

Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal (Criminología) en la
Universidad a Distancia

Artículo 3.º. Delito consumado y agotado.

Sustraídas en Madrid, las botellas de whisky de autos, fueron recuperadas en las proximidades de Valencia, lugar donde las había transportado el agente para su venta, sosteniendo dicho agente, a través del único motivo de su recurso, que desde el momento en que no llegó a enajenar las susodichas botellas ni a obtener de ellas lucro alguno, su comportamiento debió subsumirse en el párrafo segundo del artículo 3 del Código penal. Empero, esta tesis, confunde el delito **consumado** con el **agotado**, el cual es concepto distinto que requiere que, el delincuente, obtenga la plena satisfacción de la finalidad concreta que pretendía lograr con la perpetración del hecho punible de que se trate; y, en el caso ahora enjuiciado, si bien el delito de hurto no se agotó, sí que se consumó o perfeccionó puesto que, el procesado, no sólo tomó o se apoderó de las botellas de whisky ajenas, sino que las separó del lugar donde se hallaban, privando de su posesión al titular de las mismas y transportándolas hasta las proximidades de Valencia, ciudad distante de Madrid, según es notorio, unos trescientos cincuenta kilómetros, teniendo, por tanto, la disponibilidad de las citadas botellas al menos durante las horas que tuvo que invertir en el recorrido. (S. 19 enero 1979.)

Artículo 8.º, 1.º. Trastorno mental transitorio.

En el recurso se denuncia la indebida aplicación de la circunstancia 1.º del artículo 8.º del Código penal—eximente de trastorno mental transitorio—, pues, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar tan probadas como el hecho mismo, y los hechos en que el recurrente pretende basar su aplicación, o en su defecto como eximente incompleta, compatible con la ya apreciada como incompleta de enajenación mental y superpuesta a ella, no aparecen en la relación fáctica ni pueden presumirse, son suposiciones y conjeturas hechas como fundamento o apoyo del motivo que no admite el

tenor de los hechos probados, que no dan base para admitir como explicación de la comisión del delito—como pretende el recurrente—la ausencia de razón en el momento en que los hechos se cometieron. (S. 20 diciembre 1978.)

Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa (en riña).

No es posible apreciar la concurrencia de la eximente de legítima defensa ni como completa ni como incompleta, en las situaciones de riña mutuamente aceptada, que resulta innecesario citarlas y la aplicación al caso de autos de la doctrina en ellas contenida conduce a la conclusión, dado que, del resultado de hechos probados, aparece que el procesado y la víctima, que venían sosteniendo varias discusiones e insultándose recíprocamente, en una de ellas, entablaron una reyerta, aceptada por ambos, en el curso de la cual, el procesado asestó al ofendido las puñaladas que le ocasionaron la muerte; pero a mayor abundamiento, la situación de riesgo, esencial para que se pueda apreciar esta eximente en cualquiera de sus grados, ya no existía en el momento en el que se produjo el ataque lesivo, ya que, del propio relato histórico aparece, que el procesado, inesperadamente esgrimió una navaja automática y asestó las puñaladas a su contrincante en el momento en que un inspector de policía se encontraba separándolos. (S. 1 febrero 1979.)

Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa.

Estima el recurrente que debió aplicarse la circunstancia eximente de la responsabilidad de legítima defensa, que alegada en la instancia fue desestimada por la Sala al entender que faltaba el segundo requisito de los exigidos por dicho precepto, ya que ante la agresión verbal del lesionado, el procesado pudo perfectamente ausentarse; motivo de casación que ha de prosperar, porque en la premisa de «facto» se ofrecen con toda evidencia los elementos o requisitos que constituyen la eximente de legítima defensa del derecho al patrimonio del honor, cuya autodefensa viene admitiéndose por la doctrina de esta Sala—Sentencias de 1 de mayo de 1958, 18 de enero de 1960, 12 de febrero y 20 de mayo de 1963, 15 de diciembre de 1970, 20 de junio de 1972 y 26 de marzo de 1976—, cuando se reacciona inmediata y violentamente frente los ataques a ese patrimonio, del honor, pues de otra suerte—dice la sentencia citada en último lugar—esta importante parcela de los derechos inherentes a la persona humana y que constituyen su patrimonio moral quedaría sin la cobertura de la defensa privada, ya se entienda ésta como subsidiaria de la pública, ya se estime fundada, con mejor técnica, en el principio del interés preponderante, según el cual siempre debe prevalecer el interés legítimo del que se defiende sobre el interés ilegítimo del injusto agresor. (S. 12 febrero 1979.)

Artículo 9.º, 5.º. Provocación.

La circunstancia de provocación no puede apreciarse cuando medie un estado de riña entre los sujetos, pero además, es de observar que en el desarrollo de los hechos, tal como aparece del relato fáctico de la sentencia recurrida, cabe distinguir no dos etapas, como se dice por el recurrente, sino tres: una, la correspondiente al incidente ocurrido dentro del bar; otra, la que tuvo lugar fuera cuando al salir el procesado se encontró con la víctima que habiendo salido primero estaba esperándole, enzarzándose de nuevo en una discusión e intercambiándose empujones y golpes y una tercera, cuando el procesado, que ya había entrado en un taxi para marcharse, volvió a salir y «atacar de nuevo» entablándose una pelea, en el curso de la cual, es cuando se produjeron las puñaladas, por lo que, a la vista de tales hechos es claro que no puede estimarse que haya concurrido la invocada provocación. (S. 1 febrero 1979.)

Artículo 9.º, 8.º. Arrebato u obcecación.

La atenuante de arrebato u obcecación del núm. 8.º, del artículo 9.º, del Código penal, de acuerdo con las sentencias de esta Sala, de 18 de marzo, 6 de abril, 4 de mayo, 16 de junio y 11 de noviembre de 1978, requiere para que pueda ser apreciada: 1) la existencia de unos estímulos o incitaciones producidos por causas inherentes o derivadas del sujeto pasivo del delito y susceptibles de ser calificados de poderosos, tanto por su intensidad como por su conexión temporal y espacial; 2) que estos estímulos produzcan, en la psiquis del autor de la infracción un estado anímico emocional, creador de una situación de furor o cólera pasajera—arrebato—o de una situación de ofuscación o turbación persistente—obcecación—, capaces de disminuir su intelecto y su voluntad, y 3) que por el entorno social en que se desenvuelve la vida o dinámica del delito, estos estímulos sean aceptados o considerados como éticos, lícitos y morales, es decir, conciliables con el sentir y con la norma social y jurídica del grupo humano en que tiene lugar la infracción legal punitiva. Del examen de los hechos que se declaran como probados se desprende que la idea de dar muerte surgió en el procesado, Gabriel G. R., para quien se aprecia esta atenuante, ante una situación de odio hacia la víctima, originada por celos, que se agravaron cuando se enteró que el dinero que adquiriría la mujer con la que realizaba actos sexuales, se lo entregaba la misma, y que estos celos nacen en el ámbito de las diversas relaciones sexuales que una mujer tiene con tres hombres que no convivían con ella. Y de la proyección de los requisitos que se han expuesto sobre estos supuestos fácticos, se desprende que los estímulos, aunque son susceptibles de producir el estado anímico de la obcecación, no gozan del carácter ético, lícito y moral que la misma requiere para tener su encaje en la atenuante que se ha estudiado. (S. 15 diciembre 1978.)

En cuanto a la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación es preciso tener en cuenta la doctrina reiterada de esta Sala que los hechos, base nutricia de las circunstancias, tienen que estar tan probados como los mismos hechos que se enjuician, y la personal estimación de un individuo de temperamento irritable de haber sido insultado no justifican el proceder violento y agresivo del agente cerrando el paso del taxi, descendiendo del vehículo, sacando a la fuerza a su conductor y golpeándole de la brutal forma que lo hizo y a la que después se hará referencia, pues al insulto podía reaccionarse con «animus retorquendi», insultando; pero nada justifica una agresión de la calidad de la que se incrimina por un insulto verbal cuya **calidad y entidad no consta para poder apreciar si podía o no producir**, como estímulo tan poderoso para provocar el arrebató y obcecación y la grave agresión subsiguiente. (S. 13 diciembre 1979.)

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

Aunque la diligencia de presentación del inculpado en la Comisaría de Policía tuviera el carácter de documento auténtico, ni desvirtuarían los hechos consignados en el correspondiente resultado fáctico de la impugnada ni probaría que el móvil de su conducta fuera el de contricción, sentimiento de pesar por lo efectuado y no el conocimiento que tenía de que los dueños de la Casa habían efectuado una denuncia por sustracción del hilo que implicaba la apertura de un procedimiento judicial en el que probablemente se vería encartado, así como la posibilidad de exculparse si se creía en su declaración de que el hilo lo había cargado por error en el camión, con lo cual la declaración no sería veraz, según lo consignado en el primer resultado de la resolución recurrida, única verdad oficial, y carecería de los efectos atenuantes pretendidos. (S. 22 diciembre 1978.)

Para que la existencia y apreciación de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de arrepentimiento espontáneo, núm. 9, del artículo 9.º, del Código penal, se precisa como previo e indispensable requisito que el impulso del actuar del culpable sea el arrepentimiento propio e íntimo manifestado por el pesar causado por la sola contemplación del acto o hecho ilícito, que le induzca y le fuerce antes de conocer la existencia de procedimiento alguno, a tomar una o varias de las directrices objetivas que el precepto punitivo señala de reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción, pero siendo condición insoslayable el que existan los impulsos de arrepentimiento espontáneo, que constituyen el elemento subjetivo, base sustentadora de atenuante de tan profunda inspiración moral y elevados fines, que obligan a los Tribunales a tamizar su aplicación y evitar que una premeditada o utilitaria actuación induzca a considerar como tal arrepentimiento la sola presencia a la autoridad, exigiendo que venga justificada por otros hechos que pongan al descubierto los verdaderos móviles del inculpado, sin que del relato probatorio puedan deducirse los elementos fácticos necesarios para

hacer aplicación de la circunstancia examinada, puesto que el procesado que realizó los hechos imputados el 30 de mayo de 1976, tan pronto consiguió cobrar los talones sustraídos y tener en su poder el importe de los mismos, huyó al extranjero, regresando a Barcelona el 21 de julio siguiente, donde se presentó en la Comisaría de Policía, confesando los hechos y haciendo entrega de 14.000 pesetas y algunos efectos personales adquiridos con parte de lo sustraído, lo que en forma alguna acredita su arrepentimiento, al que ninguna alusión se hace en el contexto de la Sentencia, que no puede suplirse con conjeturas alegadas subjetivamente con fines parciales interesados, tratando defensivamente de dar vida a esta atenuante desconectada del primordial elemento interno en el que radica su razón de existencia, pudiendo agregarse finalmente que aun en el supuesto de que pudiera prosperar como simple circunstancia genérica, sería irrelevante a los efectos postulados de atenuación de la penalidad, que habiendo sido impuesta en el «mínimum» de su grado inferior, hace ineficaz la regla 1.ª del artículo 61 del Código penal. (S. 20 febrero 1979.)

Artículo 9.º, 10. Atenuante por analogía.

El motivo del recurso considera que la sentencia dejó de aplicar indebidamente la atenuante de analogía del núm. 10, del artículo 9.º, del Código penal, en relación con la eximente incompleta de enajenación y trastorno mental transitorio, en cuanto que la procesada no es una persona absolutamente normal al estar dotada de «factores psíquicos de carácter inestable e inmaduro» con «dificultades de adaptación social», pero como en los hechos que se relatan como probados, se dice además de estas frases que la procesada no tiene enfermedad mental alguna ni lesión cerebral y que, aunque «en algunas ocasiones ha padecido baches depresivos, nada de lo cual afecta a su conocimiento ni a su voluntad ni siquiera en tono que puedan disminuir dichas facultades», y además, al concretar la conducta tipificadora de la infracción delictiva, se hace constar que «las anomalías que presenta su carácter» no influyeron lo más «mínimo en tal concreto obrar», es por lo que las irregularidades vivenciales que se detallan están entroncadas en la afectividad de la persona, sin disminución en las facultades intelectivas y volitivas, con lo que la Sala tiene que reconocer que la procesada goza de una personalidad psicopática, porque sus desviaciones anormales solamente afectan al carácter y declarar que el tratamiento jurídico, bajo el punto de vista de la responsabilidad penal, es el determinar, en cada caso, la posibilidad de influir estas desviaciones como cargas que impulsan al obrar del agente, según la naturaleza y caracteres del delito cometido, y como de los supuestos fácticos se deriva que las alteraciones que padece la procesada no influyeron en sus facultades mentales, procede desestimar este tercer motivo del recurso, de acuerdo con la técnica interpretativa de esta Sala sobre la apreciación de las anomalías de naturaleza psicopática, de no apreciarlas, como causas que modifiquen la responsabilidad, en sentido atenuatorio, más que en casos específicos y determinantes en los que

influyan y penetren en el intelecto y voluntad del sujeto activo de la conducta punitiva. (S. 8 febrero 1979.)

Artículo 10, 1.ª. Alevosía.

La doctrina interpretativa de la norma penal reguladora de la circunstancia 1.ª, del artículo 10, del Código penal—alevosía—, y que su concurrencia, en la conducta destructora de la vida humana, determina el delito de asesinato, a tenor del artículo 406 del mismo Código, se orienta hacia el hallazgo armónico y compatible de sus caracteres objetivos y subjetivos y fundamenta la mayor responsabilidad del sujeto activo de la infracción delictiva, tanto en la existencia de una mayor antijuricidad como en la de un plus de culpabilidad—Sentencias de 13 de abril y 6 de mayo de 1978—, por lo que se puede declarar que los elementos de esta circunstancia agravatoria están integrados: a) por el **empleo**, en la realización o comisión de los delitos contra las personas, de medios, modos o formas que impliquen, por sí solos, el aseguramiento de la acción delictiva y la eliminación del riesgo que puede surgir de la reacción defensiva del ofendido; b) por la aparición o existencia en el agente, en forma conjunta, del **doble fin** del aseguramiento o afianzamiento de la acción delictiva y de la eliminación o exclusión defensiva de la víctima, doble finalidad que constituye el ánimo tendencial de la alevosía, reclamando el tratamiento jurídico adecuado y difícil que requiere el elemento subjetivo de lo injusto, y c) por una **valoración o formación de juicio** de los dos elementos anteriores, a través de cuantas circunstancias y condición concurren en el caso o supuesto sometido a enjuiciamiento, analizadas de acuerdo con las normas de vida humana, con el fin de concretar la mayor antijuricidad y culpabilidad determinantes de esta agravación de la responsabilidad.

Del análisis de los supuestos fácticos de la sentencia se desprende, en forma indubitada, que entre la procesada y la víctima se «entabló una discusión que degeneró en riña» y durante la cual y cuando ésta última se encontraba encima de aquélla, la citada procesada dio un golpe a su contrincante con «un objeto contundente» en la región parietal superior, dejándole sin conocimiento, en cuya situación, con dos calcetines atados, le dio muerte por estrangulación, colocándoselos alrededor del cuello y apretándolos fuertemente, lo que evidencia la existencia de una lucha previa a la acción o conducta concreta y específica de la destrucción de la vida humana y esta contienda da lugar a que el nacimiento de la agravante de alevosía no tenga lugar, por no surgir inequívocamente el requisito tendencial o subjetivo, que ha sido expuesto en el anterior Considerando como necesario para su existencia, en cuanto que durante la riña queda eliminado el aseguramiento de la conducta delictiva y la posible defensa que hubiere podido realizar el ofendido, con lo que una vez más esta Sala no debe apreciar la agravante de alevosía, de acuerdo con el criterio de las Sentencias de 10 de abril de 1975, 18 de marzo, 22 de abril y 2 de mayo de 1977, en las que no se tiene en cuenta por existir una contienda o lucha previa al acto

de la muerte, ya que ésta puede determinarse como una fase de la resolución, que en el agente puede nacer incluso durante la misma fase preliminar de la agresividad. (S. 21 febrero 1979.)

Artículo 10, núm. 13. Nocturnidad y despoblado.

En la realización de los expresados delitos han concurrido las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de nocturnidad y despoblado, núm. 13, del artículo 10, del Código penal, ya que una y otra fueron buscadas de propósito para la más fácil realización de los hechos, teniendo la primera su «ratio assendi» en buscar el auxilio idóneo de la oscuridad para conseguir mayor facilidad y libertad ejecutiva, en la infracción criminal, dando prueba de mayor peligrosidad personal y caracterizándose el despoblado por tratarse de un lugar solitario, alejado de núcleos de población y vías de comunicación raramente transitadas circunstancias que se dan en el presente caso, en que se trata de una explanada cercana a un camino de monte que da acceso a diferentes campos de labor, no existiendo en los alrededores ningún tipo de edificación (S. 22 enero 1979.)

Artículo 10, núm. 14. Reiteración.

El único motivo del recurso propugna la indebida aplicación de la agravante 14.ª del artículo 10 del Código penal por no constar en el *factum* la índole y cuantía de las penas impuestas al procesado en las condenas sufridas con anterioridad por el mismo; pero es lo cierto que sí se dice en la declaración probatoria que el procesado fue ejecutoriamente condenado, entre 1946 y 1953, tres veces por delito de receptación y una vez por atentado, aparte las faltas que también se expresan, hay bases más que suficiente para dar vida a la agravante aplicada, la cual, como es sabido, implica que el culpable haya sido castigado por delito al que la Ley señale igual o mayor pena, **o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor**; de suerte que si el recurrente, al delinquir en 9 de julio de 1977, había sido antes condenado por tres delitos de receptación, y una vez por atentado, incidió en la agravante de reiteración, en cuanto tanto la receptación, como el atentado no pueden ser más que delitos en nuestro ordenamiento jurídico-penal: El primero introducido como tal delito por Ley de 9 de mayo de 1950, que lo incorporó al Código penal bajo los artículos 546 bis a) y siguientes, los que han permanecido intocados hasta el momento actual, salvo en la cuantía de las multas conminadas en dichos preceptos; y el segundo definido en el Código vigente—como en los anteriores—, en su artículo 231 y castigado, siempre como delito, en los artículos siguientes, según la importancia del atentado; por lo que siendo estos así, se cumplen con exceso los requisitos exigidos por el número 14 del artículo 10, puesto que no son sólo dos, sino cuatro, los delitos por los que fue condenado anteriormente el procesado, lo que hace ya inútil constatar la cuantía de la pena inherente a cada uno de aquéllos. (S. 21 febrero 1979.)

Artículo 14. Autoría.

La distinción entre autoría y complicidad no es nimia ni meramente especulativa, puesto que en el sistema punitivo español se castiga con mayor rigor a los autores del artículo 14 del Código penal que a los cómplices del artículo 16 del mismo cuerpo legal; y, abstracción hecha de las exageraciones de la teoría subjetiva según la cual es el especial «animus» que matiza la actuación de los agentes el trascendente y determinante a la hora de distinguir ambas figuras, de tal modo que si obran con «animus auctoris» se les reputará autores y cómplices si actúan con «animus socii», acudiendo a la teoría objetiva, que es generalmente la prevalente, la complicidad, a tenor del concepto que de ella da el citado artículo 16, se distingue del **encubrimiento** porque la intervención del cómplice es anterior o coetánea a la de los autores, mientras que el encubridor actúa «a posteriori», de la **autoría del número 1 del artículo 14**, porque el autor directo y material realiza actos de ejecución—aunque comisiva—constitutivas del comportamiento típico, y, por tanto nucleares, fundamentales, capitales, decisivos o esenciales, mientras que los del cómplice son puramente periféricos e integrantes de cooperación, ayuda o auxilio respecto a acciones típicas perpetradas por otros, de la **inducción**—artículo 14, 2.º—, gracias a tratarse de una colaboración material y positiva, y no meramente moral, formal o psicológica, y, finalmente, de la **cooperación necesaria**—14, 3.º—, porque en ésta, el agente contribuye a la perpetración del delito de un modo «sine qua non», es decir, con actos imprescindibles o indispensables y absolutamente necesarios, sin los cuales el delito no se hubiera cometido, mientras que la aportación del cómplice al esfuerzo común es secundaria o accesoria y no imprescindible para la perpetración del hecho punible, el cual, con la participación del mismo o sin ella, se hubiera llevado a cabo igualmente. (S. 5 febrero 1979.)

Artículo 61, 6.ª. Determinación de la pena.

Se alega infringida por aplicación indebida, la regla 6.ª del artículo 61 del Código penal, por cuanto si bien constaba en el Resultando de hechos probados de la Sentencia impugnada, que el procesado al realizar el día 4 de mayo de 1976 el delito de robo que se reseña en aquéllos, había sido ejecutoriamente condenado con anterioridad en Sentencia de 11 de diciembre de 1973 por un delito de apropiación indebida y por Sentencia de 25 de noviembre de 1975 por un delito de estafa, no se hacía constar en la primera de dichas Sentencias la cuantía de la apropiación, que habiendo sufrido modificación por la Ley de 28 de noviembre de 1974, pudiera haber convertido la condena por delito en la fecha indicada en una simple falta, que impediría la aplicación de la regla 6.ª, al no haber reincidencia doble, sino en todo caso simple, a tenor del párrafo primero de la circunstancia 15.ª del artículo 10 del indicado cuerpo legal punitivo, alegación carente de consistencia dialéctica en razón a que fuera cualquiera la cuantía apropiada, en-

traba necesariamente en la exigida para ser estimada como delictiva, conforme al artículo 535 en relación con la escala de los tres primeros números del artículo 528 establecida por la Ley de 8 de abril de 1967, vigente al cometer y ser juzgado el primero de los delitos reseñados, y aun cuando la cuantía hubiera sido modificada por la invocada Ley de 28 de noviembre de 1974, la apreciación de la doble reincidencia venía imperativamente ordenada por aplicación del párrafo segundo de la disposición transitoria de esta propia Ley, que literalmente ordena que, «las Sentencias ya ejecutadas, no se rectificarán, a efectos de antecedentes penales, por razón de las variaciones de cuantías que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley», lo que ineludiblemente conduce a rechazar por su manifiesta improcedencia, el motivo contemplado, si bien esta Sala, por las circunstancias expresadas en el tercero de los Considerandos de la Sentencia recurrida, muestra su conformidad a la propuesta del Tribunal de Instancia a fin de reducir la pena impuesta por la vía graciable del párrafo segundo del artículo 2 del Código penal, por justificados motivos de equidad. (S. 13 febrero 1979.)

Artículo 69. Delito continuado.

La construcción dogmática del delito continuado, una vez abandonada su fundamentación por razones de piedad y de apreciación o captación de los hechos sometidos al proceso, tiene su razón de ser en la existencia de una realidad ontológica, apreciada antes que nadie por los moralistas que vieron a la suma de actividades como entidad o ser en sí misma, determinante de la inmoralidad que encierra, y hoy día por la doctrina penalista en la de una realidad jurídica basada en la existencia de una resolución que abarca una serie de acciones homogéneas que atacan a un mismo bien jurídicamente protegido, y ante lo cual la reiterada doctrina jurisprudencial—Sentencias de 4 de octubre de 1976, 20 de enero y 10 de junio de 1977 y 24 de octubre de 1978—indica como requisitos del mismo: 1) una unidad de resolución que sirve de base a las diversas conductas, sin perjuicio de las múltiples resoluciones que surgen en cada actuación, ya que actúa como causa originaria de todo el obrar; 2) una serie o sucesión de actos de naturaleza homogénea por tener encaje dentro del mismo tipo penal con la debida conexión espacial y temporal, aunque independientes, pues si existiese dependencia de todas ellas con una común o genérica surgida el llamado «delito masa», y 3) una desaprobación o repulsa del ente social por el total del resultado de las acciones al valorar la intensidad del daño inferido en atención al fin del sujeto activo y no al del número de perjudicados, por lo que poniendo de relieve que la recurrente realizó sus diversas actuaciones con el único designio de apoderarse de las cantidades dinerarias que pudiese del Instituto Nacional de Previsión a través de diversas presentaciones de recetas acompañadas de sus cupones que no se despacharon en la forma que se hizo, es evidente que se dan los requisitos del concurso de acciones que engendran el delito continuado. (S. 13 diciembre 1978.)

De acuerdo con la doctrina reiterada de esta Sala, el delito continuado, fruto o culminación de una realidad jurídica, que abandona el fundamento de su existencia por razones de piedad y prácticas de enjuiciamiento, requiere, para su apreciación, la existencia de los elementos o requisitos siguientes: a) la unidad de dolo o de propósito en la elaboración de la idea resolutive, como causa originaria de la conducta del agente, que si bien no desaparece por la existencia de otras resoluciones específicas cuando éstas se derivan y dependen de ella, no tiene operatividad cuando las ideaciones posteriores no guardan relación entre sí, dada la naturaleza de su contenido y su separación cronológica; b) dos o más acciones o conductas sucesivas de naturaleza homogénea, determinada esta homogeneidad por estar dentro de la misma tipología penal, sin tener una actividad común engendradora del delito masa, y c) una desaprobación por el ente o grupo social, en el que tiene vivencias el delito, de acuerdo con el resultado y no en atención al número de perjudicados.

A luz de la anterior doctrina, el único motivo del presente recurso, interpuesto por el Fiscal, ha de ser estimado, porque el procesado, según se desprende de los hechos que la sentencia recurrida declara como probados, realizó las actividades, que fueron calificadas como constitutivas de un delito de abusos deshonestos, en fechas diferentes y claramente separadas, una de ellas en los primeros días del mes de julio de 1977 y la otra el 14 del mismo mes, por lo que aunque cronológicamente las acciones homogéneas no privarían el carácter de la unidad delictiva, hay que reconocer que no existe el requisito del dolo único, por no obedecer la actividad que engendra la conducta libidinosa del agente, dada la naturaleza y efectos del resultado, a una sola resolución originadora de los dos actos realizados, criterio éste que ha sido reconocido en la sentencia de esta Sala de 25 de junio de 1977, al establecer que los delitos «se desdoblaron o multiplican al compás de las ocasiones en que los actos impúdicos se lleven a cabo», sin que la mera existencia de la identidad del móvil sea suficiente para tener en cuenta la unidad de resolución o de designio que requiere el elemento culpabilístico del delito continuado. (S. 29 enero 1979.)

Doctrinal y jurisprudencialmente se concibe el «delito continuado» como una entidad delictiva con vida propia y autónoma, que responde a supuestos claros y precisos, favorables o adversos al reo, en que se comete, real y verdaderamente, un solo delito, pero a base de una ideación criminosa única, específica y unitaria, con proyección de futuro, con finalidad también única, y con desenvolvimiento ejecutivo a través de una serie de manifestaciones que se realizan en determinado límite de tiempo y de espacio, pero todo ello con perfecta conexión de propósito criminoso, precepto jurídico violado, homogénea forma de ejecución, de ordinario con comunidad de sujeto pasivo, aunque ello no es de rigor exigible, cual ocurre, entre otros supuestos en la modalidad del «delito continuado masa» en que todo es consecuencia de la antedicha ideación criminosa, única posteriormente realizada, a través de sucesivos actos de ejecución de lo inicialmente proyectado. Este es el caso, claro y diáfano, que aquí se enjuicia, en que el acusado, prevaliéndose de su calidad de cobrador, concibió la idea de irse apoderando

en propio beneficio y en perjuicio de la empresa comitente, del importe de determinadas facturas que cobraba, pero no abonaba a la empresa, hecho que fue repitiendo a través del tiempo y en el que incluso se da la singular circunstancia, también contraria a la tesis recurrente, de que no constan las fechas en que fueron cobradas las facturas apropiadas; pues una cosa es conocer las facturas, circunstancia que consta documentalmente acreditada en autos, y otra muy distinta que estuvieran determinadas las fechas de los sucesivos y repetidos apoderamientos; constando y apareciendo sólo que en el amplio plazo que la sentencia señala, esto es, desde 1973 hasta 1977 se apoderó de un total de 453.656 peséas, cantidad que había recibido por y para la empresa, a la que debió abonárselo, pero que con desviación del destino pactado incorporó indebida e ilegítimamente a su propio matrimonio; dándose por último la circunstancia no esencial, pero sí frecuente en el delito continuado de que el sujeto pasivo perjudicado con las repetidas apropiaciones fue únicamente la entidad denunciante; esto es, que hubo también identidad de sujeto pasivo. (S. 6 febrero 1979.)

Artículo 69. Delito continuado (diferencia con el permanente).

El «delito permanente» se diferencia sustancialmente del «continuado», pues así como en el primero se da una sola acción antijurídica que se distingue en el tiempo de manera ininterrumpida, de modo que sobreviene una única infracción legal que cesa por voluntad del autor, en el segundo se da una pluralidad de acciones perfectas y consumadas en el tiempo, que originan, por ende, otras tantas violaciones del mismo tipo penal, reducidas a unidad jurídica a virtud de diversas conexiones —subjetivas y objetivas— que actúa a modo de abrazaderas o enganches; siendo por lo demás posible que un solo delito permanente —tal el de rapto— sirva de medio de comisión a una pluralidad de delitos situados en la misma línea de ataque a la honestidad —violaciones, estupro—, los cuales, a su vez, podrán o no estar en continuación, si concurren los requisitos exigidos para esta construcción jurídica, de modo que existirá concurso ideal o teleológico entre un delito permanente y uno o varios delitos instantáneos.

En conexión con lo antes expuesto, se plantea la ardua cuestión de si es posible una «pluralidad de sujetos activos» en el delito continuado, cuestión que, en principio, es preciso resolver, de acuerdo con la moderna doctrina, en sentido afirmativo, a condición de que se dé al menos un codeincente o culpable común, autor de las sucesivas infracciones, a las que vayan cooperando diversos partícipes, pues si cada acción es puesta por un autor directo y principal distinto, resulta obvio que cada una de tales acciones delictivas responde a una resolución también distinta, con lo que se rompe la unidad de culpabilidad, alma y fundamento del delito continuado en la dogmática y doctrina jurisprudencial actuales; dificultad que sube de punto hasta hacer imposible la continuación cuando los distintos ataques se perpetran contra «bienes altamente personales», los cuales, como viene declarando esta Sala, no son susceptibles de lesión gradual (como por el

contrario ocurre con los bienes patrimoniales); esto es, no son acumulables, en cuanto unidos entrañablemente a la persona, como ocurre con la «libertad», ya se considere ésta «in genere» o en el plano concreto de la «libertad sexual» atacada de manera plenaria en el delito de «violación»; lo que ha llevado a la jurisprudencia a estimar siempre la pluralidad de delitos en esta materia. (S. 22 enero 1979.)

Artículo 279. Sustitución de placa de matrícula.

La «ratio essendi» del precepto consignado en el comentado artículo 279⁴ del Código penal es la peligrosidad que supone el que el agente, con infracción de las disposiciones administrativas penalizadas proceda a realizar una mutación de la verdad objetiva, lo que no puede tener otra justificación o finalidad que la de impedir la individualización o identificación del vehículo, de manera que, por un lado, al ser un delito de mera actividad, se consuma en cuanto se ejecutan los hechos descritos en el tipo y por otro tanto se comete si las placas por las que se sustituyen las legítimas son totalmente imaginarias o corresponden a otro vehículo, siendo igualmente intrascendente o carente de relevancia el que en el último caso las placas pertenezcan a un vehículo propiedad del agente, ya que el argumento del recurrente de que en tal supuesto desaparece la razón teleológica del precepto, puesto que es patente la posibilidad de localizar al propietario, es totalmente sofisticado, ya que la perseguida desorientación en orden a la identificación tanto se logra colocando a un vehículo las placas correspondientes a otro sea quien fuere el propietario de éste, ya que de ser el agente el propietario del vehículo al que legalmente corresponden las placas, le cabría, precisamente, la coartada de decir que alguien había suplantado las placas de su propio vehículo, resultando sumamente fácil el identificar al propietario del vehículo al que legítimamente correspondían las placas, pero mucho más difícil la identificación de quien fuera el autor del posterior delito. (Sentencia 29 enero 1979.)

Artículos 303 y 529. Falsedad y estafa.

El acusado realizó los siguientes hechos: apoderarse de la tarjeta de crédito extraviada por su legítimo titular (número 2.º del artículo 514); disponerse a usarlo defraudatoriamente falsificando en 93 talones de compra la firma del verdadero titular, por cuyo medio logró adquirir con el engaño y fingimiento del crédito que la tarjeta de tal clase suponía 607.991 pesetas de géneros así ilícitamente adquiridos de los que posteriormente devolvió hasta quedar reducido lo defraudado en perjuicio de «Unicuenta» a 207.385 pesetas. Estas falsificaciones de documentos mercantiles se encuadran en el artículo 303 y representaron una «continuidad delictiva» en relación de medio a fin que generó un «delito compuesto» de falsedad para estafar del artículo 71 párrafos 1.º y 2.º del propio Código que bien pudo haber provo-

cado una calificación fiscal y acusatoria de hurto, y falsedad para estafar, sancionable en el grado máximo de la estafa del 529 número 1.º en relación con el 528 número 1.º, pues es así que cada vez que exhibió la tarjeta, aunque con continuidad delictual, engañó fingiendo un crédito del que carecía y del que no era titular y del que se prevaleció falseando las firmas de su cierto titular. Ciertamente por la prohibición de la «reformatio in peius» no es posible agravar con calificación más pertinente la punición del acusado, pero lo que sí aparece claro y evidente es que engañó defraudatoriamente de forma continuada y constante utilizando uno de los supuestos previstos en el número 1.º del artículo 529, esto es, aparentando un crédito que no le correspondía y del que una y otra vez, falsamente, se fingió titular, circunstancia que a sensu contrario excluye la aplicación del artículo 533. (S. 19 diciembre 1978.)

Artículos 344. Salud pública.

Los delitos contra la salud pública se conciben en nuestra legislación como delitos de «peligro abstracto» por un lado, y de «peligro común» por otra, con lo que basta la posibilidad de que se produzca un resultado dañoso para la colectividad, en su faceta de incolumidad general o pública, para que dichos delitos se tengan por consumados; doctrina proclamada de antiguo y que encontró formal expresividad en la reforma penal de 8 de abril de 1967 al intitular el capítulo II del título V, libro segundo del Código penal, «De los delitos de riesgo en general» e incluir como sección segunda de dicho capítulo a los delitos contra la salud pública, lo que venía así a subrayar la consumación anticipada de estas infracciones por la existencia de un riesgo «in genere» y que se ha hecho más evidente con la reforma punitiva de 15 de noviembre de 1971, al mencionar en el artículo 344 del Código penal todos los actos del ciclo económico y jurídico que precede al consumo de las drogas tóxicas o estupefacientes, incluida la simple «tenencia» unida al ánimo o propósito de destinar dichas sustancias al tráfico en cualquiera de sus modalidades para que surja el delito, según viene interpretando esta Sala; doctrina que debe predicarse con mayor motivo respecto del acto de «transporte» que, tal como es entendido en el artículo primero del Convenio único de 30 de marzo de 1961, ratificado por España en 1.º de marzo de 1966 y que provocó la última de dichas reformas penales, implica ya un acto de tráfico ilícito, puesto que éste no es sino el transporte material de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado. (S. 22 diciembre 1978.)

Artículo 374. Prolongación de funciones.

Al ser la condición de colegiado requisito indispensable para el ejercicio del cargo de Decano-Presidente del Colegio Central de Economistas, según exigencia del Estatuto Unificado de los Colegios de Economistas de España aprobado por Orden de 11 de septiembre de 1972, si a causa de expediente

disciplinario seguido contra quien lo desempeñe se acuerda su expulsión del Colegio y su baja en el ejercicio profesional —sanción, la primera, inmediatamente ejecutable, de acuerdo con lo que dispone el artículo 46 del referido Estatuto—, la continuación en el ejercicio, después de ser compelido a cesar en él, constituye el delito de prolongación de funciones públicas tipificado y sancionado en el artículo 374 del vigente Código penal, lo que pone de manifiesto que la Sala sentenciadora, que así lo entendió, no ha cometido los errores de derecho que en el recurso se citan, puesto que el impugnante, que desempeñaba el cargo referido, perdió su condición de colegiado y se resistió a cesar en sus funciones, continuando en su ejercicio a conciencia de que no podía hacerlo, y si esto es así es indudable que no pueden prosperar ninguna de las alegaciones que formula en defensa de su tesis de que no tenía obligación de cesar, por no ser ejecutiva la orden que recibió al efecto, y de que, en todo caso, había obrado, al continuar en su ejercicio, en la convicción de que podía hacerlo por entender recurrible y por lo tanto no firme la resolución de su cese, porque, respecto de la primera, no es posible dudar de la validez y legitimidad de la orden de cese, que era, desde luego, legalmente ejecutiva en el orden corporativo, ni de la voluntad rebelde y maliciosa de su destinatario a cumplirla en sus términos y, en cuanto a la segunda, por su manifiesta improcedencia, pues quien desempeña el cargo de Decano-Presidente de un Colegio de Economistas, ni puede alegar desconocimiento de las normas que lo rigen ni acogerse a interpretaciones parciales de las mismas en abierta contradicción con su finalidad y espíritu. (S. 26 enero 1979.)

Artículo 394, 3.º Malversación de caudales públicos.

Es doctrina reiterada de esta Sala, como se desprende de la Sentencia de 15 de enero de 1966, que «los conceptos penales no precisan ajustarse exactamente a los administrativos formales», debido a la diversa finalidad que persiguen sus ordenamientos jurídicos y a la independencia de su actividad, lo que permite construir la idea de caudales o fondos públicos con independencia de los elementos formales que requiere la Hacienda Pública y seguir los propios principios inspiradores de la norma punitiva de mayor ámbito de aplicación, como se desprende del artículo 399 del Código penal que amplía, en determinados supuestos, la consideración de malversación delictiva a bienes de pertenencia particular, incluso sin tener el agente la condición de funcionario público, complementando estos principios de naturaleza penal con las disposiciones administrativas correspondientes que incidan en la determinación de la naturaleza de la actividad que son objeto los bienes sustraídos, y bajo esta óptica, y siguiendo criterios que se recogieron, además de la anterior sentencia, en las de 11 de abril de 1964 y 28 del mismo mes y año 1966, se puede afirmar que el concepto de caudales públicos, a efectos del delito de malversación, está integrado: a) por la incorporación de los bienes a las actividades que la Administración realiza, no solamente como función intrínseca de su propia naturaleza, sino también las que efectúa a través de la organización institucional del servicio público;

b) por la vinculación de estos mismos bienes a la conducta del agente obligado a su custodia y vigilancia, debido a las funciones públicas que le están encomendadas, y c) por la relación de responsabilidad que asume la Administración, a causa del deber que tiene del cumplimiento y vigilancia de su normal funcionamiento.

Del examen del relato sobre hechos probados, que contiene la sentencia impugnada a través del presente recurso, se deriva: que el dinero objeto de sustracción fue incorporado al servicio público de Correos, dependiente de la Administración del Estado, en cuanto que se trata de cantidades depositadas para ser trasladadas a diferentes lugares, mediante el procedimiento denominado giro postal; que el funcionario que llevó a efecto la sustracción tuvo el dinero objeto de la misma bajo su custodia y vigilancia, ya que fue realizada por el cartero encargado de verificar la entrega a los destinatarios, y que se trata de un servicio público en el que la Administración del Estado asume la responsabilidad durante el traslado del numerario entregado con las formalidades que exige el envío por giro postal, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto del 12 de marzo de 1964, que reglamenta su servicio. Por ello esta Sala considera: que los supuestos fácticos comprenden los elementos suficientes para apreciar los caracteres de caudales o fondos públicos al dinero objeto de los giros postales. (S. 12 febrero 1979.)

Artículo 406, 2.º Asesinato.

La agravante de precio, recogida como circunstancia genérica en el número 2.º del artículo 10 del Código penal y como específica en el número 2.º del artículo 106 del mismo Código, requiere para su existencia: a) en cuanto a la actividad, el recibimiento de una merced de tipo económico por parte de la persona que interviene en la ejecución de la acción tipificada, como lo evidencian las frases utilizadas por la Ley para su apreciación de «ejecutar el hecho mediante precio» y «de matar a una persona por precio»; b) en cuanto a la culpabilidad que la merced influya como iniciador o como impulsador del delito, mediante «el pactum aceleris» remuneratorio, afectándole tanto a los que la promaten como a los que la exigen o reciben, en virtud de las proyecciones recíprocas que tiene la codelincuencia, por sus inducciones expresas y tácitas, y c) en cuanto a la antijuricidad que tenga la suficiente intensidad o entidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y la falta de escrúpulo que encierra. De la narración fáctica, si bien es cierto que se pone de relieve la existencia de la merced de 25.000 pesetas, también hay que reconocer que no consta, «de forma indubitada», si el receptor, procesado Pedro P. S., lo hiciese para una cooperación necesaria o meramente auxiliadora, ya que en el acuerdo previo determinante de la resolución de llevar a efecto el delito no se especifica la clase de participación de este procesado, quien por otra parte su intervención se limitó a acompañarle tres veces en automóvil para vigilar los movimientos de la víctima y una vez más el día de los hechos, en el que después de dejar al ejecutor material, procesado Gabriel, con la víctima,

se marchó sin que «conociese el plan de ejecución». Los anteriores supuestos fácticos no recogen «de manera clara» la existencia del primer requisito que se ha desarrollado en el apartado a) para la apreciación de la agravante de precio, en cuanto que no se concerta indubitadamente la participación. (S. 15 diciembre 1978.)

Artículo 407. Homicidio.

Fundamenta el procesado su recurso en el reproche de culpabilidad negligente al equipo médico que atendió a la víctima, a la que teniendo en cuenta que ésta había estado ingiriendo alcohol, en manera alguna debió de serle aplicada anestesia general para seguidamente someterla a una intervención quirúrgica, siendo ello —según sigue afirmando el recurrente— la única y exclusiva causa de la muerte.

Esa acusación al equipo médico, del resultado de muerte, con la que pretende detener el recurrente su responsabilidad en el momento en que irrumpe la intervención médica, interfiriendo —según él— el curso causal y rompiendo por esta condición sobrevenida el nexo de causalidad entre su acto inicial ilícito y el resultado de muerte, quedando limitada su responsabilidad a un delito de lesiones menos graves, cuando aquéllos ni fueron acusados ni, por consiguiente, parte en el proceso, en el que de sostenerse la tesis acusatoria que ahora viene sosteniendo el procesado, bien pudo actuar, no sólo defensivamente, sino acusatoriamente contra ellos, en cuyo momento procesal pudo ser discutido con toda amplitud contradictoriamente, carece por completo de fundamento válido, en primer término porque esa tesis se construye hipotéticamente sobre extremos de los que no hay constancia alguna en la sentencia recurrida, cuales son el grado de intoxicación etílica, que no se ha determinado, ni el tiempo transcurrido desde el acto agresivo al de iniciación de la intervención quirúrgica —dato de suma importancia por ser una de las bases del recurso y ser sabido que el transcurso del tiempo hace desaparecer la concentración de alcohol en el organismo —que no se practicó inmediatamente al tener, al menos, que visitar o verle primero el médico de la localidad y trasladarlo después al lesionado de población, y en segundo lugar, porque los hechos probados sientan la afirmación esencial de que al serle aplicada correctamente la anestesia general para la correspondiente intervención quirúrgica se le presentó un síncope secundario bulbar con paro cardíaco y consiguiente fallecimiento, intervención quirúrgica que era necesaria por la naturaleza de las lesiones, como se agrega con indudable sentido fáctico en el Considerando primero de la sentencia y, además, de necesaria, grave y urgente, como se desprende de la descripción que de las lesiones se hace en el relato histórico y del objeto contundente con que se produjeron, pues aparte de la poca importancia que pudiera tener la lesión del ojo derecho, sólo poniendo a la vista las cavidades nasales, se podía diagnosticar con seguridad si había rotura de órganos vitales, cómo la lamina cribosa que pondría en comunicación la nariz con el cerebro con resultado probablemente mortal, por ello la intervención médica, en todo caso urgente y necesaria, en la

que se aplicó correctamente la anestesia, lo que quiere decir tanto en cuanto se refiere a las reglas del arte o ciencia como al estado del paciente receptor, no puede calificarse de accidente extraño que rompa el nexo de causalidad entre la acción y el resultado final; pues el proceso causal sobrevenido al aplicarle correctamente la anestesia pudo ser debido a la idiosincrasia del paciente, al azar, enfermedades nerviosas o de otros varios factores imposible de determinar en terreno tan inseguro como el orgánico en el que no rige la causalidad lógica o matemática, con causas precedentes o concomitantes que no alteran la relación de causalidad. (S. 19 febrero 1979.)

Artículo 420. Lesiones graves.

Las lesiones concebidas como infracciones punibles determinadas por el resultado y carentes de una definición auténtica en el Código penal, que las comprende y tipifica en el capítulo IV, del título VIII de su libro 2.º, en su denominación legal y sentido amplio, se refieren a los ataques dirigidos a los bienes jurídicos representados por la salud e integridad personal, puesto que la expresa mención en el párrafo primero del artículo 420, al herir, golpear o maltratar, se efectúa para señalar o indicar los medios externos y dinámicos de su generación, pero no sus efectos mismos, que han de buscarse en el reflejo casuístico de sus diversos apartados siguientes, por lo que las lesiones se han venido entendiendo en su acepción corriente del lenguaje ordinario como cualquier daño en la integridad corporal o en la salud de las personas, si bien con mejor concepción la doctrina científica, prescindiendo del casuismo de las normas punitivas que las reseñan, las definen como toda acción u omisión que ocasiona una pérdida o disminución de la integridad corporal humana, o de su capacidad laboral, o que determinan una perturbación de la incolumidad o bienestar personal sin menoscabo de la salud misma, o que por último origine cualquier clase de alteración de la salud en el sentido o aspecto más amplio, inclusión de las lesiones que se expresa típicamente en los números 3.º y 4.º del artículo 420 citado, al emplear de forma disyuntiva la enfermedad o la incapacidad para el trabajo, haciendo equivalentes ambos resultados, pudiendo sintetizar como requisitos generales de las lesiones graves comprendidas en el número 3.º, al que se contrae el caso planteado en el recurso los siguientes: a) que el ofendido hubiera quedado deforme; b) o que hubiera perdido un miembro no principal; c) o que hubiera quedado inutilizado de miembro no principal, y d) que hubiera estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días, habiendo de acreditarse el nexo o relación causal directa entre la conducta del inculpado y el resultado perjudicial conseguido, juntamente con el dolo genérico de lesionar, dirigido a atacar la integridad personal o causar el daño o mal logrado. (S. 26 enero 1979.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones.

Con motivo de una riña sostenida entre Francisco y el procesado Vicente, terció la esposa de aquél, María, a la que en tal momento el procesado propinó un puntapié en la boca, causándole lesiones de las que curó a los trece días de asistencia e impedimento, «**habiéndole quedado como secuela la pérdida de un diente incisivo y otro canino del maxilar inferior**», relato complementado en el primer Considerando con la apostilla fáctica de que tal agresión a la perjudicada «le causó lesiones determinantes de deformidad», de cuya transcripción se desprenden inequívocamente resultados determinantes de las lesiones graves tipificadas en el número tercero del artículo 420 citado, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva literalmente consistente «en la pérdida de los dos dientes a que se refiere el Resultando de hechos probados no pueden considerarse ni siquiera como miembros no principales, puesto que en sí no constituyen un miembro del cuerpo humano, sino de parte de la dentadura de dicho cuerpo, que es el miembro a que puede referirse concretamente el artículo 420, número tercero, aplicado», alegación inacogible por cuanto el fundamento de la calificación penal cuestionada e impugnada, se sustenta tanto en la pérdida de las piezas dentales expresadas, a la que la doctrina de esta Sala en numerosas resoluciones ha reputado miembros no principales (Sentencias de 1 de marzo de 1949, 5 de diciembre de 1952, 16 de mayo de 1953, 10 de junio de 1960, 2 de diciembre de 1972 y 22 de diciembre de 1975, entre otras), como que dicha pérdida presupone y generó deformidad en la persona afectada, máxime siendo mujer la perjudicada. (S. 21 diciembre 1978.)

El procesado, deseando golpear al árbitro de un partido de balompié con el cual había entablado contienda verbal que degeneró en riña, propinó un «fortísimo puñetazo» en el rostro de uno de los jugadores que, tratando, parece ser, de separarlos, se interpuso entre ambos, sufriendo, dicho jugador, a consecuencia del puñetazo, fractura nasal y epitaxis, lesiones, de las que, tras dos intervenciones quirúrgicas, curó a los 106 días de asistencia facultativa. Siendo evidente, a la luz de lo antes expuesto, que como, el procesado, tal como ponen de manifiesto sus actos, deseaba golpear a una persona y lesionarla, es inescencial e irrelevante a efectos del indispensable dolo que, por interposición «in extremis» de un tercero o por error direccional del golpe, fuera éste y no aquélla el alcanzado y lesionado. (S. 22 enero 1979.)

Artículo 429. Violación (coautoría).

El único motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se hace preciso acogerlo en cuanto postula la existencia de, al menos, tres delitos de violación perpetrados sobre la misma ofendida por los seis procesados, puesto que tres de tales inculpados yacieron sucesivamente y por la fuerza con la joven María Josefa, de modo que mientras se llevaba a cabo cada uno de dichos accesos carnales (que, en realidad, fueron cuatro, pues uno de los atacantes realizó

dos veces el coito), los demás co-reos sujetaban a la mujer de brazos y piernas hasta inmovilizarla; síntesis fáctica que no puede calificarse de un sólo delito de violación como pretende la Sala de instancia arguyendo con la permanencia de la situación y lesión del mismo bien jurídico en ese contexto único dentro del cual se desarrollaron los hechos; pues es cierto que así como el **delito de rapto** de la mujer que procedió a las sucesivas cópulas violentas es, en verdad, un **delito permanente**, puesto que el mismo se fue consumando mientras permaneció en poder de sus raptos desde las 23,30 horas hasta la 1,30 horas de la madrugada siguiente, las conjunciones carnales de tres de los procesados con la misma violentada constituyen cada una de ellas un delito **per se**, sin que tal pluralidad puedan considerarse tampoco en continuación, puesto que, de acuerdo con lo dicho en doctrina, lo impide en primer lugar la pluralidad de sujetos activos, en el sentido de que fue un procesado distinto el que llevó a cabo uno de los yacimientos con la cooperación necesaria en cada caso del resto de los partícipes, y, sobre todo, porque tratándose de diversos atentados a la libertad sexual, en su forma más grave, no cabe aglutinar las distintas acciones en un solo delito o unidad jurídica, puesto que el bien atacado, por ser eminentemente personal, no es acumulable, de suerte que faltando la conexidad subjetiva, por causa de pluralidad de resoluciones inherentes a cada autor directo, y faltando igualmente la conexidad objetiva, por impedirlo el bien jurídico ofendido se está en el caso de apreciar tres delitos de violación del que son autores los seis procesados, tres de ellos por autoría del núm. 1.º del artículo 14, del Código penal, y los restantes por cooperación necesaria del número 3.º del mismo precepto, en cuyo sentido se casa la sentencia recurrida por el Ministerio Fiscal. (S. 22 enero 1979.)

Artículo 431, 2.º. Escándalo público.

El bien jurídico protegido en el artículo 431 del Código penal obliga a poner la exhibición erótica efectuada en revistas y prensa periódica en relación con circunstancias de lugar, tiempo, personas a las que alcanza, difusión indiscriminada de la misma y tantas otras que vienen a ser el *substratum* en que descansa la moral sexual colectiva y en que se basa el tipo penal aplicado cuya esencia es la publicidad o trascendencia del ataque al pudor o las buenas costumbres, siendo, por otra parte, igualmente decisivo el móvil que impulsó a realizar la propagación de la estampa o publicación; de suerte que si se obtiene la convicción de que para mejor servir el propósito o ánimo de lucro que comúnmente guía a cualquier empresa periodística, cuyo objetivo es la mayor difusión de su tirada, se insertaron, previa selección, aquellas fotografías en color de desnudos femeninos que, por otra parte, descubren íntegramente su anatomía, y que, por otra parte, se hace adoptar a las figuras representadas actitudes que tienden a «excitar la lubricidad de las gentes», entonces no puede haber duda de que ha quedado ampliamente rebasado el móvil puramente artístico y aun erótico, para caer dentro del francamente pornográfico, tal como este es entendido en la doctrina y en la praxis (Sentencias de 28 de noviembre de 1973, 18 de marzo de 1976

y 30 de mayo de 1978, entre otras). En la revista objeto de las actuaciones figuran una serie de fotografías de mujeres desnudas en posturas, gestos y actitudes procaces y sugerentes, de alcance pornográfico, sin otro fin que excitar la lascivia, aparecen las condiciones básicas de tipicidad expuestas en el precedente Considerando para incardinar tales hechos en el precepto penal aplicado, máxime al ser insertada en una publicación de venta totalmente libre, con lo que se coloca al alcance de menores de ambos sexos, con todas las consecuencias que en su formación moral les ha de producir en tan temprana edad, por lo que se hallan más necesitados de protección jurídico-penal, como lo demuestra el párrafo 2.º del artículo 431. (S. 22 diciembre 1978.)

Artículo 452 bis b). Prostitución.

La esencia del delito contemplado en el artículo 452 bis b) del Código penal, es una conducta o dinámica comisiva, tendente a promover, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años. Por tanto, la finalidad de la norma es proteger el sentido moral, la honestidad de las personas, contra la perversión de los instintos y los sentimientos naturales de honestidad. Estas personas protegidas son las menores de veintitrés años, aunque quieran y deseen realizar toda la gama de actividades impúdicas que supone la prostitución—entrega carnal por precio—o la corrupción—viciar su sentido moral—pervertir sus instintos porque la Ley les considere incapaces de consentir a estos fines. Así fijada la finalidad del precepto, el delito lo constituye toda actividad que suponga promover—iniciar o principiar—,favorecer, proteger, estimular, progresar en el vicio y facilitar-brindar oportunidades, medios, hacer más asequible la prostitución o la corrupción de los menores de veintitrés años cuya edad se presume conocida por el culpable y no necesita de presunción alguna cuando de manera manifiesta, la edad es muy inferior a la señalada por la Ley. (S. 22 enero 1979.)

Artículo 458, 2.º. Injurias graves.

El delito de injurias exige, para su perfección, la conjunción o confluencia de un requisito **objetivo** consistente en una idónea dinámica comisiva—expresión, oral o escrita, acción u omisión, y otro tipo de conducta que lleve implícito el agravio—, con otro **subjetivo**, el denominado «animus injuriandi», elemento subjetivo del injusto o intención específica de vejar, humillar, escarnecer o vilipendiar al sujeto pasivo, tratando de desacreditarle, menospreciarle o deshonrarle; requisito, este último, que perteneciendo a la esfera de lo psíquico o psicológico y permaneciendo—como todo lo volitivo—en lo más recóndito e impenetrable del intelecto humano, sólo puede inferirse acudiendo a los actos exteriorizativos de la presunta intención del agente y, muy especialmente, a las circunstancias personales del ofensor y ofendido, a las de tiempo, modo y lugar, a la forma concreta de comisión, a la naturaleza y significación de las frases, expresiones o actos mediante

los cuales el sujeto activo vertió o plasmó, en el mundo exterior, el propósito que se trata de indagar y de calificar, y, finalmente, a cualquier dato o indicio que, aureolando y circundando al «modus operandi» del agente, pueda contribuir a esclarecer tan fundamental punto.

En el caso presente, las expresiones presuntamente injuriosas fueron proferidas por escrito, lo que, por lo pronto, revela no la fugacidad de lo verbal u oral —«*verba volunt*»— que puede ser improvisado, acalorado y carente, por tanto, de verdadera intención ofensiva o infamante, sino la meditación, reflexión y reposo que por lo general acompaña a lo que se redacta, firma, fecha y dirige, y que, por su carácter duradero y permanente —«*scripta manent*» o «*quod scripsit, scripsit*»— evoca, de ordinario, la idea de vejación y mortificación, para el destinatario o sujeto pasivo de lo escrito, pensada y valorada por el agente, el cual, conociendo el alcance de sus actos, desea vilipendiar y zaherir a dicho sujeto pasivo; pero, además, la misma de autos no fue dirigida tan sólo al querellante, sino que, con evidente propósito difamatorio, el procesado trasladó sendas copias de la misma al Alcalde y a la Comisión Municipal de la localidad, y, por otra parte, las propias expresiones dedicadas al sujeto pasivo —falsario, ladrón, farsante, sinvergüenza, cacique y carente de honor— tienen, en sí mismas, la suficiente carga vejatoria y mortificante como para que se pueda pensar, con fundamento racional que le fueron dirigidas sin propósito de escarnio y de ludibrio, y tan sólo con la intención en el agente, de patentizar su disgusto y su repulsa por la actuación de aquél y de reforzar la obtención de una pretensión que juzgaba legítima; sin que, por lo demás, sirva de exculpación ni la rusticidad e incultura del acusado —improbada en autos— ni el invocado «*animus criticandi*» o de censura, excluyente del «*animus injuriandi*» según la tesis del recurrente, cuyo ánimo de censura ni aflora ni se percibe claramente en el escrito de autos, ni podría superponerse ni predominar sobre el citado «*injuriandi*», toda vez que los groseros insultos antecitados eran completamente innecesarios e inconducentes, demostrándose así que no se pretendía realmente conseguir, por vías legales, la rectificación de un criterio que se estimaba nocivo, sino tan sólo, o además (pues cabe coexistencia entre ambos «*animus*»), ofender gravemente al destinatario atribuyéndole falta de moralidad y cualidades negativas que le perjudicaran en su buena fama y en su crédito. (S. 29 enero 1979.)

Artículo 487. Abandono de familia.

Este delito exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la previa existencia de matrimonio, filiación o constitución del organismo tutelar, generantes de los correspondientes deberes consecutivos o inherentes a la posición familiar de que se trate; b) que cualquiera de los cónyuges, el padre, la madre o el tutor —es dudosa la posibilidad de extender el precepto al protutor o a los miembros del consejo de familia—, dejen de cumplir los «deberes legales de asistencia» correspondientes al matrimonio, a la patria potestad o a la tutela, siendo de destacar al respecto que, por más que ciertos sectores doctrinales entienden por deberes de asistencia

sólo los económicos y materiales como alimentos y similares, entendiéndose recusable lo que reputan interpretación analógica, repudiada y proscrita por el Derecho penal, la jurisprudencia, representada por numerosas sentencias, entre las cuales figuran las de 4 de junio de 1945, 25 de marzo de 1947, 9 de febrero y 12, 19 y 22 de abril de 1965, 14 de febrero de 1974 y 9 de mayo de 1975, ha sostenido que el mencionado incumplimiento puede referirse a cualquier clase de deberes u obligaciones tanto materiales y económicos como éticos, espirituales o morales con tal de que estén declarados e impuestos por la Ley, y que, por tanto, se comete el delito no sólo negando alimentos al cónyuge, a los hijos o al pupilo, sino no teniéndolos en la propia compañía, no instruyéndolos o educándolos, en su caso, o no cumpliendo incluso el deber de fidelidad, como sostuvo la sentencia de este Tribunal de 8 de febrero de 1965, o ropiendo, en fin, de un modo u otro, la convivencia e interdependencia familiar; c) que el cumplimiento de los deberes asistenciales «sea posible» para el agente, habiendo declarado este Tribunal reiteradamente que se presume, salvo prueba en contrario, dicha posibilidad en quien ha contraído matrimonio, procreado hijos o aceptado el cargo de tutor; d) que, como destacaron las sentencias de este Tribunal de 7 y 30 de abril de 1976, el incumplimiento de los deberes asistenciales ha de ser «total», o al menos, en lo «fundamental o esencial», sin que integre el delito el cumplimiento meramente moroso, retardado o incompleto, con regateos o mermas nimios o intrascendentes que no supongan la imposición de carencias o privaciones; e) que el referido incumplimiento ha de ser acompañado también por la nota de «permanencia o continuidad», prolongándose por cierto espacio temporal y no siendo meramente esporádico, transitorio, circunstancial o intermitente, a menos que el lapso de tiempo durante el cual se incumplieron los deberes haya sido tan dilatado que equivalga a omisión permanente, y f) que esa dejación o abdicación del cumplimiento de los deberes familiares tenga como motor generador, origen o causa —y con mayor motivo si operan conjuntamente—, bien el «abandono malicioso» del domicilio familiar, bien la «conducta desordenada» del agente; significando abandono malicioso la ruptura permanente de la convivencia familiar por ausencia, fuga o desaparición del hogar, residencia habitual o sede de la familia, realizada con «animus derelinquendi», es decir, llevada a cabo de modo intencional o volitivo que tanto vale como injustificado o sin motivo conocido que pudiera servir de excusa, explicación o paliativo, habiendo declarado este Tribunal en sentencias de 26 de septiembre de 1960, 27 de mayo de 1968, 8 de octubre de 1970, 28 de enero y 3 de abril de 1971, 7 de marzo, 18 de mayo, 23 de abril y 13 y 25 de septiembre de 1973, 14 de febrero de 1974, 9 de mayo de 1975 y 7 de febrero y 26 de abril de 1976, que obra en contra del reo la presunción de voluntariedad establecida en el párrafo segundo del artículo 1 del Código penal, y que, en consecuencia, todo abandono permanente y duradero del domicilio familiar se reputará malicioso, salvo que pudiera justificarse y motivarse, de modo plausible y convincente, aportando una explicación legitimadora o exonerativa apoyada en desavenencia o inarmonías familiares, altercados o reyertas constantes, mal trato, presencia de parientes de grado más lejano e indeseables o incómodos u otras razones diferentes al mero deseo o inten-

ción de sustraerse, mediante la ausencia o el ignorado paradero, al cumplimiento de los deberes legales ya mencionados; debiéndose entender por conducta desordenada, conforme al Diccionario, la que «sale de las buenas costumbres o de la Ley moral», concepto que, sin circunscribirse exclusivamente al ámbito de lo sexual, tanto vale como comportamiento depravado, libertino, licencioso o disoluto, relaciones sexuales extramatrimoniales de carácter permanente, vagancia, absentismo laboral o falta de aplicación a un trabajo remunerado, digno y honesto que se procura eludir con ceses voluntarios o con cambios constantes de ocupación interludiados con períodos frecuentes de paro también voluntario o, finalmente, dedicación al juego, al alcohol o a la ingestión de estupefacientes. (S. 14 diciembre 1978.)

Artículo 501, 1.º. Robo con homicidio.

El delito de robo con homicidio es un complejo delictivo en el que el legislador ha reunido el robo por un lado y el homicidio por otro, castigando tal conjunción con pena más severa que si se contemplasen separadamente ambos factores de criminalidad, haciéndose con ello eco de una realidad criminológica insoslayable, tan antigua como el nombre de **latrocinio** con que se la reconoce de antiguo y caracterizada por el hecho de planearse el robo con la **posibilidad de matar**; razón teleológica de severidad que explica a su vez que en este delito complejo, como en los demás de robo con resultado lesivo, el artículo 512 del Código penal haya establecido una regla de consumación anticipada, una vez que se haya producido el atentado para la vida o integridad física, aunque no se haya perfeccionado el delito patrimonial.

La misma **mens legis** debe estar presente, para el caso inverso de que se lograra el propósito lucrativo y se frustrara el violento, concretamente el homicidio, si de este complejo delictivo se trata, o de que se frustraran tanto la muerte como el apoderamiento, en cuyos supuestos, siguiendo igual técnica de severidad debe mantenerse el complejo, de modo que habrá robo homicida en grado de frustración, siempre, naturalmente, que se acredite el dolo de muerte, ya en su forma de dolo directo, ya en la modalidad de dolo eventual, tan típica en estos casos de complejidad; solución que sólo debe ceder en los supuestos en que la punición del grado ejecutivo del delito contra las personas sea más grave, pues entonces, tal pena debe servir de medida a la responsabilidad criminal, tal como tuvo ocasión de señalar esta Sala en su Sentencia de 15 de enero de 1934 y había ya aceptado el Código penal de 1870 (artículo 519), al señalar pena propia para el delito con homicidio, en grado de tentativa o frustración, con la salvedad de que el homicidio perpetrado la mereciera mayor; criterio el expuesto que no es en modo alguno arbitrario, sino que es el propio del Código vigente, no sólo por la exégesis antes aludida del artículo 512, sino también por virtud del artículo 68, que obliga a preferir en caso de concurso de normas la alternativa de mayor rango punitivo, de suerte que entrando en conflicto las normas de frustración del complejo o la de sus elementos componentes se aplicaran unas u otras de acuerdo con tales preceptos.

Artículo 501, p. último. Robo.

El último párrafo del artículo 501 del Código penal, se le puede atribuir la naturaleza de un subtipo o tipo secundario caracterizado por la perpetración de cualquiera de las modalidades de robo con violencia o intimidación en las personas enunciadas en los cinco números de dicho artículo cuando, además, el delincuente, **hiciera uso de armas** u otros medios peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida; en cuya hipótesis (la de reputarle subtipo), caso de codevincuencia, cada uno de los partícipes, independientemente de que él, personalmente, hubiera o no usado armas, sería responsable de la perpetración del referido tipo secundario, siempre y cuando, claro está, que la figura primaria se hubiera cometido usando armas alguno de los consortes, bien para efectuar el hecho punible, bien para tutelar la consecutiva fuga; pero si, en beneficio del reo, se estimará, como en opinión dominante, que en la referida hipótesis, regulada por el último párrafo del artículo 501 del Código penal, se trata de una agravación específica, su naturaleza puramente circunstancial obliga, en los casos de codevincuencia, a indagar, para cada copartícipe, si concurre dicha agravación específica o si le es comunicable o extendible aunque él concretamente no hubiere usado armas; siendo preciso, en este último caso, acudir al artículo 60 del Código penal, el cual, distinguiendo entre circunstancias subjetivas y circunstancias objetivas, y reputando a estas últimas, como las que consistieren en la ejecución material o en los medios empleados para realizarla, entiende que son operantes respecto únicamente de los partícipes que tuvieran **conocimiento** de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. (S. 27 diciembre 1978.)

Artículo 501, 5.º. Robo.

El artículo 500 del Código penal vigente, al establecer que el delito de robo se comete apoderándose de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas, admite como medios de realizar el evento punible tanto la violencia física o fuerza material ejercitada con tal fin sobre las personas o las cosas, como la violencia moral vía compulsiva o intimidación causada a las víctimas; equiparando ambas formas de violencia personal (fuerza o intimidación) en el tratamiento penal dado a los supuestos contenidos en el texto del artículo 501 del mentado cuerpo legal, en cuyo número 5, se encuentra comprendido el de autos, ya que una y otra conductas, vician la voluntad del sujeto pasivo determinándolo a ejecutar bajo la presión de un temor inspirado por los golpes y las amenazas actuales, un acto de ilícita desposesión del objeto que sin tales maniobras no se hubiera realizado, siendo por tanto los dos medios subsumibles o compatibles entre sí, siempre que se pruebe su producción intencional y unívoca por parte del sujeto activo y que se hallen en relación causal con la conducta de la víctima que ha de venir provocada por los mismos; por lo que en el caso que nos ocupa, apareciendo consignado

como probado en el resultando fáctico de la resolución impugnada, que el procesado, hoy recurrente, se dirigió a la víctima tirándole a la cabeza una estatua de cerámica y amenazándole con que le arrojaría una lámpara si no le entregaba inmediatamente el reloj y el dinero que llevase, «atemorizándole» y «consiguiendo así» —dice la sentencia de Instancia—, o sea, a través de tal proceder, apoderarse de los objetos allí reseñados, no puede existir duda alguna sobre la existencia del nexo de causalidad entre el medio finalísticamente empleado y la consecución del resultado perseguido, que ha de ser considerado delictivo en cuanto constituye un ataque típico al bien jurídico protegido, a través de la constatación de que el intimidado no entregó libremente los bienes, sino que fue constreñido a ello, bajo la presión o el temor que le fue inspirado por el proceder violento o intimidativo del acusado, y con el fin de evitar ser maltratado, golpeado o incluso muerto, por la conducta anunciada, continuación de la violencia ya iniciada, lo que prueba que la intimidación resultó bastante para el apoderamiento. (S. 4 diciembre 1978.)

Artículo 504, 1.º. Robo (escalamiento).

El delito de robo con fuerza en las cosas viene caracterizado por las circunstancias que se tipifican en el artículo 504 del Código penal, como significativas de actividades operativas en la ejecución del hecho para llevar a efecto la sustracción burlando los obstáculos protectores de la propiedad, y que entre ellas se encuentra, en su número 1.º, la de escalamiento, como significativo de entrada al lugar por vía no destinada al efecto, significación que, aunque suprimida de los cuerpos legislativos a partir del Código de 1932, viene informando a la doctrina jurisprudencial, como lo evidencia entre otras, las sentencias de esta Sala de 15 de febrero y 10 de mayo de 1978, por lo que siempre que se penetra en el sitio por el modo que no se destina normalmente a tal fin, sin respetar los medios que denotan la protección de los objetos de apoderamiento, se debe de apreciar la existencia de esta circunstancia que determina la existencia del delito de robo. (S. 7 febrero 1979.)

Artículo 505, 3.º. Robo.

En el recurso se denuncia la aplicación del núm. 3.º del 505 y la inaplicación del núm. 2.º del mismo Código penal, es desestimable porque lo robado fue un coche, que valía 150.000 pesetas, aunque las piezas que después se desmontaron y apropiaron valieran 49.000 pesetas, pues lo que comprende el artículo 505 es el apoderamiento de una cosa que vale más de 50.000 pesetas y si el hecho ocurrió en la noche del 16 al 19 de marzo, procediendo a desmontarlo el 18 y abandonándolo después en Basauri se advierte que lo sustraído, en parte desmontado, y después abandonado excede de 50.000 pesetas. (S. 9 febrero 1979.)

Artículo 506, 2.º. Robo (edificio destinado al culto).

El único motivo del recurso se basa en que el hecho sancionado se realizó en edificio no destinado al culto, ya que, según se afirma, carece de tal consideración la Capilla en la que se encontraba la imagen de la «Santina de Curia», de la que se apoderó el inculpado, dado su carácter de propiedad privada y de no celebrarse en ella, de manera continua y permanente, oficios religiosos; manifestaciones que, sin embargo, aún siendo ciertas, procede, desde luego, rechazar, porque a más de hacer incurrir al motivo en la causa de inadmisión 3.ª del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no acatar la santidad del hecho probado que dice expresamente lo contrario —lo que la convierte en este trámite en causa de desestimación, conforme a constante doctrina de esta Sala—, sí por edificio destinado al culto se entiende todo aquel, cualquiera que sea su titularidad dominical (pública o privada) y su denominación (templo, iglesia, capilla, oratorio, etcétera), que se encuentra adscrito al menester de celebrar ceremonias religiosas con independencia de su periodicidad, por tal ha de tenerse al local en que se realizó el hecho que en la presente causa se enjuicia al no poderse dar otra distinta significación que esa a las palabras empleadas por el propio Tribunal sentenciador en el «factum» de la resolución recurrida, y si bien se consignan en él las frases de que el edificio era «propiedad de Elisa Villamil y Fernández Combarro», y de que «la Capilla en cuestión está abierta al culto, durante tres días al año, en los meses de febrero y marzo», ninguna trascendencia puede derivarse de ellas a los fines punitivos agravatorios del número segundo del artículo 506 del Código penal, porque, aparte de no ser exigencias de la Ley, es claro que ni la titularidad dominical pública o privada del inmueble, ni la mayor o menor frecuencia de los actos de culto que en él se celebren, ni que haya sido consagrado o no, lo desvinculan de su finalidad de prestar homenaje de amor y devoción a la Divinidad cuando a dicho menester se adscribe, único requisito, por otra parte, que en el precepto de referencia se impone. (S. 3 enero 1979.)

Artículo 514. Hurto.

La ignorancia por parte del procesado de quién sea el dueño o propietario de la cartera de la que se apropió con ánimo de haberla como suya, no priva a su conducta de la ilicitud que sanciona el artículo 515 en relación con el 514, ambos del Código penal, y, en segundo término, porque, aun admitiendo que se tratase en este caso de una cosa perdida o extraviada, la circunstancia de adueñarse de ella con intención de lucro, la incardina en el último de los dos preceptos citados con las consecuencias que, respecto a su represión, establece el primero de los que se mencionan en relación con la estimación económica del perjuicio y consiguiente aprovechamiento producido, lo que tanto quiere decir como que, en el supuesto actual, igual daba sancionar al inculpado por la vía del artículo 514 número primero en relación con el 515, tercero, del ya referido Código penal, como hacerlo por

la del 514, número segundo, en relación con el 515, tercero, del indicado ordenamiento sustantivo, puesto que, en cualquiera de los dos aspectos que se mire, la pena a imponer sería exactamente la misma. (S. 22 enero 1979.)

Artículo 516, 2.º. Hurto.

La circunstancia agravatoria de la punibilidad, con mandato imperativo de imponer la pena superior en grado a la correspondiente al delito, está recogida, con frase lacónica, en los delitos de hurto, en el núm. 2, del artículo 516, del Código penal, al declarar su concurrencia cuando «interviniere abuso de confianza», por lo que la Jurisprudencia de esta Sala se ha visto en la necesidad de perfilar su doctrina interpretativa, declarando, de forma reiterada—Sentencias de 21 de marzo y 26 de junio de 1978—, que para su apreciación es necesario, además de los elementos de culpabilidad y antijuricidad, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la existencia de unas relaciones de amistad, familiaridad, compañerismo, sociales, morales o jurídicas que sean base o fundamento de esperar la no realización de determinadas conductas, en virtud de la lealtad y buena fe que las mismas contienen; b), que estas relaciones, no solamente se dan entre el agente de la conducta delictiva y el titular dominical del bien lesionado o víctima del delito, sino también, con el poseedor, depositario o guardián del mismo; c) un quebrantamiento de estas relaciones, por incumplimiento de las obligaciones que se derivan de las mismas, ya que implica un comportamiento carente de valor ético, y d) que el autor de los hechos se aproveche de las facilidades que tiene para poder realizar la actividad delictiva, dadas las posibilidades que le ofrece su situación o estado. Y teniendo en cuenta que, en el «factum» de la sentencia impugnada se hace constar que los tres condenados recurrentes realizaron los hechos «aprovechando que prestaban sus servicios como empleados de la Compañía Iberia en el aeropuerto y la facilidad que ello les proporcionaba de tener acceso a todas las mercancías que llegaban en los distintos aviones», es evidente que se dan los requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para la apreciación de la agravante de abuso de confianza, ya que se han infringido los deberes basados en la confianza que exige la relación laboral de los procesados y la custodia de los objetos sustraídos, y se pone de manifiesto que éstos procesados se aprovecharon de las condiciones derivadas de estas relaciones para llevar a efecto su conducta criminal. (S. 8 febrero 1979.)

Artículo 529. Estafa.

El delito definido en el artículo 529 del Código penal se comete, interviniendo engaño, no sólo cuando éste está constituido por alguna actividad por parte del agente de cualquiera de las clases que enumera tal precepto, sino también cuando motivos racionales o fundados, inducen a error al sujeto pasivo, con abuso de su buena fe en perjuicio de sus intereses, y en este sentido es indiscutible que el hecho de presentarse un individuo en una

agencia destinada al alquiler de vehículos de motor para arrendar uno de ellos en la modalidad de «sin conductor», induce racionalmente al propietario o encargado de la misma a la creencia de que posee los recursos económicos necesarios para hacer frente a los gastos derivados de su uso y disfrute, y al no ser éstos satisfechos, sin justificar una insolvencia fortuita posterior, la existencia de la figura penal de que se hecho mérito resulta irrefutable a todas luces. (S. 18 diciembre 1978.)

Artículo 535. Apropiación indebida.

El contrato de sociedad puede constituir uno de los títulos posesorios comprendidos en la fórmula genérica del artículo 535 del Código penal (Sentencias de 20-10-1954, 11-5-1955 y 28-10-1958) y servir de base para la incriminación del delito de apropiación indebida, y si bien es cierto que, en determinados supuestos, se pueden ofrecer dudas respecto a si concurre o no el elemento normativo de la ajeneidad de la cosa, tales dudas quedan completamente disipadas cuando a la mentada relación contractual se yuxtapone otra de carácter periférico de las expresamente nominadas en el mencionado artículo, como claramente ocurre en el caso de autos, ya que el hecho relatado en el resultando de hechos probados de que el procesado, conforme a lo contractualmente convenido, vino siendo el encargado de comprar los géneros, hacer el pago de los pedidos, llevar el movimiento bancario, a cuyo fin acudía semanalmente al local en el que se hallaba instalado el negocio, recogiendo el importe de lo recaudado y las hojas de caja que reflejaban las operaciones realizadas, es demostrativo del carácter de administrador-gestor que el procesado desempeñaba y que en atención a dicha condición se le hacía entrega de la recaudación y no a la de dueño, como inexactamente se dice por el recurrente. La afirmación de que las cantidades recibidas las aplicó a finalidades y pagos del negocio contradice abiertamente el hecho que se declara probado respecto a la existencia de beneficios ascendentes a la cantidad que numéricamente se fija en la sentencia, de donde resulta que sólo a parte de dichas cantidades les dio el destino debido. (S. 7 diciembre 1978.)

La acepción o significación académica, coincidente con la común del lenguaje ordinario, del verbo transitorio «apropiar», no es otra que la de hacer propia de alguno cualquier cosa, apoderarse de ella o tomarla para sí, conducta y actuación que al ser tipificada como reprochable por el Código penal la adiciona con el adjetivo de indebida, equivalente a ilícita en el ámbito del derecho, que tanto puede referirse y concurrir en el ordenamiento jurídico civil, como en el penal, pero cuya distinción la determina el texto auténtico del artículo 535 del citado Cuerpo legal punitivo, al señalar que su incardinación en la jurisdicción criminal, surge cuando el agente o sujeto activo se apropia, distrae o niega la devolución de dinero, efectos o cualquier cosa mueble recibida en virtud de título, causa, o concepto que presupone necesariamente obligación de devolver o entregar lo recibido a un fin taxativamente fijado o preordenado, de ahí que el dolo característico de la apropiación penal que marca más ostensiblemente la línea separatoria entre lo

ilícito civil y lo antijurídico penal, venga constituido por el propósito intencional inspirador del abuso de confianza, elemento subjetivo de lo injusto en que el culpable incurre y del que se prevale para cambiar o transmutar la posesión o tenencia de lo que recibe y detenta con licitud pero con carácter transitorio y accidental, con finalidad concreta y precisada, en propiedad ilegítima personal, con ánimo de lucro propio o ajeno, atribuyéndose o haciendo uso de facultad dispositiva sobre lo recibido, que es inherente y propia del dominio que exclusivamente compete al legítimo dueño, que por ello resulta perjudicado en su derecho como titular dominical, y a cuya tutela responde el bien jurídico protegido por la figura delictiva contemplada, como delito de resultado material y de enriquecimiento injusto, cuya integración se logra acrecentando el patrimonio del inculpado a costa del detrimento y daño del perjudicado como sujeto pasivo. (S. 8 febrero 1979.)

Artículo 546 bis. Receptación.

El delito autónomo de encubrimiento con ánimo de lucro, más conocido por receptación, configurado en las varias modalidades señaladas en el artículo 546 bis del Código penal, dirigidas al sancionamiento del que sin intervenir o cooperar en la comisión inicial del delito contra los bienes, se beneficia «a posteriori» de sus efectos, la prevista bajo el epígrafe a) constituye el tipo básico, que se integra a tenor del texto legal que la criminaliza por la concurrencia de un elemento de índole subjetiva o intelectual centrado en el conocimiento de la perpetración de un delito contra la propiedad, y de otro de carácter objetivo y dinámico, representado por el aprovechamiento personal del dinero, efectos o cosas muebles obtenidas mediante aquél, requisito éste que a su vez lleva inherente por el empleo y utilización del verbo intransitivo «aprovechar» y por imperativo del epígrafe del capítulo y título en que el delito se incardina, el ánimo de lucro, «ratio essendi» de su sustantividad y en el que se asienta la característica finalista de culpabilidad, o sea, causa de la independencia del mismo de la tradicional forma de codelincuencia del encubrimiento simple o genérico del artículo 17 número primero del propio Cuerpo legal punitivo, cuyo ánimo de lucro no lo determina exclusivamente el aprovechamiento material y valuable conseguido, sino también cualquier ventaja, satisfacción e incluso goce obtenido con la tenencia de la cosa o efectos procedentes de la sustracción ilícita, por lo que para la perfección del delito no es preciso determinar la cuantía de la utilidad alcanzada. (S. 19 diciembre 1978.)

Artículo 565. Imprudencia.

Como viene declarando con reiteración esta Sala, la mensuración de la culpa —imprudencia punible en el lenguaje legal— podrá lograrse conjugando la entidad de los dos factores que la integran: el «psicológico» u omisión anímica del poder de previsión, de mayor o menor gravedad a compás del riesgo desatado por el culpable con su acto, peligro que no es sino la

posibilidad cognoscitiva de la producción del resultado dañoso y que podrá tornarse en probabilidad a tenor de todo el cúmulo de circunstancias que constelan y preceden a dicho resultado; y el «elemento normativo» constituido por la infracción del deber objetivo de cuidado, ya encarne éste en una norma de común experiencia, ya en una norma reglamentaria destinada a gobernar la concreta actividad desplegada, disciplina reglamentista que, tratándose de la circulación de vehículos de motor, alcanza prácticamente a todos los actos de la misma, ya de forma genérica, estableciendo verdaderos principios generales circulatorios, ya de forma específica, detallando las prescripciones a que se sujetan cada una de las maniobras y emergencias implicadas en el tráfico. (S. 20 diciembre 1978.)

Artículo 565, p. primero. Imprudencia temeraria.

El procesado conducía el turismo «Seat 850» que le había sido confiado para una pequeña reparación, adentrándose en una vía balizada con bloques de paja, angosta y sinuosa, preparada anteriormente para una prueba deportiva de vehículos Kartz, circuito cerrado y dispuesto con violentas curvas y contracurvas; no obstante, lo cual el procesado se adentró en él a «alta velocidad», tratando de sortear las balizas que se ofrecían a su paso, lo que no pudo lograr por estar proyectada la pista para vehículos de muy distintas características, de reducido tamaño y amplia capacidad de maniobra, por lo que perdió el control del turismo que fue derrapando y oscilando a derecha e izquierda, hasta salir despedido en uno de estos movimientos el joven acompañante del procesado, quien cayó al suelo de cabeza y recibió tan graves heridas que determinaron su fallecimiento al día siguiente, además de resultar con daños el automóvil en cuantía de 36.000 pesetas; de modo que la calificación de imprudencia temeraria aplicada por la Sala de instancia a la descrita conducta es perfectamente válida por darse la irreflexión e inexperiencia en su grado máximo no menos que el olvido de las normas reglamentarias que ya conocemos, hasta el punto de que la actuación del inculpado está notoriamente dentro de la llamada «culpa consciente» o previsión del evento en espera de que no se produzca y aún roza los mismos límites del dolo eventual, como también apunta la resolución de los jueces provinciales, puesto que el reo más de confiar en su propia destreza para evitar el resultado tan claramente perceptible, había de encomendarse al puro azar, mezquina y problemática barrera para evitar el daño que se presentaba como altamente probable; ante cuyos razonamientos carecen de entidad los argüidos por el recurrente, al estimar que no se detallan suficientemente en la resolución impugnada las cautelas que omitió el procesado para calificar de imprudencia temeraria. (S. 20 diciembre 1978.)

Toda la actividad impugnatoria del presente recurso se centra y dirige a desviar la responsabilidad del recurrente tratando de atribuirle a los técnicos de grado superior, que ni fueron acusados ni han sido parte en el proceso, y nadie vedaba al impugnante haber actuado no sólo defensivamente, sino acusatoriamente contra las personas que ahora tardía y extemporáneamente trata de responsabilizar, incidiendo en una motivación «enteramente

nueva» que ni se planteó en la instancia ni pudo por tanto ser en ella discutida, ni surge de los hechos probados ni de parte alguna de la sentencia discutida; pero es más, inexplicablemente cita el artículo 10 de la Orden de 9 de marzo de 1971, pero prescinde del artículo 9, que se preocupa de señalar cuáles son las obligaciones que en materia de seguridad en el trabajo incumbían al contradictor que era vigilante de seguridad, como olvida también el recurrente todas las disposiciones que han venido regulando la materia de seguridad en el trabajo en términos generales y concretamente en los trabajos de la construcción, deduciéndose que en vigencia actual el vigilante y encargado de obras tenía el deber de cumplir personalmente y hacer cumplir las precauciones que reglamentariamente están establecidas de seguridad en el trabajo de carácter peligroso, y así se afirma que era encargado de obra y vigilante de aquella donde ocurrió el hecho que se incrimina, es indudable que si antes de ausentarse de la obra no inspeccionó si el andamio en que trabajaba el oficial fallecido estaba provisto de barandilla, rodapiés y sujetas las tablas para impedir el movimiento basculante y en general cumplir todas las normas reglamentarias, tales como ganchos y barandillas de protección y uso de cascos protectores, es indudable que éste vigilante, que omisivamente permitió que el trabajo se realizara sin adoptar ninguna de las precauciones que están legalmente establecidas, incidió en grave imprudencia acertadamente tenida en cuenta por la Sala de Instancia que con afirmaciones igualmente fácticas destaca que fue la ausencia del procesado la motivadora del luctuoso hecho que se enjuicia. Estas razones enervan las extemporáneas alegaciones del discrepante, tratando de desviar responsabilidades a terceras personas que no constan que no hubieran dado las normas necesarias para la realización del trabajo. (S. 22 febrero 1979.)

Artículo 565, p. segundo. Imprudencia.

Respecto a la procedencia o improcedencia de los motivos primero y segundo del mismo recurso, ejercitados por infracción de ley y en los que se citan como infringidos el artículo 565 del Código penal y los 1.º, 2.º y 3.º del Decreto de 19 de febrero de 1971 sobre la competencia de los arquitectos técnicos, el primero por aplicación indebida y los segundos por inaplicación, como normas sustantivas necesarias para la delimitación y concreción de la responsabilidad penal, se hace necesario no olvidar que aún cuando en el citado Decreto se establece en el número 3 de su artículo 1.º, como cometido o función del arquitecto técnico, la obligación de «controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo», es lo cierto que al mismo sólo le corresponde velar y ordenar la puesta en práctica de éstas, quedando por tanto liberado de responsabilidad en aquellos casos en que se pruebe o demuestre, haber dado las oportunas órdenes al respecto que no fueron ejecutadas o lo fueron tardíamente, ya que entonces su responsabilidad debe ser transferida al encargado de ejecutarlas, por lo que en el caso que nos ocupa,

constando como consta en el acta del juicio oral, que ha sido examinada por esta Sala en uso de la facultad que le otorga el artículo 899 de la invocada Ley de Trámites la declaración del aparejador o arquitecto técnico., en la que éste asegura que había dado órdenes sobre la rampa y que visitaba la obra todos los días, afirmación corroborada con la declaración del mismo procesado, que no negó tales afirmaciones, resulta evidente que fue éste el que dio lugar al luctuoso resultado con su negligente conducta y debe ser considerado como único responsable del mismo. (S. 25 enero 1979.)

Artículo 85. Real Decreto Ley 18 marzo 1977. Abandono de mesa electoral.

El dolo como elemento de la culpabilidad penal y el error de Derecho punitivo, el análisis de la narración histórica de la sentencia presenta: a) la existencia de unos móviles, en la actividad del procesado, que originaron los hechos objeto de enjuiciamiento, constituidos y alimentados por creencias de tipo o carácter religioso, debido a ser «cristiano Testigo de Jehová», tendentes a la no intervención en un acto que estimaba político y prohibido por la religión a que pertenece, móviles que, por sí solos, no tienen operatividad para eliminar el dolo que la infracción criminal, en cuanto que el actuar contra los deberes y cargas que las leyes imponen a los ciudadanos no se justifica por exigencias de naturaleza religiosa, mientras estas propias leyes no reconozcan la justificación del incumplimiento de estos deberes y cargas; b) la no intervención en el acto electoral de presidir la mesa para lo que había presentado la correspondiente excusa, que fue desatendida, en debida forma, por la correspondiente Junta Electoral, acto que de haberse realizado implicaría el ejercicio de determinada función pública, que el procesado estimaba de carácter político y que su no realización engendra una conducta delictiva, tipificada en el artículo 85 del Real Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977, al considerar como delito electoral la no concurrencia a desempeñar las funciones y el abandono de las mismas sin causa legítima, y c) la presencia en la mesa electoral, unos minutos antes de constituirse, para hacer constar su propósito de no intervenir en el acto electoral, y ante lo cual «se hizo cargo de la repetida mesa electoral su vicepresidente», lo que permite apreciar a la Sala, en el presente caso, la ausencia de dolo, en cuanto que el significado de la conducta del procesado y el alcance de la misma no ponen de relieve, de forma clara y terminante, la antijuricidad material que daría lugar a la reprochabilidad penal del acto, al no constar de forma indubitada el que el procesado tuviera conocimiento de la significación antijurídica de carácter penal, por lo que se debe desestimar el único motivo del recurso. (S. 30 enero 1978.)