a las siguientes consideraciones:

La entidad delictual de propagandas ilegales —máxime si se trata de la figura prevista en el número 1.º del artículo 251 del ordenamiento penal sustantivo, aplicado en la sentencia ahora recurrida— es una **infracción de tendencia concreta** y no remota, a modo de provocación al delito, especialmente tipificada por razón de su peculiar naturaleza y amplitud, dirigida contra Instituciones estatales propias y vigentes protegidas por la Ley penal, que, sin perjuicio de comportamientos de signo análogo, posiblemente incurso en el artículo 164 bis, referente a los delitos contra las Leyes Fundamentales, **deja fuera de su típico ámbito lo meramente doctrinal o extranacional que no comporte ataque cierto a la organización política patria, con alguno de los designios previstos en el mentado apartado primero o en cualquier otro del mismo precepto.** Sin que quepa llevar el reproche penal más allá de donde la Ley quiso llegar, ni extender judicialmente el alcance de la incriminación a comportamientos que el legislador se abstuvo de incluir en el área punitiva. Debiendo concurrir, además, para que el delito de propaganda surja, **la consiguiente difusión de los textos hostiles o, cuando menos** —como supuesto de consumación anticipada, legalmente configurado y revisable en casación en cuanto al decisivo elemento intencional— **su tendencia con tales miras de distribución,**

**circulación o comunicación**, susceptibles de llenar los propósitos catequísticos o proselitistas que toda propaganda supone. Aplicada esta doctrina al caso de autos, es evidente que faltan en él elementos suficientes para incardinar aquellos hechos en el delito de propagandas ilegales previsto y penado en el aludido artículo 251, habida cuenta de que en los títulos y textos literalmente transcritos en la misma sentencia, entresacados del conjunto, redactados incluso en idioma extranjero, intervenido en poder de los procesados a su entrada en España y destinados a terceras y desconocidas personas, **no constan ataques o incitaciones a la subversión contra el Estado español**, subsumibles en la norma penal cuestionada. Pues, **aparte del indiscutido carácter comunista-maoísta de esta literatura**, los títulos reseñados en la sentencia, atinente en buena parte a temas polémicos intercomunistas, a disgresiones ideológicas de las que algunas se remontan a Marx, así como a Lenin, y apreciaciones tácticas, de sectas, **no ofrecen**, al menos en lo que ha sido objeto de transcripción, **alusiones trascendentes a nuestro país y a su Régimen Político**. Y, en cuanto a los únicos pasajes de aquellos textos que en la resolución impugnada se recogen, **tan sólo contienen lemas** tales como el consabido e inveterado **"Proletarios de todas las naciones y países oprimidos, uníos"** y otras expresiones semejantes de carácter general, sin mención de llamamientos insurreccionales o de criterios concretos dedicados a España, ausentes del relato, en que se encierra la única premisa apta para servir de soporte fáctico al fallo de instancia y al ulterior juicio casacional. Por lo que, ausente el primer elemento, **objetivo**, concerniente al contenido punible de los textos, sería baldío entrar en la complementaria consideración del segundo elemento, teleológico, relativo al destino y finalidad propagandística asignables a los impresos de que los procesados eran portadores (S. 20 noviembre 1972).

§ 26. Artículo 251: 4.º, Propagandas ilegales.

La doctrina del T. S. en torno al delito de propagandas ilegales destaca los dos elementos estructurales sobre los que aquél se fundamenta. A) Uno, **normativo-objetivo**, contenido en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 251 del C. p. Los fines perseguidos por la actividad proselitista y que califican al **delito como de tendencia**; y, de otro lado, la misma propaganda subversiva de la que se da una definición auténtica condensada en tres acciones típicas—la **impresión del material**, que enumera a título enunciativo; la **distribución del mismo**; o su **tenencia**—. B) Otro elemento, **de naturaleza subjetiva**, bifurcado en dos vertientes: al exigir un **animus diffundendi**, elemento subjetivo de lo injusto e implícito en el propio nomen iuris del delito, puesto que, en buena acepción léxica, propagar equivale a multiplicar el conocimiento de una cosa; y una **previa conciencia por el sujeto del sentido atentatorio** contra la seguridad interior del Estado entrañado en la propaganda ilegal, elemento intelectual del dolo. Elemento concurrente en el hecho planteado ahora (S. 20 diciembre 1973). En idéntico sentido, S. 27 diciembre 1973.

Existe el delito del 251, número 1.º, párrafo 4.º, del C. p., al darse el **elemento objetivo**, constituido por la **distribución de la propaganda ilícita**; y el **subjetivo**, concretado en el **ánimo y propósito de difusión de la misma con fines de subversión de la organización estatal** o de perjudicar su crédito,

prestigio o autoridad, a que aluden los números 1.º y 4.º del mencionado precepto (S. 10 diciembre 1973). En sentido idéntico, SS. 17 marzo, 26 septiembre y 13 octubre 1973.

§ 27. Artículo 252, **Propagandas ilegales** (en rel. con art. 251: 4).

Los tipos delictivos previstos en el número 4.º del artículo 251 y en el artículo 252 del C. p. difieren en su naturaleza y significación.

Aun cuando ambos parten de que las conductas revistan carácter ofensivo, y vengan provistas de orientación difusoria, sólo el 251:4.º, requiere que se dé una conducta propagandista abierta y radicalmente hostil, netamente propagandística, proselitista, es decir, la **propaganda pura**. Mientras que el 252 alude a lo que podríamos denominar "**cuasi-propaganda**", en cuanto transmisión o comunicación de noticias falaces o rumores insidiosos, comportamiento cuyo deslinde del 251 no suele ser fácil.

Por consiguiente, el caso contemplado, en el que el procesado, en el curso de una conferencia, ya que no discurso o soflama, dada en un colegio mayor universitario, en la que extremó su ardor crítico hasta el punto de poner en tela de juicio la calidad de Estado de Derecho de la comunidad política nacional, comunicando al auditorio, fuese éste numeroso o exiguo, especies gratuitas sobre pretendidas sevicias de la Autoridad pública en el trato aplicado a determinados detenidos inculcados por entonces de terrorismo de signo separatista, cae dentro del delito tipificado en el artículo 252 del Código penal, el cual hace referencia a la denigratoria circulación de noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos (S. 16 octubre 1973).

§ 28. Artículo 570: 4.º, **Falta de propagandas ilegales**.

Anula el T. S. la sentencia pronunciada por el Tribunal a quo, condenatoria por un delito de propagandas ilegales, del número 4.º del 251 del C. p., estimando, por el contrario, que sí existe una falta del artículo 570: 4.º Pues "la tosca impresión de unas pegatinas con las escuetas afirmaciones 'Fascismo no', 'Libertad' y 'Amnistía', y el intento de su difusión colocándolas los acusados en las calles de Palma de Mallorca, con ocasión de la celebración del Consejo de Guerra de Burgos contra los afiliados de la ETA, verificada, además, por un grupo de estudiantes muy jóvenes (mayores de dieciocho años), de buena conducta en todos los órdenes, sin antecedentes penales y sin constancia de su afiliación con partidos políticos o asociaciones declaradas fuera de la ley..., no bastan para llenar el tipo del delito de propagandas ilegales. Dado que "el texto de las pegatinas es expresivo de la negatividad de una determinada tendencia o forma política de gobierno; de la petición de libertad y de concesión de amnistía a los que se juzgaba...". De modo que, colocadas en otra ocasión y circunstancias, y sin relación con el aludido proceso, serían por su intrínseca significación penalmente atípicas, todo lo más sancionables en vía gubernativa con base a la Ley de Orden Público". Pero que, en el caso de autos, sólo motivaron una pequeña alteración del orden público, que procede encuadrarlas como falta del artículo 570, número 4.º, del citado Cuerpo Legal (S. 26 abril 1973).

§ 29. Artículo 371, **Denegación de auxilio.**

De las dos modalidades de denegación de auxilio que prevé y establece el artículo 371 del Código penal común, la tipificada en el párrafo final que se concreta a la denegación del funcionario público al requerimiento de un particular; y, aunque era figura delictiva ya inserta en los viejos Códigos de 1822 y 1928, su regulación actual aparece incorporada al ordenamiento jurídico positivo en el texto refundido del Código Penal de 1944, viniendo a resaltar además el deber general de obligada asistencia impuesto por la solidaridad social de prestar ayuda a quien se encuentre necesitado de auxilio manifiesto, el deber más visible, destacado y de superior vinculación de quienes ejercen la profesión médica y específicamente de todos cuantos integran los Cuerpos de Sanidad provincial o municipal, regulados por la Ley de 25 de noviembre de 1944 y Reglamento de 27 de noviembre de 1953, que les confiere el carácter de funcionarios públicos, en cuya situación es de plena ortodoxia moral y legal que les alcance un "plus" de exigibilidad en el cumplimiento de sus deberes específicos, en cuanto son facultativos y en cuanto son funcionarios del servicio público; y, consecuentemente, un "plus" de responsabilidad en sus omisiones o abstenciones en la prestación de auxilio, correctamente criminalizadas por el tipo penal configurado en el párrafo tercero del artículo 371 de referencia. Para la consumación del mismo no se requiere que el mal que se trata de evitar sea grave, ni que la abstención del requerido sea total, bastando con la falta de asistencia y colaboración en lo preciso cuando el requerimiento se contrae al cumplimiento de deberes profesionales médicos ejercidos en exclusiva y se produce un perjuicio o mal directamente relacionado y dimanante de la inasistencia solicitada (S.7 diciembre 1973).

§ 30. Artículo 430, **Abusos deshonestos.**

El delito de abusos deshonestos (430, en rel. con art. 429) es un delito de mera actividad, no de resultado, que castiga la exteriorización impúdica de un propósito lujurioso que atente materialmente contra el pudor de otra persona en su cuerpo, guiado por excesos lúbricos.

Elementos para la existencia del delito son:

— Uno, **objetivo**, acción de atentado al pudor realizada sobre persona de uno u otro sexo, sin acceso carnal, pero lesionando la honestidad de su cuerpo.

— Otro, **elemento subjetivo de lo injusto**, pues el agente tiende a satisfacer su ánimo lúbrico o móvil libidinoso con su quehacer criminal. Este elemento subjetivo de lo injusto ha de derivarse de la misma conducta del agente, de la peculiar índole de los actos de libidine practicados o del propio medio empleado en el "modus operandi", así como de las partes del cuerpo manoseadas o tocadas. En contra, S. 27 junio 1973.

— Y un tercer elemento, **normativo**, por utilizarse violencia o intimidación material o ideal sobre el sujeto pasivo, o aprovecharse de la situación de inconsciencia de la persona ofendida (S. 6 abril 1973). Véanse SS. 24 noviembre 1972, 3 mayo y 20 diciembre 1973.

El delito de abusos deshonestos se integra por la concurrencia de tres requisitos esenciales: 1. **Abusos deshonestos**. 2.º **Con personas de uno u otro sexo**. 3.º. Concurriendo cualquiera de **las circunstancias del artículo 429**: a) **abuso de fuerza o intimidación**; b) **víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa**; c) **menor de edad de doce años cumplidos**.

Se exigen, pues, presupuestos: de **naturaleza objetiva o material**—el quehacer directo sobre el cuerpo de otra persona o el forzar a la misma a tocamientos impúdicos sobre el cuerpo del sujeto pasivo—; de **carácter subjetivo**, un elemento intencional o psicológico, **elemento subjetivo de lo injusto**, constituido por el ánimo lúbrico o libidinoso del agente, excluyente del ánimo de yacer cuando el sujeto ofendido es una mujer, y presupone una finalidad lesiva y atentatoria a la libertad sexual o pudor del sujeto pasivo, puesto que **el bien jurídico protegido es la libertad sexual del hombre o de la mujer a consentir o no los actos impúdicos**; y, por último, una **adecuada relación causal del ánimo deshonesto con su realización exterior**. Si estos elementos se unen a cualesquiera de las circunstancias previstas por el artículo 429, surge el problema de la interpretación de la **fuerza o intimidación**, que ha de entenderse **no en términos absolutos**, en el sentido de fuerza irresistible o invencible, sino que basta emplear **la necesaria y eficaz para conseguir los propósitos del culpable**; es decir, **la suficiente** para suprimir la persistencia y voluntad discrepante de la víctima (S. 11 diciembre 1973).

La fuerza empleada para incurrir en el tipo del artículo 430, en relación con el número 1.º del 429, **no requiere ser irresistible o invencible, ni que revista una especial intensidad**, bastando sea **idónea, eficaz y de entidad bastante** para alcanzar lo torpemente deseado o **cohiba con “vis física” la libertad sexual de la víctima**, o que ésta, por ser menor de edad o incapaz no pueda consentir la aceptación de los abusos deshonestos. SS. 30 diciembre 1957, 17 diciembre 1965, 14 octubre 1967, 27 febrero 1968, 10 diciembre 1968, 5 marzo 1968). En cuanto al significado de la expresión **“privada de razón por cualquier causa”**, es doctrina de la Sala 2.ª, que aquélla abarca **no sólo la pérdida de razón de carácter transitorio y duradero**, sino que además en la frase **“privada de razón”** se incluye **a las personas que nunca la tuvieron por defecto constitucional**, ya que unas y otras adolecen de la misma incapacidad psíquica. El precepto se aplica, pues, **no sólo a casos absolutos**, como los de locura, imbecilidad o idiocia plena, sino que se extiende a otros, como la **cligofrenia**, etc..., dada la **“relatividad de la expresión legal”** (S. 19 octubre, 20 diciembre y 28 septiembre de 1973).

El **dolo específico** de este delito (430, en rel. con 429: 3.º) lo constituye **la intención libidinosa** que inspira o mueve la conducta del agente, al producir los tocamientos libidinosos, sin propósito de yacer—**a menor de doce años**—; **“siendo indiferente al delito que la parte del cuerpo que fue manoseada estuviese más o menos al descubierto y próxima o distante del órgano sexual”**. Lo único que esta figura exige es **“la exteriorización impúdica de un propósito libidinoso”**. (S. 27 junio 1973). En contra, S. 6 abril 1973.

### Abusos deshonestos (delito continuado).

“Dadas las circunstancias del caso que se juzga [actos de homosexualismo de un maestro con un alumno de doce años], el T. S. deniega la apreciación de un delito continuado de abusos deshonestos; “pues, no sólo por su duración, sino por la profesión del reo, que, en vez de educador se convierte en corruptor por vía sexual del alumno, aprovechándose de su función pública, según doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup>, sentada a partir de la S. de 22 marzo 1966, los Tribunales, al tratar del delito continuado, **han de adoptar los principios jurídicos adaptados al caso para buscar la realización de la justicia e implantar la defensa social.** Esta doctrina se aplicará o no según lo reclamen altos intereses superiores, sin que sirva de escarnio a la realidad de los hechos, como en el caso presente ocurriría, si al reo, que puede serlo de más de 300 delitos de abusos deshonestos, se le condenas sólo por uno de ellos, en fraude de la realidad y del sentido común...” (S. 5 abril 1973).

### Diferencia entre delito de abusos deshonestos y falta de escándalo público.

Los abusos deshonestos del artículo 430, en relación con el número 3.<sup>o</sup> del 429, **no poseen una correspondencia con la falta del artículo 567: 3.<sup>o</sup> del C. p.**, puesto que el contenido de esta última se contrae y circunscribe a la responsabilidad atenuada y menos grave del **delito de escándalo público del artículo 431 del mismo cuerpo legal** (S. 5 julio 1973). En sentido contrario, el T. S. considera que **la diferencia** entre el delito previsto en el artículo 430 del Código penal y la falta correlativa del número 3.<sup>o</sup> del 567 del mismo cuerpo legal se establece, en principio, con arreglo a un **criterio cuantitativo de gravedad**, impuesto de modo expreso por la base novena de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, que, en referencia a dicha falta, ordenó su modificación, “**de modo que la ofensa a la moral y a las buenas costumbres que prevé sea leve**”, al igual que lo hizo al incorporarse a la redacción de tal precepto el calificativo de **levedad**, suprimido por la reforma de 1944 [si bien para la doctrina jurisprudencial permanecía implícito o subyacente en el precepto citado]. Por consiguiente, **aparte del criterio cuantitativo**, central y básico [SS. 21 diciembre 1964, 28 mayo 1966, 14 octubre 1967, 25 febrero 1968, 8 mayo 1971, 17 diciembre 1971], opera la jurisprudencia dicha distinción, también, con arreglo a **módulos cualitativos**, que se deducen del **bien jurídico protegido en cada una de dichas infracciones**: en el delito, la **libertad sexual individual**, en la falta, la **mayor nimiedad de los embates a la pudicia ajena se compensa con su mayor trascendencia para las buenas costumbres o para la decencia pública**, castigándose la infracción en cuanto afecta a la **moralidad sexual colectiva**, con todo el relativismo que comportan tales criterios axiológicos en orden su vigencia cultural en la sociedad y con arreglo a lugares y épocas, es decir, “**hic et nunc**” [SS. 8 marzo 1971, 15 febrero 1972, 19 enero 1973].

Pero, en el caso de autos se desestima la posibilidad de calificar el acto como falta, “**puesto que no se trata ya de concluir la mayor o menor trascendencia sexual del beso, que, aisladamente entendido, puede ofrecer una valoración de mera contravención al pudor o a las buenas costumbres**” (S. 1 julio 1966). Por el contrario, dicha manifestación más o menos erótica debe

ponerse en relación con el resto de la actividad desplegada por el agente, de modo que los actos que lo precedan y subsigan ofrezcan el **sello del ataque sexual**, según SS. del T. S. de 9 noviembre 1965, 18 marzo 1966, 28 mayo 1966, 22 enero 1968, 2 diciembre 1970, con arreglo a cuya doctrina se otorga **“categoría delictual al beso violentamente impuesto, máxime si le acompañan otras circunstancias impúdicas”** (S. 5 diciembre 1973).

§ 31. Artículo 431, **Escándalo público.**

El artículo 431 protege la **moral individual de las personas y la moral colectiva de la sociedad** contra toda clase de ataques que afecten, agraven o tengan influencia nefasta en la honestidad de unas y otras (S. 12 febrero 1973).

Por **“pudor y buenas costumbres”** deben entenderse **los sentimientos de recato, honestidad y de vergüenza o morigeración de los demás** (S. 12 febrero 1973).

Las **buenas costumbres** son aquellos mismos sentimientos arraigados, respetados y practicados por la colectividad (S. 19 febrero 1973).

Los términos **hechos de “grave escándalo o trascendencia”** son utilizados **disyuntivamente** por el texto penal del artículo 431 del C. p., por poseer diverso significado: El **primero** se contrae a los efectos repulsivos que causa en las personas que, ajenas al delito, lo conocen al tiempo de ejecutarse o de descubrirse: el **segundo**, hace referencia al daño moral que el acto o hecho reprochable ocasiona directamente a las víctimas o sujetos pasivos del delito (SS. 19 febrero y 25 octubre 1973).

El delito de escándalo público del artículo 431 es un **tipo abierto**, por falta de expresa concreción normativa, que requiere que el agente realice actos **inmorales gravemente deshonestos** que lesionen directamente el pudor o las buenas costumbres, en cuanto éstas son los **standards ético-jurídicos que subyacen tras la norma penal**. Además de exigir que los mismos tengan **difusión o trascendencia, al ser manifiesto o sabido lo oculto en su proyección social**, por exigirse la publicidad de la conducta, para que incida en los sentimientos morales de la **colectividad, verdadero sujeto pasivo de la infracción**. En esta infracción **no se persigue tanto la inmoralidad intrínseca del mal quehacer como su proyección social** (S. 3 diciembre 1973).

Se da el elemento de **“grave escándalo”** en el supuesto de autos, en que se realizaron los actos de masturbación a plena luz solar, en una vía pública transitada... (S. 25 marzo 1973).

Por **“grave escándalo”** debe entenderse el **causado en la moral personal del que los presencia o contra el que van dirigidos**. Por **“trascendencia”**, en cuanto se proyectan o miran **hacia la moral de los otros** (S. 12 febrero 1973).

La expresión **“de cualquier modo”**, utilizada por el artículo 431 del C. p., indica el propósito del legislador de **abarcar todos los medios que reúnan los dos requisitos antes expuestos: de grave escándalo y trascendencia, atentatorios al pudor o buenas costumbres** (S. 12 febrero 1973).

El término **“trascendencia”** ha sido utilizado por la Sala 2.<sup>a</sup> para calificar de actos de escándalo público **no sólo los deshonestos o inmorales realizados ostentosamente en presencia de extraños, sino también los ejecutados de forma privada, pero hechos posteriormente públicos, adquiriendo notoriedad,**

bien por los propios interesados, bien por cualquier causa o vehículo de difusión, e incluso episódicamente por las actuaciones policiales o judiciales. Pero esta interpretación puramente gramatical, genera una posición indiscriminada, otorgando al término un contenido muy vago, sin valorar como debiera la preferente culpabilidad del autor, que puede no desear la exteriorización, ni el escándalo, del cual no resultaría entonces autor, a pesar de serlo de la impudicia. Por lo que, si la divulgación se debe a terceras personas, y no al comportamiento directo y querido del sujeto activo o a su impresión, no puede atribuírsele tal delito (S. 3 diciembre 1973).

En consecuencia, si terceras personas no relacionadas con el hecho mismo, pero que a causa de su labor de indagación—actividades de diligencia de entrada y registro del domicilio del procesado por la Policía, encontrando varios números de la revista "Play Boy" y otras publicaciones con retratos de mujeres desnudas y dibujos y relatos inmorales—, llegan a tener conocimiento causal indirecto, su actitud divulgadora crea un nexo causal entre la conducta inmoral secreta y su publicidad que no puede atribuirse al sujeto de aquélla, ni serle imputada; falta tanto entonces el elemento normativo del tipo, por la interferencia del comportamiento extraño divulgador. En base a estas razones, la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S., desechando la vieja doctrina indiscriminatoria de la causa de la expansión de lo oculto, ha venido estimando [SS. 31 marzo 1952, 2 noviembre 1961, 18 mayo 1966] que no existe publicidad o divulgación, a los efectos del artículo 431, cuando, a través de diligencias policiales o sumariales, se publique o difunda el acto inmoral, pues tales actuaciones son secretas por imperativo de la Ley, tienen carácter oficial y, por sí mismas, no pueden representar la consumación del delito, como tampoco pueden representarla por el quebrantamiento del secreto de las personas obligadas a callar. Consumación que, con anterioridad a su infidelidad, era inexistente y que sólo se vió producida por el indebido "strepitus fori" (S. 3 diciembre 1973).

Las expresiones groseras, impúdicas y procaces del proceso, vertidas por él, de profesión taxista, a la usuaria del taxi, mujer de dieciocho años, pretendiendo enseñarla cómo gozar sexualmente sin necesidad de tratar con varón, dando lugar a que la joven se asustase y abandonara el taxi, constituyen el tipo delictivo del artículo 431, párrafo 2.º del C. p. Por cuanto hubo "trascendencia" grave para la formación moral de la agraviada. Y "grave escándalo", al darse extensa publicidad entre las amistades y compañeras de ella, a quienes podió consejo, ya que el revelar la incivilidad del recurrente era necesario para saber qué hacer frente a la misma (S. 1 marzo 1973).

#### **Homosexualismo.**

Constituyen el delito de escándalo público los actos de homosexualismo, por cuanto tienen trascendencia en la formación moral y sexual de los menores. Y, por cuanto existe grave escándalo, al ser conocidos por los familiares y amigos de los protagonistas, produciéndose entonces el escándalo, al acusarse una conmoción en los sentimientos de decencia y moralidad social (S. 18 octubre 1973).

### **Pornografía.**

La pornografía constituida por el carácter obsceno de obras literarias gráficas o de otro tipo, ha sido considerada constitutiva del delito del 431 del C. p., siempre que se trate de publicaciones escritas o grabadas **con indudable ánimo de traficar con ellas o de suministrarlas a otras personas**. Pero, el hecho de la mera tenencia de publicaciones o grabados pornográficos para **estricto uso personal**—que, salvo prueba en contrario, debe presumirse— queda fuera del tipo del artículo 431 e incluso de la falta del artículo 567: 3.º, ya que supone un mero pecado moral ajeno al derecho, toda vez que el delito referido exige la divulgación y escándalo grave hacia terceros, y la falta indicada requiere la “exhibición” de estampas o grabados con ofensa leve a la moral o buenas costumbres o decencia publica. Si tales publicaciones se poseen sin publicarlas, sin exhibirlas, el hecho resulta atípico.

El supuesto de hecho viene integrado por un registro practicado por la Policía en el domicilio del procesado con finalidades distintas, pues se trataba de la búsqueda de tóxicos. Por lo que, la mera tenencia de pornografía sin divulgar en absoluto, sin exhibirla, no integra ni delito ni falta. No pudiendo presumirse se dedicara a la venta por no expresarse, y por su pequeña entidad y condición. No puede estimarse la publicidad, porque falta la culpabilidad de la publicidad por parte del agente, que no la hizo. Por lo que el conocimiento causal indirecto debido a los Policías practicantes del registro y a las personas que, como testigos, lo garantizaban, ni sirve para entender realizada la divulgación, produciéndose una interferencia en el comportamiento cauteloso del inculcado; y que no puede tampoco considerarse consumada (la publicidad) al realizarse por Agentes Oficiales y testigos, que, ni por la naturaleza de su cometido, podían escandalizarse, ni mucho menos divulgar lo que legalmente era secreto (S. 3 diciembre 1973).

El requisito de la proyección social que exige el artículo 431 se satisface con el destino de las fotografías pornográficas obtenidas subrepticamente o con consentimiento de las personas en ellas figuradas e implicadas en su exhibición más o menos amplia; bien porque quiera hacerse con ellas comercio lucrativo y escandaloso, bien porque quieran emplearse luego en un círculo más reducido de destinatarios, para hacerles objeto de chantaje [SS. 19 mayo 1909, 21 junio 1947, 17 febrero 1911, 15 abril 1958, 18 noviembre 1961, 15 febrero 1964, 26 octubre 1964, 1 mayo 1967, 15 marzo 1969]. Supuestos que se dan en el *factum* de la sentencia, en que el recurrente, escondido en el armario de la habitación donde la procesada atraía a sus incautos clientes, obtenía, sin ser visto, fotografías de aquéllos realizando toda clase de actos de intimidad sexual, exigiéndoles luego dinero con la amenaza de difundir y divulgar las fotos. De modo que, mientras tuviera en su poder las copias y negativos de las mismas, subsistía el riesgo de ser dadas a la publicidad; sin contar que, a la postre, hirieron los sentimientos de recato de los propios interesados, implicados contra su voluntad en el innoble juego, y puestos en evidencia en el plano de la moralidad sexual que el delito invocado reprime, cuando por la aprehensión policial de las reproducciones y consiguiente “*no titia criminis*” de las mismas, se fue ampliando el número de personas que hubieron de contemplarlas. (S. 29 mayo 1973).

El T. S. casa la sentencia del Tribunal **a quo** y aprecia **delito de escándalo público en grado de tentativa**, por cuanto los procesados adquirieron **treinta y dos películas pornográficas** que pensaban vender en S. para lucrarse con el precio que obtuvieron, siendo detenido por la Policía uno de los procesados que llevaba el maletín con el material pornográfico, **sin que lograsen venderlo**. La ejecución del delito quedó, pues, interrumpida por causas ajenas a la voluntad de aquéllos (S. 7 noviembre 1973).

Según constante doctrina **jurisprudencial**, se incluye en el tipo del artículo 431 del C. p. **“la venta de libros, revistas, postales, fotografías y otros artículos pornográficos, ya revistan tal carácter de manera abierta y descaradamente obscena, ya se encubra su verdadera índole bajo el disfraz o apariencia de obra de arte o de estudios**. A este respecto, basta el hecho de **destinar a la venta las estampas pornográficas en cuestión para que se corra el riesgo de que las posean y contemplen múltiples personas de distintas edades y sexo y se alcancen las notas de gravedad y trascendencia del mal que separan el delito de la falta** [SS. 19 mayo 1909, 21 junio 1974]. Por lo que, **“el tener a la venta libros y publicaciones de carácter pornográfico es constitutivo “per se” del delito de escándalo público** (S. 15 marzo 1969). S. 25 enero 1973.

Casa el T. S. la sentencia condenatoria por falta de escándalo público dictada por la Audiencia y **aprecia delito de escándalo público**, en base a considerar que:

*La línea diferencial entre el delito de escándalo público y la falta homónima del 567: 3.º, reposa en la **gravedad de la ofensa** en el primero, en contraste con la **levedad del ataque** en la falta, con todo el **relativismo** que comportan los **criterios cuantitativos** de distinción. Máxime cuando tales módulos diferenciales reposan en conceptos valorativos como **“las buenas costumbres, el pudor o la decencia públicos”, tan influidos por la moral sexual imperante en cada momento histórico**. Si bien cualquiera que sea el grado de desmitificación sexual y el de presión del erotismo ambiente, muchas veces importado en gracia del mimetismo hacia lo foráneo, **existe un límite mínimo que no es lícito traspasar** y que la axiología judicial no puede desconocer a la hora de atemperar la norma jurídica a la norma de cultura que subyace bajo la primera y que no es otra en esta materia que **el decoro indispensable para la convivencia social**, de tal modo que los criterios de una minoría audaz y desenvuelta no pueden prevalecer sobre la común interpretación en esta materia de la pública honestidad, tan lejos de criterios farisaicos y anacrónicos, como de interpretaciones escandalosas y burlescas para el sentir medio de la comunidad, tanto más que **aun cuando se llegase a un agudo desviacionismo colectivo de los standards éticos y jurídicos que gobiernan este sensible campo valorativo, no por eso habría de claudicar la hermenéutica judicial de su misión restauradora de la vigencia vital de la norma que, no sólo tiene una misión sancionadora, sino también una función reeducadora a través de la represión para utilizar palabras del propio recurso del Ministerio Fiscal...**”*

Por consiguiente, no puede estimarse como falta contra el orden público el hecho de que en un bar de una población costera catalana, tan influida en la época veraniega por la corriente turística, en alarde de libertinaje sexual, muchas veces no tolerado en sus países de origen, se **colgasen de sus**

paredes grabados, carteles y fotografías de desnudos de hombres y mujeres en actitudes inconvenientes y de mal gusto —como el de que está sentado en la taza de un retrete—, que, ciertamente y por sí solos, tal vez no rebasen aquel atentado leve al recato y buen orden públicos que se sancionan en la antedicha falta, pero sí, como remate, se añade en el factum que también se hacía ostentación de una litografía-dibujo en que figuraba una mujer apoyando su mano, en plan de reposo, en un descomunal pene, con aire jocoso, por mucho que sea el aire jocoso que se quiera dar a tal interpretación pictórica, se cae de inmediato en la cuenta de que aquí ya se han traspasado los límites de tolerancia y de benignidad que pueden tenerse en materia de público decoro y que la ofensa al sentimiento de pudor colectivo es grave y trascendente, tanto más cuanto la procaz representación podía ser contemplada por cualesquiera personas, sin excepción de edad ni sexo, que fortuita o deliberadamente penetrasen en dicho establecimiento público. Con lo que dicho se está que se dan los dos elementos de gravedad de la ofensa y el de su proyección social que la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup> viene exigiendo de consumo para que se dé el delito aludido en su calificación por la sentencia “a quo”, cuyo aire de boccaccia burla utilizado en la redacción de los hechos, no menos que el empleo inconveniente de vocablos y epítetos malsonantes y de baja extracción, se acuerdan mal con aquella trascendencia de la ofensa que para la moral pública se desprende de los mismos, cualquiera que sea el lugar del territorio patrio en que se produzcan, y sin que sirva disculpar la conducta del procesado su condición de extranjero, más obligado por ello a respetar los sentimientos de recato del país que le acoge, ni la mayor o menor relajación de los resortes morales que la inmigración turística y la época veraniega pueden producir en tranquilos pueblos de nuestro litoral sujetos a experimentar un alud de población flotante y de aire frecuentemente apátrida, disonante de su idiosincrasia y peculiares costumbres ancestrales” (S. 26 enero 1973).

El posar una mujer con prendas íntimas en un salón de fotografía constituye delito de escándalo público. Sin que pueda alegarse que tal exhibición es admitida y tolerada por la sociedad actual, ya sea en revistas, en espectáculos o en la misma playa, donde el traje de baño llamado “bikini” ha obtenido máxima difusión. Pues también queda dicho que la finalidad estética, higiénica o deportiva, priva en tales manifestaciones sobre otros fines de desviado alcance, al menos en nuestro país, al que va destinado nuestro ordenamiento jurídico, y que hace que, ya sea la previa censura administrativa velando por la pureza de aquellas exhibiciones, ya sea la posterior repulsa judicial llevando a efecto tamaña labor depuradora, se evite la pornografía en cualquiera de sus manifestaciones (S. 23 noviembre 1973).

#### **Escándalo público y blasfemia.**

Tanto el artículo 68 (que contempla el supuesto de una sola acción encuadrable en dos o más precepto legales que se excluyen entre sí), como el artículo 71 (que, a su vez, presenta el caso de un solo hecho constitutivo de dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro), contemplan el supuesto de una sola acción o hecho. En cambio, en el supuesto de autos, en que el procesado realizó actos de exhibicionismo y, además, blas-

femó, "se trata de dos hechos distintos y separados entre sí, castigados en distintos títulos del C. p., cada uno con su propia naturaleza e intención delictiva. Mientras la blasfemia ofende a Dios, el escándalo público ofende al pudor o a las buenas costumbres.

En consecuencia, un solo hecho no puede dar lugar a delitos tan distintos en su origen y en su fin, aunque tengan de común el escándalo que producir. No pudiendo apreciarse concurso. (S. 30 mayo 1973).

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

El delito de corrupción de menores no es incompatible con el de escándalo público, aunque no puedan ambos ser apreciados por esta instancia en el caso debatido (S. 11 octubre 1973).

#### **Diferencia con los abusos deshonestos del artículo 430.**

En el delito de escándalo público, la lesión jurídica no recae en persona determinada, pues afecta a los sentimientos de pudor y moralidad de la comunidad social y requiere dos requisitos básicos: un acto reprobable moralmente "per se" y la proyección del mismo en el cuerpo social, verdadero sujeto pasivo del delito en cuestión. Por el contrario, en los abusos deshonestos, del 430, en relación al 429: 3.º, existe un sujeto pasivo concretado por la persona específica lesionada en su pudor y honestidad. Además de darse el móvil torpe de obscenidad exteriorizado por el inculpaado y la ausencia de voluntad y discernimiento en la víctima, menor de doce años (S. 9 marzo 1973).

Tratándose de actos constitutivos de abusos deshonestos del artículo 430 del Código penal, en relación con el número 2.º del 429, al no haberse acreditado la oligofrenia del menor varón, éstos tienen su encuadramiento adecuado en el artículo 431, que configura el delito de escándalo público, en su doble vertiente de trascendencia para la vida del menor y de escándalo por haberse realizado en unos matorrales en la Montaña de Montjuich, sitio público, y, además en atención a la enfermedad que sufre el sujeto pasivo, el cual, al divulgar los actos, determina que éstos habrán producido la natural repulsa, hiriendo los sentimientos de moral y recato de cuantos los hayan conocido (S. 3 abril 1973).

El escándalo público muestra un tipo perfectamente diferenciado, después de la reforma de 1944, adquiriendo una entidad propia y autónoma, lo que hace que en caso de concurso con otros tipos deba someterse a las normas generales del concurso de delitos (pues ha dejado de cumplir una función supletoria de inclusión de aquellos hechos que sistemáticamente no podían ser subsumidos en otras figuras delictivas del C. p.). De ahí que sea perfectamente coexistente, y no pueda ser absorbido por el delito de abusos deshonestos, al ser totalmente diversos los bienes jurídicos protegidos en ambos (en escándalo público: pudor y decencia pública; en abusos deshonestos, moralidad y libertad sexual de la persona ofendida) (S. 13 diciembre 1973).

No puede apreciarse concurso de leyes entre el delito de abusos deshonestos y el de escándalo público, por cuanto no se trata de un hecho susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos de este Código (concurso de leyes), sino de un hecho que integra dos delitos perfectamente definidos:

el de abusos deshonestos con niña menor de doce años (artículo 430, en relación con 429: 3.º) y el de escándalo público con menores de doce años, a las que el autor de los abusos ofendió por los abusos en sí mismos considerados, con hechos de grave escándalo (S. 5 mayo 1973).

#### **Escándalo público y delito de ultraje a la Religión Católica.**

Desestima el T. S. la sentencia absolutoria de los delitos de ultraje a la Religión Católica y escándalo público, dictada por la Audiencia, en un supuesto en que el autor, director de un boletín, autorizó la publicación en el mismo de tres sueltos, en uno de los cuales se trasladaba del inglés un artículo en que se resaltaba la personalidad humana, también en lo sexual, de Cristo: en otro, su personalidad amorosa, y, en el último, se daba cuenta de un libro, titulado "Jesucristo fue una seta", escrito por el hebreo Jhon Allegro, dándose cuenta de algunos pasajes del mismo, como los relativos a que "Jesucristo fue una invención, un mito creado para mistificar y desorientar a las autoridades judías y romanas que perseguían a los seguidores de un culto escondido que adoraban la seta alucinógena Amanita Muscaria". Entre los hechos que se declararan probados, figura el de que la ideología de la publicación aludida es ultraderechista, católica-conservadora, tradicionalista y simpatizante con el nacional-socialismo, adversaria irreductible del comunismo sinorismo y del catolicismo progresista postconciliar. Aparte de que los sueltos reproducidos se han publicado con evidente sentido de reproche a las manifestaciones en ellos consignadas.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal de que los hechos constituyen un delito de ultraje a la Religión Católica, por estimar que, **al haberse producido los hechos con anterioridad a la reforma penal de 1971, sigue exigiéndose la concurrencia, para configurar el tipo de delito, del elemento subjetivo del tipo de lo injusto, constituido por el ánimo deliberado de escarnio a la Religión Católica, ánimo que excluye todo tipo culposo e incluso el dolo eventual y que, en este caso, no existe, por lo que procede absolver por este delito.**

Sin embargo, "tan desacertado exceso de celo, si le hace incurrir en delito contra la honestidad..., pues los hechos son claramente atentatorios contra el pudor y las buenas costumbres", violando el bien jurídico protegido en el artículo 431, párrafo 1.º, constituido por la honestidad como bien ideal de la comunidad, al cual atacan aquellos actos que "puedan producir corrupción social; habida cuenta de que al transcribir "los crudísimos conceptos de orden sexual referentes a Nuestro Señor Jesucristo, por más que ello fuera en sentido discrepante y en tono de censura, como no podía ser menos, tratándose del Dios Humanizado, al que incluso las creencias extra-católicas consideran como un impar Profeta..., en el caso de autos, se propugna a sabiendas e innecesariamente, con lamentable exceso de celo, algo indecoroso y atentatorio a la decencia colectiva, que encaja perfectamente en el tipo delictivo del escándalo público" (S. 12 mayo 1973).

#### **Escándalo público. Diferencia con la falta del 567: 3.º.**

Según la S. de 17 octubre 1933, si falta la condición de grave escándalo o trascendencia, el hecho se degrada a la calidad de falta. Teoría que en.

este caso no puede aceptarse, pues, **aunque no hubiera publicidad, existió trascendencia**, ya que la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup> tiene afirmado [SS. 15 febrero 1929 y 27 de febrero de 1957] que **basta uno de los requisitos (publicidad o trascendencia) para que se dé el delito en cuestión**. Y aquí existió la trascendencia, que pone de relieve el texto de los hechos probados, pues los repugnantes actos impúdicos ofendieron muy sensiblemente el pudor de una joven de menor edad, y no puede ser falta del artículo 567, número 3.<sup>o</sup>, como sostiene el recurso, porque los actos dichos **no ofendieron "levemente"** a la moral, buenas costumbres, ni a la decencia pública, **no pudiendo serlo tampoco de la falta del artículo 566, número 5.<sup>o</sup>, como dice el recurso, por no concurrir la utilización de la imprenta, como expresa el tipo penal** (S. 26 diciembre 1973).

La **levedad de la ofensa**, constitutiva de la falta del artículo 567: 3.<sup>o</sup> del Código penal, es **incompatible con las trascendencias del dual ataque a la moral colectiva y a la educación sexual que comporta el delito de escándalo público** (SS. 20 octubre 1970 y 25 enero 1973).

§ 32. Artículo 436, párrafo 1.<sup>o</sup>, **Estupro común, de engaño o seducción.**

El **estupro común**, previsto en el párrafo 1.<sup>o</sup> del artículo 436, requiere los siguientes elementos:

1. Un **elemento normativo**: La edad limitada de la mujer (dieciséis a veintitrés años); y **presuncion iuris tantum** de su honestidad.

2. Un **elemento real o fisiológico**: El yacimiento o entrega carnal al hombre sin el uso de fuerza o violencia.

3. Un **elemento psicológico o ideal**: Que la entrega carnal se deba a engaño cometido por varón, con promesa suficiente para viciar la libertad moral y espiritual de la mujer, lo que determina que ésta otorgue, por error, su consentimiento.

4. Una **relación causal adecuada de causa a efecto entre el engaño y la entrega carnal**: Esto supone valorar ponderadamente la entidad y el carácter de la promesa y de su repercusión en el ánimo de la mujer (SS 22 diciembre 1972, 22 marzo 1973, 23 abril 1973, 4 mayo 1973, 7 mayo 1973, 30 mayo 1973, 25 septiembre 1973).

El estupro común tipificado en el 436, párrafo primero, protege **los bienes jurídicos de la honestidad y la libertad sexual de la mujer** (S. 22 marzo 1973).

El **bien jurídico protegido** en este delito es la **honestidad de una persona** frente a los ataques fraudulentos o violentos de que sea objeto, pero no contiene un punto de carácter moral. No constituye, por consiguiente, delito de estupro del artículo 436, párrafo 1.<sup>o</sup>, todo yacimiento de un hombre con mujer, sino **sólo aquellos yacimientos obtenidos con desprecio y burla de la honestidad de la mujer. No existe el delito**, cuando la mujer "consiente y desea satisfacer su instinto sexual temiendo tan sólo las consecuencias sociales del embarazo y cede ante la promesa condicionada de matrimonio para el único supuesto de quedar embarazada..."; pues aunque en el supuesto de autos existían unas relaciones continuadas, no eran formales de noviazgo, "siendo tranquilizada por el procesado que para vencer tal resistencia le aseguró que, de quedarse en estado, se casaría con ella" (S. 15 enero 1973).

**Honestidad.**

La honestidad implica una **presunción iuris tantum**, “aunque el comportamiento de la mujer se desarrolle con más o menos desidia”, extremo que no importa a la calificación jurídico-penal (S. 16 enero 1973).

La honestidad se presume, y además, si ésta era necesaria para el yacimiento, en cuyo momento no constaba nada en contra de tal presunción, no lo era ya en el momento del incumplimiento, hitos ambos en los que comienza y acaba el comportamiento delictivo; resultando por otro lado injusto que: quien creó el fraude pudiera salir indemne, alegando que la mujer, después del primer coito con él tenido, había dejado de ser honesta para los posteriores, porque seguía persistiendo el engaño y fue el mismo recurrente quien quebrantó en principio la conducta recatada, púdica y de inexperiencia sexual que venía observando la ofendida, convenciéndola para que se le entregase bajo la afirmación de que lo hacía a quien iba a ser su futuro marido (S. 8 octubre 1973).

Honestidad y virginidad no son conceptos idénticos. Puesto que, aunque en algunos fallos de la Sala 2.<sup>a</sup>, “se han empleado los conceptos de doncellez y virginidad como sinónimos”, sin embargo, “por doncella ha de entenderse la joven de vida honesta anterior al hecho, conserve o no su virginidad física (S. 23 noviembre 1925, 23 febrero 1912), porque ésta —como presencia del himen— puede haberse perdido por accidente, juego, intervención quirúrgica y otras muchas causas. Es evidente que “puede haber jóvenes sin virginidad fisiológica, que sean doncellas, porque el concepto habría que completarlo con la ausencia de copulación voluntaria, y, por tanto, “se mantiene doncella una mujer, mientras no tenga la disponibilidad voluntaria de su libertad sexual”. Por consiguiente, si la doncella, a los ocho años, sin conciencia, ni libertad en el orden sexual, tuvo acceso carnal con otro hombre, perdiendo su virginidad, no perdió su doncellez, si mantenía su fama de honestidad y buena conducta tanto pública como privada, y, por tanto, era de vida honesta” (S. 24 abril 1973). En idéntico sentido, 21 diciembre 1973: “la honestidad, ya que no la doncellez de la mujer”. En sentido contrario, S. 3 mayo 1973, que requiere “honestidad indudable en mujer virgen”.

El T. S. absuelve de un delito de estupro cometido con doncella mayor de doce años (quince, en concreto), a la que el autor había llevado a limpiar su casa, y a la que entregó 1.000 pesetas. Considera nuestro más alto Tribunal que “el pretium carnis es el que se utiliza para distinguir de manera preponderante en el concepto público a la mujer corrompida y prostituida de la decente y honesta, aunque haya tenido la desgracia de caer por seducción o inexperiencia”. Por tanto, no existe delito, pues además de la edad de la víctima, el párrafo 1.º del artículo 436 requiere honestidad de la mujer (S. 28 noviembre 1972).

En contra, la Sentencia de 11 noviembre 1972 declara que “la honestidad ha de valorarse hasta el momento en que se pierde, y no coetáneamente, ni con posterioridad”.

**Engaño.**

Casa el T. S. la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia y absuelve del delito debatido, por estimar que:

A) El **engaño** ha de resultar de la libre apreciación valorativa de los Tribunales penales y sometido a la censura de la casación. Debe atenderse para **“una justa valoración a la relación de causa a efecto”**; es decir, a la seducción utilizada por el hombre y al consentimiento dado por la seducida al acto carnal (S. 3 mayo 1973).

B) **Aunque es doctrina reiterada** de la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. (SS. 29 enero 1918, 13 octubre 1967, 20 enero 1973) **que se da el engaño constitutivo del delito de estupro con la ocultación del estado de casado del hombre, que entabla relaciones de noviazgo unilateralmente con mujer menor honesta, que desconoce ambos engaños, y se entrega al varón, esta doctrina no puede generalizarse de forma absoluta, pues es relativa y circunstancial**, debiendo valorarse los elementos humanos y de hecho concurrentes en cada caso.

C) En consecuencia, **no puede apreciarse en este caso la existencia del delito de estupro**, por cuanto **no hay engaño**, **“toda vez que, a pesar de que la abstracta buena conducta que se declara, del hecho se deduce la dudosa honestidad de la mujer no sólo por su frecuentación a bailes de los llamados discotecas, sino por la tremenda facilidad con que concedió su integridad sexual al hombre... al día siguiente de conocerle... Por lo que “sólo puede calificarse la conducta juzgada como actos de fornicación o yacimiento consensual impune”** (S. 20 junio 1973).

**La apreciación axiológica o valorativa de la calidad y alcance del engaño, corresponde a los Tribunales penales de instancia** —sin perjuicio de la revisión casacional—, pues **suele operar de manera diferente, según las circunstancias ambientales y humanas de los sujetos, su personalidad y moralidad**; pues aquéllas son las que están en relación directa con las pruebas articuladas, y por tanto, las que pueden valorar los efectos de la erosión moral sexual subjetiva o del contorno social, **sin que puedan admitirse generalizaciones improcedentes, tomadas de opiniones personales, sobre el desvalor comunitario sexual actual, porque sólo sirven las apreciaciones del caso concreto, plenas de relativismo, y nacidas de la conducta y personalidad del hombre y mujer actuantes, y de los valores éticos que posean, en especial la hembra en relación a la honestidad**, demostrada con su conducta particular. Concurriendo en el caso de autos todos los elementos del 436, párrafo 1.<sup>o</sup>. Sin que a estas conclusiones **puedan oponerse dialécticos argumentos, basados en el anacronismo y anticualla que suponen hoy tales engaños, para la mujer liberada, en un ambiente erotizado en absoluto, porque las generalizaciones de este tipo son improcedentes, además de discutibles**; y, porque en el supuesto concreto, la demilitación de las exigencias típicas se producen, notoriamente en la conducta, **dando realidad a un delito vigente y no derogado** (S. 3 mayo 1973).

El **engaño** característico del 436, párrafo primero, se viene conectando a **la promesa incumplida de matrimonio por parte del seductor**, puesto que se estima, no menos razonablemente, que **tal promesa u obligación de futuro**, que no otra cosa representa la palabra de matrimonio, hecha en un clima de auténticas relaciones de noviazgo, **es eficaz palanca para mover la voluntad**

**de la mujer solicitada**, por el hombre en quien ve su próximo e inmediato marido; **sin que sea obstáculo insuperable** a la concertada exigencia de dichos dos requisitos, **la escasa duración de las relaciones amorosas**, pues si en unos casos, **tal gravedad puede argüir en contra de la seriedad de propósitos** que animaba a la pareja respecto a la celebración del prometido e implícito matrimonio, en otros muchos, **puede ser perfectamente compatible con la real intención de contraer el vínculo conyugal**, como enseña la común experiencia, traducida en numerosas resoluciones de la Sala 2.<sup>a</sup> [Sentencias de 6 de abril de 1964, 7 de junio de 1965, 11 de marzo de 1968, 20 de enero de 1969, 16 de junio de 1969, 3 dediciembre de 1969, 20 de mayo de 1970, 30 de septiembre de 1970, 14 de noviembre de 1970, 18 de noviembre de 1970], siendo lo esencial la existencia de relaciones de noviazgo lícitas (S. 21 diciembre 1973).

El **engaño** debe ser **notorio, cierto y seguro**, para que pueda darse por existente a efectos penales. S. 27 septiembre 1973. En sentido idéntico, S. 31 mayo 1965.

En el **estupro de seducción o de engaño** (artículo 436, párrafo 1.º) el **engaño de la mujer y la honestidad de la misma son los dos polos complementarios alrededor de los cuales gira la descripción típica**. El engaño presupone ya la **condición honesta de la ofendida**. Cuando la **promesa se liga a pactos o condiciones inmorales**, como diferir la celebración del matrimonio condicionándola al supuesto de quedar embarazada la sedicente estuprada, **no hay engaño** determinante de la entrega, ni resplandece la natural pudicia de la fémina (S. 15 enero 1973).

Entre las numerosas **variedades del engaño**, exigido por el párrafo 1.º del artículo 436, para conseguir el yacimiento, **se encuentra el aprovechamiento de la situación de hecho, derivada de la oligofrenia de la víctima; sin que, para esta clase de delitos, se precise la doncellez** (S. 5 octubre 1955), consumándose entonces el delito de estupro, benévolamente aplicado por el Tribunal **a quo**, dadas las circunstancias presentes en el sujeto pasivo, de la más grave figura delictiva objeto de la acusación por el M. F. (429: 2) (S. 5 junio 1973).

El **engaño más característico de este delito lo constituyen las promesas reiteradas de matrimonio** (S. 23 abril 1973). El **engaño del estupro debe poseer una entidad moral —no material— suficiente para mover la voluntad de la mujer en el sentido de acceder a la entrega de su cuerpo** (S. 8 mayo 1973).

El **engaño** ha de tener por base relaciones formales de noviazgo con la subsiguiente promesa de matrimonio (S. 1 marzo 1973).

El T. S. absuelve del delito de estupro del 436, párrafo 1.º, por estimar que **“la simple y ligera promesa de que pensaba casarse con ella”, dado el lugar y el tiempo en que fue hecha, no puede engendrar el engaño suficiente y eficaz que exige el tipo para el estupro** (S. 2 febrero 1973).

La **promesa de matrimonio no puede ser condicionada**. SS. 24 noviembre 1955, 27 abril 1964, 22 mayo 1970, 2 febrero 1971, 6 julio 1972, 11 noviembre 1972, 15 enero 1973.

La **promesa matrimonial** puede ser **expresa o tácita**, en relación con el párrafo 3.º del 436. Se entiende que es **tácita**, cuando llevaban de novios tres años, duración que por su permanencia les da **un carácter de formalidad** que presupone normalmente que terminarían en matrimonio (S. 6 abril 1973).

**La forma más común de la promesa** es la de matrimonio (SS. 22 diciembre 1972, 22 marzo 1973).

El pacto de promesa matrimonial, efectuada sólo para el supuesto de embarazo, no merece protección, pues no existe error en la entrega (S. 11 noviembre 1972).

Frente al argumento de que **no hay engaño porque el procesado tenía un año menos que la estuprada**, debe afirmarse que **sí existe engaño por la reiterada promesa matrimonial**, que determinó el consentimiento carnal de la mujer (S. 19 junio 1973).

Casa el T. S. la sentencia condenatoria del Tribunal a que, y absuelve, por estimar que **no existió engaño** para alcanzar el yacimiento, **al ignorarse la ausencia de capacidad de la mujer para consentir**, lo que no se halla especificado en la sentencia como probado... **"Lo que impide apreciar tal delito en tan lamentable como desgraciado suceso, en que las circunstancias se concitaron para desprovistarle de carácter penal y dejar en mero pecado la conducta que carece del requisito intelectual cognoscitivo"** (S. 2 julio 1973).

#### **Consumación.**

El delito de estupro queda **consumado con la primera entrega carnal de la mujer**, cediendo al engaño, sin que el incumplimiento posterior de lo ofrecido pueda desvirtuar el delito anteriormente cometido, aunque sea cierto el pretexto alegado para no matrimoniar (el estar cumpliendo el servicio militar) (S. 20 marzo 1973).

#### **Prescripción.**

Aunque el **delito de estupro**, en alguna de sus formas, modalidades o tipos, puede ser calificado, según lo viene haciendo la mayor parte de la doctrina científica, propia y extraña, así como la jurisprudencia de esta Sala [Sentencia de 8 de abril de 1946, entre otras] como un **delito de consumación instantánea**, tal calificación no puede estimarse exactamente aplicable a su forma más genuina, o sea, al llamado estupro de engaño o seducción que viene contemplado en el párrafo primero del artículo 436 de nuestro Código penal, al exigir éste no sólo un acto de yacimiento carnal sobre el sujeto pasivo penalmente protegido —en este caso una mujer mayor de doce años—, sino también una **promesa de matrimonio**, prestada a ésta con engaño y a los solos fines de seducirla. Por lo que cabe entender que, si bien el delito expresado se ejecuta, en su vertiente material indispensable, con el acto o actos de yacimiento, no se perfecciona o consuma, hasta que la falacia de la promesa engañosa se exterioriza como tal por su incumplimiento explícito o implícito, como tiene reiterado esta Sala en tema de prescripción de dicho delito en SS 24 abril 1953, 13 de octubre de 1954, 9 de octubre de 1956, 17 de octubre de 1960, 25 de abril de 1964, 11 de febrero de 1965, 20 de febrero y 2 de octubre de 1969. En consecuencia, un yacimiento carnal conseguido inicialmente con ánimo engañoso no resultaría delictivo, si su autor, mudando de propósito, acordase con posterioridad a las relaciones sexuales habidas con la víctima o durante el tracto de las mismas, contraer matrimonio con ésta; doctrina o interpretación que aplicada concretamente al caso de autos, pone de manifiesto que si bien

el primer acceso carnal de la pareja tuvo lugar cuando el varón carecía, por razón de edad [quince años], de la necesaria imputabilidad para cometer el delito por serle de perfecta aplicación la circunstancia eximente consignada en el número 2 del artículo 8 del Código penal, invocada en el primero de los motivos en que se halla basado el presente recurso; en cambio, si la poscía ya cuando en los años 1968 y 1969 reiteró los actos de yacimiento con la estudiante, manteniendo frente a ella la promesa de matrimonio y más tarde cuando, al conocer el embarazo de su novia, rompió su compromiso negándose a contraer el matrimonio ofrecido, completando así la figura de estafa carnal de la que deriva su responsabilidad en el hecho, aunque ésta debe considerarse no plena sino atenuada —por ser mayor de dieciséis años y menor de dieciocho—, toda vez que el engaño larvado se manifiesta y cobra toda su efectividad y trascendencia con la negativa al matrimonio prometido, por lo que debe ser desestimado este primer motivo del recurso (S. 8 octubre 1973).

§ 33. Artículo 436, párrafo 3.º, Estupro de prevalimiento.

El estupro de prevalimiento previsto en el párrafo 3.º del artículo 436, requiere para su presencia:

1. Un elemento objetivo o dinámico: yacimiento o entrega carnal de la mujer al hombre.
2. Un elemento normativo: la edad de la hembra comprendida entre los doce y los dieciséis años.
3. Un elemento subjetivo: la honestidad de la mujer, en cuanto presunción *iuristantum*.
4. Un presupuesto consensual, pues la mujer accede con voluntad viciada por presunción *iuris et iure*, al estimar el legislador que carece de madurez física, ni posee madurez psico-biológica a tan temprana edad.

No exige, por tanto, el engaño para que surja la figura delictiva. De modo que si se da el engaño, opera como agravación específica de la pena, a diferencia de lo que sucede con el párrafo primero del artículo 436 (SS. 11 noviembre 1972, 16 enero 1973, 8 mayo 1973).

Dada esta figura delictiva del párrafo 3.º del artículo 436, si, después que la mujer ha traspasado los dieciséis años de edad, persiste, sin embargo, la relación sexual, si se produce entonces una superposición del párrafo 1.º sobre el 3.º del citado precepto. Por tanto, si se da el párrafo 3.º, sin necesidad de engaño alguno, cede su eficacia, cuando la mujer traspasa el límite temporal de los 16 años, fuera de los cuales, si persiste la relación carnal sin engaño alguno, no puede entonces estimarse el párrafo 1.º del artículo 436, ni tampoco puede imponerse la medida del reconocimiento de prole, según el número 2.º del 444. Porque si la prole se engendró fuera de los límites marcados legalmente (después de los dieciséis años), el delito había dejado de existir, y, al faltar entonces, aunque no antes, el estupro, falta la causa que impone el reconocimiento judicial de la paternidad, sin posibilidades de prolongarlo penalmente fuera de la edad protegida, trasladándose en tal supuesto el problema al ámbito jurídico-civil, artículo 135 y concordantes del C. c., porque la generación ha de tener por causa el delito (S. 11 noviembre 1972).

Casa el Tribunal Supremo la sentencia dictada por la Audiencia [conde-

natoria de un delito de violación del 429: 1.º], por estimar que la víctima era mayor de doce años—trece, en concreto—, y que “lejos de rechazar los besos y caricias del varón, constitutivas en todo caso de la consabida “*vis grata*”, se presta a ellas, hasta el punto de despojarse por sí misma de sus vestidos...”, acto que no puede calificarse de violento, sino de **seducción** y constitutivo tan sólo del **delito de estupro** con mujer mayor de doce y menor de dieciséis años... “**Por más que esta Sala no deje de compartir en el terreno moral y político-criminal—sin otras posibilidades que las de exposición al Gobierno que brinda el artículo 2.º del Código—los sentimientos de acerba repulsa experimentados por el Tribunal de instancia ante hechos como el aquí contemplado...**, traducido tan sólo en **arresto mayor, a falta de una razonable y deseable previsión punitiva intermedia entre la violación y el estupro...**” (S. 28 septiembre 1973).

#### § 34. Artículo 434, **Estupro doméstico**.

Este tipo de estupro no violento supone y lleva implícita la **superioridad sobre la víctima**, representa bien por la circunstancia del parentesco, bien por la coacción derivada de la jefatura doméstica y de convivencia. Sin que sea dable, en este trámite, dilucidar el mayor o menor acierto del Tribunal a quo, al calificar el delito imputado como de estupro doméstico del artículo 434, y no como estupro incestuoso del artículo 435 del C. p., sancionados ambos con idéntica penalidad (pues se trataba de acceso carnal de padre con hija menor de catorce años) (S. 17 enero 1973).

El calificativo “**doméstico**” del artículo 434 abarca en la esfera jurídica a quienes viven bajo el mismo techo formando **una entidad humana de facto** (S. 17 mayo 1973).

En el **estupro doméstico es irrelevante el consentimiento de la víctima** por expresa determinación legal, que da **por presunta la seducción sin admitir prueba en contrario** (S. 17 mayo 1973).

#### § 35. Artículo 437, en rel. con 444, **Estupro de prevalimiento**.

El **prevalimiento** de que habla la Ley (SS. 6 marzo 1963, 6 octubre 1969, 25 marzo 1971) **va implícito en la situación de dependencia o subordinación en que se encuentra la víctima**, con independencia del lugar donde suceda el acceso carnal, ya que el prevalimiento puede ser suficiente para determinar la voluntad de la víctima a acceder a consumir las pretensiones de su principal, extramuros del lugar de trabajo (S. 7 febrero 1973).

#### § 36. Artículo 443, párrafo 4.º, **Perdón de la ofendida**.

El padre de la ofendida en un delito de estupro del artículo 436, párrafo 1.º, tiene personalidad para denunciarlo, aunque la hija tuviera veintiún años, desprendiéndose esto del párrafo 4.º del mencionado precepto, que exige, para otorgar el perdón de la ofendida, que ésta sea mayor de veintitrés años, **ampliando, por tanto, el legislador la minoría de edad de la mujer en los delitos contra la honestidad** (S. 6 diciembre 1972).

§ 37. Artículo 441, **Rapto impropio.**

El **bien jurídico protegido** en el delito de **rapto impropio o consentido** son los principios que rigen la autoridad familiar y su derecho-deber de guarda y potestad y al respeto debido al prestigio de la familia, como la honestidad de la mujer menor (S. 19 noviembre 1973).

El **bien jurídico protegido** penalmente en el delito de rapto impropio es “el derecho a la integración de la menor en su ambiente familiar” y, además, “la honestidad y decoro de la misma”. Pues la **Ley protege a la mujer durante la minoridad de edad sexual de la víctima, que se extiende —quizá excesivamente— en nuestro Derecho penal a los veintitrés años** (S. 7 diciembre 1973).

**Concepto. Elementos. Diferencia con el rapto del artículo 440.**

El 441 del C. p. tipifica la sustracción de una mujer mayor de dieciséis y menor de doce años por un hombre, contando con la anuencia de aquélla o con su consentimiento, trasladándola fuera del domicilio paterno o del que lo sea de sus tutores o encargados de la guarda de la misma, o de cualquier otro lugar donde se encuentre legalmente protegida y amparada, y llevándola a otro lugar distinto, por tiempo ostensible, en que su libertad sexual se halle desprovista de protección tutelar (S. 19 noviembre 1973).

La **anuencia** que caracteriza este tipo delictivo puede revestir **diversas formas**: desde el mero consentimiento de la raptada, al más activo “**concurso y concierto**” entre ambos (S. 7 diciembre 1973).

El **rapto impropio**, a diferencia del rapto típico del 440, **no exige la presencia de “miras deshonestas”** en el autor, sino tan sólo la sustracción de la **casa de los padres, tutores o guardadores de la mujer, de edad comprendida entre los dieciséis y veintitrés años**, la cual debe prestar su anuencia, consentimiento o aprobación al hecho del alejamiento de la casa de aquellos. No se precisa acreditar el acceso carnal, aunque la sustracción se haga con miras deshonestas; porque, el hecho de que la menor haya quedado algún tiempo sometida al dominio e influencia del raptor, es suficiente para que se entienda cometido el delito (S. 21 octubre 1972).

En sentido contrario, el T. S. declara que el delito de **rapto impropio o consentido** del 441 **exige, a diferencia del tipo previsto en el 440, las miras deshonestas en el agente como elemento subjetivo de lo injusto**, aunque no lo diga expresamente en su texto. Siendo indiferente que la mujer raptada sea o no objeto de atentado contra su honestidad. En consecuencia, **si con anterioridad al rapto, el sujeto activo había cometido estupro con la mujer raptada después, el delito de estupro seguirá manifestándose, si continúa el trato carnal; sin que pueda ser absorbido por el delito de rapto impropio**. Ya que el engaño a que alude el inciso primero del artículo 441 hace referencia al objeto de lograr la **anuencia de la mujer, a fin de que abandone su domicilio, pero no para la entrega carnal** (S. 27 diciembre 1973). Ambos delitos tienen, pues, autonomía operativa y actúan en concurso real. Cfr. SS. 8 febrero 1973, 5 mayo 1973.

“**La salida con mínima temporalidad del hogar en que viven tales menores, con peligro para su libertad sexual, y con la ausencia de protección**

que supone la integración en el hogar familiar, son suficientes para la concurrencia del hecho punible, porque **tal apartamiento supone un ultraje real a la familia** (SS. 20 abril 1970, 14 mayo 1970, 16 diciembre 1971, 9 junio 1972, 21 octubre 1972).

El delito de rapto impropio del artículo 441 del C. p. exige **seducción o engaño**, para que pueda hablarse de sustracción de la mujer. Pero, **cuando ésta es menor de dieciséis años y mayor de doce, su ausencia es irrelevante**, ya que **no se requiere el engaño**, que, si concurre, supone una agravación del rapto. El T. S., sin embargo, **absuelve** del delito de rapto impropio con mujer menor de dieciséis y mayor de doce años, por cuanto **“no hay sustracción de la mujer, ya que la causa del abandono de la casa paterna por parte de ésta no tuvo su causa en el procesado, sino en la propia voluntad de la mujer, debido “al afán de estar juntos”**. Habida cuenta de que la **“ratio legis”** del precepto radica, según la doctrina jurisprudencial, **en el ultraje a los sentimientos del orden familiar**, que, en este caso, desató no el inculpado, sino la propia interesada” (S. 5 mayo 1973). En contra, S. 19 noviembre 1973, “aunque no existiese el engaño se daría el delito”.

También, en contra, la S. 8 febrero de 1973 aprecia delito de rapto impropio con mujer mayor de doce y menor de dieciséis años, teniendo en cuenta en **“que no se atiende para nada en su configuración y castigo a la voluntad aquiescente de la menor”**. Sin embargo, dicha sentencia aprecia el engaño para calificar los actos como constitutivos también de un delito de estupro. En idéntico sentido, la S. 5 mayo 1973, que aprecia delito de estupro del 436, párrafo 3.º, pues al tratarse de mujer mayor de doce y menor de dieciséis años, este delito no requiere la presencia del engaño.

En contra, el T. S. declara que **la existencia del engaño**—que vicia el consentimiento de la hembra mayor de doce y menor de dieciséis años, **consentimiento que, en todo caso, resulta inocuo en la figura del rapto impropio**, pues precisamente el 441 exige su presencia para establecer un tipo de penalidad inferior al tipo del rapto violento—, **apreciada en el caso de autos, al generar la entrega carnal, no da vida independiente al delito de estupro, al quedar embebido en el rapto agravado del segundo inciso de dicho artículo 441, según viene declarando la doctrina de la Sala 2.ª, en SS 23 marzo 1932 y 7 octubre 1969 (S. 19 noviembre 1973).**

#### § 38. Artículo 449, **Adulterio.**

El delito de adulterio —declara el T. S.— **“es un delito de resultado, constituido por el yacimiento de mujer casada con hombre que no sea su esposo...”, castigado en el artículo 449 del C. p., por suponer un uso extramatrimonial de la libertad sexual por la mujer casada; una ruptura del deber de fidelidad conyugal que contrajo al casarse; ofendiendo, además, con su mal quehacer la fe jurada al derecho del marido a la exclusividad corporal de su consorte en el aspecto sexual; ofendiendo también a la misma moral social y a la legitimidad de la familia”** (S. 6 junio 1973).

**La consumación requiere, en el delito de adulterio, la cópula carnal. No bastan, por consiguiente, las simples relaciones amorosas de carácter no sexual o la mera infidelidad no carnal** (S. 6 junio 1973). En sentido idéntico. SS. 7 noviembre 1972 y 4 junio 1973.

Aprécia el T. S. la existencia del delito de adulterio previsto en el artículo 449 del C. p., en base a considerar que el término “yacer” requerido por el precepto, ha de ser reducido en la inmensa mayoría de los casos sometidos a examen de las circunstancias que concurren en el momento de ser sorprendidos los procesados; como sucede en el caso debatido, en que **ambos fueron encontrados en una misma habitación de un hotel, donde permanecieron durante dieciocho días, en dos camas unidas por un cabezal, acostados en ropas menosciocho días, en dos camas unidas por un cabezal, acostados en ropas menores...**, “por lo que es lógico deducir el yacimiento, no una vez, lo que sería suficiente para consumir el delito de adulterio..., sino cuantas veces les viese en gana...” (S. 28 junio 1973). En un sentido similar, S. 16 diciembre 1972, en que el querellante sorprendió a los dos procesados juntos en la cama, pero vestidos, en su domicilio conyugal. Asimismo, S. 9 mayo 1973.

#### **Tentativa.**

Por el contrario, el T. S., casa la sentencia condenatoria del Tribunal a quo y condena sólo por **adulterio en grado de tentativa**, cuando ambos procesados “han sido sorprendidos completamente desnudos, juntos en la cama, tras de haber practicado el coito o a punto de hacerlo...”. Pues, en este supuesto concreto, considera que la declaración de “haber penetrado el marido y sus acompañantes en el dormitorio y sorprendido a los procesados completamente desnudos, juntos en la cama, “tras de haber practicado el coito o a punto de hacerlo”, **no permite afirmar la consumación delictiva, pues el delito perfecto sólo se da por el ayuntamiento carnal inequívoco, y no por presunciones o sospechas, por muy fundadas y sólidas que sean..., aunque sirvan para admitir la tentativa en razón a la ejecución punible incompleta, que fue interrumpida por causa ajena al querer de los culpables...**” (S. 12 marzo 1973).

#### § 39. Artículo 450, **Perdón del agraviado y consentimiento del ofendido.**

El perdón ha de ser **expreso, inequívoco y manifiesto**. Pero, respecto al **consentimiento**—denominado también por la doctrina jurisprudencial “**perdón tácito**”— éste supone una **absoluta pasividad, sin reacciones judiciales, ni extrajudiciales contra el adulterio o amancebamiento por parte del agraviado; y permanece en tal situación durante décadas de años, dieciséis años o doce años**. Pero, cuando no ha transcurrido tan excepcional lapso de tiempo, no puede estimarse el supuesto consentimiento, si no aparece afirmado en el relato de la sentencia con la misma claridad que los hechos delictivos. Por consiguiente, **del dato de la tardanza de más de dos años en presentar la querrela la esposa agraviada, no puede deducirse el presunto consentimiento de la misma**. Consentimiento que implicaría la imposibilidad de perseguir el delito (S. 12 enero 1973). En idéntico sentido, SS. 4 julio 1949, 24 marzo 1958, 11 octubre 1966, 24 enero 1971, 31 enero 1972, 12 junio 1972.

No existe el delito de amancebamiento, según aprecia el T. S., cuando se da la **aquiescencia de la mujer respecto a la conducta sexual de su marido...**, del que se encontraba separada hacía tiempo, tras haber intentado el marido reanudar la vida conyugal, a lo que se opuso la mujer, manifestando en una carta dirigida a su marido que lo que convenía a los dos era conso-

lidar la separación, pues lo que necesitaban eran plena libertad en todos los órdenes, sin excluir el sexual (S. 27 febrero 1973).

Tratándose de un **delito de los denominados privados**, absuelve el T. S. del delito de adulterio, por haberse demostrado que el **marido conocía el adulterio de su mujer con muchos años de antelación. Y, como consentir, significa permitir una cosa**, dejar hacer algo en estado de transigencia, resulta obvio que el **marido permitió durante largo tiempo el adulterio de su mujer, sin ejercitar sus derechos de marido agraviado, y, cuando los efectuó, resultó tardía la reacción...**" (S. 30 mayo 1973). Asimismo, se tiene por desistido al querellante, a estos efectos, cuando, como es el caso, se ha personado en la Audiencia fuera de plazo y sin la firma de Letrado para ratificar la querella. **acto que equivale a la presunción de tener por abandonada la querella por el presunto delito de adulterio**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 275 de la LECrim. (S. 3 julio 1973).

Cfr., además § 16 (art. 101). Responsabilidad civil.

#### § 40. Artículo 452, **Amancebamiento.**

El delito de amancebamiento previsto en el artículo citado del C. p. requiere la presencia de los elementos siguientes:

1.º Que el **sujeto activo sea un varón casado**, ligado por un matrimonio anterior subsistente, lo que ha de probarse con los medios ordinarios a que se refieren los artículos 53 y siguientes del C. c.

2.º **Tener manceba**, es decir, mujer no legítima con la que se tiene trato carnal de manera habitual, frecuente o continuada.

3.º **Conocimiento por la mujer del estado de casado del varón**, requisito exigible en relación con lo dispuesto en el artículo 449 del C. p. para el adulterio de la mujer.

4.º **Las relaciones ilícitas pueden tener lugar dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella; expresión esta última que sustituye a la tradicional en nuestro Código de "tenerlo con escándalo"**.

La naturaleza de este último requisito, afirma el T. S., es **objetiva**, al requerirse que **las relaciones ilícitas sean conocidas por todos, por un gran número de personas en el círculo** donde los cónyuges desarrollan su vida, por sus **familiares, amigos, en el ámbito social, laboral** o en la **población** donde los hechos tienen lugar. Por consiguiente, **basta la notoriedad fuera de la casa conyugal, cualquiera que sea el lugar donde hubieren acaecido las relaciones** (S. 21 diciembre 1973). En contra, véase la S. 22 diciembre 1971, donde nuestro más alto Tribunal niega la existencia de la **notoriedad, al cambiar los procesados de residencia a otra ciudad**, hecho que revela la ausencia, además, de la afrenta pública para la mujer legítima.

El artículo 452 del C. p., tipificador del delito del adulterio del marido, denominado en la doctrina y jurisprudencia **amancebamiento** (en relación con artículos 450 y 451), exige, para que tal conducta pueda subsumirse en tal figura de delito, una serie de requisitos: unos, **de carácter procesal**, por cuanto afectan a la procedibilidad —que medie querrela de la mujer agraviada—; otros, **relativos al contenido o proyección subjetiva de la querrela** —que ha de deducirse **contra "ambos culpables"**, caso de que vivieren—; otros, de ca-

rácter material, contenidos en el artículo 452 del C. p.: existencia de un matrimonio anterior válido subsistente; que el marido tenga manceba [mujer ilegítima con la que tiene trato carnal de manera habitual y continuada], bien dentro de la casa conyugal, bien notoriamente fuera de ella. El requisito de notoriedad requiere que tales relaciones sean públicamente conocidas, por un gran número de personas pertenecientes al círculo en que los cónyuges desarrollan su vida, o por personas de la población donde los hechos tienen lugar (12 enero 1973).

§ 41. Artículo 452 bis a), **Delito relativo a la prostitución.**

Casa el T. S. la condena por escándalo público, impuesta por el Tribunal a quo, para apreciar un delito relativo a la prostitución. Puesto que, efectivamente, después de la reforma introducida en el Código penal por la Ley de 23 de octubre de 1961, inspirada en el espíritu de los principios informadores de los convenios internacionales vigentes sobre trata de mujeres y niños, y especialmente en el "convenio para la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena", firmado en Lake Success el 21 de marzo de 1950, y al que España, posteriormente, prestó su adhesión. Por lo cual, dicha Ley agrupó en capítulos diferentes los delitos de escándalo público y los relativos a la prostitución, al que llevó preceptos que estaban dispersos en el Código, y especialmente los que estaban incluidos bajo la rúbrica "delitos de escándalo público", dejando independizados los unos de los otros. Y, por ello, atemperándonos a las directrices de esta reforma, cuando de por medio exista explotación, fomento o cooperación a la prostitución habrá de acudirse generalmente a los preceptos que a la misma hacen referencia, enmarcando los hechos según su gravedad y los perfiles y matices que los distinguen en la norma que, dada su amplitud, se estime más adecuada; y en el caso que nos ocupa, los hechos encajan mejor en el número 1.º del artículo 452 bis d), dado que la arrendataria de una vivienda, permite que una prostituta amiga suya ejerciera su oficio en varias ocasiones, y en la última incluso autorizó que la ejerciese una amiga de aquella, también prostituta, recibiendo gratificaciones, en cada ocasión, voluntariamente aceptadas, con lo que queda configurado este tipo delictivo, que requiere se ejerza la prostitución en un local, aunque no esté abierto al público, lo que con cierta continuidad ocurría en el domicilio de la procesada (S. 4 octubre 1973).

§ 42. Artículo 461, **Injurias (exceptio veritatis).**

Con arreglo al artículo 461 del C. p., no se admite prueba del acusado del delito de injurias sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando éstas hayan sido dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo (S. 28 febrero 1973).

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

El delito de abandono de familia creado por la Ley de 12 de marzo de 1942 e incorporado al articulado del texto refundido del Código penal de 1944 protege esencialmente y tutela la familia en su función ético-social, procurando la consecución de los fines asignados a la misma, respecto a la

mutua asistencia, comprensión y colaboración entre las personas que la integran, adoptando dos modalidades: **el abandono malicioso familiar o el incumplimiento de los deberes vinculantes impuestos por los artículos 56, 57 y 60 del Código civil, incumplimiento determinado por la conducta desordenada del sujeto activo** (SS. 25 septiembre 1973, 13 diciembre 1973).

Frente a la doctrina de que el simple apartamiento del hogar no constituye el delito en cuestión [SS. 27 enero 1944, 20 marzo 1947], delito que se basa en la omisión maliciosa de los deberes propios del estado conyugal, el Tribunal Supremo declara, según doctrina reiterada de su Sala 2.<sup>a</sup> [expuesta en SS. 30 junio 1951, 12 marzo 1956, 23 abril 1960, 27 octubre 1965], que **“dicho abandono, cuando es total, como sucede en el caso presente, integra la malicia que da lugar a la existencia del delito...; malicia que radica en el egoísmo de quien se muestra indolente frente a las obligaciones del matrimonio y de la paternidad, así como en el actuar doloso de llevarse todas sus ropas o enseres, lo que equivale al rompimiento definitivo de la vida doméstica, conducta que supone una abstención de enviar apoyo dinerario alguno”** (S. 27 noviembre 1972).

Esta figura delictiva tiene por nota común o genérica el **incumplimiento de los deberes familiares de asistencia**, tanto de índole económico o patrimonial como ética o moral. El incumplimiento ha de tener, además, por causa, alternativamente: **el abandono malicioso del domicilio familiar o la conducta desordenada del infractor** (S. 18 junio 1973).

El delito de abandono de familia, previsto en el artículo 487, aunque configurado como un **delito de comisión** [por cuanto exige formas activas de comisión: el **abandono malicioso del hogar o la conducta desordenada** del sujeto que infringe sus deberes familiares], admite también la posibilidad de que **se cometa por omisión**, es decir, en forma negativa, como cuando “habiéndose ausentado uno de los cónyuges por mutuo consentimiento o por decreto judicial, en suma, por causa justificada, se niega después de reintegrarse al hogar común, una vez finalizado el consenso para la separación provisional o cuando se ha puesto ya fin a la causa lícita que la determinaba, según doctrina del T. S. [S. 7 octubre 1964]. Esta doctrina reiterada no se contradice por aquella otra establecida en casos en que se decidió que la falta de reintegro de uno de los cónyuges al domicilio familiar no era constitutiva de este delito [SS. 2 junio 1962; 27 abril 1963; 18 junio 1963; 11 marzo 1968], por cuanto, en estos casos, se juzgaba realmente que la falta de regreso era la consecuencia prolongada en el tiempo de un abandono ya enjuiciado con anterioridad, hecho que no podía, en consecuencia, ser juzgado de nuevo, para no infringir el principio *ne bis in idem*. (S. 14 diciembre 1973).

“En las modalidades omisivas de la conducta de abandono —declara el Tribunal Supremo—, se requiere que en el sujeto activo haya **“antijuridicidad o ausencia de causa de justificación y culpabilidad maliciosa, es decir, el dolo”**. En consecuencia, **“al mediar un consentimiento inicial entre los cónyuges para su separación “de facto”, el dolo puede quedar enturbiado por un “error de prohibición”**; de tal modo que el ausente actúe creyéndose amparado por el pacto inicialmente convenido, con lo que decae la malicia de su negativa a

incorporarse a la convivencia familiar”, procediendo, entonces, la absolución (S. 14 diciembre 1973).

Estas conductas admiten, también, **modalidades omisivas**, las cuales se dan “cuando habiéndose ausentado uno de los cónyuges, se niega luego a reintegrarse al hogar común, una vez que desapareció el principio justificador” (SS. 7 octubre 1964, 14 diciembre 1972, 18 junio 1973).

#### § 44. Artículo 520, **Quiebra fraudulenta.**

El delito de quiebra fraudulenta no puede ser perseguido de oficio, ni a instancia de parte, mientras no se dé la **condición objetiva de procedibilidad** siguiente: “que la **jurisdicción civil** haya hecho su calificación y **declarado haber méritos para proceder criminalmente**” (S. 2 junio 1973).

Absuelve el Tribunal Supremo al procesado del delito debatido, porque, pese a haberse fallado civilmente que la declaración de quiebra obedeció a no haberse llevado por la entidad los libros, en la forma que determina el artículo 891, en relación con el número 4.º del artículo 890 y con el artículo 33, del Código de Comercio, **esto, si bien tiene fuerza suficiente para declarar mercantilmente la quiebra, carece de ella, a efectos penales. Por cuanto, el artículo 527 del C. p. requiere se cause a los acreedores una pérdida o perjuicio inferior al 10 por 100 de sus respectivos créditos. De modo que, al no haberse causado ésta y viniendo el delito de quiebra sistemáticamente colocado entre las defraudaciones, no existe entonces defraudación de ninguna clase** (S. 2 junio 1973).

#### **Quiebra por imprudencia temeraria.**

“Si bien el hecho de no llevar el procesado, siendo comerciante, los libros **determinados en el artículo 33 del Código de Comercio...**, no es bastante para atraer sobre sí la sanción establecida en el artículo 520 del C. p., aún cuando el incumplimiento fuera voluntario [ya que no aparece probado que la omisión fuera dirigida a defraudar a sus acreedores, y sí, en cambio, debida a una creencia de que los perjuicios que pudieran sobrevenir por la falta de libros... no afectarían a los intereses ajenos], esta **ausencia de intencionalidad defraudatoria no elimina, empero, la culpa...**” (S. 5 marzo 1973). En sentido idéntico, 13 junio 1959, 29 marzo 1968, 20 octubre 1969, 10 diciembre 1971, 27 junio 1972 y 2 junio 1973.

#### **Responsabilidad criminal de las personas jurídicas.**

El problema de la participación de las personas físicas —declara nuestro más alto Tribunal, en un supuesto de quiebra fraudulenta— en las actuaciones defraudatorias de las sociedades mercantiles puede recibir diversos enfoques. Pero, si bien “**las sociedades mercantiles, como personas morales, resultan ser sujetos activos del delito de quiebra fraudulenta, su sancionamiento ha de recaer forzosamente y hacerse efectivo en las personas físicas, no en aquéllas, meras creaciones ideales del derecho, sin existencia real, más de existencia indudable, necesaria y cardinal en el desarrollo económico y mercantil y social de las actuales comunidades nacionales**” (S. 2 junio 1973).

En consecuencia, lo prevalente son las conductas individuales inculpas

que han de ser contempladas con idéntico criterio en los casos de las quiebras punibles que ante cualquier otra especie delictiva tipificada en el Código penal común. Lo primordial, tratándose de sociedades, será acreditar **la real participación en el proceso causal determinante de la quiebra de las personas físicas intervinientes**, puesto que, **aún no siendo administradores, es absolutamente inconcuso que, siendo socios propietarios de las mismas pueden realizar actos u omisiones cooperativos de la insolvencia fraudulenta**" (S. 2 junio 1973).

La **complicidad** tipificada en el artículo 522 del C. p., **precepto o norma en blanco que expresamente reenvía al artículo 893 del C. de c., copia a su vez literal del artículo 1.010 del Código Mercantil de 1829, contempla nueve supuestos delictivos contraídos a terceros que auxilian a la quiebra fraudulenta por actos no necesarios, ni planeados, o sea, por acciones que, por su propia índole, corresponden a la noción ordinaria de la complicidad definida en el artículo 16 del C. p.** (S. 2 junio 1973).

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

Los **elementos constitutivos** del delito de cheque en descubierto, previsto en el antiguo artículo 535 bis —figura que protege penalmente al cheque **como título-valor mercantil**, con la finalidad de **garantizar el tráfico cambiario**—, son los siguientes: 1.º Uno, **de naturaleza objetiva o material**, consistente en la entrega del instrumento en pago, para liberar o extinguir solutoriamente una obligación precedente, quedando excluidas por atípicas otras finalidades diversas a la señalada. 2.º Otro, **de naturaleza psicológica**, integrante de la culpabilidad, y caracterizado como **un elemento subjetivo de lo injusto**, consistente en conocer por el librador, al transferirse el cheque al tomador, la ausencia de fondos con que satisfacerlo en dinero. 3.º Finalmente, otro **elemento de naturaleza espiritual, el engaño** que ha de sufrir el tomador, por estimar que recibe del librador un documento de pago efectivo, y no una mera promesa de abono diferido o simple garantía, lo que sucedería, de aceptarlo, sabiendo que su pago es aleatorio o posible, produciéndose, en tal caso, un supuesto atípico (S. 5 febrero 1973).

El delito de cheque en descubierto requiere la presencia de los siguientes elementos:

- a) **Que el cheque sea dado en pago de deuda.**
- b) **Que se emita y entregue a sabiendas de que, en el momento de ser presentado al cobro, no habrá provisión bastante de fondos para hacerlo efectivo.**
- c) **Que esta última circunstancia sea ignorada por el tomador** (S. 8 mayo 1973).

En los supuestos tipificados en los párrafos 1.º y 2.º del antiguo artículo 535 bis, tanto en la forma dolosa como en la culposa, **el libramiento del cheque no precisa ser simultáneo a la contraprestación que se aparenta pagar**, puesto que, en estos casos, **la cualidad delictiva no consiste en defraudar para obtener la entrega de la mercancía, sino en fingir un pago de deuda preexistente, mediante la emisión de un cheque sin fondos**, bien con conciencia de su inexistencia, bien por culpa o negligencia en comprobar la cobertura.

Por el contrario, en el supuesto previsto en el párrafo 4.º del artículo 535 bis, **estamos en presencia de una defraudación clara y manifiesta, equiparada in-**

**cluso a las verdaderas y genuinas estafas**, siendo sus requisitos constitutivos: **la utilización de medios engañosos** representado por la emisión de un cheque sin provisión de fondos suficientes para pagar aquello que falazmente se compra; **aparentando una solvencia bancaria concreta y específica**, de la que se carece; **con ánimo de lucro y propósito de defraudar a la víctima perjudicada** que, sin la entrega de este cheque, no hubiera entregado la mercancía (S. 24 enero 1973).

**No existe el delito de cheque en descubierto**, si el deudor, para pago de una mercancía determinada, consecuencia de una operación mercantil, **acepta unas letras de cambio que**, a su vencimiento, **no son abonadas por el aceptante**, y, en sustitución de aquéllas, consecuencia del impago, **se entregan talones contra cuenta corriente**, pues el tomador de los mismos conoce el estado de insolvencia del deudor. Por lo que, a consecuencia de ello, **el cheque se convierte automáticamente no en instrumento de pago**, el cual debió efectuarse a través de las letras, sino en **garantía de que aquel pago se llevará a efecto** (SS. 24 junio 1972, 12 diciembre 1972).

**La postdatación del cheque no representa**, por sí sola, **que éste desempeñe una mera función de garantía o de simple promesa de pago**, toda vez que esa demora, en especial si se reduce a pocos días, puede tener su razón de ser en múltiples causas... que no alteran la estricta finalidad de la función de título-valor del cheque, **como instrumento solutorio** (S. 5 febrero 1973). En sentido idéntico, SS. 14 abril 1972, 31 mayo 1972, 26 marzo 1973.

#### **Bloqueo de fondos.**

El hecho de que el procesado, dos días después de la entrega del cheque, **retire los fondos de su cuenta corriente**, dejándola imposibilitada de pagar la cobertura de aquél, **no elimina la figura delictiva prevista en el artículo 535 bis del C. p.** Y ello porque, en primer término, **es obligado que el librador tenga provisión de fondos suficientes durante "todo" el plazo de presentación del cheque —cinco días en los librados sobre la misma plaza, a tenor del artículo 537 del C. de c.—**. Y, en segundo, porque, **si antes de transcurrir dicho término, retira los fondos, total o parcialmente, haciendo imposible el pago del cheque**, se hace ya **sabedor de tal imposibilidad** (S. 21 febrero 1973).

#### **Responsabilidad civil.**

**Del delito de cheque en descubierto** —según doctrina reiterada de la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S.— **no se deriva responsabilidad civil**, pues el perjuicio patrimonial no nace de la emisión de los talones carentes de provisión de fondos, sino de la relación crediticia o contractual preexistente (S. 24 enero 1973, 12 febrero 1973, 6 marzo 1973, 8 noviembre 1973).

Por el contrario, **sí procede la responsabilidad civil cuando se da el párrafo último del artículo 535 bis**, ya que, a diferencia de lo que sucede en los dos primeros párrafos del precepto citado [según los cuales la figura delictiva se caracteriza por la dación en pago de una deuda anterior y preexistente que se trata de cancelar con el título-valor, de modo que **el descubierto deriva ex contrato y no ex delicto**, debiendo acudir a la vía civil para que se declare la indemnización], **prevé una verdadera estafa mediante cheque**, en la cual,

éste, al carecer de cobertura, se convierte en el **medio falaz** de que se sirve el delincuente para lograr el traspaso a su patrimonio del contravalor que aquel título representa, **apareciendo clara la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio**, con la inmediata consecuencia de que aquí sí que **hay que derivar la responsabilidad civil dimanante del delito** (S. 21 marzo 1973).

#### Casos de aplicación retroactiva del 563 bis b).

Absuelve el T. S. a la procesada por el delito de cheque en descubierto cometido por simple negligencia, **al aplicar retroactivamente la reforma penal de 15 de noviembre de 1971, que, al dar nueva regulación legal al delito de cheque en descubierto, en el artículo 563 bis a), suprime la figura culposa** (S. 5 febrero 1974).

Cometido el delito en marzo de 1970, antes, por tanto, de la promulgación y entrada en vigor de la Ley de 15 de noviembre de 1971, modificadora del artículo 563 bis b), aunque fuera juzgado en la instancia el 11 de marzo de 1972, es decir, cuando había entrado ya en vigor la referida Ley de 1971, **no existe problema de retroactividad de la ley penal más favorable, porque ésta sólo hubiera podido reputarse más beneficiosa para el procesado, si éste hubiese pagado el importe total del cheque dentro de los cinco días siguientes a su presentación al cobro, para poder beneficiarse de la peculiar "excusa absoluta"** que, sólo por razones de seguridad en el tráfico cambiario y de política criminal, se establece en el penúltimo párrafo del precepto modificado (S. 8 noviembre 1973).

#### § 46. Artículo 565, párrafo primero, **Homicidio por imprudencia temeraria (Parricidio).**

El T. S. casa la sentencia absolutoria de la Audiencia, en un supuesto en que la madre, excitada, con motivo de una discusión con su hermana, golpeó a su hijo con una navaja que ocasionalmente tenía en la mano para partir el pan que estaba comiendo, produciéndole una lesión en la parte inferior de la región pública derecha de menos de dos centímetros de profundidad; lo que, ante la imposibilidad de lograr asistencia médica para su hijo, produjo una infección en la herida, de la que se derivó una septicemia aguda que, agravada por el estado de desnutrición del niño —“pues la lesión, de no haber ocurrido estas circunstancias, hubiera curado normalmente en un período no superior a los tres días”—, produjo la muerte del mismo.

El T. S. desestima el recurso del M. F., que solicitaba la aplicación del delito de parricidio —pues de los hechos se desprendía la intención de matar por parte de la procesada—, considerando que **“no hubo ni por asomo la intención de matar, ni de lesionar tan siquiera, y sí sólo una mera represión de puro hecho, concomitante con la circunstancia accidental de no prever y prevenir, como debió hacer, que al tener en la mano, con que golpeó, la navaja, ésta podía herir al niño... , faltando, en términos absolutos, la intención como representación de un resultado antijurídico y punible, ni concebido ni querido”**, debiendo excluirse el dolo, sin el cual no puede hablarse de parricidio; como tampoco cabe hablar de la preterintencionalidad, “pues si nada ilícito se quiso causar, no puede generarse un supuesto preterintencional”. Todo

ello excluye, también, la comisión de una falta dolosa contra las personas o de un parricidio.

De modo que, "si bien... **no puede hablarse de delito culposo cuando el acto inicial fue intencionado y malicioso**, no es éste el caso que se contempla, pues si bien el cachete o golpe que la madre quiso propinar al niño en un momento de ira y malhumor pudo ser **voluntario y consciente, su licitud inicial es patente y manifiesta**; pero esta voluntariedad de los actos, que también se da en los actos generadores de culpa, fue en este caso acompañada de una muy grave imprudencia, pues... **pudo prever**, y así **prevenir** las consecuencias de golpear al pequeño teniendo en la mano una navaja... Por lo que concurren en este supuesto:

a) Un **acto voluntario originariamente lícito**, pero productor de graves consecuencias previsibles y prevenibles.

b) La **producción de un daño corporal tangible**, que, por la infección derivada causó la muerte; daño y consecuencia que pudieron y debieron preverse.

c) Una **perfecta relación de causa a efecto** entre el acto y sus resultados inmediata y próxima en cuanto a la herida, y mediata y remota en cuanto a la septicemia productora de la muerte.

De todo ello infiere el T. S. que "**esta culpa es grave e intensa...**", generando la **imprudencia temeraria** con resultado de muerte del artículo 565, párrafo 1.º, del Código penal (15 noviembre 1973).

## INDICE ALFABETICO

- Abandono de familia, 43.  
Abuso de superioridad, 4.  
Abusos deshonestos, 1, 30, 31.  
Adulterio, 16, 38.  
Agravante de Morada, 8.  
Amancebamiento, 40.  
Arrepentimiento espontáneo, 3.  
Atentado, 22.  
Blasfemia, 31.  
Bloqueo de fondos, 45.  
Chantaje, 31.  
Cheque en descubierto, 45.  
Complicidad, 44.  
Comunicabilidad del perdón del ofendido en los delitos privados, 12.  
Concurso de leyes, 31.  
Concurso ideal de delitos, 15.  
Condición objetiva de procedibilidad, 44.  
Consentimiento del ofendido, 37, 39, 40.  
Consumación, 32, 38.  
Corrupción de menores, 31.  
Culpa, 46.  
Delito continuado, 14, 17, 30.  
Delito de comisión, 43.  
Delito de consumación instantánea, 32.  
Delito de mera actividad, 30.  
Delito de omisión, 43.  
Delito de peligro, 24.  
Delito de resultado, 38.  
Delito de tendencia, 24, 25.  
Delito permanente, 17.  
Delitos privados, 12, 17, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40.  
Denegación de auxilio, 29.  
Desacato, 22.  
Desórdenes públicos, 23.  
Despoblado, 5.  
Doble reincidencia, 7.  
Enajenación mental, 1, 30.  
Encubrimiento, 10.  
Engaño, 32, 33, 37, 45.  
Escándalo público, 14, 15, 30, 31.  
Estupro, 9, 15, 32, 33, 34, 35, 36.  
"Exceptio veritatis", 42.  
Exhibicionismo, 14.  
Falta de desacato, 22.  
Falta de propagandas ilegales, 28.  
Faltas contra el orden público, 23, 30, 31.  
Grave escándalo y trascendencia, 31.  
Homicidio, 46.  
Homosexualismo, 31.  
Honestidad, 32.  
Imprudencia temeraria, 44, 46.  
Indulto, 17.  
Injurias, 42.  
Injurias al Jefe del Estado, 19.  
Lesiones, 2.  
Moral colectiva, 31.  
Multa, 13.  
Multirreincidencia, 7.  
Nocturnidad, 5.  
No exigibilidad de otra conducta, 10.  
Notoriedad en amancebamiento, 40.  
Ofensas al Movimiento Nacional, 20.  
Parentesco, 9.  
Parricidio, 46.  
Participación, 44.  
Pornografía, 31.  
Prescripción, 32.  
Preterintencionalidad, 2, 46.  
"Pretium carnis", 32.  
Prevalimiento del carácter público del culpable, 4.  
Promesa matrimonial, 32.  
Propagandas ilegales, 3, 24, 25, 26, 27, 28.  
Prostitución, 41.  
Pudor y buenas costumbres, 31.  
Quiebra fraudulenta, 44.  
Rapto, 37.  
Rapto impropio, 37.  
Reconocimiento de prole, 33.  
Reincidencia, 7.  
Reiteración, 6.  
Responsabilidad civil, 16, 45.  
Responsabilidad criminal de las personas jurídicas, 44.  
Retroactividad de la Ley penal más favorable, 11, 17, 43.  
"Tempus delicti commissi", 17.  
Tentativa, 2, 38.  
Ultraje a la Religión Católica, 21, 31.  
Ultrajes a la Nación Española, 18.  
Violación, 2, 12, 15, 30.  
Voluntariedad, 1, 46.