

Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal en la Universidad a Distancia

Artículo 3.º, p. segundo. Frustración.

El Juzgador, para hacer el diagnóstico del hecho objeto de enjuiciamiento, o para determinar si el mismo es constitutivo o no de un delito en grado de frustración, venga obligado a realizar un ponderado análisis de todas las circunstancias fácticas concurrentes, para verificar, si en la acción del procesado se hallan comprendidos o no todos los actos ejecutivos del tipo objetivo del delito consumado, es decir, si su comportamiento ha sido el adecuado, conforme al modo normal de suceder las cosas y el desenvolvimiento ordinario de la causalidad material, para producir como consecuencia el resultado típico de la figura penal de que se trate, pues tan sólo cuando como consecuencia de tal investigación se llegue a un resultado positivo se podrá estimar cometido el delito frustrado.

La referida irrelevancia de lo subjetivo en el delito frustrado ha de entenderse, como es sabido, en el sentido de que para apreciar si ha sido cometido o no el delito frustrado, se ha de atender a si los actos ejecutivos, según las reglas de la experiencia común, deberían producir o no necesariamente el resultado típico, y no a si el agente realizó los actos ejecutivos que deberían producir el resultado conforme a su personal representación a su proyecto criminal, pues la relevancia de lo subjetivo desde dos aspectos es manifiesta, ya que, para que se pueda estimar cometido el delito frustrado, es menester que, además del elemento objetivo anteriormente referido, concorra también el elemento subjetivo representado por la intención de cometer la infracción, pues la concurrencia del dolo es un elemento exigible para la incriminación de todos los delitos dolosos, tanto si se hallan en grado de perfección como si se hallan en alguno de los grados de imperfección ejecutiva; ahora bien, como este elemento anímico, como tal, no es perceptible por los sentidos, es preciso descubrirlo por vía deductiva, ponderando la propia naturaleza de los actos ejecutivos, los medios, modos y formas utilizados para su ejecución y, en general, todas aquellas circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores, que puedan arrojar luz para el esclarecimiento de lo que es objeto de la investigación, como es, tratándose ya concretamente de un delito contra la vida, en el que el resultado no hubiese sido mortal, el de si ha concurrido el «animus necanda» o solamente

el «animus ledendi» o incluso otro de menor gravedad, como es la intención de asustar alegada por el recurrente. (Sentencia de 28 de noviembre de 1977.)

Artículo 3.º, p. tercero. Tentativa (robo).

Como propugna el Ministerio Fiscal, los hechos probados base de la condena que se impugna no pueden, en buena técnica jurídico-penal sustantiva, ser calificados de robo frustrado de los artículos 500, 501, núm. 5.º, en relación con los párrafos 2.º y 3.º del artículo 51 y 52, todos del Código penal, y ello por las siguientes razones: Primera. Porque el núcleo normal, el elemento esencial, del robo definido en el artículo 500, en su doble modalidad violenta o intimidante, o de empleo de fuerza en las cosas, detallado respecto a la primera, en el 501, consiste primordialmente en el «apoderamiento de cosas muebles ajenas». Segunda. Que en el caso que se enjuicia si bien se realizaron los «actos intimidantes» necesarios para verificar el apoderamiento pretendido usando las armas para tal fin (último párrafo del artículo 501), y siendo de ellas portadores (núm. 1.º del artículo 506), ante la viril reacción del que pretendieron intimidar y no por su propia y personal voluntad, huyeron, desistiendo de sus propósitos depredatorios y sin haberse apoderado de cosa alguna. Tercera. Que como tampoco se llegó a ningún «resultavo lesivo» ni en la vida ni en la integridad de los que se pretendió intimidar, no es de aplicar el excepcional supuesto legal de «consumación independiente del apoderamiento»; previsto en el artículo 512 del propio Código penal. Cuarto. Que si bien se dieron los actos de «intimidación» del artículo 501, no se dieron los de «sustracción» necesarios para consumar el delito de conseguirse el apoderamiento, o frustrarlo si realizados «todos» los actos necesarios no se consiguiera, por causas ajenas a la voluntad del agente. Quinta. Porque en resumen, se realizaron actos propios de esta tipicidad delictual —«los intimidantes»—, pero no los de «sustracción y apoderamiento», «por lo que no puede afirmarse en términos de ley, doctrina que el «iter criminis» se hubiera recorrido totalmente, y como consiguientemente el resultado no se logró y sólo se realizaron algunos actos de ejecución esta imperfección cuantitativa y cualitativa, esta actividad delictiva incompleta, traduce jurídicamente, que debiendo los hechos ser sólo calificados de tentativa de robo, sea procedente estimar el recurso al solo efecto de declarar la existencia de dicha tentativa, pero sin trascendencia punitiva, ni aminoración de la pena impuesta, por las razones que a continuación se expresan. (Sentencia febrero de 1978.)

Artículo 8.º, 1.º, Enajenación o trastorno mental transitorio.

Para la aplicación de la circunstancia eximente de enajenación o trastorno mental transitorio, establecida en el núm. 1.º del artículo 8.º del Código penal, es preciso la demostración de una afectación de las facultades psíquicas de inteligencia y voluntad del sujeto activo, que anule totalmente por completa desorganización mental y de manera emporal o permanente

la libre autodeterminación del mismo, por lo que resulta evidente que no pueden concederse tales efectos plenamente exculporios a aquellos otros estados psíquicos que, aun disminuyendo o aminorando notablemente tales facultades, no hayan llegado a perturbar de manera absoluta la capacidad espiritual del reo, situaciones éstas que tienen su mejor encuadre en la atenuante del número 1.º del artículo 9.º del expresado Código, por lo que recogido como probado en el primer resultando de la resolución impugnada que el recurrente se hallaba en el momento de cometer el hecho bajo la influencia de una discusión violenta sostenida con su esposa a la que creía causante de todos sus males, que en unión del alcohol ingerido le produjo una reacción psicótico-paranoica de carácter exógeno y episódico, sin base patológica que no constituye enfermedad mental propiamente dichas, con sus facultades intelectivas y volitivas disminuidas, pero no anuladas», resulta evidente que aunque la inimputabilidad constituye un concepto graduable y valorativo y por ello susceptible de ser revisado en casación, no sería prudente sustituir la apreciación de la Sala de instancia sin disponer de otros elementos de juicio que los consignados en la descripción fáctica, pues fuese cualquiera la causa del trastorno mental evidenciado, bien se tratase de una reacción vivencial exógena de carácter anómalo o de una reacción paranoide producida por una embriaguez menos plena o incluso injertada en una personalidad psicopática o psicótica, lo cierto es que, según el Tribunal provincial, careció de la intensidad necesaria para alcanzar el nivel o cota de la exención, por lo que éste obró acertadamente reconociéndole solamente la atenuante de semi-imputabilidad ya citada, y aunque pudo haber estimado ésta, como muy cualificada, rebajando la pena señalada en abstracto al delito de parricidio, en dos grados y no en uno como lo verifica, tal pronunciamiento no puede ser modificado en casación, por venir tal facultad discrecional atribuida exclusivamente a la Sala de Instancia. (Sentencia de 17 de enero de 1978.)

Artículo 8.º, núm. 10. Miedo insuperable.

Tiene declarado esta Sala que el miedo es un estado emocional de mayor o menor intensidad, según el sugestivismo individual, producido por el temor fundado de un mal efectivo, grave e inminente que sobrecoge el espíritu, niebla la inteligencia y domina la voluntad determinándola a realizar un acto que, sin esa perturbación psíquica del agente, sería delito, y según aparece de los hechos probados y de la compulsión de los autos realizada al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el ánimo de conocer los elementos de juicio que movieron al Tribunal de Instancia a no apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad de miedo insuperable, el procesado, que se encontraba en la Discoteca con varios amigos, acercándose a otro grupo de jóvenes, empezó a molestarles con ánimo de reñir, suscitándose por esos motivos una discusión que degeneró en la riña buscada entre los dos grupos, en el curso de la cual y cerca de la puerta de salida por la que trataba de huir Juan, al encontrarse sólo frente al procesado, éste le agredió con una navaja que habitualmente por-

taba, de 21 centímetros de longitud y hoja de nueve centímetros de largo, con ánimo de privarle de la vida, causándole una herida en la cavidad torácica de que falleció días después, conducta ésta del procesado, provocativa y pendenciera, robustecida, además, por el prevalimiento de encontrarse armado frente a la víctima, lo que le colocaba en posición de superioridad e impide entre en función la eximente décima del artículo 8.º del Código Penal al no concurrir los elementos subjetivos del miedo, incompatibles con el estado ilegal de riña, máxime cuando ha sido provocada por el agente, y los elementos objetivos, pues el mal causado no era ni igual ni mayor que el que le amenazaba en la pelea al encontrarse tan solo él armado. (Sentencia de 3 de diciembre de 1977.)

Artículo 9.º, 1.º. Legítima defensa incompleta.

Según se desprenden tanto de las declaraciones fácticas, como de declaraciones de hecho contenidas en los considerandos, se deducen los elementos exigidos para dar vida a la legítima defensa, y aparte de los reparos expuestos en la sentencia de instancia al no ser perfecta la agresión y legítima la razón primordial para no poder estimarlo como eximente total, arranca de la virulencia del medio empleado para impedirle o repelerla, hubo paridad en el medio empleado, con ventaja incluso para el agresor guarda particular jurado que portaba un rifle, mientras que los procesados y acompañantes sólo eran portadores de cayadas de bambú y madera y «cachavas» rematadas en conteras metálicas y en la parte superior para asirlas, una cobertura de cuero especie de estaca o garrote de raíz de encina en forma de porra, y cuando ya el guarda había efectuado dos disparos, del primero de los cuales mató a un cazador y del segundo hirió a otro, al tratar de efectuar el tercero se le encasquilló el arma, momento que aprovecharon los procesados y restantes compañeros para llegar donde se encontraba el citado guarda, y con ánimo de matar e iracundo furor, la emprendieron a golpes con los elementos contundentes de que eran portadores, descargándolos en región frontal, arco sigmático, parte anterior de la oreja derecha, a la altura del maxilar inferior, labio superior con importantes destrozos y fracturas en región mentoniana, con gran destrozo y hundimiento de hueso craneal, a nivel de la fisura de los parietales, originando fracturas óseas, múltiples desgarros meníngeos, lo que denotan que fueron verificadas desde distintos ángulos por delante y por detrás, que ocasionaron el estallido de la bóveda craneana determinando el fallecimiento fulminante del guarda, siendo suficiente para conseguir no continuara disparando un fuerte golpe, puesto que eran fuertes y corpulentos los cazadores, en el brazo y desarmarlo; en definitiva, hubo extralimitación en la legítima defensa, a la agresión ilegítima se ha de responder con la defensa necesaria sin exceso repudiables que sobrepasen la réplica adecuada (Sentencia de 7 de octubre de 1971), razones por lo que a más puede llegarse, como efectuó el Tribunal «a quo» a la exención incompleta del número primero del artículo 9 del Código Penal. (Sentencia de 27 de enero de 1978.)

Artículo 9.º, 4.º. Preterintencionalidad.

Si la preterintencionalidad está concebida legal y doctrinalmente, como supuesto de discordancia e incongruencia entre el propósito criminoso exteriorizado por los actos de ejecución y los resultados obtenidos, y si hay que ponderar en ellos la previsibilidad racional y lógica de cuales son o serán las consecuencias normalmente lógicas de la acción antijurídica realizada; es fácil comprender que son consecuencias normales y no inusuales de un fuerte empujón, dado por un varón fuerte a una mujer, «del golpe propinado y recibido por la víctima en el curso de una discusión y reyerta que produjeron a la destinataria una rinopatía traumática con pérdida parcial y temporal de visión durante treinta días», pues un sujeto normal puede y debe prever y concebir que es factible que la resultante del empujón y de la consecuente caída, puede ser la producción de un golpe y lesión como la sufrida por la lesionada, o incluso que la caída acarree una fractura de más grave entidad. No hay por consiguiente ni discordancia, ni incongruencia, entre la acción realizada, empujar y derribar a una mujer y las consecuencias que la caída acarreó, lo que supone que no hay términos hábiles para suponer existente la preterintención, lo que hace desestimable el recurso, por ser en último término ponderable, que la preterintencionalidad, aún apreciada, al no propugnarse como «muy calificada», no hubiera permitido mayor rebaja punitiva, pues ya la Sala de Instancia aplicó el mínimo del grado mínimo de la pena correspondiente, sin que unas lesiones de tal duración pudieran ser reputadas de simple falta. (Sentencia de 30 de enero de 1978.)

Artículo 9.º, 4.º. Preterintencionalidad (en homicidio).

La doctrina más moderna de esta Sala (a partir de la importante resolución de 15 de noviembre de 1969) viene entendiendo que el instituto de la «preterintencionalidad» entraña siempre un fenómeno de «progresión delictiva» en el que, no obstante, ser de mayor gravedad el más causado que el propuesto por el culpable, ambos están en la misma línea ofensiva del bien jurídico atacado (vida e integridad física como más características), pues si se da una absoluta disparidad de bienes afectados por uno u otro daño, entonces se produce una total «desviación» o desvinculación en que la preterintencionalidad es suplantada por un concurso de delitos (Sentencias de 17 de diciembre de 1964 y 4 de noviembre de 1977, que afirman la existencia de un delito doloso de atentado en concurrencia, bien con un delito culposo de homicidio, bien con un delito de homicidio preterintencional muy calificado); por lo que partiendo de esta idea inicial y genérica cabe ya distinguir dos especies o ramas en que se bifurca la «preterintencionalidad»: una «homogénea» o de menor grado amparada por la atenuante 4.ª del artículo 9.º del Código Penal, en la que los dos delitos, el propuesto y el ejecutado, encarnan en un mismo tipo delictivo, aunque su resultado ofrezca un «quantum» de mayor o menor gravedad (delitos de lesiones graves descritos en el artículo 420 del Código Penal en escala descendente de resultados, como ejemplo típico) y una preterintención «hetero-

génea» o de grado mayor en que las dos infracciones, siempre situadas en la misma línea de ataque, de acuerdo con el requisito común antes exigido, están incardinadas en distinto tipo («ad exemplum» lesiones-homicidio, de gran frecuencia en la «praxis», hasta el punto de constituir en legislaciones foráneas el tipo especial de lesiones seguidas de muerte), noción esta última que cabe amparar en el párrafo tercero del artículo 1.º en relación con el 50 del Código Penal, pese a los escrúpulos manifestados por un sector de la doctrina, pues cualquiera que fuera el origen del controvertido párrafo, es lo cierto que a partir del Código Penal de 1870 se le dio tal amplitud de redacción que ya no sólo sirve para cobijar casos de error «in persona» y aún de «aberratio ictus» que estuvieron en el origen del precepto, sino para englobar también los referidos supuestos de preterintencionalidad heterogénea.

Distinguidas las dos especies de preterintención, la doctrina de esta Sala ha mostrado también los elementos estructurales de la misma que no son otros que, desde el «lado objetivo», una «relación causal» entre la inicial conducta del agente y el resultado, pues dicho se está que de no darse esta conexión objetiva mínima entre el hecho-base y el hecho-consecuencia no puede hablarse ni de preterintención, ni siquiera de delito calificado por el resultado, subsistiendo tan sólo la infracción propuesta por el culpable, y, desde el «lado subjetivo», una «intención o dolo» que cubra aquella preliminar actuación del sujeto, pero que, sin embargo, no se extiende al resultado más grave, de suerte que dicha consecuencia última desborda, a modo de «plus effectum», lo realmente querido por el causante o, lo que es lo mismo, que el dolo del culpable sólo se extiende al delito-base, pero no al delito-consecuencia que le será imputable a título de culpa o de caso fortuito, por lo que si se obtiene la convicción de que la intención estuvo ausente en «todo» el recurso del hecho, no habrá preterintencionalidad de ninguna especie, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológico y normativo— en que encarna la culpa, y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que, si bien exigida en la noción legal del «casus» por el número 8.º del artículo 8.º del Código Penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del «versari in re illicita», cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal (Sentencias de 22 de febrero y 6 de noviembre de 1972 que estimaron delito culposo y no preterintencionalidad en casos de homicidio y lesiones, respectivamente).

Inversamente, si el juicio «ex post facto» del juzgador, que debe, no obstante, situarse siempre en el momento del hecho, alcanza la conclusión de que un mismo ánimo doloso (el «animus occidendi» en caso de muerte), ya sea con dolosidad directa o eventual (esta última contemplada por Sentencia de 26 de abril de 1974), impregnó toda la trayectoria del acontecer, desde la manifestación de voluntad al resultado, no hay que decir que tampoco entonces habrá lugar a hablar de preterintención alguna, puesto que ya se ha afirmado que ésta exige, en cualquiera de sus dos modalidades, la ausencia de dolo o de un determinado dolo en el último tramo de acción en con-

traste con el inicial que impulsaba al sujeto; debiendo tan sólo añadirse como colofón, también fácilmente explicable, que si la preterintencionalidad «homogénea» es de mucha más fácil captación y por ello la de más frecuente estimación en la práctica penal, la «heterogénea», como fundada en un juicio hipotético de valoración para reconocer el delito propuesto, pero no cometido (el de lesiones cuya sanidad ha de fundarse frente a la muerte acaecida, como supuesto más característico), es de muy difícil reconocimiento práctico, pero no imposible (como demuestra su estimación por la Sentencia de 30 de marzo de 1973), debiendo advertir esta Sala, en su misión orientadora del proceso, que una instrucción más acuciosa en la fase sumarial, singularmente en los dictámenes de autopsia y estudio de los antecedentes clínicos del interfecto, puedan dar la clave para la posterior estimación del supuesto más agudo y disonante de preterintención heterogénea; por lo que, en ausencia de tales datos fundamentadores del delito propuesto frente al cometido, no cabe otra opción, como también ha declarado la reciente jurisprudencia de esta Sala que acudir a la atenuante 4.º del artículo 9.º del Código Penal, estimándola como muy cualificada, con la única limitación de no rebasar la penalidad prevista para la imprudencia punible, pues ya se desprende de todo lo dicho que el delito preterintencional limita por abajo con la culpa y por arriba con el plenamente doloso (Sentencia de 10 de mayo de 1977, entre las recientes).

Con vista de toda la anterior doctrina, la primera indagación que se impone es si concurre el «animus necandi» en la conducta del procesado, cuya negación está latente en los tres motivos de su recurso, como se ha dicho; ánimo homicida que es preciso reafirmar atendiendo a todo el contexto de la narración singularmente en aquellos pasajes que aluden tanto al «arma empleada» —navaja de ocho a diez centímetros de hoja— como región alcanzada por el «fuerte golpe» y que no fue otra sino la parte anterior superior del muslo derecho, a unos cuatro dedos de la raíz del pene —bajo vientre, por tanto—, que produjo al así atacado una herida de ocho centímetros de profundidad —prácticamente fue hundida toda la hoja de la navaja en región tan vital—, con perforación de la arteria femoral que determinó, por hemorragia, su fallecimiento cuando era trasladado a la Casa de Socorro por otras personas; es decir, que concurren los dos signos más reveladores de toda acción homicida y que sirven para reconocerla en la indagación psicológica de la misma: la idoneidad del medio mortífero empleado y la región corporal herida («ad exemplum», Sentencia de 14 de junio de 1977, entre las recientes y que contempla caso muy semejante); y si bien es cierto que no existían antecedentes de enemistad entre víctima y victimario que hicieran presagiar tan fatal desenlace, pues eran personas perfectamente desconocidas entre sí, esta misma falta de toda relación entre el fallecido —súbdito noruego— que fue accidentalmente a comprar una botella de determinado whisky en el bar de autos y el procesado que se encontró en la barra de dicho local y que caprichosamente y sin motivo alguno se interpuso entre la puerta y el extranjero, impidiéndole su salida, hace más gratuito y odioso el crimen cometido, puesto que el occiso, ignorante del idioma español y que no podía comprender la incivil y sorpren-

dente conducta del inculpado, no dio el más pequeño pretexto ni la menor provocación para tan salvaje reacción del recurrente, que sólo a él puede ser imputada en su integral motivación psíquica como al alcance mortal de la dinámica empleada que se reflejó perfectamente en su conciencia, como lo demuestra que, lejos de acudir en auxilio de la víctima, como sería lo normal caso de no haber querido su muerte, se dio a la fuga, arrojando el arma y aún negando el hecho inicialmente, datos todos los consignados que reflejan la verdadera intención que guió al culpable, por lo que asentado correctamente el dolo de muerte expresado rotundamente por el «factum» de la sentencia recurrida y reafirmado por el «iudicium» de la misma con argumentos análogos a los que quedan expuestos, se hace preciso desestimar conjunta y simultáneamente los tres motivos del recurso a virtud del común razonamiento que alcanza a todos ellos, según se ha dicho. (Sentencia de 17 de noviembre de 1977.)

Artículo 9.º, 8.ª. Arrebató u obcecación (tentativa de violación).

La circunstancia 8.ª del artículo 9.º debe acogerse al fluir de los hechos probados con todo rigor los elementos necesarios para su estimación, porque los numerosos tocamientos lúbricos que durante largo tiempo hizo el procesado con su consentimiento a la mujer —que se había desnudado de cintura para abajo— en el interior del automóvil que habían aparcado en pleno campo a las tres de la madrugada, después de salir del baile donde se habían conocido, son estímulos poderosos para producir ofuscación en la inteligencia y sobreexcitación en la voluntad determinantes de un obrar instintivo e irreflexivo al pretender, como lo pretendió, por la fuerza, después de aquellos actos preparatorios, la consumación del acto carnal al que se opuso terminantemente la mujer, después de estar incitando a ello con su desnudez y los prolongados actos libidinosos, por lo que procede acoger dicha circunstancia de atenuación como muy calificada. (Sentencia de 2 de febrero de 1978.)

Artículo 9.º, 9.ª. Arrepentimiento espontáneo.

No figura en el relato histórico-fáctico ningún elemento, circunstancia o dato que demuestre en el acusado la existencia de un sentimiento de pesar por haber realizado tales acciones delictivas, ya que la carta que se menciona en el motivo y se halla unida al sumario, ni tiene el carácter de documento auténtico, necesario para haber podido servir de base a un recurso, ni en ella se contienen expresiones de repulsa o contricción por lo hecho, sino que su autor se limita a solicitar benevolencia, no de una manera espontánea, sino provocada por la actuación de los Inspectores de la Caja que ya se hallaban actuando y habían descubierto la apropiación, lo que el imputado conocía ya, como se deduce del contexto o contenido de dicha carta y en todo caso porque, aunque se aceptase la presencia de tal elemento subjetivo, faltaría la vertiente objetiva de la figura constituida o integrada por cada

una de las tres conductas fijadas normativamente en dicho apartado, ninguna de las cuales figura como realizada en el supuesto de autos; pues aunque en la carta anteriormente citada el procesado ofrecía la reparación, no consta que ésta haya sido realizada ni total ni parcialmente, por lo que hay que estimar que el Tribunal interpretó correctamente dicho precepto al no apreciar la atenuante invocada. (Sentencia de 25 de octubre de 1977.)

Artículo 9.º, 10.º, Atenuante por analogía.

Se suscita el tema a decidir de si la Sala ha dejado de resolver la cuestión relativa a la concurrencia de la atenuante analógica en el recurrente de deficiencia mental que se pretende aplicable por haber informado un perito médico en el sentido de que presenta una Oligofrenia Liminal, según la Clasificación de la O. M. S. con un C. I. de 0,75, observándose en él alteraciones de la actividad cognitiva (su nivel de pensamiento es muy concreto, llegando escasamente a la abstracción), y de la esfera afectiva, alteraciones éstas que llevan a un menor control volitivo, pudiendo en determinadas circunstancias dar lugar a transgresiones de las normas sociales.

Este motivo no puede prosperar ni ser estimado porque la prueba pericial no es vinculante para el Tribunal de Instancia que libremente la aprecia, y en este sentido es ponderable que en la resultancia probatoria no se hace constar, ni por consiguiente se acepta ni admite, que este encartado adoleciera de deficiencia mental de clase alguna, y si se tiene en cuenta que los Tribunales de Instancia no están obligados a afirmar ni negar expresamente «todos» los hechos complementarios alegados que no estimen justificados, implicando la omisión el rechazo de los mismos, en este caso enteramente comprensible, dado lo impreciso e inconcreto del dictamen pericial facultativo que más que afirmaciones concretas representa hipótesis, y posibilidades que no se afirma concurrían rotundamente en este acusado, del que se predica un coeficiente intelectual de 0,75, que por sí solo no acusa un síndrome mental; es por ello explicable que no se admitiera fácticamente la deficiencia mental pretendida. (Sentencia de 12 de diciembre de 1977.)

Artículo 10, 1.º. Alevosía.

La controvertida interpretación que sobre la naturaleza jurídica de la alevosía viene haciéndose desde antiguo, bien configurándola como circunstancia predominantemente subjetiva, conforme al derecho histórico, identificándola en principio con la traición, equivaliendo a una actuación solapada, encubierta y disimuladora del ánimo hostil a la víctima, de tal modo que si la violación del vínculo o deber de lealtad era respecto al Rey, constituía traición, y para los demás hombres alevosía, considerándola más tarde como aseguradora del hecho, según se refleja en la Novísima Recopilación al describirla como «el que mate a otro a traición o alevosía y del que hiciere muerte segura» (Ley 2.ª, Título 21, Libro XII) o con las expresivas definiciones de los Códigos de 1822 y 1848 de obrar o actuar «a traición y sobre seguro»

respectivamente, para finalmente equiparar la alevosía a cobardía, es decir, a falta de riesgo para el ejecutor; discutiéndose modernamente sobre si tal circunstancia constituye un plus de culpabilidad o, por el contrario, acrecienta la antijuridicidad, hasta el punto de que numerosas resoluciones de este Tribunal (Sentencias de 27 de mayo de 1949, 15 de junio de 1950, 15 de noviembre de 1956 y 11 de diciembre de 1957), así como ciertos sectores doctrinales se inclinaron por la teoría subjetiva, mientras otras muchas sentencias y parte de la doctrina científica se inclinaban por la tesis objetiva (Sentencia de 10 de junio de 1953, 7 de julio de 1955 y 24 de abril y 21 de octubre de 1973), sin que aparezca que ninguna de dichas orientaciones ofrezca carácter decisorio y exclusivo, puesto que conforme a su definición auténtica contenida en el núm. 1.º del artículo 10 del Código Penal, la alevosía requiere, de una parte, el empleo de ciertos medios, modos o formas de comisión que evidencian un factor claramente objetivo, pero a su vez también se precisa y resalta que «tiendan» al aseguramiento sin riesgos para el agresor, lo que manifiestamente denota una intención finalista de claro matiz subjetivo, de lo que se desprende que habrá que atenerse en correcta valoración al conjunto de condiciones y circunstancias concurrentes ante el supuesto concreto enjuiciado, entrando en juego, tanto el «modus operandi» como el aprovechamiento, buscando o no de la ventajosa situación preexistente, existiendo en aquel caso un plus de antijuridicidad en cuanto se realza el aspecto objetivo y en el segundo un aspecto tendencial que actúa a modo de elemento subjetivo del injusto. (Sentencia de 3 de febrero de 1978.)

Artículo 10, núm. 13. Nocturnidad.

La agravante de **nocturnidad** exige dos elementos en mutua interacción: un elemento **objetivo**, constituido por la efectiva presencia de la **noche** en que se ampara el delincuente, aunque no llegue a precisarse en el relato probatorio la hora de acaecimiento de los hechos (Sentencia de 25 de mayo de 1972 y las que en ella se citan), y un factor **subjetivo**, reflejo anímico de aquella circunstancia temporal en el culpable que la busca de propósito o, al menos, la aprovecha conscientemente a fin de asegurar la ejecución del delito (Sentencias de 18 de mayo de 1972 y 25 de octubre de 1974), de modo que no basta la mera presencia de las sombras nocturnas si no concurre tal elemento espiritual vivificador (Sentencia de 18 de mayo de 1959), factor psíquico que, declarado explícitamente o no por el Juzgador, debe surgir de manera implícita del conjunto narrativo, fluyendo del mismo de modo lógico y concluyente.

Se reconocen en el **factum** de la sentencia recurrida los dos elementos que según la expuesta doctrina deben concurrir para estimar la circunstancia agravante núm. 13 del artículo 10 del Código Penal: el objetivo o material, puesto que se dice que el procesado realizó los hechos en la **noche** del 5 al 6 de septiembre de 1975, y el psicológico o subjetivo al afirmarse que dicha noche fue **buscada de propósito** por el inculpado; declaración bimembre que no por sintética y breve puede parecer formularia, pues además de ser suficiente, la misma encuentra confirmación en el resto del relato, del cual se

aprende que el inculpaado y sus dos acompañantes fueron penetrando sucesivamente en el curso de la citada noche en tres bares de la ciudad burgalesa, cerrados por causa de dicha hora nocturna y que, por lo mismo, hubieron de acceder a los mismos, para lograr sus propósitos depredatorios, forzando las respectivas puertas de entrada; todo lo cual está indicando de manera elocuente que, efectivamente, el procesado y sus co-reos se ampararon en la hora nocturna, elegida por ellos, para lograr con mayor facilidad las reiteradas sustracciones empleando fuerza en las cosas y quebrantando con ello las defensas puestas por los respectivos dueños para salvaguardar su propiedad; de suerte que la nocturnidad se revela como lo que es, como medio que disminuye la reacción defensiva de la víctima, mostrando así el parentesco de tal circunstancia con la alevosía, de la que viene a ser una versión reducida y menor, aplicable a cualesquiera delitos y no sólo a los relativos a las personas. (Sentencia de 22 de diciembre de 1977.)

Artículo 10, núm. 14. Reiteración.

El número catorce del citado artículo 10 define la agravante de reiteración, cuando el culpable hubiera sido castigado con anterioridad por la perpetración de un solo delito es indispensable que en el «factum» de la sentencia recurrida conste expresamente la pena impuesta por la realización de ese delito, pues de otra suerte no es posible constatar si dicha pena es igual o mayor a la correspondiente al delito enjuiciado, pero si son dos o más las infracciones delictivas precedentes y heterogéneas, el dato de las penas impuestas resulta superfluo toda vez que sean iguales, mayores o menores a la señalada para el delito incriminado el reo será siempre reiterante. (Sentencia de 18 de enero de 1978.)

Artículo 10, núm. 15. Reincidencia.

Basta atenerse a la taxativa imperiosidad del texto legal, que hoy por hoy, rige las figuras agravatorias de la «reincidencia» y de la «doble reincidencia»—circunstancia 15 de las enumeradas genéricamente en el artículo 10 del Código Penal—e incluso como valioso elemento interpretativo de carácter auténtico, el párrafo de la exposición de motivos de la Ley de 28 de noviembre de 1974, cuando expresa como razón etiológica de esta reforma, de la formulación de esta doble reincidencia que, por otra parte, «las dudas que se han suscitado respecto a la llamada segunda reincidencia obligan a fijar su contenido de acuerdo con la clásica doctrina jurisprudencial y a poner, en consonancia los preceptos legales correspondientes, con aquél concepto»; para sea cual fuere el criterio doctrinal y técnico que en esta materia se mantenga, en obligada observancia de la Ley promulgada que a los Tribunales de Justicia está impuesta, ser obligado desestimar el presente recurso, sin perjuicio de destacar a los efectos del artículo 2.º, párrafo 2.º, del Código Penal, la notoria y manifiesta excesividad de la pena resultante, de la procedente imposición por la estricta, obligada y rigurosa, aplicación de la Ley penal

atinentes. Efectivamente: si se propugna en el único motivo del recurso procesalmente canalizado por la vía procesal del núm. 1.º del artículo 849, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infringido por indebida y errónea aplicación de la regla 6.ª del artículo 61, en su relación con la citada circunstancia 15.ª del art. 10, ambos del Código Penal, por cuanto al subjetivo juicio del discrepante, los dos impugnantes no inciden en doble sino en simple reincidencia, ya que no consta que se declarase ni aplicara en las precedentes condenas el estado legal de reincidencia simple, por lo cual no cabe ahora aplicarles la agravación de doble, plurirreincidencia o multirreincidencia, pues se estima, que quien no fue antes específicamente declarado reincidente, no pueda, por la simple comisión de una nueva actividad delictiva encuadrable en el mismo título del Código Penal ser declarado doble reincidente. Este respetable criterio no puede, en la ocasión presente, ser compartido según antes se expresa, por imperativos legales categóricos, pues si el recurrente, Pablo, fue ejecutoriamente condenado en 1973 por tres robos, tanto si lo fue en una o en varias sentencias, y en 1975 ya en vigor la Ley de 28 de noviembre de 1974, que dio nueva reducción al párrafo 2.º de la circunstancia 15.ª, del artículo 10, antes aludido, cometió los tres robos que se incriminan; y el recurrente Eduardo estaba condenado en 1974 por tres robos, y en 1975 por otro robo y en agosto o septiembre de 1975 cometió el robo que ahora se le imputa, es indudable que al delinquir de nuevo en 1975 por la misma tipología delictiva—robo—y ser condenados en la sentencia que se discute de 23 de octubre de 1976, como dobles reincidentes en aplicación de la precitada regla 6.ª del artículo 61, tenían legalmente la calidad de dobles reincidentes, por cuanto la **única exigencia que la vigencia legal actual requiere para existir esta doble reincidencia es que—cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en una o en varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título de este Código;** y como quiera que en ambos contradictores concurre la circunstancia de que al nuevamente delinquir robando estaban ejecutoriamente condenados por dos o más delitos, también de robo, concurre plenamente la plurirreincidencia y estuvo bien y correctamente aplicada la tan aludida regla 6.ª, del artículo 61 del Código Penal. (Sentencia de 10 de noviembre de 1977.)

El criterio doctrinal aceptado reiteradamente por esta Sala es que cada reincidencia tiene sustantividad propia y carácter independiente, por lo que su efectividad ha de gozar de estos caracteres, lo que da lugar a que cuando concurren diferentes sentencias firmes que se aceptan como básicas de diversas reincidencias, cada una de ellas ha de tener el valor punitivo que la Ley le otorga, sin que se pueda o deba producir la absorción o atracción por un solo precepto legal en los casos en que sean varias las normas legales que reclaman su atención, como son los contemplados por la Sentencia recurrida al penar la infracción criminal de acuerdo con los requisitos que se determinan en el núm. 4.º, del artículo 515, del Código penal y la agravante de reincidencia del núm. 15, del artículo 10, del mismo Código. (Sentencia de 27 de diciembre de 1977.)

Artículo 10, núm. 15. Doble reincidencia.

La reforma penal de 28 de noviembre de 1974 añadió un párrafo al número 15, del artículo 10, del Código punitivo, en el cual estableció una interpretación auténtica del concepto de la doble reincidencia, merced a la cual, a partir de dicha fecha, tiene esta cualidad quien, al tiempo de delinquir, hubiera sido ya ejecutoriamente condenado, en una o varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo Título del Código Penal; exigencia que, desde el punto de vista fáctico, llena y cumple la narración histórica de la sentencia recurrida al declarar que, el procesado, anteriormente a la comisión del hecho enjuiciado, había sido condenado por un delito de robo y por otro de hurto—infracciones comprendidas, como la penada en dicha sentencia, en el Título XIII del Libro II del mentado Código—; sin que sea obstáculo a lo dicho, ni el silencio del referido relato fáctico respecto a la ejecutoriedad de las sentencias anteriores, puesto que ya es sabido que sólo se llevan al Registro Central de Penados las condenas impuestas mediante sentencia firme, sin que, de otro modo, hubieran podido conocerlas y computarlas el Tribunal sentenciador, ni la omisión, en el mencionado relato, de las penas impuestas y de las fechas de las resoluciones condenatorias, toda vez que, el primer dato, con tal de que se diga que su imposición fue anterior al hecho de autos, es totalmente inoperante a fines de reincidencia, y, el segundo, también dado que el robo, sea cualquiera la cuantía de lo sustraído, constituye siempre infracción delictiva, y el hurto, cuando se comete con posterioridad a un robo precedente, cualquiera que sea la cuantía de lo tomado, igualmente revista caracteres delictivos por virtud de lo dispuesto en el número cuarto del artículo 515 del Código Penal, con lo cual aunque se hubiera cometido con anterioridad a 30 de marzo de 1954—única posibilidad de que, contemplado en solitario y gracias a la exasperación interpretativa jurisprudencial del artículo 24 del Código Penal, pudiera constituir infracción contravencional—siempre tendría naturaleza delictiva. (Sentencia de 18 de enero de 1978.)

Artículo 14. Autoría.

Son requisitos comunes a todas las formas de autoría, el concierto de voluntades o «*pactum scaeleris*», que puede ser previo o sobrevenido y tanto expreso, como tácito y hasta adhesivo, y la conciencia de la ilicitud del acto que se ha convenido perpetrar o llevar a cabo, exigiéndose además, si se trata de autoría directa y material—número primero del artículo 14 del Código Penal, la realización de actos ejecutivos, siquiera no sea preciso se efectúan todos los integrantes de la dinámica comisiva propia del hecho punible de que se trata, exigencia que si, en dicho caso, es preceptivo recaiga sobre actos relativos, al núcleo del tipo incriminado, cuando se trata de cooperación necesaria—número tercero del artículo 14 ya citado—basta con que los actos ejecutivos se refieran a la periferia del mentado tipo, pero siendo de tal modo relevantes que sin su realización o aportación el delito no se hubiera cometido, es decir, que, es preciso que tales actos sean indis-

pensables o imprescindibles, pues de no haber concurrido no hubiera sido posible que el autor o autores materiales hubieran llenado las exigencias típicas del hecho punible; debiéndose agregar que esa conducta «sine qua non» no es necesario que se desarrolle durante todo el transcurso del «iter criminia», sino que podrá precederle, coincidir con el inicio del mismo o insertarse o incorporarse en cualquier momento de la dinámica comisiva con tal de que no se haya producido todavía la consumación. (Sentencia de 14 de diciembre de 1977.)

Artículo 14, 1.º. Codelincuencia.

En los supuestos de codelincuencia o coparticipación, para que la conducta de un agente se pueda incardinar en el núm. 1, del artículo 14 del Código Penal, es preciso: a) común acuerdo, concierto de voluntades o «pactum scaeleris», el cual podrá ser **expreso, tácito o deducido** de «facta concludentia», **inicial**, es decir, convenido a la hora de la formación del plan delictivo o de la programación del quehacer antijurídico, o **sobrevenido**, cuando el acuerdo se produce en el momento de iniciar la ejecución, y también, y desde otro punto de vista, **principal**, producto de pacto o convenio en plan de igualdad, o **adhesivo**, cuando un agente se suma o incorpora a lo resuelto cometer por otro u otros, adhesión que puede ser inicial o sobrevenida en el curso de la ejecución, así como expresa, tácita o presunta; b) «conscientia scaeleris», conciencia de la ilicitud del acto cuya ejecución se pacta o conviene, esto es, que el agente se percate que lo resuelto perpetrar de consuno reviste caracteres delictivos, y c) aportación de esfuerzo propio o realización personal, material y directa de actos ejecutivos, es decir, que el comportamiento del agente llene las exigencias típicas, llevando a cabo actos nucleares, generalmente positivos, subsumibles en la figura de que se trate, y no de un modo periférico, secundario o auxiliar, sino determinante y principal, si bien no es necesario que ejecute, material y directamente o por propia mano, **todos** los actos que integran la dinámica comisiva, de tal modo que responderá, en concepto de autor, del todo aunque sólo hubiera realizado personalmente una parte, incluso cuando pueda demostrarse que el resultado u objetivo final que perfeccionó la infracción fue logrado mediante actos concretos y específicos perpetrados por otro u otros agentes con los cuales coadyuvó de un modo capital y esencial, toda vez que, por más que parezca a primera vista que el resultado se generó exclusivamente por el partícipe que coronó con su esfuerzo material la finalidad perseguida, ésta, en realidad, ha sido producto de acción conjunta y de plútime voluntad, fundidas o unificadas, que desencadenaron o causaron, finalísticamente, el citado resultado antijurídico. (Sentencia de 31 de enero de 1978.)

Artículo 61, 5.º. Determinación de la pena.

La facultad otorgada en el número 5.º, del artículo 61, del Código Penal, para rebajar la pena señalada al delito en uno o dos grados, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, no es

revisible en casación, por ser dicha facultad como tal, discrecional del Tribunal sentenciador; la única cuestión revisable en casación es la entidad de la circunstancia atenuante y la entidad de la atenuante de preterintencionalidad en el caso que ocupa la atención de la Sala, en el que el resultado de la acción delictiva supera en gravedad al que se propuso el agente, existiendo notoria desproporción entre los medios utilizados y el mal físico realmente producido, llevó al Tribunal de instancia a apreciarla como muy calificada, expresando en los hechos probados y en las consideraciones jurídicas los justificados motivos que le llevaron a esa valoración, por lo que se considera debidamente aplicada la regla 5.ª, del artículo 61, del Código Penal, al haber hecho uso el Tribunal sentenciador de la facultad discrecional a su prudente arbitrio, rebajando la pena en un grado, al darse los supuestos por dicho precepto exigidos. (Sentencia de 10 de noviembre de 1977.)

Artículo 69. Delito continuado.

Se acusa violación de los artículos 1.º y 69 del Código Penal, infringidos por aplicación indebida, sosteniendo la teoría de que existiendo en los hechos punibles unidad de sujetos activo y pasivo, unidad de norma jurídica violada, unidad de dolo y repetición de los actos criminales, se han debido sancionar los hechos como un sólo delito continuado; olvidando que dicha figura delictiva tiene su razón de ser cuando es posible individualizar los diferentes hechos criminosos ejecutados por el sujeto activo, más cuando se producen en distintas acciones, en ocasión temporal distinta, con autonomía propia, obedeciendo cada uno a un dolo individualizado, aunque sea repetición del anterior, adquieren firmeza propia cada uno de los delitos realizados, debiendo penalizarse por separado, como sucede en el presente supuesto, en el que el procesado, el día 30 de noviembre de 1975, se apoderó en el interior de un garaje de esta capital de un automóvil valorado en 170.000 pesetas, reteniéndolo en su poder hasta el 7 de diciembre siguiente, que lo dejó abandonado en las inmediaciones del garaje; y el día 11 de enero de 1976, en el mismo garaje, volvió a apoderarse también del mismo automóvil, teniéndolo a su disposición hasta el día 15 del expresado mes, teniendo, por consiguiente, estos hechos un lapso de tiempo superior a un mes, que hace sean delitos autónomos e independientes los realizados. (Sentencia de 30 de enero de 1978.)

Artículo 71. Concurso ideal.

En beneficio del reo, el artículo 71 del Código Penal, regula hipótesis del llamado concurso ideal, el que, en su modalidad del delito que es medio necesario para cometer otro, se denomina, con mayor acierto, concurso instrumental o delincuencia conexa o adherente, en cuyo supuesto el principio de absorción «poena major absorvet minorem», justifica la aplicación de una sola pena—la correspondiente al delito más grave—no cediendo la preeminencia o preponderancia de ese principio más que cuando de operarse de

ese modo la solución punitiva sea más onerosa para el reo que castigando los delitos separadamente sin ninguna conexión o maridaje.

La doctrina dominante entiende que esa norma especial y favorable al reo no puede aplicarse cuando los delitos que se intenta conjuntar se hallen castigados con penas de igual gravedad, es preciso, en cada caso, cotejar o comparar las correspondientes, y, para ello, se puede acudir a un criterio abstracto—confrontando las penas correspondientes a ambos delitos sin atender a la concurrencia de circunstancias modificativas, al grado de participación ni a la fase de perfección delictiva—o a un criterio concreto, con el que se atendería a la que corresponde a los delitos en concurso, pero matizada por la concurrencia de circunstancias, por el grado de desarrollo delictivo y por la jerarquía participativa. Y en el caso presente, tanto se acuda a un criterio como al otro, la pena mayor es la correspondiente al delito de falsificación—presidio menor (autor, consumado y sin circunstancias) y presidio menor en el grado máximo, apreciando la circunstancia agravante de reiteración—pues la pena prescrita para el delito de estafa es, en abstracto, la de arresto mayor, y, en concreto, gracias a ser multirreincidente el reo, la de presidio menor en toda su extensión; con lo cual, por ser más favorable al reo, el Tribunal «a quo» debió aplicar la primera regla del artículo 71 imponiendo tan sólo la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo y límite superior, que nunca excedía de la suma de las que se impusieron penando separadamente los dos delitos en juego, procediendo pues estimar el tercer motivo de los formulados por el acusado Manchado al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 71 del Código Penal. (Sentencia de 14 de diciembre de 1977.)

Artículo 302. Falsedad.

Para la apreciación de un delito de falsedad, resulta suficiente que el hecho descrito como probado pueda ser subsumido o incardinado en cualquiera de las conductas o procederes tipificados en los diferentes apartados en el artículo 302 del Código Penal, por lo que estableciéndose como probado en el primer Resultando de la resolución impugnada que el procesado rellenó y firmó con el nombre del titular de una cuenta corriente abierta en el establecimiento que regentaba, un talón contra la misma contrahaciendo y fingiendo la letra y firma de éste, como se agrega en el primero de los Considerandos de dicha sentencia, es visto que tal delito aparece como consumado, sin que sea necesario consignar otros datos sobre la forma, manera y modo con que se realizó el resto de la conducta que sea irrelevantes para la subsunción de la misma en el tipo legal citado. (Sentencia de 25 de octubre de 1977.)

Artículo 302, 2.º. Falsedad ideológica.

La llamada **falsedad ideológica**, intelectual o histórica, supone un documento genuino en su extrínseca formalidad pero de contenido falaz, a diferencia de la **falsedad material** que ataca primordialmente la legitimidad, ya por vía de alteración del documento verdadero, ya por simulación del mismo; y si bien ambas especies de falsedad quedan asimiladas penalmente en nuestro Código, puesto que ninguna diferenciación punitiva extrae de la enumeración del «modus operandi» falsario descrito en el artículo 302, no obstante y en gracia a la autenticidad amparadora, en principio, del falso ideológico, debe requerirse en el mismo, con mayor acuidad si cabe, la existencia del dolo y la trascendencia y nocividad del acto falsario; pero si la declaración o suposición documentadas son radicalmente inveraces y afectan a la esencialidad del documento, de modo que no pueda ponerse en duda su potencia de dañar, una vez incorporado al tráfico jurídico, entonces no debe haber inconveniente en sancionar como tal la falsedad en documento público u oficial.

La doctrina expuesta conviene perfectamente a una de las más típicas especies de falsedad ideológica recogida en el núm. 2.º del artículo 302 del Código Penal como **suposición de una persona en el acto en el que no ha intervenido** y en aplicación al caso particular de suplantación de personalidad en los exámenes previos a la obtención de un documento público u oficial que habilite para el acceso a un oficio o cargo, o para el ejercicio de un derecho, pues en tal caso no hay duda de que se altera gravemente el requisito de la capacidad o aptitud de la persona a cuyo favor se expide el documento, distinta de la que sufrió las pruebas necesarias para la obtención del título o documento habilitador, con el peligro que ello entraña para la práctica de la profesión o **status** amparados ficticiamente, de suerte que bien puede decirse que el falso ideológico perpetrado a través de persona distinta afecta radicalmente a la esencialidad del documento, razón por la cual se estableció de antiguo la calificación de falsedad de que tratamos para mentadas conductas (Sentencia de 28 de enero de 1889), como, en general, siempre que hubiere suplantación de personas en expedientes—oficiales, con efectos documentados recayentes en otro (Sentencias de 23 de noviembre de 1889, 13 de febrero de 1890, 9 de marzo de 1945, 29 de febrero de 1960); y si bien es cierto que, en casos, se adoptó la tesis más benigna de estimar la comisión del delito de uso público de nombre supuesto (Sentencias de 26 de enero de 1915, 28 de mayo de 1948 y 21 de noviembre de 1955) ello se debió, ya porque la tesis venía impuesta en instancia, impidiendo la **reformatio in peius** la correcta calificación en vía casacional, ya, sobre todo, porque la utilización de nombre ajeno, no llegó a producir la falsedad del documento apetecido, con lo que el delito del artículo 322 del Código Penal, que hubiera sido absorbido por el más grave del artículo 303 del mismo Código Penal, recobraba su autonomía y fuerza incriminadora. (Sentencia 27 de diciembre de 1977.)

Artículo 321. Intrusismo.

Con el delito de intrusismo, contemplado en el artículo 321 del Código Penal se pretende sancionar criminalmente no sólo la falsedad que supone o significa el irrogarse o atribuirse públicamente un título oficial que en realidad no se posea, sino y sobre todo el peligro que supone para la sociedad y el interés comunitario el que una persona presuntamente imperita, por carecer de título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacioñal que acredite su competencia, realice actos propios de una profesión que exige tales requisitos, bien sea de manera habitual o continuada o de modo singular y momentáneo, aunque con ello no se hubiere producido resultado material lesivo alguno, por tratarse de una infracción criminal de las denominadas formales o de pura actividad, peligro que reviste caracteres más graves y acentuados, si tal intrusión se realiza en el cometido de un arquitecto, que es a quien compete por atribución legal la confección de proyectos para la construcción, entendiendo por tales como lo hace el Decreto de 1.º de diciembre de 1922, el conjunto de documentos precisos en cada caso con el detalle necesario para que otro facultativo distinto del autor pueda dirigir con arreglo a ellos las obras a las que se refieren; cualidad que en el presente caso no puede ser atribuida a los bocetos y croquis de viviendas confeccionados por el imputado al faltar en los mismos todos los datos referentes a estructuras, cálculos de resistencia de material, servicios de agua y electricidad y demás que afecten a la forma y seguridad de tales construcciones, sin los cuales sería imposible convertir en realidad lo diseñado y dibujado que, por otra parte, puede ser efectuado artísticamente o croquizado por el propietario del terreno o por otra persona cualquiera, aun sin hallarse en posesión de título alguno, máxime si se trata de un aparejador o arquitecto técnico que podría realizarlo para asesorar al cliente sobre la conveniente distribución del terreno con arreglo a las necesidades de éste y programación de la obra; sin que el hecho de que la corporación municipal que se cita, otorgara, en algunos casos, licencias para construir las plantas diseñadas, pueda ser imputado al acusado, que tampoco aparece probado que hubiera llevado la dirección de tales obras, ni completado en sus croquis, que por sí solos y sin suplir la falta de datos que muestran no eran autorizables ni ejecutables. (Sentencia de 16 de diciembre de 1977.)

Artículo 321. Intrusismo (habitualidad).

Para poder incriminar a un procesado por el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, delito previsto y sancionado en el artículo 321 del Código Penal, texto refundido de 1963, viene exigiendo la doctrina de esta Sala, en reiteradas sentencias, entre otras, en la de 27 de abril de 1972 y 6 de junio del propio año, la habitualidad o asiduidad en el corretaje de fincas rústicas o urbanas, requiriéndose por tanto su nota característica de mercantilidad, fundada en el comercio de mediación que exclusivamente practican sobre dicha clase de fincas, en cuyo caso les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.º del Código Mercantil, en lo referente a su capa-

cidad para ejercer el comercio, pues deben reputarse comerciantes a los que actúan en nombre ajeno, haciendo de ello su profesión habitual y los que interviniendo clandestinamente en repetidos actos de corretaje, perjudicando a los que legalmente ejercen la profesión de Agentes de la Propiedad incurren en el delito, si bien la intervención como mediador en una venta de una sola finca rústica, que incluso puede obedecer a razones de amistad con alguna de las partes contratantes, carece de entidad suficiente para estimarle intruso en la profesión, como sucede en el supuesto debatido, en que de facto se declara que sólo intervino el procesado como mediador en la venta de una finca del término municipal de Adra, percibiendo el correspondiente corretaje, sin ser suficiente para apreciar la habitualidad, el figurar inscrito en el Sindicato de Actividades Diversas, al no constar se dedicara con asiduidad o interviniera en la venta de más fincas, debe considerarse su actuación como un acto esporádico y por consiguiente atípico. Sentencia de 26 de noviembre de 1977.)

Artículo 344. Estupefacientes.

El delito tipificado en el artículo 344 del Código Penal, por ser de los denominados por la doctrina de riesgo o peligro y de consumación anticipada, no precisa para su completa realización y penalización, de la producción de un daño directo y efectivo en los bienes jurídicamente protegidos por la norma punitiva, en el presente caso la salud pública, sino que resulta suficiente que llegue a crearse para los mismos una situación de peligro, como consecuencia de la comisión por parte del imputado de alguna de las conductas enumeradas en dicho precepto, redactado de conformidad con la Ley de 15 de noviembre de 1971 y con el Convenio Unico de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificado por España en 30 de marzo de 1966, incluida la simple tenencia ilegítima de la droga tóxica o estupefaciente, cuando exceda de las necesidades del propio consumo, si el tenedor es toxicómano, pues entonces la falta de autorización administrativa o sanitaria es ya de por sí reveladora de que tales sustancias han sido cultivadas, elaboradas, adquiridas o poseídas para su ilegal tráfico, que pone en inmediato peligro la seguridad colectiva; por lo que en el presente caso, recogido como probado en el resultando fáctico y en el primer considerando, que debe considerarse integrado en aquel, por contener supuestos de hecho, que ambos procesados con unidad de propósito y acción y ánimo de beneficiarse económicamente adquirieron en Algeciras ilegítimamente los doscientos kilogramos de Griffa, sustancia tóxica que se halla incluida como tal en las listas anexas al Convenio Internacional citado, y la transportaron hasta Barcelona para su enajenación, donde les fue ocupada, resulta evidente que los recurrentes cometieron el delito por el que figuran condenados, en grado de consumación y no de tentativa. (Sentencia de 17 de diciembre de 1977.)

Artículo 406, 1.º. Asesinato.

Se recurre por la aplicación indebida del artículo 406-1.º y por inaplicación del párrafo primero del artículo 565, en relación con el 407, todos del indicado cuerpo legal punitivo, por cuanto el «animus necandi» debía quedar totalmente acreditado en la resultancia fáctica, y cuando ello no era así, habría que examinar la finalidad de la conducta del inculpado, y como el relato histórico consignaba que éste «abandonó el refugio y subió al terraplén de la autopista con la intención de dormir al otro lado del puente, y llegando al borde de aquella tropezó con unas piedras y entonces aquél, en cuya memoria estaba presente la anterior discusión, concibió la idea que llevó a la práctica, de arrojar una sobre el camastro de Manuel», tal conducta no especificaba que la intención del procesado fuera la de causar la muerte de aquél, resultado que hubiera podido prever de haber actuado con mayor diligencia y cuidado, lo que se deducía también de que tras arrojar la primera piedra esperó con otra la posible reacción de la víctima, alegación carente de densidad dialéctica y consistencia suasoria, bastando la simple lectura del relato probatorio para ver que la alegación aducida no es más que un esfuerzo hábil y loable de imaginación defensiva, aunque inoperante a los fines casacionales postulados, en razón a lo ya expuesto y razonado en el motivo precedente, que sí no permitió degradar la grave culpabilidad de asesinato estimada a la inferior inmediata de homicidio, tanto más problemático resulta que aquel delito quede reducido a una imprudencia grave con resultado de muerte, ya que si el recurrente, como expresa el «factum», esperó con otra piedra la posible reacción de su víctima, era sin duda para el remate de ella en el improbable supuesto de no fallecer en el acto, como aconteció, sin que el relato fáctico tuviera que consignar el propósito de matar, cuando así explícitamente se desprendía de aquél, cuyo relato también consigna que el procesado «es persona de reacciones agresivas intensas», ratificando por añadidura en la motivación de la Sentencia que el procesado actuó sin riesgo subjetivo, al lanzar una piedra que por sus dimensiones era apta para producir el resultado perseguido, sobre una altura de seis metros, mientras dormía la víctima, «a la que necesariamente había de alcanzar, ocasionándole la muerte», no siendo posible dentro de la doctrina y técnica criminalista poder apreciar imprudencia temeraria, por resultar incompatible con la apreciación del obrar doloso reconocido en los hechos al procesado, razones que determinan la desestimación del motivo examinado por su manifiesta injustificación. (Sentencia de 3 de febrero de 1978.)

Artículo 407. Homicidio (frustrado).

Del relato histórico de la sentencia recurrida aparece que el medio empleado para cometer el hecho ha sido un arma de fuego, como es una escopeta del 12, o sea, un medio perfectamente idóneo para producir la muerte si se utiliza adecuadamente; que el disparo fue hecho a tan poca distancia de la puerta de la casa del perjudicado (a bocajarro se dice en el primer Considerando), que la atravesó, alcanzando a éste en la cabeza, lo que

equivale a decir que el arma fue utilizada en forma adecuada para matar a la persona contra la que se dirigió el disparo; que el procesado esperó a disparar a que el ofendido, que se había levantado de la cama en donde se hallaba, para abrir la puerta, se encontrase detrás de ésta, abriéndola. Por todo lo cual, resulta evidente, por un lado, que el procesado ha realizado todos los actos ejecutivos necesarios y perfectamente adecuados para que hubiesen producido como resultado la muerte del ofendido, la que no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad, como fue la fortuita de que el disparo, en vez de alcanzarle de lleno en lugar tan vital del cuerpo humano como es la cabeza, tan sólo le hubiese alcanzado en la región cervical occipital y, por otro, que concurrió el dolo de muerte, ya que de lo expuesto se deduce que el procesado quiso matar al ofendido, pero además, lo que no puede ponerse en tela de juicio es que el procesado, al hacer el disparo contra la puerta dirigiéndolo hacia el lugar en el que sabía se encontraba abriéndola el perjudicado, con absoluta conciencia y voluntariedad aceptó la previsible y muy probable consecuencia de su muerte, por lo que sería de estimar concurrente el dolo eventual de su muerte, pues de tener en cuenta que una de las consecuencias de la identidad del elemento subjetivo en los supuestos de perfección como en los de imperfección delictiva es, que en el aspecto cualitativo, se deben admitir para los supuestos de imperfección ejecutiva las mismas clases de dolo que para el delito consumado. (Sentencia de 28 de noviembre de 1977.)

Los fundamentos del recurso apoyados en la aplicación indebida del artículo 407 del Código Penal y no aplicación del núm. 2.º, del artículo 420, del mismo Cuerpo Legal, centran la problemática jurídica en el examen de la distinción entre el homicidio frustrado y el delito de lesiones, y esta radica en que concurra o no, en los elementos de la culpabilidad, el «animus necandi», dando lugar la presencia de este ánimo al signo homicida, y su ausencia a la configuración delictual de las lesiones.

Para la investigación de este ánimo homicida hay que analizar las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la acción determinante del resultado lesivo, que se recogen en los hechos declarados como probados, y de forma muy especial las inherentes a las causas que originaron este resultado, a través de una valoración objetiva y ponderada, entre las que se encuentran los medios empleados en la acción y las características de las heridas.

Aplicada la anterior doctrina a los supuestos que se relatan como hechos probados, tenemos: como conductas previas a las causas del resultado, una enemistad, una discusión y una riña entre el procesado y la víctima, que si bien es cierto que no arrojan el ánimo homicida, tampoco le hacen desaparecer, porque estas tres circunstancias pueden originar un homicidio o unas lesiones, sin que por otra parte pueda admitirse, como pretende el recurrente, que el hecho de que durante la riña se señalen dos periodos, en los que el procesado, en el primero esgrimió un palo y en el segundo un hacha, excluya el ánimo de matar porque este puede surgir con toda normalidad en el calor de la lucha; como conducta posterior a la productiva del resultado, el abandono por el procesado del lugar de los hechos dejando a la víctima

tendida en el suelo en estado inconsciente, que, en la busca del ánimo del delito, es inoperante porque es dable o posible tanto en una como en otra clase de delito; y como circunstancias coetáneas a la acción, la existencia de múltiples heridas, entre las que destaca la existencia en la región parieto-frontal, de cinco centímetros con el carácter de inciso-contusa, implicando el carácter de inciso la realización por instrumento cortante como es el hacha utilizada por el procesado y este medio ha de considerarse idóneo para producir la muerte y la parte del cuerpo humano donde se produjo la herida adecuada por haberla ocasionado, por lo que es de apreciar en el sujeto activo del delito o en el procesado el «animus necandi» y por ello estimar correcta la calificación jurídica de los hechos como homicidio frustrado. (Sentencia de 3 de diciembre de 1977.)

Que si la intención sólo se descubre por los medios que la exterioriza, estos medios, según se refleja en los hechos probados, fueron tan idóneos para producir la muerte del agredido que la intención homicida se deduce con acusado relieve de ellos; y no tan sólo por la naturaleza del arma con la que se cometiera la agresión, una navaja que sacó el procesado en el curso de una reyerta surgida en el bar donde habían entrado en unión de unos amigos formando alboroto, tirando al suelo vasos que estaban en el mostrador, al serles llamada la atención por el dueño y clientes del bar por su conducta antisocial, sino, también por el lugar tan vulnerable del cuerpo de uno de los clientes del bar de los que les llamaron la atención, en que asestó el fortísimo golpe con la navaja a nivel del último espacio intercostal derecho que llegó a interesar el corazón, produciéndole intensa hemorragia que no le ocasionó la muerte gracias a la inmediata intervención quirúrgica y al adecuado tratamiento facultativo, conjugando, pues, el instrumento o arma esgrimida, en sí tan idónea y adecuadamente empleada, y el lugar tan vulnerable del cuerpo humano afectado que aloja órganos vitales, se pone de manifiesto la utilización por el autor del delito de los medios ejecutivos que deberían haber producido como resultado la muerte del agredido, que no se produjo debido a circunstancias totalmente ajenas a la voluntad del agente, todo lo cual pone de manifiesto que fue el «animus necandi» y no el ánimo de lesionar o herir lo que guió al procesado al agredir a la víctima, y al no haber conseguido su finalidad, lo que hubiese producido la consumación del delito en un nexo de causalidad, fue acertada y hasta obligada la calificación de delito de homicidio, en grado de frustración, que se hizo en la sentencia recurrida, por lo que procede desestimar el único motivo del recurso en el que se denuncia la infracción del artículo 407 en relación con el párrafo 2.º del artículo 3.º y la no aplicación del número 3.º del artículo 420, todos del Código Penal. (Sentencia de 12 de diciembre de 1977.)

Artículo 431. Escándalo público.

Mientras la normativa sustantivo-penal, tipificada en el artículo 431 del Código Penal, no sea legislativamente reformada, los hechos que se afirman probados y las representaciones gráfico-fotográficas a que se refieren, en la necesaria descripción que los hechos contienen para relatar fácticamente

lo acaecido, no hay medio hábil de negar que las representaciones gráficas son ofensivas al pudor y a las buenas costumbres, sin que el hecho de que determinadas personas se complazcan en el examen y contemplación de éstas impúdicas fotografías excluya que sean «per se» de forma intrínseca, gravemente escandalosas, con la inherente trascendencia que supone su exhibición en kioscos y librerías y su difusión a los lectores, entre los que indudablemente hay menores, a los que refiere el párrafo segundo del citado precepto, sin que obste a esta calificación la apertura actual en materia de espectáculos y publicaciones, pues aunque pueda trascender a los adultos, respecto a los menores, se prohíbe su acceso para evitar la repercusión que estas exhibiciones pueden tener, e indudablemente tienen, en su formación moral; sin que pueda negarse la dolosa intención de la publicación, pues ello pugna con la «presunción iuris tantum», establecida en el párrafo segundo del artículo 1.º del Código Penal, no eficazmente desvirtuado y siendo de recordar que, en referencia a este aspecto internacional, se afirma en el último inciso del primer Considerando, con contenido primordialmente de hecho, que se actuó «subordinando el escándalo que produzcan, a la consecuencia de un atrayente beneficio económico». (Sentencia de 17 de enero de 1978.)

Artículo 431. Escándalo público (tentativa).

Procede estimar el recurso, mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 3.º en relación con el párrafo 1.º de dicho artículo y con el artículo 52 del Código Penal, ya que los delitos de mera actividad no rechazan todas las formas de imperfección ejecutiva, pues así como es inimaginable la frustración, la tentativa es perfectamente posible, cuando dada la estructura del delito de que se trate, la conducta del agente sea fraccionable en el recorrido del «iter criminis», como ya ha declarado esta Sala, entre otras, en Sentencias de 7 de noviembre de 1973 y 20 de noviembre de 1976, y ello no solamente en el supuesto de conductas «plurisubsistentes» que pueden realizarse a través de sucesivos actos, sino incluso también en el supuesto de conductas «plurisubsistentes», que se perfeccionan por un solo acto, ya que, aunque en este último supuesto, en general, la realización del acto único produce, de suyo, la consumación, cabe la posibilidad de ciertos supuestos de excepción en los que sin corresponderse el acto realizado formal y exactamente con la conducta descrita en el tipo, aparezcan, como partes integrantes de la misma, de ahí, pues, que como del relato histórico de la sentencia recurrida aparece con absoluta claridad cuál era el plan delictivo del procesado, o sea, que tenía la intención de realizar el hecho consumativo del delito y, asimismo, que realizó actos que exceden de los meramente preparatorios e integran actos ejecutivos del plan trazado para llegar a alcanzar el fin perseguido, como fueron el de instar a las niñas a pasar al interior de un edificio ruinoso e intentar abrir la bragueta, y que si no llegó a realizar todos los actos ejecutivos que entraban en su designio y que hubiesen producido el hecho típico y, por tanto, la consumación del delito, fue debido a causas ajenas a su voluntad, como fue la intervención de un Policía Armada, que se había percatado

del propósito del procesado; claro resulta que la calificación que corresponde al hecho es de constituir un delito intentado de escándalo público. (Sentencia de 23 de enero de 1978.)

Artículo 436. Estupro.

La promesa de matrimonio integrante del engaño típico y eficaz en el estupro común o de seducción sancionado en el párrafo 1.º del artículo 436 del Código Penal, no sólo se origina, conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, entre ellas las Sentencias de 31 de marzo y 14 de mayo de 1977, por declaración expresa y categórica de matrimonio, sino que también puede ser hecha tácitamente, revelado por una serie de actos que den a conocer elocuentemente su existencia de noviazgo o de relaciones amorosas entre ofensor y ofendida, adornadas de las cualidades de lícitas, públicas y serias, de tal entidad que presagien una fundada culminación de matrimonio; es decir, que reuniéndose los demás requisitos de la modalidad de estupro en examen, a saber, la edad de la mujer protegida por el precepto que debe ser mayor de dieciséis y menor de veintitrés años, no menos que la honestidad de la misma, la culminante exigencia del engaño puede ser apreciada en la forma disyuntiva ya examinada, aparte otras acepciones del engaño de distinta índole que aún siendo de mucha menor frecuencia en la praxis lo haga equivalente; y esa promesa de matrimonio aparece de la relación de hechos probados en la que se expone cómo la ofendida de diecinueve años de edad y de conducta honesta, durante el curso de unas relaciones de noviazgo lícitas y públicas, en las que el procesado llegó a manifestar, en varias ocasiones, su propósito de casarse con ella, se entregó no sólo por la promesa matrimonial, como se dice en el primer Considerando de la sentencia impugnada integrando y completando la declaración de hechos probados en cuanto al momento en que se hizo la promesa, antes de conseguir el procesado el acceso carnal, sino también por las relaciones públicas que las confirmaban e hicieron infundir en la ofendida esa confianza a la celebración del matrimonio de la que se previó el procesado para conseguir la iniciación de relaciones sexuales con su novia. (Sentencia de 18 de enero de 1978.)

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

El artículo 452 bis, b), 1.º del Código Penal considera delito relativo a la prostitución el hecho de promover, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años y la doctrina de esta Sala, en la aplicación del precepto, ha establecido que en dicho precepto y apartado deben entenderse comprendidas toda la gama de posibles actividades impúdicas que sean susceptibles de depravar, dañar o viciar a una de las personas designadas en la norma; que tratándose de una tipicidad de tendencia y no de resultado material, el delito se consuma desde el momento en que se inicia al menor en el camino del vicio, siendo punible cualquier

acción esporádica, que promueva, favorezca o facilite la prostitución o la corrupción, pudiendo ser sujetos activos del delito quienes realicen dichas actividades en propio provecho.

En el caso que nos ocupa el procesado y recurrente, casado, de treinta y ocho años de edad, tras de vencer la resistencia de la ofendida de dieciséis años de edad, realiza el acto carnal con ella, a finales de febrero de 1976, convenciéndola posteriormente a que se marchase a vivir con él, dejando su trabajo, engaña a los padres de la misma, haciéndose pasar como Secretario de la señora a quien la menor servía, para convencerles en que consintieran tal traslado, les entrega a ellos 10.000 pesetas, a la joven abundantes ropas y productos de perfumería, saliendo de viaje continuando sus íntimas relaciones, sin buscar trabajo a la muchacha, haciéndola su amante y manteniéndola a su disposición sexual, en vida común hasta el 31 de marzo, con lo que de persona honesta y moral, en todos los órdenes, la arrastra a una vida de vicio y de entrega carnal permanente, haciendo que una joven de corta edad, con vida honesta, transforme ésta en vida de vicio. (Sentencia de 19 de diciembre de 1977.)

Artículo 458, 2.º Injurias graves.

Es doctrina reiterada de esta Sala que la «gravedad» de las injurias dimana tanto del elemento «ontológico u objetivo» en que la injuria plasma («palabra o expresión» proferida, y «acción» ejecutada a que alude en su dicotomía el artículo 457 del Código Penal, comprensiva de las injurias verbales y reales), como del elemento «circunstancial», expresamente afirmado en los números 3.º y 4.º del artículo 458 del propio Código, en los que se mienta no sólo la «naturaleza» de las injurias atinente al inicial elemento objetivo que les sirve de soporte, sino también a las circunstancias en que aquéllas fueron vertidas, tanto en general, a efectos de la valoración social de la afrenta, como en particular; esto es, las que rodean a ofensor y ofendido, estado y dignidad de este último y demás circunstancias, entre ellas, de modo acusado, la presencia de otras personas (la llamada en doctrina «transmisión a tercero» de la ofensa, constitutiva en su nivel más alto de otra especie deshonorante: la **difamación**, suplantada en nuestro Derecho por la agravante de «publicidad» prevista en el artículo 463 del Código Penal); siendo igualmente de destacar dentro del antecedente elemento objetivo, la distinción entre «injurias imprecativas», ligadas a vocablos o frases acuñadas por su gran difusión social, salidas por ello directamente del subconsciente en situación emocional propicia, e «injurias ilativas», de textura intelectual más compleja, que por referirse a hechos o conductas concretas implican ya un cierto raciocinio, un punto de intelectual inducción que, «psicológicamente», las hace más elaboradas y acabadas que las simples y elementales expresiones de insulto y que, «jurídicamente», deben tener una traducción valorativa de mayor entidad o gravedad, proceso injurioso que aún se acrecienta más, si cabe, rozando la agravante de premeditación, por cuanto de cálculo frío y preordenado entraña, si el sujeto agente se vale de un inimpuntable, a modo de «complemento de la acción», amparándose en la sombra

del llamado «autor mediato», para verter con mayor insidia la afrenta que luego ratifica y explica ante el auditorio atraído por el incidente provocado inconscientemente por el instrumento o súcubo del verdadero autor de la injuria. (Sentencia de 25 de octubre de 1977.)

Artículo 480. Detención ilegal.

El delito de detención ilegal tipificado en el artículo 480 del Código Penal se caracteriza, como se desprende su texto punitivo, por ejecutarse por un particular, privando de libertad a otro, bien encerrándole, bien deteniéndole, constituyendo un atentado a la libertad humana, bien jurídico primario de rango constitucional protegido por el artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se comete aprehendiendo a una persona ilícitamente, haciéndola perder durante algún tiempo su libertad de movimiento y su iniciativa de personal desplazamiento o de disposición de su persona, o recluyéndola donde no quiere, y siendo así que el relato fáctico de la Sentencia impugnada afirma que los procesados, tras haber intimidado al empleado de la primera gasolinera, «le obligaron a que subiera con ellos en el coche», y que posteriormente, con igual maniobra intimidatoria, con el empleado de la segunda gasolinera, «le obligaron también a subir al coche, trasladándole junto con el anterior hasta unos seis kilómetros de Toledo, en donde los abandonaron», transcripción de la que se evidencia que dichos empleados fueron víctimas cada uno de ellos del delito de detención ilegal previsto y penado en el precepto penal expresado, que al haberse consumado en dos sujetos pasivos distintos engendran dos delitos propios, autónomos e independientes, por cuanto de una parte, cada una de las actuaciones delictivas tuvo plena perfección, subjetiva y objetivamente considerada, realizadas en momentos distintos y con precisión conocida, independientes entre sí y agotando cada una por entero el resultado propio que caracteriza a la figura relictiva contemplada, dándose la pluralidad de delitos. (Sentencia de 31 de enero de 1978.)

Artículo 487. Abandono de familia.

En atención a que determinados deberes derivados de la relación conyugal o paternofamiliar trascienden del ámbito de lo estrictamente privado, nuestro legislador ha incardinado en el Código Penal el incumplimiento de los mismos, como acontece en el artículo 487 sancionador del delito de abandono de familia, artículo que contiene un precepto legal en blanco en cuanto que para determinar cuáles sean los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela y el matrimonio hay que acudir a lo dispuesto al efecto en el Código Civil, y al hacerlo así, por lo que concretamente se refiere al supuesto de autos, nos encontramos con que, según el artículo 56 del referido Código Civil, los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, de ahí, pues, que al resultar del relato fáctico de la sentencia recurrida que el procesado que-

se hallaba casado con la ofendida desde el día 24 de octubre de 1967, el día 17 de marzo de 1974 salió del domicilio conyugal sin que se haya vuelto a tener noticias del mismo y desde cuya fecha no ha pasado cantidad alguna a la esposa, es evidente que aparecen suficientemente descritos los elementos integrantes del mencionado delito de abandono de familia, ya que la ausencia prolongada y, con apariencia de definitiva, del hogar familiar, por parte del procesado, supone el incumplimiento de los deberes de convivencia y mutuo auxilio impuestos con carácter de «ius cogens» por el referido artículo 56 del Código civil, y además ha de reputarse como malicioso, ya que como ha declarado con reiteración esta Sala, entre otras, en Sentencias de 28 de marzo de 1947, 28 de enero de 1971 y 16 de octubre de 1972, abandono malicioso tanto quiere decir como abandono consciente y voluntario en el plano de la culpabilidad como inmotivado o sin causa en el plano de la antijuricidad, entendiéndose que es inmotivado siempre que no aparezca probada la existencia de un motivo conocido o razonable que sirva para amparar la conducta de quien se ausenta del hogar doméstico dejando en desamparo moral y material a las personas puestas a su cargo en razón al «status familiar». (Sentencia de 21 de diciembre de 1977.)

Artículo 489 bis. Omisión del deber de socorro.

El delito de omisión del deber de socorro, previsto y penado en el artículo 489 bis del Código penal, donde el bien jurídico protegido es la defensa de la solidaridad humana, basado en los deberes de caridad y altruismo comunitario, con la inherente obligación de prestar apoyo al que necesita amparo, arranca de las Leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor, y contiene dicho precepto una regla o tipo general previsto en el párrafo primero del mismo y un tipo especial agravado del párrafo tercero. En relación con este párrafo, ha declarado reiteradamente la Sala que el delito se integra de una serie de requisitos fundamentales, de los que conviene subrayar: a) que el agente ocasione una víctima en accidente; b) que la víctima se encuentre desamparada, en peligro actual, manifiesto y grave; c) que se omita por el sujeto activo el cumplimiento del deber no ya sólo ético, sino jurídico de prestar socorro y ayuda a la víctima; d) que pueda hacerlo sin riesgo propio, ni de tercero, y sin encontrarse imposibilitado para ello por cualquier causa justificada; e) dolo o conciencia de la situación de desamparo, de la gravedad del abandonado y voluntad de no prestarle la ayuda más elemental y humanitaria, para paliar o remediar su situación de desamparo.

Aplicando tal recta doctrina al caso de autos y recurso que se analiza, la infracción por aplicación indebida del artículo 489 bis, números primero y tercero del Código Penal, en cuanto que el procesado detuvo su vehículo, se apeó un amigo del mismo, que se dirigió al lugar del accidente, hubo un conductor de camión que presenciaba éste y por tanto, aunque la conducta del procesado, al darse a la fuga, fuera reprobable en el orden moral, no integraba delito, puesto que no existía desamparo de la víctima; más la argumentación no puede en modo alguno prosperar, porque la víctima se en-

cuentra desamparada, mientras no reciba ayuda sanitaria, aunque otras personas estén dispuestas a hacerlo—en este caso el amigo y aun el conductor del camión—; la víctima recibió graves heridas, del atropello tuvo conciencia el recurrente, puesto que se apercibió correctamente, pese a lo cual se dio a la fuga, no prestó el personal auxilio que le exigía el Código Penal, con objeto de sustrarse a la acción de la justicia rehuyendo su responsabilidad, a tal extremo que negó en sus primeras declaraciones incluso ser el autor del atropello. (Sentencia de 9 de febrero de 1978.)

Artículo 500. Robo (ánimo de lucro).

Se alega en el recurso la falta del correspondiente ánimo de lucro en los actos de apoderamiento realizados por el recurrente, como necesario elemento subjetivo del tipo, sin el cual no es dable construir la figura legal del delito de robo en la que aparecen encuadrados tales hechos, es necesario poner de relieve una vez más, que según la reiterada interpretación de esta Sala, dicho ánimo de lucro se presume siempre a no ser que se demuestre lo contrario, en todas las conductas de ilícito apoderamiento. (Sentencia de 10 de diciembre de 1977.)

Artículo 504, 1.º. Escalamiento.

El escalamiento a que se refiere el número primero del artículo 504 del Código Penal, sólo «ex lege» puede entenderse como manifestación o modalidad de la fuerza en las cosas requeridas en el artículo 500 del citado Cuerpo legal, puesto que realmente el agente vence los obstáculos que el titular dominical ha establecido para preservar su patrimonio de apetencias apoderativas ajenas, no de modo violento, valiéndose de esfuerzo físico o de «vis en re» o de «vis ad rem», sino mediante su destreza o agilidad, cualidades que permiten soslayar o eludir esos obstáculos de modo subrepticio, logrando el acceso a las cosas muebles que desea incorporar a su patrimonio por vía insólita y no por conducto idóneo y normal; siendo preciso patentizar que el concepto de escalamiento ha experimentado, de modo constante y progresivo, un ensanchamiento, el que partiendo del significado gramatical—«acción y efecto de escalar»—, y escalar, «entrar en una plaza u otro lugar valiéndose de escalas» o «subir, trepar a una gran altura», lo que implicaría acción de ascender sobre el nivel del suelo, llegó al auténtico establecido en el inciso segundo, número primero, del artículo 421 del Código Penal de 1848, donde se dice «hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto» definición que, recogida por los Códigos posteriores hasta el de 1944, acentúa la exigencia de acceso a un inmueble por lugar no idóneo ni dedicado a tal fin, sin que, por el contrario, importe si para ello se ha de subir o trepar, si se ha de descender o si se entra por lugar situado al mismo nivel o altura que el de la vía pública o el del terreno circundante; y desaparecida, tras la reforma penal de 1944, la definición o interpretación auténtica citada, esta supresión no significa, como ha decla-

rado constantemente este Tribunal, v. g., en la Sentencia de 27 de mayo de 1977, un retorno o retroceso al sentido semántico de subir o trepar, por escala o sin ella, sino, antes al contrario, una nueva extensión del concepto, el cual seguirá abarcando los casos de entrada en inmuebles por vía no destinada al efecto, como, v. g., ventanas y balcones—Sentencias de 5 de noviembre de 1949, 4 de febrero de 1950 y 3 de marzo de 1952—, o por los tejados—Sentencias de 23 de septiembre de 1943—, gateras—Sentencia de 2 de julio de 1959—, chimeneas—Sentencia de 26 de noviembre de 1890—, tragaluces—Sentencia de 27 de diciembre de 1918—, claraboyas—Sentencia de 6 de octubre de 1965—, montantes de puertas—Sentencia de 21 de agosto de 1883 y 31 de enero de 1929—, agujeros o huecos—Sentencia de 6 de septiembre de 1911—, alcantarillado—Sentencia de 8 de mayo de 1945—, desagües—Sentencia de 8 de enero de 1954— y rastrillos y espacios inferiores de puertas—Sentencias de 19 de octubre de 1892 y 15 de noviembre de 1900—, pero también aquellos en los que, sin entrar en edificios, se acceda a los bienes muebles cuyo apoderamiento se desea, trepando, subiendo o ascendiendo, es decir, venciendo los obstáculos que el titular haya establecido para la adecuada protección de dichos bienes, mediante el empleo de un medio subrepticio demostrativo no de la fuerza o vigor físico del agente, sino de su ingeniosa agilidad y de su astuta destreza. (Sentencia de 30 de noviembre de 1977.)

Artículo 504, 4.º. Llaves falsas.

Resulta de los hechos probados que el recurrente había sido camarero del restaurante propiedad del perjudicado, pero cesaron las relaciones laborales, y por benevolencia del dueño le permite, mientras encontraba otro trabajo, pernoctar en la habitación que había ocupado mientras trabajaba, en unión de la esposa del recurrente. Y es entonces cuando éste decide apoderarse de dinero, de la caja fuerte del restaurante, aprovechando que el propietario había dejado las llaves en un tablero del mostrador como en otras ocasiones, y haciendo uso de ellas cometió la sustracción. En base de estos hechos, que conocidos por el propietario fueron inmediatamente denunciados, debe concluirse que el propietario había dejado su dinero en la caja fuerte, defendido de todo acceso extraño, que las llaves ya no las podía usar el acusado que había terminado su relación laboral y sólo permanecía en las habitaciones del restaurante por benevolencia, favor y ayuda del propietario, que dejó las llaves colgadas y olvidadas y que las sustrajo, sin su consentimiento, contra su consentimiento y con olvido de los elementales deberes de gratitud, las usó para apoderarse del dinero propiedad de aquél. Con ello se concluye que las llaves eran legítimas y se sustrajeron al propietario, con lo que el encaje en el artículo 504.4.º y 510 del Código Penal. (Sentencia de 22 de diciembre de 1977.)

Artículo 505, 2.º. Robo.

Se alega la infracción del artículo 505, número segundo, del Código Penal, en cuanto que apoyándose en las afirmaciones de la sentencia, dice que si el valor de las joyas sustraídas, tras el escalamiento y la rotura de la ventana, en casa habitada no ha podido ser determinado, aunque no consta que sea de cuantía superior a cincuenta mil pesetas, como no se determina la cantidad inferior, deja duda en cuanto a la cuantía, por cuya razón debió aplicarse el número primero del artículo 505 del Código Penal. Mas al así razonar el recurrente omite una afirmación sustancial de la sentencia y es aquella en que se afirma que se apoderó de siete mil pesetas en metálico y además otros efectos y alhajas en cuantía que reseña el recurso. Como el artículo 505, segundo, señala la pena de presidio menor, si el valor de lo robado excediere de cinco mil pesetas y no pasare de cincuenta mil pesetas, es claro que sólo el metálico excedía de seis mil pesetas, a lo que debía añadirse el valor de los efectos y joyas, cuyo valor real no excedía de cincuenta mil pesetas, con lo cual el Tribunal sentenciador procedió con corrección al aplicar el número segundo y no el primero como pretende el recurrente y aun con equidad, benevolencia y aplicando el principio «in dubio pro reo», pues bien pudo añadir al valor de las joyas que no excedían de cincuenta mil pesetas, el valor del metálico y aplicar el número tercero, postura que con prudencia no aplicó, en aras del aforismo jurídico «favorabilia sunt amplianda». Con lo que se concluye en la corrección de la postura del Tribunal en la aplicación del número y precepto que se dice violado. (Sentencia de 31 de enero de 1978.

Artículo 506, 2.º. Casa habitada.

Vigente el Código Penal de 1932, para que concurriera delito de robo con fuerza en las cosas era menester que el hecho se verificara en **casa habitada** o edificio público—artículo 497—, o en dependencia de casa habitada o de edificio público—artículos 497 y 500—, o finalmente, en lugar no habitado o en edificio no comprendido en el artículo 497—artículo 501—; y, como este Tribunal entendió, de modo constante, que el lugar no habitado debía al menos ser **habitable**, la conclusión ineludible era la de que si el hecho ocurría en lugar ni habitado ni habitable y que no fuera además dependencia o edificio que reuniera las características mencionadas, la conducta de los infractores, constituía, en su caso, delito de hurto y no delito de robo. Pero, promulgado el Código de 1944, aprobado mediante Decreto de 23 de diciembre de dicho año, en cuya exposición de Motivos, concretamente en el apartado B) de la misma, se dice que una de las finalidades de la reforma es la «Redacción del capítulo relativo al delito de robo con rigor científico», en el texto del mentado Código, desaparece toda referencia a lugar no habitado, pero habitable y, además, la casa habitada deja de constituir elemento integrante de la descripción o definición legal del delito de robo con fuerza en las cosas para integrar, en el número segundo del artículo 506, un simple subtipo o agravación específica; de lo que se deriva que si, los lugares donde

se perpetraron los hechos descritos en los apartados b), c) y d) de la narración histórica de la sentencia impugnada, no merecían el calificativo de casa habitada, bastaba con inaplicar el número segundo del artículo 506 citado, como así lo entendió el Tribunal de instancias y si tampoco eran lugar habitable, ello no impide, con la legalidad punitiva vigente, la aplicación del número segundo del artículo 504 del Código Penal, como lo hizo certeramente la Audiencia. (Sentencia de 30 de noviembre de 1977.)

Artículo 514, 1.º. Hurto.

A juicio del recurrente la arena hurtada no consta que fuera cosa mueble por su incorporación a un predio; ni tampoco que de ella se apoderase el agente sin la voluntad de su dueño. Esta motivación adviene inestimable por la falacia argumental de su doble apoyatura razonadora, pues de una parte en la peculiaridad de los arenales, la arena no está incorporada y formando cuerpo indivisible con la finca a que está adosada, sino que por la propia y peculiar naturaleza de estos predios la arena es el fruto, que no hay que arrancar ni separar con fuerza, sino solo sacarla, y por eso estos contratos se llaman de **saca de arenas**. Por otra parte, consta la voluntad contraria de la entidad propietaria de la arena a que de ella se apoderase en su provecho, lucro y beneficio el acusado, existiendo una presunción de que todo apoderamiento de cosa mueble ajena se presume con presunción «*iuris tantum*» contrario a la voluntad de su dueño, presunción que sólo cede ante la prueba eficiente de que la cosa fue apoderada con la permisión de su propietario, y de ello es buena prueba que el apoderamiento de cosa perdida previsto en el núm. 2.º del propio artículo se presume también que se realiza sin la voluntad de su dueño y sólo cede ante la contra presunción de que la cosa fue abandonada y no perdida. A mayor abundamiento, aun en el caso de que originariamente la arena se considerase inmueble, también procedería mantener el fallo recurrido por el principio de **pena justificada**, pues si la arena se separó de la finca con esta actuación se causó un daño y menoscabo y si además el objeto del daño—arena extraída—se apoderó el imputado con ánimo de lucro, este apoderamiento del producto del daño se encuadraría en el núm. 3.º del propio artículo 514. (Sentencia de 30 de enero de 1978.)

La llave de la puerta de entrada del piso de la víctima se hallaba colocada por ésta en el lugar que se indica, al alcance de sus amistades, donde fue cogida por la procesada, que se hallaba entre tales amistades, para ser utilizada por el desconocido autor material de la sustracción de las joyas, que se hallaban en el interior de dicha vivienda, para penetrar en la misma, en ocasión en que la inculpada, como amiga de la dueña había invitado a ésta a pasear, logrando con ardides que el piso quedase vacío y poniendo previamente a su coautor en conocimiento de tales circunstancias para que éste pudiera realizar el hecho impunemente, tal conducta no puede ser calificada de robo como pretende el Ministerio Fiscal en el primer motivo del recurso, al no aparecer claramente expresado que la propietaria hubiera sido despojada contra su voluntad manifiesta de la llave empleada,

que es en lo que consiste propiamente la sustracción exigida en el precepto que tipifica el subtipo de robo descrito en el núm. 4.º del artículo 504, en concordancia con el núm. 2.º del 510, ambos del Código Penal, ya que la palabra cogió, sinónima de asir o tomar en la mano, no puede ser entendida unívocamente como desposesión por tratarse en este caso de materia de exégesis o interpretación restrictiva al ir en perjuicio de la imputada, por lo que esta Sala tiene ya declarado en Sentencias de 9 de octubre de 1963 y 29 de octubre de 1966, entre otras, «que cuando las llaves se encuentran visiblemente al alcance de cualquiera **al cogerlas**, el procesado no rompe ninguna relación posesoria entre el dueño y la llave y no existe sustracción propiamente dicha, sino utilización sin violencia, ni fraude. (Sentencia de 26 de diciembre de 1977.)

Artículo 516, 2.º. Hurto (abuso de confianza).

Borrada la distinción entre el simple y el grave **abuso de confianza** por la reforma penal de 1944, que servía para caracterizar, respectivamente, la agravante genérica y la específica o cualificativa del hurto, es visto la amplitud sufrida por esta última modalidad agravatoria que según doctrina reiterada reposa en dos elementos: uno **subjetivo**, primero y fundamental, constituido por la real existencia de una relación de fiducia entre ofensor y ofendido, tal como la **relación doméstica** o asimilada de hospedaje oneroso o gratuito, la **labor o profesional** y la **relación de amistad** o a ella equivalente; y otro elemento de corte **objetivo**, derivado del primero, integrado por las facilidades de comisión que encuentra el delincuente inmerso en aquella atmósfera de descanso moral que se le otorga, con la consiguiente relajación de los resortes de custodia y vigilancia que de ordinario pone el propietario en su patrimonio, sustituidos por una expectativa de buen comportamiento que se espera de quien ha sido admitido a compartir situaciones o sentimientos que implican aquella dejación de los resortes dominicales; aspectos, ambos, que dan, a no dudarlo, en el sujeto que entra a participar en una comunidad de vida establecida por otras personas ligadas por una relación laboral o de otra índole y en cuyo seno es admitido por la amistad con uno de los miembros, pues esta convivencia bajo el mismo techo crea vínculos de lealtad entre **todos** ellos, basados en la mutua confianza que los liga, ligabilidad que obliga, a quien se incorporó, a respetar los bienes jurídicos, entre ellos los patrimoniales, de cuantos integran el grupo conviviente, que sólo así puede llevar a buen puerto su **solidaria** existencia.

Aplicado el anterior pensamiento al **factum** de la sentencia recurrida se hace preciso estimar el recurso del Ministerio Fiscal el que, en su único motivo, estima debió aplicarse el núm. 2.º, del artículo 516, del Código Penal, cualificador del hurto por el abuso de confianza concurrente y que, en efecto, concurre en la conducta del procesado quien, por causa de un disgusto familiar que lo alejó de su domicilio, fue invitado por un amigo a acogerse al piso que compartía con otros compañeros de trabajo viviendo todos ellos en comunidad, y en cuya vivienda, después de pernoctar una noche, el procesado, al siguiente día, prevalido de aquella situación de

colectiva convivencia, se apoderó de diecinueve mil pesetas que uno de los residentes guardaba en una maleta abierta debajo de la cama, pues es manifiesto que al prevalerse el reo de su admisión en la comunidad de que se trata quebrantó gravemente la confianza en él depositada por cuantos la integraban, faltó, en suma, al mínimo de lealtad debida a quienes de buen grado le recibieron y aceptaron para que compartiera la intimidad de la morada de todos y sin que sea óbice para tal quebranto decir que la relación de confianza no se dió entre el procesado y el perjudicado, sino entre aquél y quien le invitó a su casa, pues ya se ha dicho que desde el momento en que fue admitido sin objeción de nadie a compartir el piso de autos que todos ocupaban, todos le otorgaron el margen de confianza suficiente y necesario a la vez para que pudiera incorporarse a la vida en común. (Sentencia de 8 de febrero de 1978.)

Artículo 529, 1.º. Estafa.

Al estar encuadrado el engaño de que se trata en el número primero del artículo 529 del Código Penal como **apariencia de bienes y crédito**, tal modalidad específica de estafa desplaza a la genérica del artículo 533 del Código Penal conforme al primero y fundamental principio de especialidad que gobierna el concurso de normas (**lex specialis derogat legi generale**); es decir, que si de entre la serie de engaños en que tan fértil se muestra el ingenio humano, el legislador, ante la imposibilidad de agotarlos, destaca de manera específica los más graves y de mayor entidad y deja los restantes, de menor rango, para su castigo genérico y más benigno, dicho queda que tal tipicidad especializada como la gravedad del engaño concurren en la conducta del recurrente, quien no se redujo a una mendaz declaración de bienes y créditos, sino que la apoyó en letras de cambio radicalmente falsas y de las que él mismo fue el autor de la falsificación: todo lo cual llega su engaño, como especialmente previsto por su trascendencia, al número primero del artículo 529 del Código punitivo. (Sentencia de 16 de enero de 1978.)

Artículo 535. Apropiación indebida.

Procede aceptar la argumentación desarrollada en el único motivo subsistente del recurso al aparecer acreditado en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida cómo la recurrente, Jefe de Sección de los almacenes de la empresa de Artes Gráficas donde trabajaba, entregó, sin autorización ni conocimiento del propietario, diversos lotes de mercancías a la propietaria de un comercio de papelería por un valor conjunto de 146.495 pesetas, recibiendo de ella, en compensación por tales envíos, en tres ocasiones, sendas cajas de naranjas, por lo que le es aplicable la tipología de la apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, al afirmarse en la relación fáctica el quebrantamiento de confianza y abuso de facultad en el depósito que como jefe del almacén la incumbía al

disponer libremente de cosas en ese concepto a ella confiadas por razón de su empleo, aunque dispusiese de ellas a favor de otro a título gratuito, pues el móvil de beneficiar a un tercero, que guió su acción, no desvirtúa en absoluto el dolo y responsabilidad del autor del acto, al apropiarse antijurídicamente de las mercaderías confiadas por razón de su empleo quebrantando la lealtad en ella depositada. (Sentencia de 26 de diciembre de 1977.)

Si bien es cierto que el abuso de confianza es requisito esencial del delito de apropiación, hasta el extremo que la doctrina científica vio en él la característica para dar a la infracción punitiva sustantividad e independizarla de la estafa, denunciándose por determinado sector también como abuso de confianza, hay que tener en cuenta que este abuso de confianza no es necesario que se engendre por relaciones anteriores al negocio jurídico que se celebra como operativo del transpaso de la posesión del bien objeto de apropiación, sino que se refiere al inherente a este negocio jurídico válido llevado a efecto entre los sujetos activos y pasivos del delito y que es exigido por el tráfico jurídico dentro de la convivencia social.

Aplicando la anterior doctrina legal al caso enjuiciado por la sentencia recurrida, vemos cómo el Tribunal que la dio vida obró conforme a Derecho, porque el procesado recibió los objetos apropiados—dos sortijas valoradas en dos millones ochocientas mil pesetas—para su venta mediante una comisión, por lo que concertó, previamente a su conducta punitiva de disponer de ellas en beneficio propio, un encargo o gestión, contenido básico del contrato de mandato o comisión que lleva consigo la confianza que se quebranta por el ejercicio abusivo que de ella se hace, sin que sea necesario otra clase de relaciones precontractuales que la acrediten, por lo cual debe desestimarse el motivo amparador del recurso. (Sentencia de 13 de enero de 1978.)

Artículo 543. Usura.

Para que se pueda entender cometido el delito del artículo 543 del Código Penal es menester que además de haberse celebrado un contrato de préstamo que merezca el calificativo de usurario, conforme a la legislación civil anteriormente referida, este contrato haya sido enmascarado mediante otra fórmula contractual cualquiera, o lo que es lo mismo, es preciso la existencia de dos contratos, uno el subyacente o disimulado, que es el realmente querido y concertado y otro el simulado, no querido y adoptado, como disfraz para encubrir aquél; habiendo declarado esta Sala, entre otras, en Sentencia de fecha 11 de diciembre de 1972, que no pueden estar comprendidos en el precepto los supuestos, en los que se encubre no es el préstamo, sino la realidad del interés o la cuantía o tipo del mismo. (Sentencia de 17 de diciembre de 1977.)

Artículo 546 bis a). Receptación.

Entre los elementos estructurales del delito de receptación, figura como uno de los más esenciales el consistente en el previo conocimiento, por parte del receptor, de la perpetración de un delito contra los bienes, cuyo requisito ha sido denominado elemento cognoscitivo normativo, estado anímico de certeza o representación psicológica del origen ilícito de los bienes receptados, fundando, el impugnante, su tercer motivo de disconformidad con la sentencia recurrida, segundo de los admitidos, en la vaguedad e imprecisión con que la sentencia recurrida, en su relato fáctico se refiere a tan esencial elemento, añadiendo que la frase «costándole su ilegítima procedencia» es puramente presuntiva, indeterminada e inconcreta y, por consiguiente, totalmente inservible; pero, al argumentar así el referido impugnante, olvida que, desde tiempo ha, el conocimiento de la procedencia de los objetos adquiridos no se exige que sea cabal, exacto, pormenorizado, exhaustivo y específico, teniendo conciencia del delito base en todos sus detalles y especial naturaleza, de la identidad de su autores y de la sustancia, calidad, cantidad y valor de los objetos sustraídos, sino que basta, no la sospecha, el recelo o la presunción, pero sí el conocimiento abstracto y genérico de lo sucedido, de la ilegitimidad o ilicitud de la procedencia de lo adquirido y de la falta de título legítimo de posesión en el transmitente, viniendo a constituir la fórmula que generalmente emplean los Tribunales de instancia, «con conocimiento de la ilegítima procedencia», «a sabiendas de su ilícito origen», «conociendo su mala procedencia», u otras semejantes o parecidas, verdadera **cláusula de estilo** con la que quieren significar, dichos Tribunales, mediante soberana decisión, la presencia en el caso de ese elemento cognoscitivo normativo, siendo tales expresiones suficientemente satisfactorias de las exigencias legales que, de ese modo, quedan colmadas, con lo que, infiriéndose de todo lo dicho que la frase utilizada por la Audiencia «a quo» para expresar la concurrencia del requisito del previo conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes es suficientemente expresiva y satisfactoria. (Sentencia de 29 de diciembre de 1977.)

Artículo 563 bis b). Cheque en descubierto.

La doctrina interpretativa de ésta Sala en torno a la figura de **cheque en descubierto**, tal como fue descrita por la reforma penal de 15 de noviembre de 1971, viene exigiendo: a) Una **acción** de libramiento del cheque o talón de cuenta corriente, lo que implica que tales títulos-valores reúnan los requisitos formales exigidos por el artículo 535 del Código de Comercio indispensables para que puedan aflorar al tráfico mercantil, cuya protección está en la primera línea de la **mens legislatoris**; dinámica delictiva que adopta tres modalidades diversas y escalonadas: El libramiento sin «**fondos bastantes**» en poder del librado; la retirada **total o parcial** de la provisión (bloqueo del cheque) impidiendo el pago; y, en fin, la negociación del cheque **sin cobertura** por el tomador; b) un elemento de **antijuricidad** que

la última redacción legal expresa con toda amplitud al consignar que el libramiento pueda hacerse «con cualquier finalidad», de suerte que junto a la normal función solutoria del cheque—expresamente exigida por el anterior tipo derogado—se pueden contemplar otras, en particular la disputada función de garantía, con la única limitación de que la finalidad perseguida bajo una falsa apariencia jurídica no sea **ilícita**, ya desde el punto de vista penal, ya desde la perspectiva del general ordenamiento jurídico (Sentencias de 2 de noviembre de 1974, 21 de mayo de 1977 entre otras); un factor de **culpabilidad** que si para el tomador ha de ser siempre dolosa, puesto que su negociación ha de ser «a sabiendas» de su falta de cobertura, para el librador puede ser dolosa o culposa, apreciada esta segunda modalidad conforme al artículo 565 del Código Penal para el caso de que realizado el libramiento sin conciencia de la falta o insuficiencia del encaje, no se hubiere asegurado de ello el librado o hubiere incurrido al respecto en error vencible; y c) un elemento atinente a la **punibilidad** a manera de **excusa absolutoria** que permite al librador que hubiere consumado la acción típica en la forma expuesta, quedar exento de responsabilidad penal si hiciera efectivo el **importe** del cheque o talón (en su **totalidad**, por tanto) en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de presentación de aquéllos al cobro; de cuyo conjunto legal e interpretativo ya se desprende suficientemente que el libramiento que no cubra la entera cifra del cheque o su posterior bloqueo de parte de la misma, como en fin el pago «post delictum» que no alcance igual plenitud, carecen de relevancia para la destipificación del acto o para la posterior liberación graciable de la penalidad. (Sentencia de 15 de noviembre de 1977.)

Artículo 563 bis b). Cheque en descubierto (pago parcial).

La procesada para el pago de mercancía adquirida en establecimiento mercantil, por importe de 3.530 pesetas, y una vez que la misma le fue servida en su domicilio entregó un cheque por ese importe a sabiendas de la falta de cobertura en el Banco librado que, por lo mismo, no realizó el pago a la presentación del mandato; sin que sea óbice que firmado el documento entregase la recurrente 500 pesetas en efectivo al tomador del título; pues ya queda dicho que tal pago parcial después de la emisión del cheque, como la insuficiencia de fondos en la fecha del libramiento no afectan ni a la consumación del delito, ni la posible y posterior exención de responsabilidad en el plazo de gracia otorgado por la Ley; de suerte que no puede decirse, como hace la recurrente, que el pago de parte de la deuda contraída despoja al cheque de su carácter, convirtiéndolo en simple documento acreditativo de una obligación contraída en su día; pues aparte de todo lo dicho respecto a la ineficacia penal de un pago parcial y extemporáneo del cheque, en el orden mercantil tampoco puede desvirtuar al carácter del cheque, como lo afirma expresamente para la letra de cambio el artículo 494 del Código de Comercio, quedando subsistentes el protesto para la cantidad que hubiere dejado de pagarse, normativa aplicable al cheque según preceptúa el artículo 542 del propio Código y que no

quiere decir otra cosa sino que el cheque, cuyo pago es aceptado en parte por el tenedor, conserva por el resto de su importe no pagado toda su eficacia y fuerza ejecutiva, cumplido el requisito de su protesto, en contra de lo pretendido por la recurrente. (Sentencia de 15 de noviembre de 1977.)

Artículo 564. Excusa absolutoria.

Conforme al criterio sustentado en diversas sentencias de esta Sala, la excusa absolutoria del artículo 564 del Código Penal no puede aplicarse a otras personas que aquellas a que expresamente hace referencia el precepto, la de fecha 10 de noviembre de 1969, precisó, que como en dicho artículo se menciona exclusivamente a los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la misma línea, en ninguna de cuyas categorías o calidades parentales pueden ser incluidos los padrastros y los hijastros en cuanto que ninguna relación parental existe entre el segundo esposo de la madre y el hijo habido del primer matrimonio de ésta, no es de aplicar la mentada excusa absolutoria a los delitos en los que sea sujeto activo el hijastro y pasivo el padrastro, en cuanto que, como queda dicho, no es extensible el texto de excepción a supuestos distintos de los en él comprendidos de forma expresa.

La aplicación de lo anteriormente expuesto, al caso de autos, en el que según aparece del Resultando de hechos probados de la sentencia recurrida, el perjudicado por el delito de robo cometido por la procesada fue el padrastro del marido de aquélla, conduce a declarar la procedencia de desestimar el único motivo del recurso interpuesto, mediante el que se denuncia la infracción, por falta de aplicación, del artículo 564 del Código Penal, pues aunque hipotéticamente se reconociese el pretendido parentesco por afinidad entre el hijastro y el padrastro no podría reconocerse su existencia entre éste y la mujer de aquél por aplicación de la vieja regla, de perfecta aplicación en nuestro Derecho, según la cual, «affinitatis non parit affinitatem». (Sentencia de 27 de octubre de 1977.)

Artículo 565. Imprudencia.

La maniobra de **adelantamiento** dentro de la circulación de vehículos de motor, es una de las más peligrosas, productora, por ende, de frecuentes resultados mortales, lo que explica las minuciosas reglas que a tal maniobra dedica el artículo 30 del Código de la Circulación, a tenor de las tres fases en que cabe descomponerla: antes, en y después de realizarla; de suerte que en la **fase inicial** ha de asegurarse el conductor del vehículo que pretende adelantar de que puede efectuarlo sin riesgo de choque con otro vehículo que venga en sentido contrario, invocación al riesgo hecha por el legislador de modo muy sintomático, en cuanto el peligro es la antesala de la culpa, por lo que, a mayor entidad de aquél, más grave será la imprudencia de él dimanante, sin que el hecho de estar previsto en un precepto reglamentario lleve forzosamente a degradar la imprudencia desde su especie de teme-

raria a la inferior de simple antirreglamentaria, pues como también viene afirmando repetidamente esta Sala, la gravedad de la culpa depende de la mensuración de sus elementos estructurales, esto es, el **factor psicológico** de la previsibilidad —paralelo en su entidad al peligro suscitado— en alianza con el **elemento normativo** de la reprochabilidad, en atención a la importancia del **deber objetivo de cuidado** que se conculca, encarne o no este deber en un mandato de policía administrativa, aunque, por lo general, tratándose de circulación, la complejidad de dicho fenómeno en nuestros días lleva a dictar reglas que lo encaucen, cada vez más minuciosas, lo que no debe oscurecer, como se ha dicho, la distinta graduación de la culpa encuadrada por la malla de reglamentos y ordenanzas. (Sentencia de 3 de febrero de 1978.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria.

El factor psicológico de la distracción o desatención en el manejo y pilotaje de vehículos de motor, con inmediata repercusión en el factor normativo del deber de cuidado, admiten una graduación cuantitativa que lógicamente se traduce en la mayor o menor gravedad de la imprudencia culposa, de la que aquellos dos factores son elementos integrantes, de manera que si se deja de prestar la diligencia indispensable o la atención elemental que prestaría cualquier hombre medio, o la mínima exigible donde aparece riesgo y peligro, como si existe inhibición absoluta ante el ineludible deber de permanecer o estar atento, entra en juego la más grave de las imprudencias delictivas y punibles conocida como temeraria, mientras que si las imputadas omisiones o negligencias no tienen dicha importancia o relevancia, consistiendo en una falta de diligencia no cualificada, unida a la infracción de un precepto reglado de general obligatoriedad y observancia, o de una norma común y conocida experiencia tácitamente admitida y guardada en el prudente desarrollo de la vida social, en salvaguardia de perjuicios a terceros y aún propios, se configura la infracción culposa denominada imprudencia antirreglamentaria, lo que denota la importancia de este factor anímico en la delincuencia culposa, en el complejo tráfico circulatorio del tiempo actual obligando a concentrar la conciencia de los conductores de vehículos que circulan por vías públicas en cuantas contingencias o incidentes vayan surgiendo a compás de la conducción ejercitada, bien de manera intensa y singular, o bien de manera multilateral, que exige el desarrollo de la llamada visión lateral, sin descuidar la primordial de visión frontal o delantera, además de exigirse en todo caso un tiempo de reacción mínimo (los llamados reflejos automáticos por el hábito de conducir), ante el riesgo surgido de imprevisto. (Sentencia de 20 de diciembre de 1977.)