

sición del inculpaado al indulto, que en virtud del derecho a ser absuelto puede preferir la celebración del juicio y la posible sentencia absolutoria, es lo cierto que se requiere su audiencia, pero no hasta el punto de que si ésta no resultase posible en un plazo determinado que se señale, su falta sea impeditiva del indulto; al contrario, agotado el término, el silencio deberá interpretarse como aceptación en virtud del principio *favorabilia sunt amplianda*.

18. Cuando los hechos puedan dar lugar a penas de diverso carácter, unas excluidas y otras incluidas en la gracia, no es procedente instar el indulto anticipado para unas penas y calificar para las exceptuadas; la solución correcta consiste en formular escrito de conclusiones para todas, sin perjuicio de que tras el juicio oral y la sentencia se aplique el indulto total a las penas comprendidas en el artículo 1.º a) del Decreto.

19. Tratándose de penas a las que, por su naturaleza, se extiende el indulto, será necesario celebrar el juicio oral si cualquiera de las partes acusadoras solicita alguna pena que exceda de tres años; mas si concluido el juicio oral la Sala considera que la pena a imponer no debe rebasar los tres años, se suscita la cuestión de si se puede aplicar directamente el indulto en la sentencia, que será absolutoria con base en el artículo 112, 4.º, del Código Penal, o si procede dictar sentencia condenatoria indultando después la pena impuesta tras el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal. Esta última tesis es mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29-3-1973, 15-11-1973, 13-3-1974, 16-6-1974 y 26-1-1975.

20. Si en su calificación provisional el Ministerio Fiscal ha solicitado penas excluidas del indulto, pero la petición que haga en las conclusiones definitivas sí está incluida en él, el juicio deberá terminar por sentencia, pero si es absolutoria, dicha absolución no podrá fundarse en el artículo 112, 4.º, y si es condenatoria se aplicará el indulto seguidamente a su firmeza.

21. Si el Ministerio Fiscal ha instado el sobreseimiento del artículo 637, 3.º, por entender que procede el indulto total, pero la acusación particular solicita pena excluida del indulto, deberá celebrarse el juicio en donde el Fiscal pueda mantener o modificar su tesis originaria.

22. Si no hubiera acusación particular y el Ministerio Fiscal entiende que es procedente el indulto anticipado y de aplicación, consiguientemente, el sobreseimiento libre del artículo 637, 3.º, el órgano jurisdiccional puede no estar de acuerdo con el Fiscal, adoptando una de estas decisiones: dictar, desde luego, Auto no dando lugar al sobreseimiento, en cuya hipótesis el Fiscal deberá formalizar los oportunos recursos que se citan en la Consulta 10/1971. O bien, puede el Tribunal, antes de resolver sobre lo solicitado, hacer uso de la facultad que se le concede en el artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en este caso el Fiscal de la Territorial antes de resolver la Consulta, lo pondrá en conocimiento del Fiscal del Tribunal Supremo, quien acordará lo que proceda.

Al contenido de la presente Circular deberán atenerse los señores Fiscales ante supuestos de hecho coincidentes, con los que aquí son objeto de análisis.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 16 de diciembre de 1975.

Excelentísimos e ilustrísimos señores Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

Jurisprudencia Penal 1975

(3.^a parte)

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Doctor en Derecho

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

§ 1. Artículo 10:13.^a, Agravante de nocturnidad.

La agravante inherente a la realización del delito de noche implica que el «delincuente se manifiesta imbuido de una mayor culpabilidad y necesita de una superior reprochabilidad, por su alta peligrosidad, al buscar deliberadamente, o al aprovechar conscientemente, el auxilio idóneo de las sombras para conseguir mayor libertad y facilidad ejecutiva con indenfensión de la víctima, al anularle o disminuir su capacidad reactiva, personal y el apoyo de personas ajenas, y porque, además, se dificulta o evita la identificación del agente; consiguiendo, por fin, un más fácil impunismo y huida. Todo lo cual genera una más intensa alarma social y una mayor facilitación delictiva o ventaja para la ejecución del comportamiento antijurídico.

La agravante de nocturnidad precisa de los elementos siguientes:

a) Un **presupuesto objetivo o real**: que el hecho criminal lo realice el sujeto activo al amparo de las sombras, faltando la luz natural, por concurrir el fenómeno físico-geográfico de la noche.

b) Un **elemento subjetivo o intencional**: que el propio sujeto busque intencionalmente la noche como medio óptimo para la ejecución del delito o aproveche su existencia en el instante de realizarlo, acogiéndola para su utilitario proceder en beneficio de alguno o de todos los fines anteriormente fijados.

c) Un **elemento material final**: que la noche haya efectivamente supuesto una ventaja ejecutiva, al favorecer el delito y sus consecuencias.

Se da la agravante, al concurrir el fenómeno físico de la nocturnidad y ser ésta aprovechada, al desconectar el autor, una vez que penetró en la morada ajena, los plomos de la conducción eléctrica, lo que supuso anular la luminosidad artificial que podía evitar las sombras de la noche. Esto demuestra tanto que la noche existió como elemento objetivo como que fue buscada de propósito, sin su eliminación posible por la luz artificial, y además conseguir la inidentificación y el impunismo, así como el eludir el apoyo de terceras personas, a esa hora de descanso (tres de la madrugada) y, consiguientemente, la defensa de la víctima (S. 2 julio 1975).

§ 2. Artículo 10:13.º, **Agravante de despoblado.**

La agravante de **despoblado**, incluida en el apartado 13 del artículo 10 del Código penal, junto con la noche y la cuadrilla, tiene entidad propia, aunque la **ratio** agravatoria de las tres circunstancias sea igual o muy análoga: en cuanto **todas ellas** —como otras no incluidas en dicho número— **son modalidades de ejecución del delito** (tiempo, lugar, codeincuencia) que buscan, de forma cuasi-alevosa, la indefensión de la víctima y que **en el despoblado se traduce en la imposibilidad de asistencia a la misma**. De suerte que los dos **elementos** en que descansa esta agravante —**objetivo y subjetivo**— la condicionan en mutua interacción, dado que, partiendo del **primero**, se precisa la **efectiva ausencia de población y de concurrencia de gentes**, por lo que **faltará el requisito ahora en examen si en el lugar, alejado de poblado, se da un accidental concurso de personas** [S. 7 junio 1873], como, a la inversa, si no existe verdadero despoblado, no podrá apreciarse la agravante por desasistida que se encuentre la víctima y sin perjuicio de que tal situación de desamparo pueda engendrar otros motivos de agravación; de modo que, como ha dicho la Sala 2.ª, **por despoblado hay que entender a efectos penales aquel paraje en que, por alejamiento de núcleos de población, sea difícil o poco probable encontrar personas que obstaculicen la acción delictiva** [S. 17 abril 1964]. Esta noción se completa en el **plano subjetivo** por el **ánimo de prevalerse el culpable de aquel mayor desamparo que trasciende del sitio desierto o de improbable tránsito de personas** [S. 30 junio 1904]; o dicho en términos equivalentes a los empleados para la vecina circunstancia de nocturnidad, que el **despoblado haya sido aprovechado por el agente del delito** [SS. 30 junio 1961, 5 noviembre 1966] o **buscado de propósito por el mismo en su plan delictivo**, lo que lleva la agravante al cénit de su perfección jurídica [S. 27 diciembre 1947 y la ya citada. S. 17 abril 1964]; siendo finalmente de advertir que el **fundamento que se le asigna**, como la concurrencia de los señalados requisitos, **no debe impedir su aplicación a los atentados contra la honestidad, por entenderse que en ellos es inherente el sigilo y la soledad buscada de la víctima para su mejor perpetración**, pues ello puede predicarse de todos los delitos en que el delincuente trata de buscar, naturalmente, la **impunidad**, sin que por ello se niegue la **concurrencia del despoblado** con la peculiar inasistencia a la víctima que de él se devriva, razón que ha movido a esta Sala a declarar la existencia de la agravante en **delito de violación** [SS. 16 enero 1897, 13 agosto 1906, la repetida de 17 de abril de 1964, 7 octubre 1968 y 22 noviembre 1975].

Por tanto, en un **delito de violación** en grado de tentativa, el T. S. aprecia la agravante, por cuanto del relato fáctico se infiere que concurren tanto el **elemento objetivo** —«lugar alejado de poblado y poco frecuentado»— como el **elemento subjetivo** de la agravante —«sitio elegido por el procesado para la mejor realización del delito»—; concurso de ambos factores que denuncian también la **esencia de este plus agravatorio que ya se ha visto que es la falta de auxilio que para la víctima se deriva** [S. 22 noviembre 1975].

§ 3. Artículo 10:15.º, **Agravante de reincidencia.**

Antecedentes penales no operantes en la causa y documento auténtico.

En un delito de injurias al Jefe del Estado, la sentencia del Tribunal

«a quo» hace constar que el reo «tiene antecedentes penales no operantes en esta causa», pero que pueden tener consecuencias a la hora de ejecutar la sentencia.

Ante la impugnación de tal extremo hecha por el recurrente, el T. S. estima que «no puede admitirse el primer motivo del recurso que pretende eliminar de los hechos probados la afirmación de que el inculpado tenía «antecedentes penales no operantes en esta causa», porque la certificación del Registro Central del Ministerio de Justicia, obrante al folio 20 del sumario, asegura que carece de ellos, pues no se tiene en cuenta que este indudable documento auténtico se halla contradicho positivamente por otro que también lo es: el certificado del Juzgado Municipal de Logroño, lugar de nacimiento del procesado —folio 24—, que asegura terminantemente que de los libros de cargo del Secretario, resulta la anotación de que la Audiencia de Logroño le condenó por delito de robo en el sumario 134-63 y sentencia de 19 de julio de 1963, a la pena de tres meses de arresto mayor, por lo que la posición negativa de aquella certificación está contradicha positiva y detalladamente por la última, que tiene iguales garantías de certeza y a la que hay que dar crédito preferente, por su contenido, ratificado incluso por el informe de la Guardia Civil, del folio 22, ya que son algo corrientes las discordancias entre la existencia de condenas judiciales y la falta de anotaciones en aquel Registro, y que se suplen por los certificados de los Juzgados Municipales, en donde también se anotan las condenas, en ejecución de sentencias —artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—. Certificaciones éstas que gozan del mismo rango de autenticidad que las hojas expedidas por el Registro Central de Penados y que, lejos de ser contradictorios, se complementan para formar el historial delictivo del inculpado, supliendo aquélla la falta de anotación advertida en tal Registro ministerial, como ya dijeron las sentencias 15 octubre 1951 y 13 octubre 1954 (S. 7 noviembre 1975).

Por el contrario, el artículo 379 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice claramente que «se traerán a la causa los antecedentes penales del procesado, pidiendo los anteriores a la creación del Registro Central de Penales de 2 de octubre de 1878 a los Juzgados donde se presume que puedan, en su caso, constar, y los posteriores exclusivamente al Ministerio de Gracia y Justicia». Lógicamente los posteriores a esa fecha han de requerirse del Registro Central.

§ 4. Artículo 10:16.ª, Agravante de morada.

La libertad domiciliaria de la vivienda, protegida in abstracto en el artículo 15 del F. E., como derecho inherente a la personalidad, viene protegida in concreto por la agravante fundamentalmente objetiva de realizar el delito en la morada del ofendido, si éste no ha provocado el suceso. Tal conducta se halla dotada de una mayor antijuridicidad, ya que se ultraja o profana la santidad del hogar ajeno. Se trata de proteger un interés legítimo, humano y jurídico, cual es el derecho a la habitación íntima.

La agravante se integra por los elementos siguientes:

a) Que en la morada de una persona, ajena para el sujeto activo, cometa éste un delito.

b) Que el ofendido no haya provocado con su conducta el suceso.

c) Que el sujeto activo conozca que se trata de morada ajena, aunque carezca del ánimo de menospreciarla, si materialmente la profama con su conducta delictiva, realizada dentro de ella y que quiere dolosamente efectuar.

Por **morada**, a tales efectos —que no precisa ser un elemento cualificativo y típico imprescindible para el delito cometido, ya que en tal caso éste la absorbería— se entiende «**todo lugar más o menos habitable, reservado a una persona o familia, donde resida, descanse o satisfaga las condiciones de vida doméstica, cualquiera que sea el título legítimo por el que disfrute la habitación, de cuyo amplio concepto indudablemente se deriva que, además de ser morada las casas y los meros apartamentos —habitación o vivienda, según el Diccionario de la Academia—, donde residen personas, también lo son los simples departamentos o habitaciones de hoteles o edificios y pensiones, como ya determinaron las sentencias de la Sala 2.ª de 20 de julio de 1935 y de 14 de junio de 1958**», porque sirven también los últimos para el alojamiento de las personas (S. 2 julio 1975).

§ 5. Artículos 14:3.º y 16, Cooperación necesaria y complicidad.

El **delito de violación** es una infracción punible de las llamadas **propias o de propia mano**, y es indudable que, sólo el que yace con la mujer en cualquiera de las hipótesis contempladas por el artículo 429 del Código penal puede reputarse autor material del hecho, y que, por tanto, aunque hubiere con otra persona «*pactum sceleris*» o concierto previo, recíproca cooperación, conciencia de la ilicitud del acto y hasta realización de algún acto ejecutivo, la conducta de dicha persona podría incardinarse en el número 3 del artículo 14 del Código penal o en el artículo 16 del mismo, pero nunca en el número 1 del citado artículo 14.

El **auxilio delictivo** puede ser **necesario**, y entonces encontrará su adecuado asiento en el número 3 del artículo 14 del Código penal, o **no necesario**, en cuyo caso se incluirá en el artículo 16 del mismo cuerpo legal; siendo de destacar al respecto que la **cooperación necesaria en el delito de violación** ha sido analizada por el Tribunal en SS. 10 marzo 1897, 20 enero 1883, 15 febrero 1898, 27 mayo 1925, 4 junio 1952 y 30 junio 1962, en las que, por regla general, se estudian, con conclusión positiva, supuestos en los que uno o varios individuos sujetaban a la víctima para vencer su resistencia o le tapaban la boca para impedir que gritara en demanda de auxilio, mientras que el autor principal realizaba los actos propios del yacimiento.

La distinción entre **cooperación necesaria** y **complicidad**, o entre **auxilio necesario** y el **no necesario**, tema defendido por el recurrente en el único motivo admitido, no es nada fácil, como ya destacaron las SS. del Tribunal de 16 marzo 1944, 2 febrero 1943 y 3 febrero 1949, habiendo definido la S. 30 junio 1892 a los **auxiliadores o cooperadores necesarios** como «**aquellos que conscientemente ejecutan un hecho distinto del constitutivo del delito, pero indispensable para la realización de éste**», mientras que las SS. 20 junio 1892 y 5 marzo 1904 estimaron que son **cómplices** «**dos que sin ser causa eficiente del delito y sin realizar actos necesarios para su consumación, contribuyen a dar facilidades y auxilio al hecho o a los delinquentes, de**

modo que sin su intervención sea posible el delito». De lo que se infiere que, en la **cooperación necesaria**, los actos realizados por el partícipe son causales o «**conditio sine qua non**» del resultado, de tal modo **imprescindible**, además de **eficaz**, que sin ellos el delito no hubiera podido perpetrarse; discutiendo la doctrina acerca de si el juicio hipotético y «**a posteriori**» realizado por el juzgador para determinar la necesidad e imprescindibilidad de los actos de auxilio realizados por el copartícipe debe efectuarse en abstracto o en concreto, entendiendo ciertos sectores doctrinales que debe equidistar o intermediar entre ambas formas de ponderación, mientras que la doctrina moderna se inclina decididamente por la apreciación de la necesidad o imprescindibilidad en concreto, es decir, en relación al momento histórico específico analizado en la causa de que se trate; habiendo adoptado este Tribunal la misma posición en SS. 20 diciembre 1960, 28 junio y 1 julio 1963 y 25 marzo 1965, aunque la S. 4 marzo 1965 mantuvo la doctrina según la cual la investigación de dicha necesidad y la conclusión de su concurrencia o no concurrencia debe realizarse conjuntamente en abstracto y en atención a las realidades fácticas concretas (S. 10 octubre 1975).

§ 6. Artículos 27, 29, 30 y 45, **Inhabilitación**.

De los artículos 27, 29, 30 y 45 del Código penal, se deriva claramente que las **penas de inhabilitación**, tanto **absoluta** como **especial** —a pesar de que aquéllas no estén nominadas en el segundo de dichas normas— y las de suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión u oficio, poseen la **doble naturaleza** de ser **sanciones principales** y **accesorias**, lo que **dependerá del origen de su imposición**. Puesto que, si se hallan establecidas en los tipos delictivos como **penas directas, solas o conjuntamente con otras**, tendrán la estimación de penas **principales**, y su extensión se determinará según los límites del artículo 30. Pero, si **no están impuestas de forma directa y expresa** en los tipos y, sin embargo, tienen que operar por la condición de otras penas principales decretadas, según lo precisado en los artículos 45 a 48, inclusivos, entonces deberán ser calificadas como **penas accesorias**, siendo su duración la peculiar de la pena establecida principalmente. Pero, de acuerdo con dicho artículo 29, es **preferente la pena principal sobre la accesoria**, de tal forma que, si para un delito se señala **una pena de doble naturaleza**, se entenderá que su **condición es principal y no accesoria**, pues únicamente merecerá esta última condición de no imponerse directa y especialmente por la ley. Por lo que ha de llegarse a la conclusión de la **imposibilidad de admitir el juego dúplice de una pena de doble naturaleza**, es decir, como **principal** y como **accesoria a la vez**, porque lo prohíbe implícitamente el concreto mandato del artículo 29 y el principio «**non bis in idem**», o de la doble sanción de la misma conducta, reiterándose así la doctrina de la sentencia de la Sala 2.^a de 25 febrero 1974 que contrarió la resolución de 2 febrero 1955 (S. 9 diciembre 1975).

Por la efectividad de la anterior doctrina, ha de **acogerse el motivo cuarto del recurso**, pues si la sentencia por delito de malversación del artículo 394 condenó al procesado a la pena de seis años y un día de presidio mayor, y también a la sanción principal y típica de inhabilitación absoluta de ocho

años, es evidente que **no pudo, a la vez, utilizar esta última pena como accesoria de la primera**, y por el tiempo de su alcance privativo de libertad, pues la imposición como principal impedía su utilización dúplice como accesoria, lesionando el principio de no penar dos veces la misma conducta (S. 9 diciembre 1975).

§ 6 bis. Artículo 28, **Pena de multa.**

«Si a partir de las reformas del Código penal de los años 1944 y 1963, el artículo 28 **determina los límites de la gravedad o levedad de la pena de multa**, atendiendo a que se impusiere como **pena principal y única**, y señalando el de **exceder o no**, respectivamente, las **cinco mil pesetas** —actualmente diez mil, según la reforma de 28 de noviembre de 1974—, es obvio que **no cabe someterla al tope indicado cuando la multa se halle prevista como principal conjunta o en concurrencia con otras penas de naturaleza diferente**, en cuyos casos ha de estarse al **tipo aplicado como delito o como falta**, sin atender a la **cuantía mínima de la multa a decretar**, pues sólo resulta prohibido imponerla por debajo de las 5.000 pesetas —hoy 10.000—, cuando la multa sea la **única pena fijada para el delito de que se trate**, pero si la multa es pena principal conjunta con otras sanciones privativas de libertad, o restrictivas de libertad o derechos, **no se lesiona lo determinado en el artículo 6.º para el delito, por imponer multa a un comportamiento delictivo por la actuación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, de la participación criminal o de su desarrollo físico, en cuantía inferior a dichos límites**, pues siempre se penará el delito calificado con pena grave conjunta a la rebajada multa, siendo esta doctrina reiteración de la ya establecida en SS. recientes de 14 noviembre 1958, 20 enero y 5 junio 1959, 3 octubre 1973 y 31 enero y 18 febrero 1975, y de la que sostiene la consulta de la Fiscalía de T. S. de 9 noviembre 1972» (9 diciembre 1975).

Por tanto, si la falsedad en documento público del artículo 302 del Código penal, está penada con presidio mayor y multa de cinco a cincuenta mil pesetas, y al concurrir la semiximente de estado de necesidad, y aplicarse la rebaja del artículo 66, la pena a imponer para aquélla fue bien establecida como presidio menor, pero **no la de multa**, que conforme a lo argumentado a «sensu contrario» del artículo 28, y lo dispuesto en el artículo 76, debió imponerse **no en cuantía de 10.000 pesetas, sino entre 2.500 y 4.999 y al no hacerse así, se infringieron tales normas**; lo propio que sucede con los dos delitos de falsedad en documento mercantil del artículo 303, que penados con presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas, debieron rebajarse las sanciones dúplices, por el juego de tal semiximente, a **arresto mayor, como se hizo, y a multa entre 2.500 y 4.999 pesetas, lo que no se realizó**, por imponerse sendas multas de 5.000 pesetas, debiendo corregirse en tal sentido las penas impuestas a tales delitos (S. 9 diciembre 1975).

§ 7. Artículo 67, **Prohibición de residencia del reo «in loco delicti».**

La pena de **prohibición al procesado de residir en Madrid durante un año**, a partir de la firmeza de la sentencia la fundamenta nuestro T. S. en

«el sentimiento de justo dolor causado por el procesado con su conducta tanto en su confiada novia como en los padres de la misma, al resaltarse luego la violencia moral que supondría para éstos la convivencia en la misma localidad que el ofensor de su honor y, así, justificar la prohibición de residencia del reo en Madrid durante un año a partir de la firmeza de la sentencia, medida postulada por la acusación privada que, al propio tiempo, renunciaba a toda indemnización, poniendo de relieve que no le guiaba ningún interés crematístico...» (S. 10 noviembre 1975).

El artículo 67 del Código penal establece como medida especial de interdicción domiciliaria y con finalidad cautelar cierta, complementaria o adicional de las penas típicas que ciertos delitos conllevan, y bastante similar a la pena de destierro, la prohibición de volver el reo al lugar del delito en que reside la víctima o su familia, si fueren distintos, atendiendo para ello a la objetividad del delito cometido y su gravedad trascendente, de un lado, y a la subjetividad del delincuente, de otro, por el peligro que presente para su actuación futura.

La difícil precisión de esta interdicción domiciliaria, como pena o como medida de seguridad, fue determinada por la sentencia de 22 de marzo de 1969, al calificar como medida de seguridad facultativa del judicial, si bien posee las características de la pena de destierro, estando incluida en la sección relativa al cumplimiento de las penas, a cuyas normas se somete. Sin embargo, tal cuestión es puramente académica y doctrinal, sin mayor trascendencia y de no muy clara solución, toda vez que no se halla incluida en el catálogo de penas del artículo 27, hallándose en él sólo el destierro, al que, sin embargo, debe asimilarse una modalidad específica cuya encaja en el concepto del artículo 30, para no hacer una medida absolutamente indeterminada, en contradicción con el principio de los límites temporales de las sanciones. Este carácter de pena parece otorgárselo también el artículo 67, si sólo se atiende para determinar su existencia a la gravedad objetiva del delito cometido, lo que no puede ser así, ya que dicha norma agrega acumuladamente a tal gravedad y como presupuesto indispensable el elemento subjetivo del peligro que el delincuente represente con su posible futura actuación. De donde deriva la finalidad esencial a que se dirige la norma, de evitar nuevos riesgos que desemboquen en otros delitos. De forma que, en este último sentido, se valora la prognosis de posibles actos criminales y es también una medida de seguridad, a la vez que una retribución, pues del grave delito incriminado surge, como consecuencia, la peligrosidad futura del agente, que es preciso prevenir. De donde se infiere su carácter mixto y ambivalente a la vez (S. 14 octubre 1975).

§ 8. Artículo 71, Concurso ideal.

En un supuesto en que el T. S. condena por delito de homicidio, violación y hurto, desestima la aplicación del artículo 71, en base a considerar que «ya se considere el segundo supuesto contemplado en el artículo 71 del Código penal como un caso del llamado concurso real de delitos —según pretende un sector doctrinal—, ya como un modalidad del concurso ideal —según defiende otra parte de la doctrina—, es lo cierto que queda equi-

parado en su tratamiento penológico al primer supuesto —inegablemente integrador del típico concurso ideal— de que un sólo hecho constituya dos o más delitos. No cabe duda que, para poder apreciar la hipótesis de conexión instrumental o medial entre uno y otro delito a virtud de su relación teológica, lo que nunca puede faltar es **la necesidad de tal ligamen, que «uno de ellos sea medio necesario para cometer otro»**, como dice terminante el precepto. Por lo que se comprende que, según se entiendan los términos de tal necesidad, será mayor o menor la amplitud del precepto con las beneficiosas consecuencias que con el mismo se propugnan como asentado en el sistema penológico de la absorción, notoriamente mas favorable que los sistemas de **acumulación de penas** —material o jurídica— que en principio serían aplicables, en cuyo examen la doctrina de la Sala 2.ª exige, en primer término, un **carácter objetivo o real a la necesidad medial** que se postula o, lo que es lo mismo, que **la unidad del hecho ha de ser considerada en el orden ontológico del ser y de la causalidad efectiva, no en el orden teológico individual** [SS. 12 junio 1878, 7 abril 1964, y 23 octubre 1965]; categoría objetiva que **no excluye un elemento subjetivo o de volición del sujeto activo, es decir, que supuesto aquel vínculo real**, sobre él se proyecte la voluntad del agente, lo que evita considerar la necesidad de una manera puramente psíquica [SS. 12 junio 1878 y 23 octubre 1965 en cuanto hablan de la unidad del impulso criminal y de la finalidad perseguida por el agente]; como, en fin, es menester **interpretar la necesidad en un sentido concreto con vista de la particular situación fáctica**, pues, entendida en un sentido abstracto, limitaría la aplicación del artículo 71 a los casos en que el delito fin sólo puede cometerse a través de un determinado delito medio, atendida la contextura típica de ambos, prescindiendo de que en la realidad fue pensada y llevada a cabo por el autor aquella conexión de infracciones [SS. 29 diciembre 1947 y 20 mayo 1964].

Por tanto, aquella postulada exigencia de **referir la necesidad al caso concreto** explica que en algunas y ya lejanas resoluciones da la Sala 2.ª se haya admitido el **concurso (ideal)** de los **delitos de homicidio y violación** [SS. 19 diciembre 1888 y 18 febrero 1889], sentencias cuya posterior irrepetibilidad ya está indicando la dificultad real del supuesto concursal entre ambos delitos, pues ya se comprende que **fuera del homicidio sádico**, en que se mata para buscar la satisfacción sexual, los casos que normalmente presente la **praxis** —tal el de autos—, **la violación mortal no se muestra, ya «a priori», como rigurosamente necesaria al fin y efecto de lograr el yacimiento**, por más que el delito de violación exija una fuerza o intimidación proporcionadas para lograr el coito no consentido por la mujer, es decir, que ni desde el **plano causal-objetivo**, ni desde el **punto de vista del agente, aparece, en principio, como estrictamente necesaria la muerte de la mujer** —aunque sí la causación de otras violencias— para perpetrar la violación de la misma. Por lo que, si desde este plano teórico-abstracto bajamos al concreto de hecho, el que en definitiva decide la cuestión, según se ha dicho, el examen del relato histórico de la sentencia recurrida **llevada a cabo por el procesado para lograr yacer con su infortunada víctima**, pues si ya de entrada se nos presenta al reo como persona de robusta

constitución física, en pleno vigor vital consiguiente a su edad de 39 años y con superior experiencia —en todos los órdenes— a la intefecta, de 22 años, y en el momento álgido del hecho, se describe el acometimiento de que hizo objeto a su accidental compañera en términos tales que bien puede hablarse de un verdadero furor agresivo, pues no otro calificativo se desprende de la frase «ciega y brutal» empleada por la Sentencia «a quo», no es de extrañar que uno de los desatentados golpes que propinó el procesado a la joven en la cabeza contra la carrocería del coche, alcanzara el grado de causalidad bastante a producir su muerte poco después; golpe letal que ya en este terreno de pura circunstancialidad fáctica se revela como innecesario para que el procesado colmara sus propósitos libidinosos, como lo demuestra de manera palmaria que antes de propinarlo lograra despojar a la muchacha de las botas de piel (con cremallera) y del pantalón que vestía, indicador todo ello de que la tenía ya a su merced y que la fuerza que siguió desplegando después, precisamente la que causó la muerte, se revela ya como un **plus inútil para la consumación de la violación**; falta de necesidad que igualmente se refleja en el plano psíquico del autor, pues cualquiera que sea la calificación que el homicidio perpetrado merezca en la esfera de la culpabilidad, que aquí no se discute, es lo cierto que el procesado no lo buscó como instrumento de sus designios carnales, sino que **se muestra como gratuito y totalmente ajeno a tales perseguidos fines**, más hijo de su desatada y cruel violencia que instrumento planeado para llevar a cabo el deseado acceso con la mujer. Por lo que, si tanto desde el **plano objetivo, como psíquico, la muerte de la violada no se manifiesta en la situación concreta que se enjuicia como estrictamente necesario, fundamento inexcusable del beneficio penal que recoge el artículo 71 del Código punitivo**, habrá que convenir que no se está en el caso de aplicar dicho precepto (S. 2 octubre 1975).

§ 9. Artículo 119, **Funcionario público.**

Al ser la malversación uno de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, el sujeto activo ha de ostentar la condición de ser **funcionario público**, a efectos penales, es diferente de la meramente administrativa, y más extensa, y que se fija en el artículo 119, párrafo 3.º, del Código penal, estimando como tales, genéricamente, a los que por **disposición inmediata de la Ley, o por elección, o por nombramiento de autoridad competente, participen del ejercicio de funciones públicas**, lo que permite, por la relatividad y amplitud del concepto, **acoger los funcionarios estatales en propiedad o interinos, y a los paraestatales o de organismos autónomos, e incluso a los que, siéndolo de un organismo oficial, pasen a prestar sus servicios como agregados o en comisión a otro diferente, siempre que además del carácter funcional participen, como es esencial, del ejercicio de las funciones públicas** (S. 9 diciembre 1975).

§ 10. Artículo 147, **Injurias al Jefe del Estado.**

El procesado había colocado, al tiempo que realizaba unas obras de solado en la antebodega de su propiedad, una moneda de cien pesetas, de

curso legal, insertándola en el pavimento. La moneda portaba la efígie del Jefe del Estado hacia arriba, donde era fácilmente pisable y sobre la que un día no determinado de finales de julio de 1973, con ocasión de una visita que a dicha bodega realizó un amigo suyo, arrojó el procesado sobre ella el resto de vino que le quedaba en un vaso con el que había efectuado libaciones.

El T. S. confirma la sentencia condenatoria de la Audiencia a la pena de un mes y un día de arresto mayor con sus accesorias por un delito de injurias al Jefe del Estado y considera que:

«El delito tipificado en el artículo 147 del Código penal, dentro de los referentes a la Seguridad Interior del Estado y cometidos contra el Jefe del Estado español, condena entre otras conductas: las constituidas por **injurias vertidas contra el más alto sujeto pasivo**, por escrito o con publicidad fuera de su presencia, o de cualquier otra forma, y bien sean graves o leves, estableciendo penas diversas y concediendo en él **una privilegiada protección al honor de la persona que encarna la más amplia Magistratura y jerarquía de la Nación, contra los ataques que afectan tanto a su patrimonio moral privado como al acervo público de representación y garantía de la dignidad de que está oficialmente revestida su persona**, y que suponen un especial desacato injurioso contra la misma.

Al no definirse la injuria contra el Jefe del Estado, ha de acudir para determinar su existencia al contenido descriptivo de la **injuria común** del artículo 457 del Código penal, pues **no se diferencia de ésta más que en la singularidad de que el sujeto pasivo de la ofensa es el Jefe del Estado y no los particulares**. Por lo que dicha infracción criminal se constituye por **la expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, desprecio o menosprecio del Jefe del Estado español**; teniendo que concurrir, por lo tanto, el «*animus iniuriandi*», manifiesto en la conducta realizada, como **elemento subjetivo del injusto**, y las actitudes o palabras, que en su objetividad misma, representen la injuria, por su **significación difamatoria**, que, de no existir, hace presumir el deseo injurioso, salvo demostración en contrario, a cuyo fin deben ponderarse la circunstancialidad concurrente de ocasión, lugar, motivación y demás atendibles axiológicamente, en el caso concreto.

Dentro de la injuria al Jefe del Estado, suponen menosprecio de su jerarquía y dignidad, **las acciones de cualquier clase que supongan un desdén, desaire, ultraje, ofensas o desprecio, por tenerlo en menos de lo que se merece, y por demostrarle con malicia poca estimación a su jefatura y simbolismo**; y ello, tanto suceda de **manera grave como leve**, pues, en cualquier supuesto, **el hecho es delito** acogido en el artículo 147 del Código penal, aunque influya en la sanción. Siendo doctrina de la Sala 2.ª que **no es injuria al Jefe del Estado la mera irreverencia o falta de respeto** [SS. 22 marzo 1884, 24 abril 1903 y 5 julio 1912]; **pero sí lo es hacer burla o escarnio de sus actos** [S. 31 octubre 1884] y que existe tal infracción **aunque la injuria sea encubierta** [S. 8 octubre 1884], teniendo que admitirse las ofensas injuriosas realizadas sobre su imagen, busto o monedas que lo **contengan**, por encajar dentro del amplio contenido del artículo 457 citado, y por el **simbolismo** que manifiestan tradicionalmente, al representar a la persona del Jefe del Estado, incluso oficialmente.

Por tanto, en el hecho concreto concurren objetivamente dos acciones inequívocas de menosprecio, desdén y ofensa —la colocación de la moneda y el vino arrojado despreciativamente— y subjetivamente el «animus iniuriandi» de desaire peyorativo, deseado internamente, conociendo la jerarquía del sujeto pasivo, superior a la mera irreverencia o falta de respeto, y de contenido de burla y de escarnio, existiendo los dos requisitos integrantes de tal delito de desacato-injurioso, el que no desaparece por las alegaciones del recurso, ya que la relevante en tal moneda no es, a los efectos penales, su intrínseco valor, sino el grabado oficial de la persona que contiene; no puede alegarse como costumbre tal manera de colocar la moneda, cuando se hizo con intención de que fuese pisada, no puede admitirse un «animus iocandi» porque existe como único el «infamandi» (S. 7 noviembre 1975).

§ 11. Artículos 166 y 169, Reunión ilegal.

El derecho de reunión que poseen los ciudadanos, como manifestación de los derechos de la personalidad, se reconoce con rango constitucional por artículo 16 del Fuero de los Españoles, si bien condicionándolo a que se efectúe con fines lícitos y de acuerdo a lo establecido formalmente en las leyes.

Al faltar una concreta determinación de las reuniones o agrupaciones humanas admitidas, ha de estarse al contenido excluyente, por su formulación negativa, del artículo 166 del Código penal, que autoriza a «sensu contrario» las reuniones pacíficas y que estima antijurídicas las no pacíficas, entre las que, en su número 1.º, encaja las que se celebren con infracción de las leyes de Policía, establecidas con carácter general, en el lugar en que tengan lugar. Encontrándose integrado tal texto legal en su elemento objetivo, ante su auténtico reenvío por ser una norma penal en blanco, en cuanto a descripción típica, por las disposiciones legales del ramo, constituidas por los artículos 1.º y 3.º de la Ley de Reuniones de 15 de junio de 1880, los 1.º y 6.º de la Orden Circular de 20 de julio de 1939 y por los apartados e) y f) de la norma 2.ª y artículo 4.º de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, de cuyo contenido complementario deriva que: «toda reunión de más de veinte personas, para poder celebrarse lícitamente, exige el conocimiento y la previa autorización de las Autoridades que tales preceptos designan, solicitada con antelación, resultando, por consiguiente, reuniones no pacíficas las que, superando tal número, carezcan de la oportuna autorización, por resultar prohibidas».

Este requisito material no sirve para deslindar el ilícito peculiar de la infracción administrativa de la antijuricidad penal, por su común contenido. Debido a ello, la doctrina de la Sala 2.ª ha venido exigiendo, para que el comportamiento al margen del sistema de control gubernativo se criminalice, que concorra, además, un elemento subjetivo del injusto, que si bien no se encuentra precisado normativamente dentro del tipo del artículo 166, se halla insito en la rúbrica del Título II del Libro II del Código penal, que los cubija, por tener que atentar la conducta, deseada con voluntad maliciosa y finalista, contra la seguridad interior del Estado,

que es el bien jurídicamente protegido por la infracción. Esto le otorga condición de delito de tendencia, que supera al simple delito formal o de mera actividad, y que exige algo más que la mera acción u omisión del agente para su consumación, por quererse atentar contra la constitución del Estado, o de subvertir el orden público, bien de momento con la reunión misma, o con los fines que pretenda alcanzar para el devenir, y que otorguen de presente o de futuro, el carácter de no pacífica a la reunión.

«Por ser de **tendencia** el delito de reunión ilegal, **no requiere un resultado material**, aunque sí aspire finalísticamente a conseguirlo, por lo que, de un lado, **todos los propósitos que signifiquen el posible atentado a la Constitución del Estado o que puedan suponer alteración a la paz pública, a medio de concentraciones, huelgas y desfiles masivos, ya albergan el requisito subjetivo indicado y, de otro, la consumación de la infracción criminal se genera**, cuando la reunión no autorizada, por más de veinte personas, se efectúe con las pretensiones de futuro indicadas, si constan determinadas y sin necesidad de la realización de los objetivos propuestos, o de la mera plasmación de acuerdos formales de lo convenido, pues se trata de delito cortado en la consumación por la simple reunión efectuada con el mero deseo finalístico expuesto.

La diferencia entre el **delito** de reunión legal del artículo 166 y la **falta** del artículo 578 del Código penal, se halla determinada por su **distinto contenido típico**; en el **delito**, el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, contra el que atenta el agente, mientras que el de la **falta** resulta ser los más leves intereses generales o regímenes de las poblaciones, según deriva de la «*sedes materiae*» en que se hallan sitas respectivamente ambas infracciones. Pero, además, **en el delito han de incumplirse las disposiciones generales de Policía** establecidas con carácter general, referidas tanto a la ausencia de autorización como a cualquier otra exigencia que determinen; mientras que **en la falta, la reunión ha de realizarse sin obtener licencia de Autoridades que tengan condición diferente a las de carácter policial**. Y, por fin, se distingue en su alcance intrínseco, pues el **delito** exige una reunión no pacífica por su naturaleza o por apreciación legal; mientras que la **falta** no exige tal condición, y ha de tratarse de reuniones pacíficas. Por lo que, en definitiva, **ambas infracciones son distintas cualitativa y cuantitativamente**, y no se trata de un conflicto de normas regulado por el principio de la especialidad, con preferencia de la del artículo 578, número 1.º, por describir situaciones fácticas distintas, ya que no disciplinan las dos normas una misma situación, ni una de ellas contiene a la otra, ni manifiesta la «*lex specialis*», además un elemento concretador o singular del supuesto, sobre la «*lex generalis*», para conceder prevalencia a aquella sobre ésta, por tratarse en puridad de supuestos divergentes, con ámbito diferente por su cualidad y cantidad y con carácter autónomo y distinto (S. 23 junio 1975).

§ 12. Artículo 209, Delito contra la Religión Católica.

Condena el T. S., por delito de ofensas contra la Religión Católica, al procesado que en su casa-habitación tenía expuestos a la vista de cualquier

visitante un letrado en la puerta del retrete que, en letra de imprenta y similar a los existentes en algunas iglesias, decía: «AVISO-Señora, Señorita: con vestido indecente no se puede entrar en la iglesia. No profane la santidad de la casa de Dios...», además de un letrado ofensivo para la Virgen.

El T. S. condena por tal delito en base a estimar que «los letrados eran visibles para cualquier visitante, permitiendo los procesados del consuno que sus visitantes tomaran conocimiento de los letrados y de su malévolamente intencionada intención. Ello es no sólo irreverente, sino manifiestamente sacrilega y escarnecedora intención de la Religión Católica en sus símbolos, tanto del templo parodiado en la puerta del retrete como de la efigie de la Inmaculada Concepción ultrajada aviesamente en el dogma de su pureza. Sin que el materializar uno de los acusados la ejecución de los letrados enerve la responsabilidad del co-reo, que, conjuntamente titular de la vivienda, permitió, consintiendo, que se invitara a sus amigos que forzosamente tenían que advertir los ultrajes a la religión que herían o podían herir los sentimientos religiosos de los espectadores» (S. 1 julio 1975).

§ 12. Artículos 302 y 303, Falsedad en documento público cometida por funcionario público.

En los delitos de falsedad documental, tiene gran importancia, por el sistema seguido en los artículos 302 y 303 y siguientes del Código penal, el requisito subjetivo personal de la cualidad oficial o privada del agente falsario, puesto que el primer tipo exige que el mismo sea funcionario público por su cualidad oficial, y el segundo atiende a su estimación personal privada; mas la mutación de verdad cometida por el funcionario público requiere además el elemento de la actividad, caracterizado por el abuso del oficio, lo que supone poner la función pública encomendada competencialmente al servicio del fin de lograr la falsedad que se comete, ejercitando de manera desusada y antijurídica la legítima atribución funcional. Por lo que no basta ser funcionario para cometer esta clase de falsedad del artículo 302, sino que, a su vez, se requiere el ejercicio legítimo de la función encomendada, pero actuando de manera desmedida e injusta, con desafuero falsario, por adecuarse el acto falso a la función, y no aquél simplemente a la cualidad personal del sujeto activo. Por lo que, en definitiva, si un funcionario mudare la verdad documental sin abusar de la función encomendada competencialmente al mismo, su actividad se incluirá dentro del artículo 303, porque a tal efecto, opera como mero particular.

Por consiguiente, si el abuso de confianza del funcionario público es condición normativa del delito de falsedad en documento público, por exigirse típicamente en el artículo 302 del Código penal, no puede operar, por tanto, como agravante, por la efectividad del número 9, del artículo 10 del Código penal, al hallarse consumida típicamente. Pero, sin embargo, cuando sea el particular —funcionario sin competencias o no—, el que cometa la mutación de verdad, que determina el artículo 303 del Código penal, al no exigirse normativamente el abuso de confianza, puede actuar dicha agravante autónoma y general, si de hecho existe, con su alcance específico, por la mayor culpabilidad y perversidad del agente, al inmoral-

mente destruir la lealtad y buena fe de las relaciones humanas privadas o vínculos profesionales u oficiales, o situaciones de dependencia y subordinación y acatamiento al superior, aprovechándose utilitaria y objetivamente, de las facilidades comisivas, por la confianza en él depositada, y de la disminución de defensas, actuando prácticamente sin riesgo, y no como un extraño, sino amparado por los vínculos de fidelidad, que sin embargo impedían la burla o el perjuicio, debido a la bondad excesiva, afecto o descuido del concedente del crédito (S. 9 diciembre 1975).

§ 14. Artículo 395, **Malversación propia.**

El delito de malversación propia del artículo 394 del Código penal, que protege el **derecho de propiedad del Estado, Provincia o Municipio contra el desleal proceder de sus servidores**, que burlan la confianza en ellos depositada quebrantando el deber de probidad exigido, en el desempeño de la función pública, requiere para existir, **la cualidad de funcionario público**, participando en el ejercicio de las funciones en el agente, y que éste **pesea los caudales o efectos públicos** que tenga a su cargo, o disposición, funcional, **los que sustrae con ánimo de apropiación definitiva, o consciente que otro lo realice**, apartándolas de su destino, o desviándolas del servicio, haciéndolos suyos o permitiendo que aquél los apropie (S. 9 diciembre 1975).

El delito de **malversación propia**, del artículo 394 del Código penal, por ser de **aprobación definitiva** de los caudales que tenga a su cargo o disposición el funcionario público, **no admite que la restitución de lo sustraído tenga otro efecto que el de la atenuación del número 9.º del artículo 9.º**, si concurren sus rigurosos requisitos integrantes y se efectúan antes de conocer el agente la apertura del procedimiento judicial, a diferencia de lo que sucede con el peculato impropio del artículo 396, en que por tratarse de un apoderamiento **puramente temporal, con ánimo de restitución**, al aplicarse los caudales transitoriamente a usos propios o ajenos, permite la profunda atenuación en la punición que esta última norma marca, si se reintegran los caudales **totalmente en el plazo de diez días**, a contar desde el momento de la iniciación del sumario, fuera de los cuales el reintegro no evita la aplicación de la penalidad establecida para el propio delito del artículo 394. De todo esto se infiere que, calificada en la sentencia la malversación propia, y dentro del artículo 394, por apropiación definitiva del caudal, no cabe estimar no resuelta la pretensión contraria del malversación impropia del artículo 396, pues aquélla se contrapone a ésta, y además, en este último caso, la restitución siempre habría de hacerse dentro del plazo de gracia de diez días, a partir de la apertura del proceso, sin posibilidad de ampliación analógica alguna, pues en tal plazo, si se conoce la cantidad, la restitución se ajustará a ella, y de no conocerse, se afianzará su posible entidad económica, según juicio del Instructor, pero sin posibilidades extensivas de prorrogarlo hasta diez días después de dictarse la sentencia, que no consiente la literalidad y espíritu del beneficio, máxime si se trata de malversación propia, que no admite efecto alguno de su realización en el orden penal (S. 9 diciembre 1975).

Cfr. § 9, **Concepto de Funcionario público.**

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

El delito de **malversación impropia**, definido en el artículo 399 del Código penal, también conocido con el nombre de **quebrantamiento de depósito**, además de su conexión con los artículos 394 a 398 que establecen requisitos de estricta observancia en los casos contemplados por el citado artículo 399, consta de **dos supuestos claramente diferentes**, integrados: de una parte, por la conducta de quienes se hallen **encargados, en cualquier concepto, y sean o no funcionarios públicos, de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales o pertenecientes a establecimientos públicos de beneficencia o instrucción**, y, por otra, por la conducta de los **administradores o depositarios, sean o no funcionarios públicos, de caudales secuestrados, embargados o depositados por la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, aunque dichos caudales pertenezcan a particulares**. Siendo de destacar, en cuanto al último supuesto se refiere:

1.º Que los **caudales u objetos pertenecientes a particulares se equiparan con los públicos**, pues, como declaró el Tribunal en SS. 31 mayo 1927 y 7 octubre 1935, **la entrega de los bienes hecha por el Juzgado concede al depositario carácter de funcionario público y a los bienes, hasta entonces de propiedad particular, el carácter y condición de públicos**.

2.º Que es **indiferente que los bienes depositados por la Autoridad pública sean o no de la propiedad de quien los malversó**, pues así lo ha declarado el Tribunal en SS. 20 septiembre 1883, 9 julio 1915, 25 noviembre 1924, 16 abril 1928, 1 y 3 octubre 1932, 3 marzo 1945, 31 marzo 1956 y 26 mayo 1964, entre otras muchas.

3.º Que el caso concreto de **embargo** decretado por la Autoridad competente ha sido estudiado positivamente respecto a la tesis de la sentencia recurrida, por las resoluciones del Tribunal de 17 enero, 6 febrero 1964 y 2 octubre 1975.

Delimitación respecto a la apropiación indebida.

Tales hechos antes relatados no pueden encajarse en el artículo 535 del Código penal, pues el delito aquí definido sólo puede cometerse por **poseedor legítimo no propietario**, que sea además **un particular y que se apropie o distraiga bienes de propiedad privada**, mientras que en el supuesto fáctico de autos el procesado era **propietario del automóvil embargado, depositado e indebidamente vendido, había sido investido, a tales efectos, de la calidad de funcionario público, y, además, la cosa mueble embargada y más tarde enajenada, adquirió el carácter de caudal público tan pronto fue depositada en poder del procesado** (S. 2 octubre 1975).

§ 16. Art. 429, **Violación.**

Condena el T. S. por el delito de violación en **grado de tentativa** al procesado, que procedió por la fuerza, dada la oposición de la joven, a desnudarla, con ánimo de yacer con ella, **sacando su miembro viril de los pantalones para introducirlo en los órganos genitales de la misma, lo que**

no hizo por estar con la menstruación, eyaculando sobre el vientre de la mujer, después de haberla besado y tocado por todo el cuerpo (S. 22 diciembre 1975).

Cfr. 5.

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

El delito de abusos deshonestos previsto y penado en el artículo 430 del Código penal, precisa, por estar ínsitos en su estructura, para surgir a la vida legal, de la concurrencia de un requisito psicológico o intencional, que actúa como elemento subjetivo del injusto y que consiste en que el culpable obre impulsado por un deseo torpe y libidinoso; de otro, un presupuesto de índole objetiva y dinámica, caracterizado por la acción material y externa sobre el cuerpo de otra persona, lastimándola en su pudor y libertad sexual, empleando cualquiera de las modalidades establecidas en el artículo 429, y en tercer lugar, que exista una clara y directa relación causal que enlace el deshonesto propósito con su realización ostensible y real.

Es delito de abusos deshonestos violentos, definido en el artículo 430 del Código penal, es una infracción contra la honestidad, que según las Sentencias del Tribunal de 31 de enero, 30 de marzo, 16 y 18 de abril, 11 de junio y 23 de septiembre de 1974, se compone de los siguientes elementos o requisitos, unos objetivos, y subjetivos los demás:

1.º En cuanto el sujeto activo, puede ser hombre o mujer con tal de que sea imputable.

2.º El sujeto pasivo, a diferencia del delito de violación donde necesariamente ha de ser mujer, puede indiferentemente ser varón o hembra.

3.º Que se realicen actos obscenos o deshonestos, consistentes generalmente en tocamientos impúdicos en zonas exógenas, o cualesquiera contactos corporales dentro de las variadas formas de ejecución que singularizan y caracterizan a este delito.

4.º Que se emplee fuerza o intimidación, que el sujeto pasivo se halle privado de razón o de sentido por cualquier causa, o sea menor de 12 años.

5.º Que el agente se represente en su intelecto que está actuando contra o sin la voluntad de su víctima, esto es, que está empleando la fuerza o intimidación, que se halla privada de razón o de sentido o que es menor de 12 años y, a pesar de ello, quiera y desee obrar de ese contrajurídico modo.

7.º Animo o propósito (elemento subjetivo del injusto) lúbrico, lujurioso, libidinoso, voluptuoso o concupiscente de excitar o apagar la propia sexualidad o de despertar la ajena, siendo este especial ánimo el que distingue y diferencia el delito de actuaciones que, aun exigiendo tocamientos o contactos físicos, son axesuales o inocuas, tales como las caricias paternales o fraternales, los reconocimientos médicos, los auxilios a accidentados, la respiración boca a boca —gráficamente puesta como ejemplo negativo por algún moderno penalista— y muchos otros casos en los que, aun

habiendo existido, como ya se ha dicho, tocamientos y contactos corporales, sin embargo, ante la ausencia de todo propósito voluptuoso, no recae sobre los sujetos el menor reproche penal (S. 7 junio 1975).

La Sala 2.^a viene con reiteración declarando que el delito de **abusos deshonestos**, tipificado en el artículo 430 del Código penal, requiere indispensablemente para su existencia la concurrencia de estos tres requisitos:

1.º Un **elemento subjetivo o intencional**, consistente en que el agente actúe impulsado por un deseo lúbrico o propósito libidinoso, sin intención de yacer con una mujer.

2.º Un **elemento objetivo o material**, constituido por la acción atentatoria al pudor ajeno encarnado en persona de uno u otro sexo, utilizando cualquiera de las tres formas descritas en el artículo 429.

3.º **Relación causal o nexo que enlace el ánimo y deshonesto deseo con su realización exterior y real. Pero ninguno de estos tres requisitos concurren en la relación de hechos probados de la sentencia recurrida**, pues el acto de besar en la mejilla a una mujer casada, sujetándola por los brazos al tiempo que le decía que estaba enamorado de ella, consiguiendo ésta desasirse, hecho que repitió pocos días después al encontrarse la mujer sola en un almacén de su propiedad, aunque sin lograr besarla por la resistencia que ella opuso; ante lo cual y las razones de la mujer, el procesado desistió de sus propósitos, no integra el delito de abusos deshonestos definido en el artículo 430 del Código penal; falta el ánimo lúbrico o propósito libidinoso en las acciones y manifestaciones del procesado, que ni empleó la fuerza al encontrarse solo en las dos ocasiones con la mujer, la primera vez en su domicilio y la segunda en el almacén, ni expresó en sus palabras ni en sus actos propósito libidinoso; constituyendo la acción del procesado una **vejación injusta de carácter leve para la mujer con la que le unía**, lo mismo que a su esposa, lazos de gran amistad y vecindad, por lo que procede estimar este único motivo del recurso, al haber aplicado indebidamente la Sala sentenciadora el artículo 430 en relación con el 429 del Código penal y no la falta del número 5.º del artículo 589 del mismo **Cuerpo legal** (S. 5 diciembre 1975).

Delito continuado.

Aparecen inequívocamente reflejados los elementos necesarios para la configuración y apreciación de **tres delitos de abusos deshonestos**, al ser tres las niñas agraviadas, cada una en su propia personalidad, sin que tales hechos puedan ser calificados, como lo hace el Tribunal de instancia, de un solo y único delito continuado, por resultar única la ocasión en que se realizaron los tocamientos y manoseos y único el propósito libidinoso que guió la conducta del procesado, cuyo razonamiento resulta inaplicable al caso enjuiciado, toda vez que, de una parte, por su propia naturaleza específica, los abusos deshonestos es infracción criminal de tendencia en satisfacción del instinto lascivo, sin requerir resultado material, y además de simple actividad que se consume y agota en la misma realización del acto, de lo que se desprende la dificultad de unir los distintos actos en la

construcción jurídica del delito continuado, ya que cada acto —aun tratándose de un solo sujeto pasivo— no es etapa de una acción incompleta, ni su resolución previa es parte de un proceso voluntario general que no acaba hasta la ejecución del último acto parcial, sino que todos y cada uno vulneran completa y definitivamente el bien jurídico penalmente protegido. Y, de otra parte, la concepción del delito continuado aparece virtualmente de imposible aplicación en esta clase de delitos, cuando son distintos los sujetos pasivos afectados, aunque las acciones obscenas se cometan simultáneamente en una misma ocasión y sitio, pues por incidir sobre el pudor y la honestidad de la agraviada que son bienes personalísimos o independientes, no se pueden englobar mediante el expediente de la conexión y continuidad delictiva, porque aun teniendo de común la misma tendencia lasciva y la identidad cronológica y de lugar de comisión, los bienes jurídicos lesionados son tan autónomos o individuales como lo sean la pluralidad de las personas ultrajadas, determinando tantas infracciones de la norma penal cuantas sean las ofendidas y víctimas, como tan uniforme y reiteradamente ha declarado la doctrina de la Sala 2.ª [SS. 25 enero 1949, 7 junio 1957, 2 octubre 1962, 25 mayo 1963, 27 diciembre 1969, 6 octubre 1971, 5 junio 1972 y 12 noviembre 1975].

Formas de ejecución imperfecta.

En el delito de abusos deshonestos es difícil distinguir las diferentes etapas o fases del «iter criminis», pues la ideación o el mero pensamiento es impune en Derecho penal y, cuando se pasa a la ejecución, cualesquiera actos de contacto corporal con propósito incontinente o lascivo ya suponen perfección o consumación, pues el agente, mediante la realización de actos obscenos, ha logrado una satisfacción sexual, aunque sea en mínima porción, con finalidad o ánimo erótico. Por ello, algunos sectores doctrinales niegan la posibilidad de la tentativa y, sobre todo, de la frustración, en esta clase de delitos, pero pese a ello, el Tribunal ha admitido alguna forma imperfecta, en raras ocasiones, al enfrentarse con casos-límite en los que el propósito lascivo se exteriorizó, pero no llegaron a producirse los actos obscenos, los tocamientos en zonas exógenas o los contactos corporales, por la resistencia inmediata e inicial de la ofendida o por otras causas. Empero no es éste el caso contemplado (S. 7 junio 1975).

§ 18. Artículo 431, Escándalo público.

El delito de escándalo público, encuadrado en el Título IX del Libro II del Código penal bajo la rúbrica general de delitos contra la honestidad, tiene un inequívoco significado que la Sala 2.ª ha matizado en numerosas ocasiones, concretando:

1.º Que la expresión del Código «de cualquier modo» es de contenido ilimitado, aunque circunstancial, abarcando cuantas formas sean posibles, idóneas y eficaces, para producir el delito.

2.º Que éste puede producirse en una doble vertiente: a) ofender al pudor con hechos de trascendencia, que apunta a personas concretas y determinadas, e incluso a una sola persona, como refuerza el párrafo 2.º

del mismo precepto, si el ofendido fuere menor de veintiún años; b) **ofender las buenas costumbres con hechos de grave escándalo**, modalidad que afecta a la **moralidad colectiva** y que puede producirse bien **simultáneamente al hecho delictivo o por el conocimiento posterior**, cuyos sentimientos de honestidad quedan lesionados por la noticia cierta o la presencia de los hechos escandalosos.

3º Ambas modalidades o conductas son **esencialmente dolosas**: conocimiento del carácter lesivo para el pudor y las buenas costumbres y voluntad de su realización.

Debe destacarse que en la primera modalidad se agrava la pena en consideración a la conmoción moral o impacto psíquico que el hecho escandaloso produce a los afectados que se encuentran en pleno período de formación moral de su personalidad que puede así —y de hecho se produce— quedar dañada hondamente y perturbado su normal desarrollo (SS. 11 mayo y 7 noviembre 1973, 3 y 10 octubre 1974, 8 marzo y 25 abril 1975 y 11 octubre 1975).

El delito de **escándalo público** —delito de comportamiento o mera conducta, no de resultado—, tipificado en el artículo 431 del Código penal, requiere los siguientes elementos:

1º La realización por el agente de **actos objetivos inmorales o deshonestos**, de condición desvergonzada o inejemplar.

2º **Que, de cualquier modo, ofendan al pudor o a las buenas costumbres.**

3º **Con hechos de grave escándalo o trascendencia.** Esta disyuntiva típica, representada por la conjunción «o» y el párrafo 2º del artículo 431, que habla de «ofendido», implican que **son dos los bienes jurídicos y los sujetos protegidos**: de un lado, **la paz moral de la sociedad en general**, para que no sufra la moral y ética convivencia por acciones que lesionen el recato o morigeración de sus miembros; y de otro, **el sentimiento moral que todo ser humano posee individualmente**. La acción debe tener, por su intrínseca condición, **trascendencia suficiente para herir los sentimientos individuales del pudor y decoro**, en cuyo caso el sujeto pasivo puede ser no ya la colectividad pluripersonal, sino **un solo sujeto** (S. 4 noviembre 1975).

El delito de escándalo público, de **mero comportamiento y tendencia, no de resultado**, se perfecciona a tenor de su definición legal contenida en el artículo 431 del Código penal, por la ofensa «**al pudor o a las buenas costumbres**», lo que equivale a **ofender a la moral sexual pública**, según valoración socio-cultural contingente, puesto que el pudor al que se contrae el texto punitivo es el general o colectivo, y las buenas costumbres las determinadas por principios de moralidad, honestidad y recato existentes, sentidos y respetados por la comunidad del país, materializándose aquella ofensa por **hechos representativos de «grave escándalo o trascendencia»**, **vocablos disyuntivamente empleados por el legislador por su distinto significado finalista**, al referirse: el «escándalo», a los efectos de repulsión que experimentan en su sensibilidad aquellas personas que pre-

sencian el supuesto delictivo al tiempo de su comisión o de su posterior descubrimiento o persecución, mientras la «trascendencia» se circunscribe al daño moral que origina o puede originar en el sujeto pasivo ofendido (S. 19 junio 1975).

Concurren los dos requisitos esenciales que exige la norma para dar vida al delito de escándalo público: el procesado ofendió la moral y buenas costumbres, enseñando a dos niñas de once y doce años de edad respectivamente, un libro titulado «Conocimientos básicos de sexología», y tres fotografías que guardaba entre sus páginas, en las que aparece un hombre y una mujer desnudos, realizando actos sexuales contra naturaleza, lo que incluso reconoce la tesis recurrente, si bien tratando de degradar el hecho de delito a falta, lo que es completamente imposible, atendiendo el grave escándalo y trascendencia que el hecho produjo no sólo en la moral de las niñas, en tan crítica edad y estado de formación de sus personalidades en que se encontraban, sino además, por su extraordinaria divulgación que el inmoral hecho adquirió entre las compañeras del colegio al que las niñas asistían (S. 2 diciembre 1975).

Se da el grave escándalo cuando se ofenden los sentimientos de recato y morigeración, propios de personas cultas, con el conocimiento de los hechos y la trascendencia por el impacto psíquico que el hecho produce directamente en las personas que lo presencian o van dirigidos, y esa ofensa a los sentimientos de las mujeres que presenciaron los hechos, que como dice la sentencia recurrida, repugnaban sus sentimientos de pudor, cometida en plena calle, frente a la puerta de una casa, a media tarde, durante veinte a treinta minutos de tiempo, tipifican el delito de escándalo público con la concurrencia de los requisitos de grave escándalo y trascendencia, además de la publicidad, por lo que procede desestimar el único motivo de casación (S. 11 noviembre 1975)

Exhibicionismo indecente.

El delito de escándalo público requiere que los hechos realizados por el agente sean en sí mismos y por su propia naturaleza de grave escándalo o que tengan trascendencia y que, de algún modo, ofendan al pudor o a las buenas costumbres, sin que sea preciso que conductas inmorales de exhibicionismo se realicen entre varias personas o sean conocidas por distintos individuos para que se estimen delictivas. «Pueden serlo, por el contrario, ofendiendo al pudor de quien no consiente, aunque sea una sola persona y que no lo comuniquen a nadie» (S. 26 junio 1975).

«La ofensa al pudor y a las buenas costumbres... tiene realidad independiente tantas veces se realice el exhibicionismo» (S. 26 junio 1975).

«La gravedad de los actos de exhibicionismo sexual, en orden a la tipificación del delito de escándalo público, se establece por el atentado que a la moral colectiva suponen tales conductas desviadas y, en particular, cuando se proyectan sobre jóvenes o niñas... (S. 18 junio 1975).

En el tipo básico del primer inciso del artículo 431 y en el tipo cualificado del mismo precepto, párrafo 2.º, se trata de proteger la moral pública y amparar a los menores de 21 años afectados por la escandalosa conducta

del agente. Se refieren a la **colectividad como sujeto pasivo** las SS. 8 octubre 1909, 17 diciembre 1949, 16 diciembre 1952, 27 febrero 1957, 17 abril 1958, 18 marzo 1959, 14 junio 1961, 25 enero 1962, 28 marzo 1963, 16 enero 1965 y 18 junio 1975. Hacen referencia a **sujetos pasivos individualizados como menores de edad** (de 21 años) las SS. 21 diciembre 1901, 30 marzo 1909, 8 octubre 1909, 16 diciembre 1952, 27 febrero 1957, 22 diciembre 1960, 14 junio 1961, 25 enero y 13 febrero 1963 y 18 junio 1975.

«Si existe **publicidad se da ya el grave escándalo y si no la hubo se da la trascendencia gravemente inmoral del acto**» (S. 18 junio 1975).

«Las **normas de cultura** que impone la civilización y la coexistencia social —a modo de un sistema de moralidad media— que deben guardarse y acatarse para que no padezca la libertad de las personas ni su honesto convivir, por la escandalosa estridencia de los atrevidos, impone el criterio generalizado de que se guarden las partes íntimas y sexuales del cuerpo humano a la ajena visión, no deseada de otras personas, especialmente cuando se efectúe en lugares públicos de concurrencia ciudadana...» (S. 6 octubre 1975).

Por tanto, «**el exhibicionismo doloso de los órganos genitales del cuerpo de un hombre a niñas de escasa edad** (9 y 8 años respectivamente), **efectuado en lugar público...**, **determina siempre la presencia del delito en los dos párrafos del artículo 431...**». Concurriendo un **delito doble** (art. 431, párrafos 1.º y 2.º) (S. 6 octubre 1975).

Homosexualismo.

Según el texto legal y la interpretación jurisprudencial al mismo del artículo 431 del Código penal, regulador y sancionador del **delito de escándalo público**, exige para su integración de varios requisitos esenciales que la doctrina de la Sala 2.ª viene concretando de la siguiente manera:

1.º **Una ofensa al pudor** [moral personal de uno o varios sujetos pasivos] o **las buenas costumbres** [moral sexual colectiva].

2.º **Realizada de cualquier modo**, lo que supone que abarca **actos, palabras, imágenes, escritos, medios de difusión; por tanto, de amplitud ilimitada.**

3.º Que los hechos supongan **grave escándalo en cuantas personas los presencien o los conozcan una vez ocurrido, o trascendencia para los que las sufren**, atentando a su moral sana, normal o elemental honestidad.

4.º **Dolo, intención o malicia**, consistentes en la conciencia de la lesividad de los actos para el pudor y las buenas costumbres y voluntad de realizarlos.

5.º En cuanto a la **naturaleza de los actos domina el de la relatividad**, porque han de apreciarse y valorarse judicialmente en sí y en relación a las **nociones imperantes en torno a la decencia, el decoro públicos y a las normas éticas del contorno social.**

6.º De todas formas, **los actos contra natura, los de homosexualidad, son práctica obscena especialmente rechazada por nuestra cultura justamente irritada, cuando se realizan en público.** [SS. 11 mayo y 7 noviembre 1973,

3 y 10 octubre 1974, 8 marzo, 25 abril y 11 octubre 1975 y 29 abril 1974, sobre **homosexualidad**, y 6 noviembre 1975].

§ 19. Artículo 434, **Estupro doméstico.**

Una de las formas del estupro de prevalimiento contenido en el artículo 434, párrafo 1.º del Código penal es el **doméstico**, «realizado entre el jefe de la familia o alguno de sus hijos con la muchacha de servicio». Esta forma delictiva no requiere la seducción engañosa, aunque no la repudie. Exige, por el contrario, «el yacimiento de la pareja, consentido por la hembra, sin la debida espontaneidad, por hallarse viciada su voluntad por la coacción psicológica que el ambiente ejerce sobre el ánimo de aquélla, no gozando, por ello, de absoluta libertad espiritual para oponerse a las pretensiones libidinosas del varón, el cual se prevale, si se quiere tácitamente, de su superior posición psíquica, social y cultural sobre la subordinada de la hembra, y sobre el temor que siente a desagradar y desobedecer, cuando ambos viven bajo un mismo techo y formando una unidad familiar, presidida por la lealtad, comunicación, trato continuado, intimidad y vínculos afectivos, que determinan una dificultad reactiva por la anulación de la capacidad defensiva de la mujer joven...» (S. 30 octubre 1975).

Este tipo delictivo exige la cualidad honesta de la mujer que la Sala 2.ª sigue identificando con la cualidad de **virgen o doncella** (S. 30 octubre 1975).

Aunque en el precepto **no entra el engaño** como elemento de la figura delictiva, el T. S. **juega con él para presumir la condición honesta de la mujer**, cuando, como en este caso, nada consta en autos acerca de tal extremo. Para ello, argumenta que si la **mujer doméstica no fuese doncella u honesta, no hubieran sido precisas las promesas de matrimonio por parte del varón** —constitutivas del engaño típico del estupro simple o de seducción— para conseguir el acceso carnal con ella. De tal forma que desaparece el carácter objetivo de la cualidad de honestidad o doncellez en la mujer, **al ponerse ésta en relación con la resistencia de esta última a las pretensiones engañosas del varón** (S. 30 octubre 1975); lo cual es erróneo, ya que se opera una inversión en los elementos del estupro. Hasta ahora, la honestidad era **condicio sine qua non** del engaño. Sin ella no existía engaño, ni delito de estupro. Ahora, habrá honestidad en tanto en cuanto exista o haya sido necesario el engaño: éste es **condicio sine qua non** de aquélla.

§ 20. Artículo 435, **Estupro-incesto.**

En un supuesto en que el Tribunal **a quo** condena por estupro-incesto con la circunstancia agravante de parentesco, el T. S. respeta y confirma el fallo en base al **principio de la pena justificada**.

Impugnando el recurrente la **aplicación de la pena en su grado máximo**, el T. S. considera acertada la solución dada por el Tribunal **a quo**, en base a afirmar que:

«... La tesis impugnatoria hubiera prosperado si la cuestión debiera ser resuelta en la legalidad vigente anterior a la reforma de 1963, que incorporó el capítulo VII del Título IX, relativo a los delitos contra la honestidad.

De forma que, aun siendo erróneo aplicar la agravante genérica de parentesco del artículo 11 del Código penal al estupro-incesto, donde el parentesco es de por sí calificador del hecho, ya que de no mediar esta relación parental se trataría de un tipo de estupro que habría de ser punible de reunir las condiciones y requisitos que la Ley exige para cada uno de los tipos que describe; sin embargo, ello no obsta a que, a partir de la reforma de 1963 y de la promulgación del artículo 452 bis g), haya de cumplirse forzosamente lo que este precepto ordena, dándose para que la observancia de este mandato sea obligatoria la circunstancia de citar la Sala de instancia y aplicar parcialmente este innovador precepto en lo referente a la **privación de la patria potestad**. Lo cual no se hizo, a pesar de que se constata que el agente se prevaleció de su autoridad paterna, aprovechándose de la convivencia, de la relación paterno-filial y del temor reverencial de la hija hacia su padre, amén del ambiente propicio para conseguir sus abominables, antinaturales, lascivos y lúbricos deseos...»

Tal proceder se subsume claramente en el artículo 452 bis g), que en su primer inciso ordena imperiosamente castigar con la **pena en grado máximo en todos los delitos comprendidos en el Título IX, cuando el ascendiente lo perpetrare abusando de la autoridad paterna que la Ley le confiere y de la que tan ilícita y torcidamente usó**. Esta agravación es conceptualmente distinta de la del parentesco, meramente objetiva. Tesis ya sostenida por el T. S. en sentencia de 6 marzo 1972, con abierto y evolutivo criterio que arrumbó los precedentes. Por tanto, debió aplicarse esta agravación específica, y no la genérica del parentesco. Si bien la aplicación al caso de autos de esta última supone que la pena impuesta está justificada y que la aplicación, reiterada por la Sala, del «**principio de pena justificada**», veda estimar el recurso y obliga a mantener la sentencia discutida (S. 24 junio 1975).

§ 21. Artículo 436, párrafo 1.º, Estupro simple o de seducción

Si el procesado «**entabló relaciones de noviazgo con la ofendida, de 20 años de edad, y ante la promesa, expresa o tácita de matrimonio que estas relaciones significan, prevaleciendo de su sumisión de su novia, tuvo varias veces acceso carnal con la misma**», comete el delito de estupro, penado en el artículo 436, párrafo 1.º (S. 19 noviembre 1975).

El estupro común o de seducción se integra por **dos requisitos** esenciales que mutuamente se complementan: **el engaño y la honestidad de la mujer mayor de 16 y menor de 23 años** (S. 10 noviembre 1975).

Engaño.

El **engaño es el alma y esencia de la figura delictiva en cuestión**. Ha de tener relevancia y potencia causal que determinen la entrega carnal de la mujer.

«**Una larga tradición jurídica viene conectando el engaño propio de este delito a la promesa falaz de matrimonio como la palanca más eficaz de conseguir el acceso carnal con mujer honesta, según enseña la experiencia secular**» (S. 10 noviembre 1975).

Al considerar que el engaño característico del estupro de seducción lo constituye la **promesa expresa o tácita de matrimonio**, el T. S. recurre, de nuevo, al rancio concepto tradicional de las **relaciones de noviazgo**:

«... **Relaciones de noviazgo durante cinco meses, públicas, notorias y formales, con asenso familiar, con ansioso y recíproco afán de verse** » **Todo lo cual permite racional y lógicamente pensar que lo eran con finalidad de futuro matrimonio, lo que ya de por sí implica tácita promesa de de contraer futuro matrimonio...**»

No obsta a la calidad, virtualidad y eficiencia del engaño el corto tiempo de las relaciones, pues más que a su duración en términos absolutos, hay que atender en examen pormenorizado en cada caso a la calidad e intensidad de éstas relaciones, ya que son frecuentes los casos en que se llega a la **unión matrimonial en muy corto espacio de tiempo de relaciones**, cuando, como aquí sucede, concurren datos tales como las **relaciones de forma pública y ostensible en ambientes familiares...**» (S. 24 septiembre 1975).

Por **relaciones de noviazgo** —impregnadas por la calidad honesta de la ofendida que, a su vez, opera como **condicio sine qua non** del engaño— la doctrina judicial entiende que sean «**lícitas, públicas, serias y de tal entidad que presagien, aun cuando sea tácitamente, una fundada culminación en matrimonio**» (S. 4 mayo 1961 y 10 noviembre 1975).

El noviazgo público y conocido, con fines matrimoniales exteriorizados por el procesado, implica una promesa tácita de matrimonio...» (S. 18 junio 1975).

En un supuesto en que el Tribunal «a quo» había condenado por un delito de estupro y dos de raptó, el T. S. casa la sentencia y absuelve del delito de estupro, al considerar que:

«... En esta figura delictiva es esencial la intervención de **engaño**, causa determinante de la entrega carnal de la mujer y, por consiguiente, productor del yacimiento.»

El engaño más certeramente empleado, según doctrina de la Sala 2.^a, como medio para el yacimiento, es **unas relaciones serias, formales, públicas y constantes de noviazgo, con promesa matrimonial** que, minando la entereza de la mujer, la determinan a consentir el acceso, con la casi seguridad de un próximo matrimonio... Pero, si el sujeto agente comienza descubriendo a la mujer su **condición de casado**, aunque su situación fuera desgraciada, prometiendo asistirle en todos los órdenes y **convivir maritalmente con ella hasta casarse posteriormente cuando consiguiera la anulación matrimonial y su divorcio**, y no hay, por tanto, más que **promesas de vida marital conjunta y un eventual matrimonio**, es meridiano que la entrega, en tales condiciones, de la mujer no es causada por engaño, sino libremente determinada por ella, que prefiere una vida de convivencia con un extraño casado que permanecer en su casa, donde a causa de las divergencias familiares frecuentes, se encontraba resentida con su padre.» Por lo que, al no mediar **engaño alguno, procede la absolución** (S. 9 octubre 1975).

El **engaño** característico del estupro simple o de seducción consiste «en **maniobras solapadas y arteras dirigidas a captar la voluntad de la ofendida y que determinan a ésta a entregarse carnalmente al autor del delito**,

subrayándose que el engaño ha de ser la causa determinante del vencimiento de la mujer honesta y del yacimiento» (S. 9 octubre 1975).

Si la joven, presuntamente seducida, tiene 20 años, es honesta, entabla con ella relaciones amistosas el recurrente, relaciones que luego derivan a sentimentales, emplea amabilidad y halagos y se prevale de su sensibilidad advirtiéndole que es casado, que su situación conyugal es muy desgraciada, haciéndole promesas de vida marital conjunta y de eventual matrimonio..., marchándose así de su casa, logrando yacer con ella..., ante tales hechos puede y debe concluirse que el acceso carnal tuvo lugar sin ninguna clase de engaño causal, puesto que la ofendida sabe que el recurrente es casado y le propone vivir maritalmente y eventualmente un matrimonio, en el caso de lograr el divorcio. Hay, por tanto, una entrega voluntaria, sin engaño precedente, causal ni eficiente para el acceso carnal y falta, por tanto, el requisito esencial de la intervención del engaño». Si bien ello no impide la calificación de dos delitos de raptor impropio (S. 9 octubre 1975).

El engaño característico del estupro simple aparece puesto de manifiesto, no sólo por las relaciones de noviazgo públicas durante tres años, que, según la doctrina judicial, llevan ordinariamente implícita la finalidad conyugal sino también por la realización de los preparativos para la boda. El que los preparativos fueran realizados con posterioridad a los primeros yacimientos, indican que existió la promesa de matrimonio, que el recurrente pensó en algún momento en cumplir, pero que luego eludió injustificadamente... (S. 25 junio 1975).

Si, además de ocultar el estado de casado el procesado, se pone en relaciones con la familia de la víctima, de 17 años de edad, las formaliza con su familia y expresa su propósito de matrimoniar..., «no puede estar más claro y patente el engaño que tenía doble contenido: pues o bien no pensó nunca cumplir esta promesa que legalmente no puede llevar a cabo por ser ya casado, o no tan sólo se valió del señuelo matrimonial para quebrantar la honestidad de su víctima y lograr el yacimiento carnal, sino que además pretendía hacerle víctima de un segundo delito que no llegó a cometer, el de bigamia...». Por lo que el engaño, esencia de este tipo delictual, no puede estar más caracterizado... (S. 28 noviembre 1975).

Honestidad o Doncellez: términos unívocos.

El requisito de la «doncellez» a que alude el artículo 434 —dice la Sala 2.^a en un supuesto en que condena por estupro autoritario o doméstico—, como elemento objetivo de lo injusto y condición subjetiva del sujeto pasivo, implica «no haber conocido varón, lo que tanto puede asimilarse a virginidad fisiológica como a la honestidad, por presencia de moral sexual y ausencia de liviandad, empleándose todas estas expresiones en virtual sinonimia (S. 30 octubre 1975).

El T. S. ha sentado, en atención a la condición moral y social de la mujer española, constante y reiterada doctrina en el sentido de que «su doncellez u honestidad se presumen (iuris tantum) o salvo prueba en contrario que se establezca o deduzca claramente de alguna afirmación de hecho que cierta y lógicamente contradiga aquello [SS. 22 diciembre 1947,

2 enero 1951, 7 marzo 1955, 3 octubre 1960, 21 febrero 1961, 12 mayo 1962, 27 junio 1967, 1 febrero 1968, 17 marzo 1969, 30 marzo 1970, 2 junio, 14, 27 y 30 octubre 1975.

«... Si la mujer es de buenas costumbres, buena fama o conducta, ha de entenderse que es doncella, e incluso también si nada se dice —aunque ello sea un poco deseable y deba evitarse—, omitiendo todo juicio, pero no precisando circunstancias que actúen contra la presunción de honestidad.» **Tal presunción de honestidad tiene mayor evidencia y fuerza cuando se haya producido promesa de matrimonio por el varón, bien lo exija el tipo penal o no lo requiera, pues tal engaño lleva implícito, con la necesidad de su uso, el presupuesto de buena fama y conducta honesta de la joven mujer...**» (S. 30 octubre 1975).

De ahí que en un supuesto en que el procesado, de 19 años, estupró a la doncella, de 22, que prestaba servicio doméstico en su casa, y en el que no se hacen en el resultando de hechos «**declaraciones sobre la doncellez u honestidad de la doméstica, ni directa ni indirectamente** —lo que hubiere sido deseable— ... es lo cierto que tampoco se expone ninguna circunstancia que repudie aquella condición personal, y como la misma ha de presumirse, salvo demostración en contrario, en toda mujer de corta edad. la conclusión... es la de estimar presente la condición honesta de la doméstica, aún con mayor razón cuando el inculpaado hubo de usar del engaño, prometiéndole casarse con ella para conseguir la intimidad sexual... Pues esto supone que no se entregó sólo por el prevalimiento debido a la domesticidad. coacción psicológica, convivencia, lealtad y capacidad reactiva disminuida, sino que hubo de agregar esas promesas de nupcias, engañosamente, para conseguir la entrega carnal, lo que indica demostración de la honestidad de la mujer, que sólo por la conjunción de dichas circunstancias —prevalimiento más engaño— accedió a los deseos del seductor, pues de no ser doncella, no hubiera tenido necesidad de utilizar tal arma de seducción, como la promesa matrimonial...» (S. 30 octubre 1975).

Si bien es cierto que la edad de la víctima y el ayuntamiento sexual, dada su naturaleza externa y de hecho, deben reflejarse expresamente en el factum narrativo, no sucede otro tanto con la honestidad, la cual, sin hacerse en aquél explícita manifestación por el Tribunal «a quo», es lícito inferirla y estimarla, salvo prueba en contrario, al venir amparada de principio como presunción «*juris tantum*», en que toda mujer soltera tiene tal cualidad, máxime si es menor de dieciséis años (SS. 14 mayo 1935, 8 noviembre 1954, 16 diciembre 1957, 2 julio 1969, 30 marzo 1970, 12 mayo 1972 y 27 octubre 1975).

«... Si deshonesto, según su acepción académica, coincidente en términos generales con la corriente del lenguaje ordinario, equivale a impúdico, inmoral y reprobable, bajo ningún aspecto el informe de conducta de la ofendida puede, en modo alguno, tener otro sentido, alcance y relevancia que el que ponderadamente se le asigna en el razonamiento calificador a tales efectos expuestos por el Tribunal de instancia...» (S. 27 octubre 1975).

« El presupuesto subjetivo moral de que la mujer sea honesta supone tanto en el ámbito jurídico-penal, como que manifieste buena conducta o

costumbres, que sea decente, pudorosa o recatada en sus hábitos, especialmente sexuales, hasta el preciso momento de comenzar o iniciar sus relaciones con el varón seductor.» (S. 27 octubre 1975).

La honestidad debe presumirse en fémina de tan corta edad (14 años). Más aún si se estima demostrado que es de buena conducta, de intachables costumbres de vida honesta o moral o que no ha tenido trato anterior con hombres... Todos esos comportamientos refuerzan aquella presunción que favorece a toda mujer y que sólo puede destruirse por la exposición fáctica de otras conductas que anulen tal estimación normal por derivarse de la realidad humana conocida y de los valores socio-culturales imperantes (S. 27 octubre 1975).

La honestidad debe existir cronológicamente con anterioridad al inicio de los actos de seducción. De modo que «... la deshonestidad causada progresivamente por el seductor con su acuciante apetito libidinoso, falta de escrúpulos y malas artes, nopuede favorecerle y liberarle..., y porque su total quehacer exige ese caminar fraccionado, aunque constante, que en unidad no debe dividirse a efectos de tal estupro...» (SS. 14 y 27 octubre 1975).

El hecho de que no se haga constar expresamente en autos la honestidad de las ofendidas (de 14 y 15 años respectivamente) no implica la falta de claridad en la narración fáctica de la resolución impugnada, ya que una cosa es la omisión de uno de los elementos del tipo sólo recurrible por fondo, y otra completamente distinta la oscuridad del relato que haga incomprensible éste; lo que no sucede en el caso debatido, ya que los hechos sucedidos aparecen clara y suficientemente descritos, aunque la Sala no haga mención de la honestidad de las perjudicadas, sin duda por no haber llegado el Tribunal de instancia a la firme convicción de su existencia en las mismas...» (S. 13 octubre 1975.)

«La calidad o condición de honestas —elemento constitutivo del tipo de estupro— debería ser probada en el proceso por las perjudicadas, si bien una constante corriente jurisprudencial viene presumiéndola «*juris tantum*» en las mujeres de tal edad, desplazando e invirtiendo así la carga de la prueba sobre los sujetos activos que tienen que demostrar su falta en las presuntas víctimas...» (S. 13 octubre 1975.)

La virtud de la honestidad la hace consistir la jurisprudencia «en la conducta pública, recatada, casta, correcta e irreprochable, en lo que se refiere a la observancia en todo momento de la moral sexual». Y como elemento normativo-cultural del tipo penal ha de ser valorado por el juez en base a los datos fácticos que figuren en el proceso. (S. 13 octubre 1975.)

No cabe apreciar la honestidad en el caso en que las jóvenes, de 14 y 15 años, tras abandonar voluntariamente sus domicilios en Valladolid, «se trasladaron en auto-stop a Madrid, donde conocieron a los imputados de 16 años, y, por tanto, seguramente menos experimentados que ellas, dada la mayor precocidad de la mujer en estos aspectos. Y con los cuales, el mismo día de haberlos conocido consintieron en yacer carnalmente, pasando la noche con ellos en lugar público, sin que hubiera mediado por parte de los varones ninguna coacción, engaño, violencia o seducción». «Lo que evidencia en

las mujeres un descoco y falta de inhibiciones morales y sociales excepcionales en jóvenes de su edad, que desvirtúan y excluyen la citada presunción de honestidad, sin la cual los hechos relatados se convierten en libres concubitos, no sancionables penalmente» (S. 13 octubre 1975). En sentido contrario a la mayor precocidad de la mujer (tratándose de una de 22 años y varón de 19), véase Sentencia 30 octubre 1975.

La **honestidad** de la mujer existe cuando se prueba categóricamente que era «**de buena conducta moral y sin trato anterior con otros hombres**». Máxime cuando se trataba de **mujer joven, doncella, de adecuado y normal comportamiento, ajena a toda práctica heterosexual...**» (S. 27 octubre 1975.)

Si era **honesta al comenzar la seducción, a ese momento ha de atenderse para valorar la honestidad**, porque el proceso causal de la misma resulta irrelevante para el delito de estupro de prevalimiento de edad, **sin que**, por demás, **el hecho de ser casado el seductor impida el delito** —al conocer la víctima tal estado— ya que las relaciones de jóvenes inmaduras y su escasez de defensas determinan la **protección penal, cualquiera que sea la condición o estado del autor del delito, que revela mayor perversidad al cometerlo por el ligamen que le une a otra mujer**. (S. 27 octubre 1975.)

La **condición ética o moral de honesta** es la misma que **decente, decorosa, recatada o pudorosa, en sus hábitos y costumbres**; lo cual, si no debe confundirse con la **doncellez y virginidad**, sí debe identificarse en sentido jurídico-criminal, por ser el atinente, con la **moralidad sexual de la mujer seducida, hasta el momento de iniciar sus relaciones con el seductor**». (Sentencia 14 octubre 1975.) Tal expresión comprende las usuales expresiones que reflejan el comportamiento o **condición de doncellez, de virginidad, de buena conducta y costumbres, y de vida honesta**, ya que todas ellas acogen la situación personal moral dentro de su significación semántica. (S. 14 octubre 1975.)

La **honestidad** debe presumirse siempre «**juris tantum**», muy especialmente en mujer de tan escasa edad (14 años). (S. 14 octubre 1975.)

Siendo **honesta** la mujer de 14 años y pese a saber el estado **casado del varón**, el deshonor causado por la seducción ejercida por éste no puede favorecerle, ya que aquélla no podía consentir por impedirlo la Ley penal. De modo que si con anterioridad al yacimiento el seductor la había hecho objeto de **tocamientos deshonestos, al no poder consentirlos, de no considerarlos como el medio necesario de que se valió el seductor paulatinamente para generar el estupro, integrarían, de no existir la honestidad, el delito de abusos deshonestos, que no requiere su presencia, sino tan sólo la falta de consentimiento**. (S. 14 octubre 1975.)

Aunque la **honestidad** no es explícitamente exigida por el párrafo 1.º del artículo 436, está latente en el mismo como sobreentendida por el legislador, pues ya se comprende que la operabilidad y eficacia de la **falsa promesa matrimonial presupone la buena fama y costumbres de la joven con la que el seductor entabla relaciones de noviazgo**. (S. 10 noviembre 1975.)

La **honestidad** ha de presumirse siempre que no conste lo contrario, y en el caso presente **no consta en autos que la menor de 16 años observara mala conducta moral y menos que tuviera relaciones carnales con otros**

hombres distintos al procesado, ya que ni siquiera las relaciones con éste eran conocidas por terceras personas. (S. 23 octubre 1975.)

El requisito de «acreditada honestidad» es un concepto mucho más riguroso e intenso que el de la honestidad, y se exige en el párrafo 2.º del artículo 436, no en el párrafo 3.º, que es el cuestionado en este supuesto. Y cuando sólo se exige la honestidad sin cualificación legal, se parte de la presunción de tal honestidad; presunción «*juris tantum*», que sólo cede cuando se prueba lo contrario, esto es, la deshonestidad. Además, la configuración legal de los delitos contra la honestidad es expresiva, graduando de mayor a menor la «libertad sexual», de las víctimas de violación, de estupro o de abusos deshonestos. Así, mientras para la primera parte de la base de que no hubo consentimiento —bien porque medió fuerza o intimidación, o porque por privación de sentido o inconsciencia o por minoridad no se pudo consentir—, después se establecen grados intermedios en que la edad influye en la posibilidad mayor o menor de consentir, bien por encontrarse en el estadio fronterizo a la pubertad; bien por mediar engaño porque no mediando pero, y en este solo caso, en base a que se abuse de la situación de angustiosa necesidad de la víctima, aun sin presunciones de «acreditada honestidad», en cuanto supone aminorar su volición consentidora... La Ley presume, y presume bien, que en tan temprana edad la honestidad es la regla, aunque sea también cierto que la resistencia de las menores a las seducciones de un adulto son inferiores. Debiendo, además, ponderarse que a los 13 años ni tan siquiera la propia Ley penal las estima criminalmente responsables y que, incluso delinquiendo, gozarían de la exención de menor de edad. (S. 23 octubre 1975.)

§ 22. Artículo 436, párrafo 3.º, Estupro de prevalimiento de edad de la ofendida.

El artículo 436, párrafo 3.º, tipifica como estupro de prevalimiento la entrega sexual íntima de una mujer, de edad comprendida entre los 12 y 16 años, a un hombre con mayoría de edad penal, y siempre que aquélla tenga la condición de honesta. (S. 27 octubre 1975.)

Este precepto incrimina «la seducción realizada por el varón experimentado, aunque sin el empleo de engaño, ni otras condiciones similares, de una hembra en agraz, de corta edad, frágil personalidad, o inmadura psicobiológicamente, a la que legalmente, con presunción «*juris et de jure*», se impide consentir sexualmente, por su presunta ingenuidad y candor y por su falta de defensas contra asechanzas malévolas y de superioridad. (S. 27 octubre 1975.)

El delito previsto en el artículo 436, párrafo 3.º, trata de «proteger a la mujer de corta edad, frágil en su personalidad no constituida y en sus defensas contra el seductor, por ser fémina en agraz, inmadura física y psico-biológicamente, a la cual la Ley la considera «*juris et de jure*» incapaz para consentir sexualmente, por su ingenuidad y candor». (S. 14 octubre 1975.)

Este delito requiere para su existencia:

— Un elemento objetivo: la estuproada con la que se tiene acceso carnal ha de ser mayor de 12 años y menor de 16. De ser menor de 12 constituiría

la figura delictiva de violación, de grado mayor que la del estupro de prevalimiento de edad.

— **De vida honesta (de buena conducta en general).**

El engaño no es elemento esencial, sino agravatorio del tipo.

Esta figura delictiva representa el intermedio entre la absoluta incapacidad para consentir en el yacimiento que «*juris et de jure*» se presume en las menores de 12 años, y la capacidad absoluta para consentir, presumida a partir de los 16 años. Ya que aquí sólo existe una capacidad limitada de consentir que se establece o presume «*juris et de jure*» entre los 12 y 16 años. (S. 3 julio 1975.)

El artículo 436, párrafo 3.º, requiere la presencia de los elementos siguientes:

a) **El elemento objetivo de la acción:** acceso íntimo sexual entre el hombre y la mujer.

b) **Un presupuesto normativo procesal:** que la hembra tenga una edad comprendida entre los 12 y 16 años.

c) **Un requisito subjetivo moral o ético:** que la mujer sea de condición honesta. (S. 14 octubre 1975.)

El artículo 436, párrafo 3.º, requiere los elementos siguientes:

— **Un elemento objetivo integrado por el encuentro carnal íntimo.**

— **Un presupuesto normativo-temporal,** constituido por la edad de la hembra dentro de los límites típicos (12-16 años).

— **Un requisito subjetivo ético integrado por la honestidad de la misma.** (S. 27 octubre 1975.)

§ 23. Artículo 437, Estupro laboral.

Entre las figuras de estupro autoritario o de prevalimiento figura el patronal o jerárquico, introducido por la Ley de 6 de noviembre de 1942.

En este delito de estupro el engaño propio del estupro ordinario se sustituye por un elemento coactivo inherente a la situación de dependencia laboral en que se encuentra la mujer ofendida respecto de su patrono o jefe, quien aprovecha tal relación de subordinación en el trabajo para mejor lograr sus propósitos. No se precisa una coacción de rango superior, pues haría ingresar tal conducta en una categoría delictiva de mayor gravedad. Tampoco se precisa el ascendiente autoritario o de convivencia doméstica mentados en el artículo 434, más grave que el 437.

En el laboral o patronal son el simple prevalimiento económico por parte del patrono y el correlativo temor por parte de la ofendida los que operan como «*ratio legis*» del precepto: de ahí que el prevalimiento de que habla la Ley va implícito en la situación de dependencia o subordinación en que se encuentra la víctima. (SS. 6 marzo 1963, 6 octubre 1969 y 25 marzo 1971 y 10 noviembre 1975.)

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

El bien jurídico protegido a través del delito de rapto impropio es, en primer término, **la misma mujer menor** de 23 años que con su alejamiento del hogar en que viven tuteladas, supone un **peligro evidente para su moralidad y honestidad**, cuando van acompañadas de un hombre y **la duración de tal alejamiento sea apreciable**; y en segundo lugar, el **prestigio y autoridad familiar**, afectados con tal alejamiento y atacados en orden al derecho de guarda y potestad que tal autoridad comporta. En cuanto a **los elementos que integran el tipo delictivo**, éste precisa para su concurrencia: **la sustracción de la mujer del hogar de sus padres, tutores o guardadores**, esto es un **alejamiento de apreciable duración del mismo**, porque a **dicho hogar** une la Ley de forma auténtica la protección de su persona en todos los órdenes, físico, moral, sexual. Es, pues, **dicho hogar**, con su elemento físico y personal lo que proporciona seguridad a la mujer, y su esfera de influencia el elemento que natural y legalmente la pone a cobijo de aquellas invitaciones y asechanzas que pretendan extraerla de aquél, poniendo en peligro su seguridad; en segundo lugar, el delito descansa en un **elemento objetivo que es la edad de la mujer**, comprendida entre los 16 años cumplidos y menor de veintitrés en tercer lugar, ha de intervenir la **anuencia de la menor**, consentimiento de la misma, que no obsta para la existencia del delito, porque por ministerio de la Ley no está capacitada para consentir en tal sustracción. Ha de añadirse, por parte del sujeto activo del delito, **la voluntad delictiva**, esto es, conocimiento y voluntad de apartar a la menor de su sede hogareña personal y conocimiento de la edad, que se presume, por virtud del principio general del artículo 1.º del Código penal, siendo la carga de la prueba de quien alegue tal desconocimiento. **No es preciso, ni del Código se deduce, la necesidad del ánimo carnal, aunque ordinariamente tal sea la finalidad subyacente en estos delitos.** (S. 27 octubre 1975.)

En el denominado **rapto impropio**, tipificado en el artículo 441 del Código penal, **cometido con mujer mayor de 16 años y menor de 23**, existen **dos elementos** estructurales derivados de la propia naturaleza del delito en cuestión, que son: «**la abductio loco in locum**, o sea el **alojamiento, traslado o colocación de la raptada fuera de la esfera del poder, vigilancia o protección familiar**, y que ello tenga lugar no por medios coactivos, sino con la **anuencia o consentimiento libre**, aunque penalmente irrelevante, de ésta; **sin que aparezca, en cambio, requerido el elemento de la seducción cuya falta se denuncia en el recurso que, sin embargo, puede existir y existe implícita o explícitamente como modo de obtención de tal consentimiento, como sucede en el caso que nos ocupa**, en el que se halla implícita en los previos yacimientos carnales habidos entre ambos protagonistas que encelaron a la mujer llevándola a consentir en abandonar el domicilio de sus padres bajo la promesa del raptor de que en Madrid continuarían dichas relaciones sexuales, conviviendo ambos maritalmente como lo hicieron durante el viaje que se menciona. Porque **seducir no significa otra cosa que cautivar el ánimo, encantar, ilusionar o inducir a ejecutar algún acto a otra persona**, que fue esencialmente la conducta seguida por el recurrente. (S. 18 diciembre 1975.)

El rapto no violento, llamado también por la doctrina **rapto impropio o de seducción**, que regula el artículo 441 del Código penal, por el que ha sido condenado el recurrente, es «el ejecutado con anuencia de la mujer y queda consumado desde el momento en que una mujer mayor de 12 años y menor de 16, como ocurre en este caso, es sustraída de la casa de sus padres o guardadores legales, aunque ella preste su consentimiento, porque no estando todavía capacitada legalmente para los actos de libre determinación de su persona, la salida del hogar sin la autorización de quien por la Ley está obligado a velar por aquélla, supone un ultraje al sentimiento de familia y un ataque a las buenas costumbres, que el Código castigará sea cualquiera el tiempo que haya durado tal situación. Tampoco se ha dado, ni se recoge en los hechos probados, el engaño, requisito no exigido por el artículo 441 para tipificar el delito y que tan sólo actúa, cuando concurre, para agravar la penalidad. (S. 25 noviembre 1975.)

Son elementos sustanciales del rapto impropio: en primer lugar, una sustracción de la mujer del hogar de sus padres, tutores o guardadores de hecho de la misma, lo que supone, por tanto un alejamiento de apreciable duración, del hogar natural y legal de la mujer, pues es el lugar donde, según la Ley, radica su protección física, moral y sexual, puesto que a él vincula la seguridad personal de aquélla en los aspectos indicados: en segundo término, la mujer ha de ser mayor de 16 años y menor de 23. Agravándose el hecho punible, cuando interviene engaño, o la mujer fuera menor de los 16 años citados; en tercer lugar, la anuencia o consentimiento de la menor, al que la Ley penal no concede eficacia a los fines de exonerar de responsabilidad al autor, porque la considera incapaz de consentir a los fines del apartamiento del hogar que le sirve de protección y tutela. No es preciso, según el Código penal, el acceso carnal, aunque subyace la finalidad del proteger a la mujer de tales accesos, más fácilmente realizables a medida que se la separa de su esfera de defensa moral. Y ello en mérito a que el bien jurídico protegido es el buen orden y el prestigio familiar, ultrajados con la salida del hogar de la menor; en cuarto lugar, se precisa por parte del autor **voluntad delictiva**, esto es, conocimiento de la edad de la menor, y **voluntad de apartarla** de su esfera de protección personal. (SS. 10 mayo y 4 octubre 1974, 5 noviembre y 20 diciembre 1974 y 18 y 29 enero 1975 y 9 octubre 1975.)

«No prima, como en el artículo 440, la voluntad contraria de la raptada, ni la conjunción de miras deshonestas, sino que prevalece en el inciso primero, que es el aplicado en el fallo controvertido, **la separación de una mujer mayor de 16 años y menor de 23, caso de autos, de su hogar, ambiente y convivencia familiar, sin que el rapto sancionado exija ni requiera para su comisión ni el engaño ni la seducción, ni se excluya el acuerdo entre el raptor y la raptada, que es también el supuesto contemplado, pues la «anuencia» es una forma de acuerdo o convenio para separarse del hogar y de tal forma que el engaño sólo acarrea, de coexistir, una agravación específica y cualificada. Sin que tampoco eluda la delictuosidad del hecho enjuiciado la contribución económica de la raptada a los gastos de la ausencia consiguiente al desplazamiento de residencia, pues esto es una manifestación más de la anuencia voluntad de la raptada tendente a evitar**

las inmediatas consecuencias del embarazo al ser conocido en su ambiente familiar, pero la cooperación del acusado a esta sustracción de la menor de su domicilio deja en pie la responsabilidad contraída.» (S. 16 diciembre 1975.)

Subsisten los elementos del rapto, puesto que hubo un primer abandono voluntario de la casa, por parte de la ofendida desde el día 3 de agosto hasta el 6 del próximo mes, que al no especificar cual sea, debe entenderse que septiembre, pero, aunque durara sólo tres días, al 6 de agosto, era suficiente para estimar que hubo apartamiento del hogar familiar exigido y su segundo abandono hacia el día 26, que duró, según la resolución recurrida, quince días, con lo que la figura delictiva del artículo 441, quedó consumada, aunque sin el engaño. (S. 9 octubre 1975.)

§ 25. Artículo 443, Presupuestos procesales en delitos de violación, abusos deshonestos, estupro o rapto.

Según el tenor del artículo 443 del Código penal, para proceder en los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro o rapto, bastará la denuncia de la persona agraviada, cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador al hecho por este orden. Al puntualizar la Sala 2.^a sobre las diversas cuestiones que el precepto plantea, ha sostenido la doctrina judicial que en síntesis puede resumirse en los siguientes puntos:

1.º En las denuncias formuladas por personas no comprendidas rigurosamente en la enumeración del Código y abierto el procedimiento, quedan convalidadas si, al tener conocimiento en las actuaciones de la denuncia, la persona a quien correspondiese la acción, o se adhiere a la misma o no se opone a ello o la ratifica explícitamente al personarse como parte en el procedimiento. [S. 25 junio 1960, 28 enero 1965.]

2.º Si el sumario se abrió a virtud de otra denuncia, de donde se derivan algunos de los delitos comprendidos en el artículo 443 y la investigación sumarial, se extiende a éstos, queda convalidado el requisito de procedibilidad, cuando las personas a quienes están reservado el ejercicio de la denuncia, la ejercitan a través de las declaraciones prestadas en tales sumarios. (S. 29 mayo 1968.)

3.º Si el sumario se abrió en virtud de denuncia de la persona legítima por el artículo 443 por hechos en que la víctima es menor de edad y, en el curso de las actuaciones, ésta deviene a la mayor edad, no será precisa la ratificación de aquélla por el mayor de edad, con tal que no se oponga el procedimiento o conceda al perdón, en los delitos en que éste sea medio de extinción de la responsabilidad criminal. [S. 9 octubre 1975.] S. 18 noviembre 1975.

El requisito de procedibilidad que establece el artículo 443 del Código penal, relacionado con la obligación de denunciar prescrita en los artículos 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal integra un verdadero derecho-deber para el agraviado por el delito o personas que subsidiaria y escalonadamente menciona aquél precepto sustantivo, las que, una vez agitada la acción, no excluyen la intervención del Ministerio Fiscal a

diferencia de los delitos estrictamente privados. Lo que ya está indicando que aquella particular legitimación *ad processum*, además de estar fundada en clásicas razones de orden familiar tendientes a evitar un mal mayor por la publicidad del proceso, no obstante las cautelas que para amortiguar el «*streptus fori*» establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *tiende hoy día a basarse en prevalentes razones tuitivas cuando las víctimas del delito son personas menores de edad, razones que si están manifiestas en la regulación del perdón desde la reforma penal de 1944 y aún agudizadas tras la reforma de la Ley de 20 de diciembre de 1952, deben estar igualmente latentes en el equivalente momento de la persecución. Lo que explica la tesis jurisprudencial mantenida al respecto sobre convalidación tácita de la denuncia por persona legitimada cuando aquélla fue hecha por quien no era titular de la acción; de tal manera que el posterior conocimiento del legitimado sin oponerse a la prosecución del proceso subsana el defecto inicial, tanto más si se hace el ofrecimiento de acciones al padre o madre de la víctima y no desisten de su derecho aunque luego no lo ejerciten por medio de acusación.* (SS. 4 diciembre 1955, 1 diciembre 1958, 25 junio 1960, 19 diciembre 1960, 19 noviembre 1962 y 7 junio 1968, entre otras.)

Según los autos, la víctima de los tres delitos perseguidos —de 22 años al ocurrir su óbito— *carecía de padre por haber premuerto a la madre, a la que se ofreció el procedimiento por dos veces —de acuerdo con el progreso de la investigación sumarial en el descubrimiento escalonado de los delitos imputados—, ofrecimiento que se reiteró al único hermano de la interfecta y que se hizo cargo como depositario de los efectos sustraídos y recuperados propiedad de la occisa, por imposibilidad física de hacerlo la madre; todo lo cual está indicando que tales personas inmediatamente legitimadas, conforme a la dicción del artículo 443, tuvieron conocimiento de la causa y de los delitos en ella perseguidos y aún prestaron declaración relacionada con el esclarecimiento de los mismos; de modo que, aún sin comparecer ejercitando la acción, evidentemente no se opusieron a su ejercicio por el Ministerio Fiscal, convalidando en tanto el vicio inicial del proceso por lo que al delito de violación se refiere el que por otra parte, al estar tan íntimamente unido al público de homicidio, tampoco podía ser fácilmente separado en cuanto a su persecución; razones todas las expuestas que llevan a desestimar el primer motivo del recurso.* (S. 2 octubre 1975.)

Para proceder en los delitos de *estupro y raptó* basta la denuncia de la parte agraviada, cónyuge o ascendientes. Si el sumario se inició con la denuncia y aun querrela del padre de la ofendida (en delito de *estupro*), se llenó cumplidamente el requisito de procedibilidad exigido por el artículo 433 del Código penal. De modo que el procedimiento, una vez cumplido ese requisito y cumplida la mayoría de edad por la víctima, no exigía la continuación de la acción por ésta, que tácitamente la mantiene, bastando para su continuación legal que ésta no perdonara expresa o tácitamente (S. 9 octubre 1975.)

§ 26. Artículo 444, **Dote a la ofendida y reconocimiento de prole.**

El raptó implica por su trascendencia y por sí solo la obligación ineludible de dotar a la raptada, no puede por el contrario producir, en esta vía penal, en el caso que se contempla la obligación de reconocer la prole y de mantenerla, por la obvia y poderosa razón de que la prole debe reconocerse y mantenerse cuando es consecuencia del raptó seguido de consiguiente acceso carnal productor del embarazo, pero tal deber sancionadora e imperativamente impuesto no adviene exigible cuando el embarazo es anterior al raptó, no con su motivo y ocasión y penalmente atípico por cuanto la Sala de instancia negó cometido el estupro también acusado. En este sólo sentido debe ser casada y anulada la sentencia disentida, al solo efecto de dejar sin efecto en la segunda, la obligación que en este caso no es secuencia de condena penal, de reconocer al hijo y de mantenerlo. (S. 16 diciembre 1975.)

§ 27. Artículo 449, **Adulterio.**

La incriminación del adulterio —«ad alterium thorum vel uterum accessio»— es cuestión muy polémica y controvertida, tanto en la doctrina como en la legislación. Pero véase S. 29 diciembre 1975.

El fundamento de su punición está principalmente en la ofensa al hogar y dignidad del marido, en la falta a la fe jurada, esto es, en el quebrantamiento del deber de fidelidad que acompaña a cualquier clase o forma de matrimonio, en la posibilidad de introducir, clandestina y subrepticamente, en el dicho matrimonio, como fruto ilegítimo, prole concebida fuera de él y, finalmente, en el ataque que supone a la moral colectiva y a la propia sociedad, a la que, siendo el matrimonio como «principium urbis et quasi seminarium rei publicae» base de la familia y ésta célula primaria del Estado, no le es indiferente todo aquello que contribuye al debilitamiento de los lazos familiares y a su final dispersión con las nocivas consecuencias inherentes en orden a la educación y formación de los hijos comunes. (S. 24 junio 1975.)

El delito de adulterio, tipificado en el artículo 449 del Código penal, como delito de resultado, exige, para su generación, que la mujer casada, mientras esté vigente su matrimonio, yazca con varón que no sea su esposo, conociendo el co-reo su estado. Protegiéndose en tal infracción criminal, la intimidad carnal contra el uso extramatrimonial, que destruye el deber de fidelidad conyugal, contraído al concertarse el matrimonio por los cónyuges, y que ofende o lesiona la fe jurada, y el derecho del marido a la exclusividad corporal de su consorte en el orden sexual. (S. 25 junio 1975.)

Los elementos esenciales para la existencia del delito de adulterio son:

a) Que los procesados, por lo menos en una ocasión, hayan mantenido relaciones carnales íntimas cohabitando y realizando plenamente el acto sexual.

b) Que al procesado le conste la condición de casada de la coprocesada (S. 19 noviembre 1975.)

La Sala 2.^a del T. S. sigue reconociendo que la figura delictiva del artículo 449 hunde sus raíces en el Medievo, ya que: «según se deduce de la definición latina «ad alterium thorum vel uterum accessio» o de la medieval «alieni thori violatio sive coitus cum aliena uxore factus» o de la misma definición del artículo 449 del Código penal..., el legislador, al sancionar el delito de adulterio no pune sino la forma más aguda de infidelidad conyugal».

Por lo cual, ni los amores románticos o espirituales sostenidos por la mujer casada con varón que no es su marido, ni los actos eróticos, más o menos periféricos, de leve invasión anatómica recíproca, ni, según el criterio dominante, los actos sexuales no integrantes de coito, constituyen dicho delito». Para su consumación, es precisa «la llamada «coniunctio membrorum», esto es, la introducción del pene en la vagina de la mujer, aunque no sea seguida de eyaculación («inmissio seminis»); o aunque se trate de un «coitus interruptus» o se realice con la adición de métodos neomalthusianos» (S. 29 diciembre 1975.)

El necesario trato o unión carnal ilegítimo entre la mujer casada y el varón que recibe sus favores sexuales, y que no es su esposo, pueden proclamarlo los Tribunales penales, de manera directa, en su real existencia, precisando el yacimiento, la vida marital, la relación íntima, u otro término que lo signifique, porque sea el producto de su íntima convicción psicológica, obtenida al trasluz de las demostraciones o pruebas practicadas, que no tiene más límite, que su personal conciencia, sin necesidad de precisar las justificaciones en que asientan su creencia, que incluso puede ser debida a presunciones, que no necesitan exponer; pero también suelen adoptar, cuando son más escrupulosos, un sistema descriptivo de situaciones externas, o de medios indirectos conocidos, que, al margen de las demostraciones directas, tan difíciles de obtener en materia íntima, reservada y oculta, y de la sorpresa «in actu», revelen, un trato continuado, relaciones furtivas, fuga de los amantes, vida en común íntima, entrevistas en lugares solitarios, citas, cartas o medios análogos; de cuya individualidad o conjunto de externas actividades conocidas, por su condición de «facta concludentia» deriven los juzgadores de manera racional, adecuada, idónea y lógica, según normas de experiencia práctica y común, la presencia de un comportamiento de vida sexual en común de la pareja, llegando de esta manera, desde lo conocido, a determinar lo oculto celosamente, y no a medio de meras equívocas conjeturas, o simples indicios, o de suposiciones hipotéticas (S. 25 junio 1975.)

El Código penal español tipifica el adulterio de la mujer —al que equivale en tono menor el amancebamiento del marido— en el artículo 449 como «yacimiento de mujer casada con varón que no sea su marido, sabiendo éste que es casada». La persecución y castigo de dicho delito requiere inexcusablemente una condición objetiva de perseguibilidad: la querrela del marido agraviado, deducida contra ambos culpables, si uno y otro vivieren; y en segundo lugar, dos condiciones o elementos subjetivos de la tipicidad: que el marido nunca hubiere consentido el adulterio o lo hubiese perdonado a cualquiera de ellos. (S. 24 junio 1975.)

Al ser el adulterio un **delito de resultado y no de tendencia**, su consumación no llega sino cuando se produce el **yacimiento**, a tenor del artículo 449. El **yacimiento** es, por tanto, elemento constitutivo del tipo penal, que viene a condensar la acción de la figura delictiva definida en el párrafo 2.º de dicho artículo. Debe por tanto aparecer consignado de **forma inequívoca o deducirse sin incertidumbre** del preceptivo «factum» probatorio.

El verbo significador del **ayuntamiento carnal** puede ser designado con vocablos, palabras o frases que en lenguaje corriente tengan y presenten equivalente alcance y entendimiento, tales como «acceso carnal», «**vida marital**», «**cohabitación**», «**intimidad sexual**», etc...

Si no se hace constar que los procesados, pese a realizar actos reveladores de una **infidelidad moral o de una peligrosa y sospechosa proclividad hacia el acto carnal**, realizaron este ayuntamiento, falta el elemento esencial del delito en cuestión y procede absolverlos del delito imputado. (SS. 10 diciembre 1945, 18 junio 1956, 20 marzo 1963, 11 noviembre 1968, 20 febrero 1970 y 7 octubre 1975.) Pues «**las relaciones amorosas, entrevistas ocultas y clandestinas y protestas de amor epistolares, aunque reprobables por su amoralidad e ilicitud, no integran el tipo delictivo criminalizado en el precepto indicado.**» (S. 7 octubre 1975.) Se acepta como prueba del coito **materia seminal** contenida en pañuelos «Kleenex», por S. 27 junio 1975.

La fraseología «**mantener relaciones carnales**» o «**hacer vida marital**» alude, sin duda, al requisito del **yacimiento**, ya que la última significa «**vivir como marido y mujer sin serlo** y, por tanto, practicando entre sí la cópula carnal con la periodicidad que su apetito sexual les dictara...» (S. 29 diciembre 1975.)

Tras haber cumplido condena por adulterio, con el beneficio de la remisión condicional de la pena, los procesados son, de nuevo, condenados por idéntico delito a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor cada uno, con las accesorias. A tal efecto:

El T. S. considera que el argumento de que el varón desconocía el estado de casada de la mujer con la que tuvo acceso carnal, es una argumentación totalmente insostenible, por cuanto en la sentencia de 11 de febrero de 1970 ya fue condenado por el delito de adulterio, con la otra recurrente; por cuanto que aparece probado que era amigo del querellante y por ello comenzó a relacionarse con los esposos; por cuanto que en el anterior proceso tras de su condena, notificación y demás trámites de ejecución se le aplicaron los beneficios de la condena condicional y este entendimiento personal del proceso con él acredita suficientemente que **conocía sobradamente el estado de casada de la mujer, pese a lo cual y a su condena volvió a vivir maritalmente con ella, cometiendo el delito, mientras no se disuelva el vínculo matrimonial de la misma.** (S. 23 octubre 1975.)

Delito de naturaleza privada.

El adulterio es un **delito privado perseguible sólo mediante querrela del marido ofendido, sin que en el correspondiente proceso intervenga para nada el Ministerio Fiscal.** Por tanto, en un sistema procesal como el español,

inspirado en el sistema acusatorio formal, **no puede avanzar la sustanciación del mismo sin una acusación privada que lo haya impulsado.** El requisito de procedibilidad o perseguibilidad en este delito estriba, por tanto, en que el proceso se inicie mediante querrela del marido agraviado y que éste ejercite la acción privada durante todo el transcurso del proceso. (S. 29 diciembre 1975.)

§ 28. Artículo 450, **Consentimiento expreso o tácito en adulterio y amancebamiento.**

El consentimiento del cónyuge agraviado puede ser **expreso y tácito o agraviado.**

El **expreso** se da en los casos en que el marido ha incitado a la mujer a que fuera infiel, la ha inducido de manera inequívoca y hasta la ha constringido a ello o ha facilitado medios, ocasión o varón para consumir la infidelidad.

El **tácito o presunto** se deduce de la indiferencia o pasividad de que ha hecho gala el marido ante el conocimiento de lo sucedido o de actos concluyentes del mismo.

En el plano de la praxis, el T. S. ha entendido con sentido el adulterio de la mujer, cuando el marido propone a un amigo que lleve a su mujer a una casa de compromiso, cuando se hallaban separados más de doce años sin que el marido se cuidara de su mujer en ningún aspecto, cuando el marido «para zanjar el asunto» propone levantar acta notarial para plasmar en ella acuerdos concernientes, entre otros puntos, a la infidelidad de la esposa, cuando conociendo el adulterio, sigue conviviendo normalmente con su mujer, se exhibe en público con ella, acompañándola en paseos, teatros u otros lugares semejantes y, finalmente, cuando observando una pasividad incomprensible, deja transcurrir largos años sin presentar la querrela. (Sentencias 6 abril 1895, 27 febrero 1926, 11 mayo y 10 noviembre 1948, 24 junio 1953, 26 febrero 1965, 8 marzo 1968 y 26 octubre 1969.)

Por el contrario, la separación de hecho por sí sola, fundada o motivada en desavenencias matrimoniales, sin que consten estipulaciones o acuerdos que conciernan de algún modo el deber recíproco de fidelidad, si bien lleva consigo la cesación de la vida común de los cónyuges, no empece el cumplimiento riguroso de los restantes deberes que los consortes tienen entre sí y respecto a sus hijos comunes (deberes entre los que se encuentra el de fidelidad, que no puede quebrantarse sin incurrir en responsabilidad criminal y en causa legítima de separación o divorcio no vincular); de ahí que **no implique consentimiento tácito del adulterio.** Consentimiento que tampoco cabe deducir de la supuesta tardanza en la presentación de la querrela por parte del marido (presentada en el mismo año en que se produjo la iniciación del trato carnal). (S. 24 junio 1975.)

§ 29. Artículo 452, **Amancebamiento.**

El amancebamiento exige que la manceba conozca el estado de casado del varón. A pesar de convivir con el varón «de more uxorio», si no consta demostrado en autos, que ella no conocía su estado de casado, **no puede**

presumirse tal circunstancia en contra del reo. Por lo que el hecho no es delictivo, procediendo casar y anular la sentencia, absolviendo a la inculpada, al faltar ese «elemento psíquico indispensable para construir la culpabilidad» en tal delito. (S. 21 noviembre 1975.)

Notoriedad y publicidad.

El elemento de la notoriedad, legalmente exigido como «condición objetiva de la punibilidad» para la integración del tipo penal, se da: «...cuando las relaciones carnales sostenidas por los concubinos, de mera habitual, estable y continuada, trascienden y vienen a ser conocidas por un número indeterminado de personas». Lo que sucede, al ser conocidas las relaciones de los procesados por «personas amigas y compañeros de trabajo de la esposa, así como por todas aquellas de alguna forma relacionadas con los cónyuges, adquiriendo mayor difusión la anómala situación al dar a luz la procesada un hijo». Con lo que aparece claramente descrita la existencia de tal notoriedad.

Esta no debe sin embargo confundirse con la circunstancia de publicidad, Pues, «si bien la publicidad puede hacer más notorio un hecho, no es necesaria para su punibilidad ya que no se requiere que su conocimiento llegue a todos o gran parte de la población, sino que es suficiente... alcance a un número indeterminado, aunque sea más reducido, de personas, sobre todo si, como en este caso, son amigos de la esposa legítima, ya que la ofensa debe reputarse mayor al quedar ésta injuriada y viciada frente a las personas que constituyen sus relaciones sociales». (S. 21 noviembre 1975.)

§ 30. Artículo 499, Allanamiento de morada. Tipo agravado.

Es doctrina de la Sala 2.ª, en torno a la aplicación del tipo agravado—más bien subtipo— del artículo 499, número 2.º, del Código penal, que la expresión «violencia» abarca tanto a las personas como contra las cosas como forma de ejecución de hechos. [S. 8 mayo 1973.] A estos fines, ya la S. 14 enero 1974 recalca con minucioso estudio, tras exponer las distintas orientaciones doctrinales sobre el problema, que abarcaba a la violencia sobre las cosas, subrayando que era la «vis in re» como rotura, rompimiento, derribo o fractura de las defensas de la intimidad familiar de la morada, sin que se extienda a los casos de habilidad para penetrar en la morada como el escalamiento. Por tanto, la violencia en las cosas, sobre las cosas y forzando las cosas está comprendida en semejante figura agravada. En tal sentido, la fuerza sobre puertas de moradas, como desprender el bastidor de una puerta, violentar las puertas, derribar las puertas a que hacen referencias las sentencias citadas, integran la violencia sancionada en este precepto. [SS. 29 septiembre 1967, 8 mayo 1969, 30 noviembre 1970.] Y así se ha entendido de manera definitiva en sucesivas sentencias, de la que son exponentes las citadas de 8 marzo 1973, 14 enero 1974, continuada en la de 29 enero y 20 junio 1975, de forma que pueden considerarse como orientación general y ya estable de la doctrina jurisprudencial. (S. 20 junio 1975.)

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

El delito de alzamiento de bienes previsto y penado en el artículos 519 del Código penal, es infracción criminal de **tendencia y mero riesgo**, que se configura por un **elemento subjetivo o intencional**, constitutivo de su **dolo específico** y encarnado en el **propósito del deudor de burlar, perjudicar o defraudar a sus acreedores reales, legítimos y actuales**; en concurrencia con otro **elemento externo y dinámico**, notorializado por la **ocultación, desaparición o enajenación de los bienes propios que el servicio de aquel desig-nio lleva a efecto el deudor**, haciendo por tal medio ineficaces las acciones que contra él pudieren ejercitarse para el cobro de lo adeudado, cuando el pago es exigible y la situación de insolvencia, total o parcial, real o simu-lada, se produce; quebrantando el ejercicio de las consecuentes pretensiones procesales ejecutivas de las obligaciones contraídas mediante su forzoso cumplimiento judicial. Dicho alzamiento es un **tipo delictivo abierto**, que comprende cualquier actividad propulsora de índole personal o real, que conduzca a la consecuencia final de impedir la efectividad o realización de los créditos ajenos pendientes, por sustraerse los bienes al destino cau-telar que les afectaba, **sin precisar para su correcta estimación que se haya producido un daño o perjuicio económico concreto, bastando la situa-ción de riesgo y peligro dolosamente creada que dificulte o enerve la validez y poder normal de las acciones reconocidas por el ordenamiento jurídico para su ejercicio y efectividad en el ámbito jurisdiccional establecido.** (S. 8 noviembre 1975.)

§ 32. Artículos 548 y 549:2.º, **Incendio.**

«En los artículos 548 y 549, número 2, del Código penal, el legislador tipifica conductas incendiarias próximamente emparentadas y que, según las SS. del Tribunal de 27 abril 1892, 11 diciembre 1902, 26 mayo 1917, 21 marzo 1930, 6 noviembre 1962 y 20 octubre 1969, tienen el **doble carácter** de atentar contra la propiedad y contra las personas, mientras que la doctrina les asigna una **duplicidad de objetos jurídicos**, esto es, la **seguridad general** y el **patrimonio privado**. Distinguiéndose la figura del artículo 548 de la del número 2 del artículo 549 en que la primera contempla una hipótesis de incendio con **riesgo personal probable**, mientras que la segunda se refiere a un incendio con **riesgo personal posible**, habiendo agregado las sentencias ya citadas de 1 y 24 febrero 1972, que en el artículo 548 el agente tiene la **seguridad** de que el fuego puede alcanzar a seres humanos y en el artículo 549 carece de ese conocimiento respecto a si en el edificio o casa habitada hay o no seres humanos en el momento del siniestro, pero en uno y otro caso, es indispensable que el agente se represente la posibilidad de que el fuego afecte a personas, con un **riesgo concreto o abstracto.**» (S. 18 diciembre 1975.)