

Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1.º Relación de causalidad e imputación objetiva del resultado: categorías independientes y sucesivas.

“La sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1981, ya ha distinguido con la precisión posible dentro de la difícil doctrina de la causalidad, entre relación causal e imputación objetiva, como categorías independientes y sucesivas, y que para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal —a determinar según el criterio de la equivalencia de condiciones— sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél como consecuencia lógica y natural de aquélla. Es decir, como se tiene adelantado, que la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y esta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir, que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable, a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma; éstos últimos discutidos, pero esclarecedores en materia como la de la causalidad, cuya conceptualización doctrinal sigue en evolución.” (Sentencia de 5 de abril de 1983.)

Artículo 1.º Relación de causalidad: creación del riesgo.

“Existe relación de causalidad entre una determinada conducta y un resultado típico, cuando aplicando las mentadas normas de experiencia o el común sentir de las gentes, procede entender, que el agente, al tiempo

de realizar la conducta de que se trate, pudo y debió prever o conjeturar que con la misma ponía en riesgo o peligro un bien jurídicamente protegido, cuando, posteriormente, el peligro potencial se haya convertido en real." (Sentencia de 29 de enero de 1983.)

Artículo 1.º Relación de causalidad: no es aplicable la teoría de la prohibición del retroceso.

"Que no es argumento válido para poder sustentar la interrupción del nexo causal el de que el existente entre la acción del procesado y el resultado debe entenderse interrumpido en virtud de la teoría de la prohibición del retroceso o de regreso, por haber interferido entre aquélla y éste. La acción antijurídica y dolosa de un tercero que constituyó la causa material directa e inmediata del resultado, porque para que ello pudiera ser así, sería menester que la actuación dolosa del tercero constituyese uno de los acontecimientos extraños a los que la doctrina y la jurisprudencia vienen reconociendo virtualidad para romper la relación de causalidad, lo que en modo alguno se puede apreciar en el caso de autos, en los que la acción dolosa posterior y la anterior conducta culposa son homogéneas en orden a la producción del resultado, viniendo a constituir dos trazos de una misma cadena causal, si bien uno de ellos merezca la calificación jurídica de doloso y de culposo el otro, pues quien lanza la semilla del peligro en campo abonado en cuanto se conoce que existen personas dispuestas a recogerla y a llevarla a sus últimas consecuencias, no puede considerarse jurídicamente ajeno al resultado, por lo que no puede desconocerse el engarce o conexión entre éste y la imprudente conducta inicial desencadenante del proceso causal, que puso en peligro un bien jurídicamente protegido, como es la vida de otra persona, pues el peligro, no es más que la posibilidad cognoscitiva de que se produzca el daño, por lo que cuando el daño potencial se convierte en real, ha de entenderse ligado en relación de causalidad a la referida conducta aunque sólo sea de manera mediata, especialmente, cuando, como en el caso de autos, la posibilidad adquiriría caracteres de alta probabilidad." (Sentencia de 29 de enero de 1983.)

Artículo 9.º, circunstancia 1.ª La situación de paro: eximente incompleta de estado de necesidad.

"Cometieron el delito contra la propiedad por el que se les condena, impulsados por una angustiosa situación económica derivada del hecho de haber quedado en paro laboral, cuyo subsidio había sido retrasado por obstáculos administrativos, hallándose abocados a ser desahuciados de sus respectivas viviendas por falta de pago, es indudable que su situación, no es la misma, en el orden de la culpabilidad, del que atenta al bien jurídico que atentaron los procesados sin hallarse en la situación

angustiosa en que ellos se encontraban, como era el próximo o inminente riesgo o probabilidad de perder un bien tan necesario o imprescindible para el hombre como es la vivienda, bien manifiestamente superior al sacrificado, por lo que dadas dichas circunstancias y que la situación de necesidad no había sido provocada por los procesados, es claro, que procede estimar el único de los motivos del recurso mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el núm. 1.º del artículo 9.º en relación con el artículo 8.º-7.º del Código penal.” (Sentencia de 25 de abril de 1983.)

Artículo 9.º, circunstancia 8.ª Arrebato u obcecación: síntesis de la doctrina jurisprudencial.

“Las declaraciones de la jurisprudencia (...) exigen, sintéticamente hablando, que, el agente, obre o actúe impulsado por estímulos o incitaciones reales, serios, externos, procedentes del ofendido, lícitos, legítimos, justos y poderosos, esto es, graves, intensos, importantes, trascendentes, cuyo poderío, desencadena u origina, naturalmente, es decir, como hubiera sucedido en el común de las gentes o en la generalidad de los humanos, **arrebato u obcecación**, o sea, emoción o pasión estéticas —fulgurante, explosiva y fugaz, la primera, y soterrada y duradera, la segunda—, que oscurezca, u ofusquen u obnubilen el entendimiento o raciocinio del sujeto activo o que aminoren, disminuyan o aflojen sus frenos inhibitorios o sus facultades de autodominio y autocontrol.” (Sentencia de 25 de enero de 1983.)

Artículo 10, circunstancias 15. Reincidencia: no hay contradicción con lo dispuesto en el artículo 73, 2, de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

“El artículo 73, 2, de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, en tanto en cuanto prescribe que los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica, tiene distinto ámbito de la penal, pues mientras en ésta es preciso tener en cuenta tales circunstancias para la graduación de la pena, actuando en el período antecedente al penitenciario, al paso que aquel precepto se refiere expresamente al período de asistencia postpenitenciaria, o sea, cuando el condenado ha cumplido la pena impuesta, precepto que, en modo alguno, contradice el principio de igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución procediendo, en consecuencia, la desestimación del segundo de los motivos del recurso.” (Sentencia de 25 de febrero de 1983.)

Artículo 12, número 1.º Autoría: negación de la teoría del acuerdo previo.

“No basta la justificación de haber existido entre varias personas acuerdo previo para la comisión del delito, para que todas y cada una de ellas hayan de ser consideradas responsables penalmente del delito pro-

puesto y ejecutado, en concepto de autores, cualquiera que haya sido su intervención en la realización de los hechos delictivos, sino que el acuerdo previo o pactum sceleris, es sólo el elemento subjetivo, aunque imprescindible y necesario para cualquier clase de participación, por lo que es preciso el examen de la conducta objetiva del partícipe en la dinámica de la ejecución para decidir, si es coautor, cómplice o por no haber tenido intervención alguna en ella, no existe título en que fundar la imputación." (Sentencia de 18 de febrero de 1983.)

Artículo 14. Admisión de la autoría accesoria: coproducción causal del resultado, por parte de dos personas, sin mediar concierto. Posibilidad de que sea diferente en cada una de ellas el título subjetivo de imputación (dolo o culpa).

"Es doctrina pacífica o comúnmente admitida, la de que, dado el concepto de autoría formulado en el artículo 14 de nuestro Código penal, puede reputarse autor de un determinado hecho punible, no solamente a quien hubiese realizado la acción directamente productora del resultado típico, como v. g., la de matar en los delitos de homicidio o asesinato, sino también a quien, sin haberla realizado, hubiese causado el resultado y, así mismo, que un resultado típico de los delitos de lesión, puede ser el efecto de las conductas de personas diferentes que hayan coadyuvado a producirlo en relación causal, aun sin que entre ellas hubiese mediado acuerdo o ni siquiera se conociesen entre sí, siéndoles imputable el resultado en atención a su grado de culpabilidad, de modo que puede ser imputado a título de dolo a unas y de culpa a otras, porque aquéllas hubiesen querido el resultado y éstas no." (Sentencias de 29 de enero de 1983.)

Artículo 147. Injurias al Jefe del Estado. Bien jurídico: doble naturaleza.

"Que el delito de injurias al Jefe del Estado o al Rey (...) tiene doble naturaleza por razón de que los bienes atacados son dos, pues por una parte se lesiona el honor y dignidad de la más alta magistratura del Estado, y por otra la fortaleza y vigor que debe tener esta magistratura como Institución básica y fundamental para el buen y normal funcionamiento del Ente Público." (Sentencia de 26 de enero de 1983.)

Artículo 194. Impedir el ejercicio de los derechos cívicos: el alcalde de una localidad, so pretexto de la toma violenta del Congreso de los Diputados, ordena a los ciudadanos determinadas medidas restrictivas de derechos reconocidos por la Constitución.

"Resulta evidente la comisión del delito que se imputa al recurrente, en tanto en cuanto en el hecho probado se declara que desempeñando el cargo de alcalde en la localidad de Terrinches, de la provincia de Ciudad Real, y enterarse sobre las veinte horas del veintitrés de febrero de mil

novecientos ochenta y uno de que un grupo de personas había tomado violentamente el Congreso de los Diputados, so pretexto de una posible alteración de orden público, que nunca se había producido ni tan siquiera indiciariamente, y haciendo una interpretación individual y personalísima de preceptos legales carentes de virtualidad y actualidad, y sin consultar previamente con el Gobernador civil de la provincia, confeccionó un escrito ordenando el cierre de los tres únicos bares del pueblo a partir de las veintitrés horas, escrito que entregó personalmente o por medio de un alguacil a los dueños de los establecimientos, ordenando, posteriormente, de forma verbal, adelantar el cierre a las veintiuna horas, dirigiéndose inmediatamente a la iglesia del pueblo y, a pesar de la oposición del párroco, hizo uso del megáfono instalado en el templo, dirigiéndose a los vecinos, en su condición de alcalde, y ordenándoles que se abstuvieran de salir a la calle y que, de tener que hacerlo por urgente y perentoria necesidad, dejaran de reunirse en grupos superiores a dos personas, y cuyas medidas mantuvo hasta la mañana siguiente, impidiendo a sus conciudadanos desenvolverse en su vida cotidiana con las acostumbradas normas de libertad." (Sentencia de 23 de marzo de 1983.)

Artículo 218, número 5.º. Sedición: incendio de enseres en un motín carcelario, con el fin de llamar la atención de los parlamentarios.

"Que de los hechos relatados como probados en el primer resultando de la resolución impugnada, realizados por los reclusos del Centro Penitenciario de detención de Zaragoza, entre los que se hallaman los ahora recurrentes se obtiene sin género de duda la certeza de que los mismos constituyen un delito de sedición previsto y penado en los artículos 218 y siguientes del Código penal, como acertadamente han sido calificados por el Tribunal "a quo" cometido o realizado en grado de consumación, ya que conforme a tal narración, los reclusos ya se habían alzado pública y tumultuariamente, contra los funcionarios de la prisión, colocándose en la actitud de violencia, desorden, rebeldía, motín o insurrección que en dicha parte de la resolución impugnada se describe, procediendo a incendiar los enseres, mobiliario y dependencias del mentado centro propiedad del Estado, con el fin de conseguir de este modo, llamar la atención de los parlamentarios que en tal ocasión visitaban el establecimiento, para que éstos instasen del Gobierno que por éste se concediera un indulto a los presos por delitos comunes, produciéndose a consecuencia de ello la muerte de dos reclusos por asfixia y daños en los bienes estatales, evaluados en dieciséis millones, quinientas veinticinco mil pesetas, todo ello antes de que se produjese la intervención de la fuerza pública y sin que aparezca demostrado que los recurrentes hubieran asumido en la revuelta papeles de cabecillas o jefes de la misma." (Sentencia de 5 de abril de 1983.)

Artículo 231, 1.º Atentado: resistencia grave. Sus diferencias con la simple resistencia del artículo 237.

“Según la doctrina legal, lo que distingue la resistencia grave que constituye atentado, y la no grave, que es simple resistencia, no es que la primera persiga el desprestigio de la autoridad y la segunda escapar de la aprehensión, pues también en ésta hay desprestigio al no obedecer el mandato o acto de autoridad, sino en la forma de exteriorizar la resistencia; en la primera, activamente, por actos positivos de violencia externa, en la segunda, por la rebelde actitud simbolizada por un no hacer; es decir, en una es agresiva y acometedora, aunque siempre resistencia. la segunda es meramente pasiva.” (Sentencia de 28 de enero de 1983.)

Artículo 236. Atentado a los agentes de la autoridad: no es preciso poner manos en el sujeto pasivo.

“Que la agresión consiste no sólo en acometimiento material, sino también, cuando se adopta actitud de violencia, es decir, un acto formal de iniciación del ataque o un movimiento de acometividad revelador del propósito criminal de agredir, sin que sea preciso, ni poner manos en el agente pasivo, ni que éste llegue a realizar contra su voluntad algo a lo que se vea constreñido.” (Sentencia de 22 de febrero de 1983.)

Artículo 280. Cambio del número de motor de un ciclomotor.

“Que en cuanto a la conducta, suficientemente descrita en el tipo penal, afecta, como ha declarado la jurisprudencia, entre otros elementos a los signos de identificación de un vehículo, porque individualizan la marca de la cual son complemento y la mutación de los numerarios bien del motor, bien del mismo vehículo es falsificación del signo identificador y distintivo de la casa que lo fabrica; habiéndose añadido de manera expresa que tal alteración es directamente aplicable a los ciclomotores en cuanto que el artículo 132 del Código de la Circulación los equipara a las marcas a que se refiere el artículo 237 y número de fabricación que debe ir grabado o troquelado, así como en la contraseña de homologación del vehículo y características a que se refiere la Orden de 10 de marzo de 1976; y la inobservancia de tales preceptos sobre afectar a empresas y particulares, lo hace también a los intereses públicos, al hacer circular en el comercio productos no auténticos, causando quebrantos económicos que no pueden quedar impunes, siendo a estos efectos irrelevantes que el signo, control, troquel, etc., estén o no inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial.” (Sentencia de 14 de febrero de 1983.)

Artículo 302, número 9. Falsedad ideológica: admisión de la autoría mediata con instrumento cualificado.

“Que el permiso de conducir es un documento oficial que, aun conteniendo indudables datos relativos a la identidad personal de su titular, tiene por finalidad esencial la de acreditar la habilitación a la persona poseedora del mismo para conducir vehículos de las clases que en él se expresen (sentencias de 6 de octubre y 9 de diciembre de 1981 y 9 de julio y 15 de diciembre de 1982 y 28 de febrero último), siendo de destacar, a los efectos que ahora interesan, que el número 9.º del artículo 302 alberga la falsedad ideológica o intelectual, entendiéndose por tal, bien la constatación de una circunstancia falsa en un documento público hecha a sabiendas por funcionario público, o la simple manifestación engañosa de un particular que provoca el que el funcionario, como mero instrumento, dé contenido falso a un documento ignorando tal circunstancia, actuando entonces el particular como autor mediato, valiéndose del inmediato, alcanzando a aquél la responsabilidad como si hubiera ejecutado él mismo el hecho típico.” (Sentencia de 8 de marzo de 1983.)

Artículo 321.—Intrusismo: el título, cuya carencia integra el tipo, ha de ser necesariamente académico. Nulidad parcial del precepto al rebasar la autorización de la Ley de Bases.

“Entre la redacción que presenta el artículo 321 del Código penal y la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, que dio lugar a la revisión de 1963, hay notorias y sensibles diferencias, ya que si en aquél se habla de título oficial, o reconocido por la disposición legal o convenio internacional, en ésta (párrafo segundo de la Base 5.ª) se hace la admonición imperativa de que el artículo 321 será modificado conforme a las exigencias actuales, para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieron cargos de una profesión, carrera o especialidad, que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los convenios internacionales, con lo que, dicho se está, el texto legal que logró carta de naturaleza en el Código penal, al suprimir el término académico dio una extensión desmesurada y expansiva en franca contradicción con la autorización concedida en la Base ya indicada, aflorando así el arduo problema del exceso que ha de resolverse en el sentido de que la norma delegada incurre en *ultra vires* por falta de cobertura de la Ley de delegación, debiendo entenderse, en consecuencia, que el primer párrafo del artículo 321 es nulo en todo aquello que rebasa la autorización concedida por la calendada Ley de Bases y, en consecuencia, restringir el título a que hace referencia el párrafo primero del artículo 321 del Código penal al que ostente la cualidad de académico.” (Sentencia de 23 de marzo de 1983.)

Artículo 484. Sustracción de menores: las sustracciones protagonizadas por los padres, si no padece la seguridad del menor, son atípicas. Posibilidad de acudir a otros preceptos.

“La intención o propósito final de la acción, o si se quiere la especificidad del dolo, que no es evidentemente la de poner en peligro la seguridad del menor, sino el de atraerla para sí por explicables y a veces exacerbadas motivaciones sentimentales que podrían llegar hasta supuestos de inexigibilidad de otra conducta, alejarían aquella tipificación de sustracción de menores sostenida por la acusación particular (...), lo cual no impide apreciar la existencia de un delito de desobediencia cuando media un mandato o requerimiento judicial, o la existencia de un delito de coacciones si con vías de hecho o mediante actos violentos de propia autoridad se infringen las determinaciones adoptadas sobre los hijos en un convenio o pacto de separación conyugal, o simplemente —interponiendo medios coactivos— se rompe una situación constituida de puro hecho, como fue en este caso la creada por el padre de las menores, reservando la grave calificación penal de sustracción de aquellos supuestos en que la acción del padre o de la madre, inspirada en motivaciones éticas inalterables, puede acarrear grave daño o poner en peligro o riesgo la seguridad del menor, dando a esta expresión un lato sentido que abarca desde su vida, e integridad física o moral, hasta la interrupción de una relación de familia substituyéndola por otra en que estén conocida e irreversiblemente ausentes las funciones de vigilancia, custodia y adecuación que la formación integral del menor demanda.” (Sentencia de 15 de marzo de 1983.)

Artículo 496. Coacciones: vis in rebus. Cortar el suministro de agua.

“Que, quien, como el acusado, preside la alcaldía de una localidad onubense, y reclama, a sus administrados, el pago de contribuciones especiales no acordadas por la Corporación que regenta. y, después de dos requerimientos infructuosos, decide, como represalia o medio coercitivo, privar del suministro de agua a dos vecinos remisos en el abono de los recibos de dicha contribución, cortando en efecto, el servicio de tan necesario líquido, valiéndose para ello de un fontanero, escoltado por un policía municipal, en su caso, y, por una pareja de la Guardia Civil, en el otro, comete, de modo palmario, el delito descrito y sancionado en el párrafo primero del artículo 496 del Código penal, pues, de modo ilegítimo, extralimitándose en sus funciones y obrando de modo autoritario, abusivo y nada respetuoso con los derechos individuales de las personas reconocidos por las Leyes, ordenó, se utilizara, además de “vis in rebus”, la presión psicológica intimidante que emana de la presencia expectante, en el corte del servicio de agua potable, de agentes de la autoridad dispuestos sin duda a reprimir cualquier resistencia u obstáculo que impidiera el cumplimiento de la orden dictada por el citado edil municipal, privando así, a dos vecinos de la localidad, de un artículo de primera

necesidad, e impidiéndoles, mediante la “vis compulsiva” mencionada, usar de lo que la Ley no prohíbe.” (Sentencia de 24 de marzo de 1983.)

Artículo 496. Coacciones: la precisión de no estar legítimamente autorizado es superflua.

“El agente no debe estar “legítimamente autorizado”, precisión legal totalmente superflua, innecesaria y redundante, pues no es sino una manifestación específica de la causa de exclusión del injusto que figura en el número 11 del artículo 8 del Código penal y que, por tanto, es de aplicación general a toda suerte de infracciones.” (Sentencia de 24 de marzo de 1983.)

Artículo 501, número 5.º Robo con violencia o intimidación: relación entre las violencias y el apoderamiento. Hurto, no obstante la violencia inicial.

“La violencia o intimidación determinantes de la figura delictiva que se tipifica en tal precepto y se sanciona en el que le sigue en orden cronológico es preciso que tengan por fin el apoderamiento de las cosas ajenas, es decir, que se realicen para ejecutar la apropiación, y, en el presente caso, si fue el mismo vigilante quien abrió la puerta a los ladrones y éstos le empujaron, después de abierta aquélla, cayendo al suelo, no se explica qué relación pueda tener “el empujón y la caída del guarda” con el “apoderamiento de los objetos”, cuando, abierta dicha puerta, hubiesen conseguido los ladrones, con empujón o sin él, apropiarse de todo aquello que les hubiera venido en gana, sobre todo no señalándose ningún otro accidente relativo a la actuación del referido vigilante en defensa o protección de las cosas sustraídas, por lo que es de estimar el único motivo del recurso.” (Sentencia de 3 de marzo de 1983.)

Artículo 501, último párrafo. Los destornilladores merecen el calificativo de armas.

“Si por arma, a efectos del último párrafo del artículo 501 del Código penal, se ha de entender todo instrumento destinado a defenderse u ofender, o, con mayor precisión, todo útil idóneo para aumentar la capacidad vulnerante o intimidante del agente o agentes aunque, por su naturaleza, también pueda utilizarse en tareas lícitas y legítimas, no cabe duda de que los destornilladores, por más que su destino natural y normal sea el de aplicarlos a las referidas tareas, merecen el calificativo de armas.” (Sentencia de 26 de enero de 1983.)

Artículo 504, circunstancia 2.^a Fractura: concepto.

“La fractura en el caso que contempla el número segundo del artículo 504 del texto penal no se limita a la puerta o ventana “*strictu sensu*”, sino debe extenderse a las cerraduras en cualquiera de sus elementos, cerrojos, picaportes, aldabillas, fallebas, candados y sus armellas de sujeción, cadenas de seguridad, goznes o bisagras y a cualquiera mecanismos o dispositivos de cierre o de seguridad, ya sean mecánicos, eléctricos o electrónicos.” (Sentencia de 2 de febrero de 1983.)

Artículo 515, número 4.º. Reincidencia específica: compatibilidad con la reincidencia genérica y la reiteración.

“Para la cualificación por reincidencia del delito de hurto sancionado en el número 4.º del artículo 515 del Código penal, es decir, cuando el valor de la cosa hurtada no excediere de 15.000 pesetas y el culpable hubiese sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida, basta con una condena anterior por delito para la cualificación, operando las restantes condenas no consumidas por la cualificación que convierte la falta en delito, como agravantes genéricas, con lo que ni se vulnera el artículo 59 ni se viola el principio jurídico “*non bis in idem*”, por lo que habiendo sido condenado el culpable con anterioridad a estos hechos por dos delitos de hurto, dos de utilización de vehículo de motor ajeno, otro de estafa, otro de apropiación indebida y tres de conducción ilegal, basta cualquiera de las dos condenas por delito de hurto para la cualificación y las restantes servirán para calificar la reincidencia y la reiteración.” (Sentencia de 22 de marzo de 1983.)

Artículo 531, párrafo segundo. Disposición de una cosa como libre sabiendo que está gravada: casos que comprende.

«La acción delictiva “el que dispusiere”, se refiere tanto a las enajenaciones traslativas como a las constitutivas, y, en lo que concierne al “sabiendo que estaba gravada”, este Tribunal ha sentado un concepto amplio de gravamen, entendiéndolo como tal, la prenda, la hipoteca, la anticresis, la prenda sin desplazamiento, la hipoteca mobiliaria, las prohibiciones de enajenar, el embargo, preventivo o no, el secuestro, la anotación preventiva, la afectación de un bien al cumplimiento de una obligación, y, en general, toda clase de garantías, preferentemente las de carácter real.» (Sentencia de 10 de marzo de 1983.)

Artículo 531, párrafo 2.º No realiza el tipo quien enajena un bien inmueble no seguido de tradición, y con posterioridad constituye sobre él una hipoteca.

«Quien enajena un bien inmueble en documento privado no seguido de tradición o entrega de la cosa, no pierde el dominio del mismo, toda vez que, en la legislación española no rige el principio “solo consensu paret proprietatem”, sino que, antes bien, y como se infiere de los artículos 433, 609, 1.095 y 1.462 y siguientes del Código civil, el contrato de compraventa, no trasmite, por sí solo, la propiedad, siendo indispensable, para la pérdida de dicha propiedad, por parte del “tradens”, y para la consecutiva adquisición por parte del “accipiens”, que, al acuerdo de voluntades, subsiga la tradición de la cosa o bien enajenado efectuada de alguno de los modos especificados en los artículos 1.462 y siguientes del Código civil, y, por tanto, no habiendo perdido el vendedor la titularidad del bien en cuestión, aunque, posteriormente a la compraventa, lo enajene, arriende o grave, su comportamiento, sin perjuicio de las acciones civiles a que haya lugar, no se adapta ni adecúa o la exigencia legal “el que fingiéndose dueño de una cosa inmueble”, pues, sea cual sea su intención y aunque se admita cierta turbiedad de propósito, no ha incurrido en la superchería ni en la ficción o apariencia de propiedad que inexcusablemente requiere el Código penal, toda vez que, pese a la venta primitiva, continúa siendo propietario de un bien que vendió pero no llegó a entregar.» (Sentencia de 10 de marzo de 1983.)

Artículo 534. Protección de los derechos de la Propiedad industrial. Requisitos.

“Los elementos o condicionamientos que originan la figura delictiva son: a) En cuanto a la acción, una infracción, como sinónima de transgresión o quebrantamiento de los derechos de la propiedad industrial, captada a través de los artículos 133 al 145 de la Ley de 1902 sobre propiedad industrial, vigentes por su Estatuto de 22 de mayo de 1931, determinantes de un resultado lesivo para la explotación del objeto de la citada propiedad, susceptible de una valoración económica, en atención, no solamente al daño emergente, sino también al lucro cesante, derivados de la utilización defraudatoria; b) En cuanto a la culpabilidad, por el dolo genérico sobre la acción en el sentido que sea consciente y voluntaria, y además por el dolo específico de la intención o ánimo defraudatorio, que origina la introducción, dentro del tipo penal, de un elemento subjetivo del injusto y dado lugar a que la jurisprudencia de esta Sala se haya inclinado por la inexistencia del delito ante la actuación no maliciosa; y c) En cuanto a la antijuricidad, que la infracción del derecho se haga en atención a la normativa reguladora de la propiedad industrial, por lo que es necesario la previa inscripción registral de la propiedad, y además que la norma socio-cultural repudie la conducta o dinámica de-

lictiva como atentado defraudatorio contra la explotación y uso del titular del derecho ante la intensidad defraudatoria." (Sentencia de 23 de marzo de 1983.)

Artículo 535. Apropiación indebida: no devolución, por el promotor de construcción de viviendas, de las cantidades anticipadas. Ley de 27 de julio de 1968.

"El procesado, recibió de la perjudicada la cantidad de ciento sesenta mil pesetas a cuenta del precio de un millón de pesetas, importe del precio del piso que le había vendido, sito en un bloque de viviendas que se hallaba construyendo, cantidad de la que dispuso en beneficio propio, no haciendo a la perjudicada entrega del piso vendido ni haberle devuelto la referida cantidad, habiendo incumplido lo dispuesto en la Ley de 27 de julio de 1968, en orden al depósito en cuenta especial de las cantidades percibidas como anticipo por los constructores y al afianzamiento de la devolución de las cantidades percibidas, es claro, que incurrió en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal por el que fue condenado dada la remisión que al mismo se hace en la Ley anteriormente mencionada." (Sentencia de 2 de febrero de 1983.)

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

(Sentencia de 22 de abril de 1983)

Artículo 185, 7.º Estado de necesidad: requisitos.

En el estado de necesidad "es requisito básico e imprescindible tanto para la eximente completa como para la incompleta, equivaliendo a una situación de conflicto, **actual o inminente y total**, entre dos bienes en el que la salvación de uno exige el sacrificio del otro, requiriéndose además: a) **peligro** para el bien jurídico, el cual requiere un juicio valorativo "ex ante", pues el acontecimiento temido, de ordinario, gracias a la intervención del agente, habrá de ser evitado; b) dicho peligro ha de ser **real**, y, al efecto, los Códigos españoles desde 1848 a 1928, exigían "la realidad del mal que se trata de evitar"; es menester, por tanto, que, dicho peligro exista, sea posible, que amague al agente y que sea próximo o inminente, habiendo declarado este Tribunal en sentencias de 22 de noviembre de 1935, 16 de septiembre de 1934, 27 de octubre de 1962, 28 de junio de 1963, 15 de abril de 1980, 28 de septiembre de 1982 y 17 de noviembre del mismo año, que, el estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, debiendo existir una **base real** en los hechos declarados probados, sin que quepan deducciones salvo que el antecedente y su relación con la consecuencia ofrezca evidencia axiomática; no obstante cabe el estado de necesidad **putativo** siempre que se adquiera la convicción de que el agente, siquiera sea erróneamente, se creía ame-

nazado por un mal que él reputaba real; c) el mal temido debe ser actual o, al menos, **inminente**, habiéndolo declarado así las sentencias de este Tribunal de 8 de junio de 1935, 28 de noviembre de 1944, 20 de junio y 27 de febrero de 1947, 22 de octubre del mismo año, 9 de noviembre de 1949, 3 de febrero y 1 de mayo de 1954, 21 de octubre de 1957, 7 de febrero y 28 de diciembre de 1962; d) el mal al que el peligro se refiere tiene que ser un perjuicio para un bien jurídico merecedor de un juicio valorativo, debiendo, el mencionado perjuicio, merecer el calificativo de grave —sentencias de 6 de noviembre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 22 de octubre de 1946 y 3 de febrero de 1954—, si bien, el mentado perjuicio no tiene por qué consistir en un resultado típico —sentencia de 18 de diciembre de 1963— pero, para que constituya un mal es preciso que se repute, como tal por el mundo circundante, no bostando con que merezca tal calificativo desde el punto de vista individual del agente —sentencias de 9 de noviembre de 1949, 9 de diciembre del mismo año y 29 de noviembre de 1968—; e) el conflicto ha de ser **absoluto** y, así lo exigen las sentencias de este Tribunal de 6 de noviembre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 20 de mayo de 1967, 2 de septiembre de 1968, 16 de mayo de 1969 y 23 de septiembre y 15 de noviembre del mismo año, 31 de octubre de 1978, 2 de julio y 26 de octubre de 1979, 6 de noviembre y 14 de julio de 1981 y 26 de febrero y 16 de septiembre de 1982, pudiéndose agregar que, hasta el Código de 1928, se exigía por la Ley que “no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”; y esta exigencia la reclaman hoy día, tanto la doctrina como la jurisprudencia, pese a no requerirlo la actual circunstancia 7.^a formulándose, con carácter axiomático, la siguiente proposición: “Cuando no se han agotado las vías legítimas para la salvación del bien, así como cuando se recurre a un medio innecesariamente perjudicial, faltará en verdad, al presunto estado de necesidad la cualidad de absoluto”; y si bien es cierto que las sentencias de 26 de marzo de 1936, 13 de marzo de 1953, 2 de febrero de 1955, 9 de diciembre de 1957, 9 de junio de 1959, 31 de enero y 11 de febrero de 1964, 2 de marzo de 1970 y 29 de abril de 1971, aprecian, dicha circunstancia, como incompleta, pese a no concurrir el conflicto absoluto, ello obedeció a razones psicológicas y no objetivas; f) la situación de necesidad debe ser instantánea y no permanente, afirmación que es muy discutible; g) desde el punto de vista **subjetivo**, el agente, ha de actuar impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno —sentencias de 6 de noviembre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 10 de marzo de 1951, 30 de febrero de 1957 y 16 de septiembre de 1964—, es decir, que es el estado de necesidad el que debe motivar el actuar psíquico del sujeto. Finalmente, puede cerrarse esta exposición, declarando que la circunstancia 7.^a opera tanto para evitar un mal propio como cuando, el sujeto activo, causa un mal para salvar a un tercero del peligro que le afecta —**auxilio necesario**—, pudiendo, el mentado auxilio necesario, referirse a la **comunidad**, como admite la doctrina moderna y se deduce del párrafo tercero de la regla segunda del artículo 20 del Código penal; constituyendo adecuado colofón de este tema, la doctrina de las sentencias de este Tribunal de 21 y 23 de junio de 1982, las

cuales exigen, para la operación de la eximente, que se produzca un conflicto urgente, real y efectivo, grave, actual o inminente, inaplazable, absoluto —por ser el único camino o medio para evitar el mal que se avecina— y total, esto es, que, el bien en peligro, se encuentra en trance de destrucción y no de simple deterioro.

18) **CONSIDERANDO:** que, en el caso de autos, no consta con la debida claridad, el tipo de mal, efectivo, real, actual o inminente, e inaplazable, que los conjurados temían y el que era preciso evitar con la abolición, nada menos, que del sistema democrático y de la Constitución del gobierno legítimo por otro encabezado por el General Armada, sin que, se perciba tampoco, que gravitara sobre los acusados un peligro individual concreto y determinado que amenazara destruir sus bienes jurídicos. Concediéndoles que trataran de combatir, porque lo consideraban de absoluta necesidad, peligros que se ciernen sobre España como, v. g., el terrorismo o el separatismo, por una parte, debían haber agotado los medios pacíficos para evitar tales males y, en cualquier caso, su actuación debía haberse proyectado directamente contra el terrorismo o contra la amenaza de destruir la unidad española, y no, aprovechar la coyuntura como pretexto, y atacar al Congreso, al Gobierno, a las Instituciones fundamentales y a la Constitución, que no eran responsables del pretendido estado de cosas insufribles para los acusados, pues el estado de necesidad requiere inexcusablemente que el mal que se teme sea conjurado o destruido sin lesión para terceros que no son, en absoluto, responsables ni constituyen la causa del mal temido y que se avecina. Procediendo, por virtud de lo expuesto, la desestimación del sexto motivo de fondo, de los formulados por el Teniente General Miláns del Bosch, basado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la circunstancia 7.^a del artículo 185 del Código de Justicia Militar.”

Artículo 185, 12. Obediencia debida. Naturaleza: causa de exclusión de la culpabilidad.

“Que, la eximente de obediencia debida, está definida, con suma parquedad, en el número 12 del artículo 8 del Código penal común, y, con mayor pormenor, en la circunstancia 12 del artículo 185 del Código de Justicia Militar. Sobre su naturaleza, la doctrina clásica entendía que se trataba de una causa de justificación o de exclusión del injusto, mientras que, hoy día, se la califica como una causa de exclusión de la culpabilidad, imbricada además con la inexigibilidad de otra conducta, toda vez que, el que obedece, no actúa con su propio raciocinio y por su capacidad de querer, sino que se halla bajo el influjo de un error esencial supuesto que cree equivocadamente que se le manda un acto justo, sin que, además el Derecho puede incurrir en la contradicción de encontrar justa la ejecución de una orden injusta; no obstante, todavía subsisten opiniones doctrinales que, partiendo, entre otras razones, del contenido del artículo 20 del Código penal, que no menciona, como responsable civil, al que procedió

por obediencia debida, sostienen que se trata de una causa de justificación, distinguiéndola del cumplimiento del deber porque, en éste, la conducta del agente se relaciona directamente con la Ley sin la intermediación del superior jerárquico o sin la voluntad del dicho superior; en la primera —obediencia debida— hay una triple relación, superior-inferior, inferior-tercero y superior-tercero, que no se da en el cumplimiento del deber. (...) Llegada la época de la codificación, el Código de 1848, reputaba obligatorios todos los mandatos del superior, mientras que los de 1870 y 1932 no consideraban obligatorios ni excusantes, dichos mandatos, cuando se tratara de órdenes administrativas que infringen, clara, manifiesta y terminantemente, un precepto constitucional, condicionando la obligatoriedad del mandato a que se dé la competencia del superior y a que el mentado mandato, se halle revestido de las formalidades legales; el Código de 1944, frente a los sistemas de la licitud de la investigación, de la obligatoriedad del mandato, y de la distinción según la condición de la persona que recibe la orden (funcionarios-autoridad o funcionarios-agente), contiene la clave de la adecuada solución en el artículo 369, donde en su segundo párrafo, se dice que no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley, añadiendo, el párrafo tercero de dicho precepto, que tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquiera otra disposición general.”

Artículo 185, 12. Obediencia debida: concepto. Clases.

“En cuanto al concepto de dicha eximente, y dado el silencio del Código, se dice que, una persona, obra en virtud de obediencia debida cuando perpetra un acto ilícito cumpliendo órdenes de su superior jerárquico; sin embargo, se conocen tres clases de obediencia, la familiar, la laboral y la jerárquica, habiendo declarado este Tribunal (en sentencias de 30 de octubre de 1952, 12 de marzo de 1956, 25 de octubre y 24 de noviembre de 1962, 30 de enero de 1967, 8 de marzo de 1969 y 1 de julio de 1976), que, la obediencia jerárquica, es la única que excusa y no la laboral, si bien, a finales del siglo pasado y a principios de éste, abundan los fallos, de este Tribunal, referentes a la obediencia en la esfera familiar, y las sentencias de 17 de octubre de 1890, 7 de junio de 1916, 30 de noviembre de 1925 y 22 de octubre de 1958, se ocupan de la obediencia laboral y, todavía, la de 18 de noviembre de 1980, refiriéndose a dicho tipo de obediencia, declara que, para la aplicación de la eximente, es preciso que, el receptor de la orden, incida en error sobre la licitud de la misma, creyéndola; de buena fe, legítima, o bien que, aún percibiendo la ilicitud de la orden, se vea compelido a aceptarla por no poderle ser exigida otra conducta más conforme a Derecho. Con carácter general, este Tribunal —véanse sentencias de 7 de noviembre de 1885, 4 de marzo de

1886, 23 de junio de 1894, 23 de noviembre de 1950, 10 de diciembre de 1970 y 27 de noviembre de 1976, y también, la muy importante, por referirse a obediencia en la esfera militar de 16 de agosto de 1936—, exige, para la estimación de la eximente estudiada: a) una orden —pues no basta la mera indicación (sentencia de 18 de diciembre de 1957)— emanada de una autoridad superior; b) que la orden se encuentre dentro de los límites de la **competencia** de quien ordena; y c) que esté revestida de las **formalidades** legales; habiendo añadido, la sentencia de este Tribunal de 30 de abril de 1976, que cita las de 23 de mayo de 1969, 23 de julio de 1973 y 22 de mayo de 1974, que la orden delictiva no vincula al inferior, y que, en todo caso, es indispensable: 1.º) subordinación del que obedece respecto al que manda; 2.º) que, tal subordinación, sea ordenada o reconocida por la Ley; 3.º) mandato legítimo; 4.º) que dicho mandato emane desde el campo de las atribuciones del que la ha dado; y 5.º) que no haya obligación, en el subordinado, de examinar si la orden es justa o injusta.”

Artículo 185, 12. Obediencia debida: el deber de obedecer cesa ante órdenes contrarias a la Constitución.

«En la esfera castrense, como la seguridad y eficacia de los ejércitos reposa en los pilares fundamentales de la disciplina y de la subordinación, la doctrina sostiene que, en tiempo de guerra, la obediencia ha de ser ciega, inflexible e incondicional, y, en tiempo de paz, al no darse en el Código de Justicia Militar un precepto semejante al del artículo 369, párrafos segundo y tercero, del Código penal común, el subordinado que cumple las órdenes de su jefe natural con el que se halla vinculado jerárquicamente, queda exonerado de responsabilidad, a menos que lo mandado constituya “atrocitatem facinoris”; pero, esto no obstante, el Código de Justicia Militar, a partir de la reforma de 21 de abril de 1949, en la circunstancia 12 de su artículo 185, ya cuida de añadir “Esta eximente la tomarán o no en cuenta los Tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si, tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella”; y tras la Ley de 6 de noviembre de 1980, que reformó profundamente el citado Código, el rigor se acentúa, tanto en tiempos de paz como en los de guerra, puesto que, la redacción consecutiva a dicha Ley, de la circunstancia 12, agrega a “El que obra en virtud de obediencia debida”, el siguiente inciso: “Se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”, y, por otra parte, la disposición citada, introduce en el artículo 328 del Código de Justicia Militar, un párrafo, mediante el cual, la desobediencia no será tal “cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”.»

Artículo 185, 12. Obediencia debida. Error. Eximente putativa.

“Finalmente resta estudiar el problema de si, la obediencia debida, puede operar como eximente putativa en aquellos casos en los que, el agente, incurre en error, vencible o invencible, sobre la realidad de la orden, sobre la superioridad del que la formula y dirige, sobre la competencia de éste para ordenar lo que ordenó, o, finalmente, sobre la ilicitud del referido mandato; a lo que puede darse una respuesta positiva conforme a la cual si, el error, es invencible habrá total exoneración y si es vencible, el comportamiento del agente, será meramente culposo; debiéndose añadir que, comoquiera que lo que pudo creer el sujeto activo, se encuentra en lo más recóndito de su intelecto —barrera infranqueable en la que es imposible penetrar—, y para evitar pretextos y subterfugios por parte del sujeto activo que, interesadamente y para liberarse de toda responsabilidad, diga y sostenga que creyó o interpretó la orden del modo más conveniente para él, se hace preciso que, el presunto error, se confirme con datos objetivos que se hallen consignados e insertos en la narración histórica, tras indagación cuidadosa, concluir estimando que, en efecto hubo obediencia putativa.

16.º) **CONSIDERANDO:** que, en el caso presente, nada hay en el relato fáctico de la sentencia impugnada que suponga presupuesto fáctico de la eximente estudiada, pues no consta que, el Teniente General Miláns, obedeciera órdenes de ningún superior jerárquico, ni que se hallara en la creencia, errónea desde luego, de que tales órdenes se habían dado y él las había recibido, sin que, por lo demás, el “impulso regio” del que, con exceso y tan gratuitamente, se ha hablado en este recurso y a lo largo de toda su tramitación, haya pasado de hábil alegato enmascarador, invocado por los sublevados, los que trataron y tratan de parapetarse tras la Corona, afirmando mendazmente que obedecían órdenes Reales, órdenes de las que no existe rastro, huella, atisbo o asomo en el relato fáctico de la resolución impugnada. Procediendo, a virtud de todo lo expuesto, la desestimación del quinto motivo, de fondo, del recurso interpuesto por el acusado Miláns, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la circunstancia 12 del artículo 185 del Código de Justicia Militar.”

Artículo 186, circunstancia 7.ª Motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia: requisitos para su apreciación.

“Que, la atenuante 7.ª del artículo 186 del Código de Justicia Militar, idéntica a lo séptima del artículo 9 del Código penal común —móviles morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia—, ha sido estudiada en numerosas sentencias de este Tribunal, naturalmente en su vertiente común, habiendo establecido la sentencia de 30 de diciembre de 1980 que, la atenuante de los móviles elevados —móviles morales en el Código italiano, móviles honorables en el Código suizo—, se inserta

en el número 7.º del artículo 9 del Código penal, encontrándose ausente dicha atenuante en el Código de 1932, aunque había huellas de la misma en el Código de 1928, habiendo sido estudiada reiteradamente por este Tribunal, el cual ha estimado, como la doctrina científica, que hubiera bastado con la referencia, en la séptima del artículo 9.º del Código penal y en la séptima del artículo 186 del Código de Justicia Militar, a los móviles morales puesto que los altruistas y los patrióticos también lo son, habiendo aplicado, esta Sala, la atenuante debatida, generalmente en los casos de participación en abortos "honoris causa" de personas distintas a las mencionadas en el artículo 414 del Código penal, en los de inscripción en el Registro Civil del nacimiento, como legítimos, de niños que carecían de esta condición, y, finalmente, en los de exaltación de los sentimientos paternos. Móviles morales son los que se ajustan a los dictados y exigencias de la ética social vigente en el momento del hecho, altruistas —el altruismo ha sido definido como "una especie de caridad fría"— los que persiguen el bien ajeno de modo desinteresado, sin beneficio propio e incluso a costa de éste, pero según declaración constante de este Tribunal —véanse sentencias de 12 de junio de 1962, de 17 de abril de 1964, de 27 de enero de 1965 y de 7 de febrero de 1966—, para evitar que prevalezca la tesis legendaria del bandido generoso, o la jovellanista del delincuente honrado, la conducta debe tener favorable repercusión en el ámbito comunitario; y se entiende, por móviles patrióticos, los no inspirados en motivaciones partidistas o de ideología política exacerbada, sino los evocados por el concepto de Patria en cuya valoración coinciden y confluyen todas las tendencias y opiniones, habiendo declarado, al respecto, este Tribunal, en sentencias de 15 de octubre de 1948, 14 de octubre de 1949, 26 de marzo de 1963, 27 de enero de 1965, 19 de octubre de 1967 y 30 de diciembre de 1980, que no se albergan, dentro del patriotismo, las conductas y opiniones individuales no por todos compartidas; teniendo que ser, dichos móviles, de importancia, esto es, de trascendencia real, capitales o fundamentales, así como patentes o notorios, añadiéndose finalmente la nota de proporcionalidad con el delito de que se trate —véase sentencia de 15 de octubre de 1948, así como la de 13 de junio de 1955—, de tal modo que si, el resultado punible, es excesivo y desmesurado sin que guarde ecuación o correlación con las especiales representaciones del sujeto activo, la atenuante no debe aplicarse.

134) **CONSIDERANDO:** que, en el comportamiento de los encausados no se aprecia la existencia anímica de unos móviles morales, puesto que, la subversión del orden político establecido, la rebelión contra las autoridades constituidas, el derrocamiento del Gobierno legítimo, el secuestro de los miembros del Congreso y de los del Gobierno, el encauzamiento de la democracia —entiéndase, sin eufemismos, supresión de la misma— y la derogación de las libertades política y sindical, no responden a los dictados de la ética, entendida como la ética social del entorno comunitario, donde la mayoría del pueblo español ha optado repetidamente por un régimen pluripartidista, con órganos representativos elegidos mediante sufragio universal, en el marco de una monarquía hereditaria y constitucional, donde se respeten los derechos individuales de la persona

reconocidos por las Leyes, con libertad de creación de partidos políticos y de asociación sindical; tampoco son perceptibles los móviles altruistas en algunos de los acusados, porque el triunfo del alzamiento debía repercutir en su favor, siendo los beneficiarios del mismo, mientras que, en los demás, se echa de menos la repercusión favorable de su conducta en el ámbito social; y, en lo que respecta a los móviles patrióticos, por todos es conocida la reverencia y el culto al amor a la Patria que se tributa, a ésta, dentro del estamento militar, donde los símbolos de la misma se juran y veneran, prometiendo defender la bandera de España hasta la última gota de sangre; pero, este sentimiento, que también es compartido por los españoles bien nacidos, no concuerda plenamente con lo exigido por este Tribunal a la hora de interpretar lo que significan dichos móviles, puesto que es indispensable que la conducta delictiva obedezca a unas motivaciones inspiradas en el concepto de Patria, en el que coincidan todas las ideologías y partidos, no bastando, para la atenuación, con haber procedido guiados por unos móviles pseudo-patrióticos fundados exclusivamente en un concepto parcial de la Patria, la que no se comprende ni ama si no es con una forma de gobierno determinada y con una administración territorial que sea la personalmente querida por los delincuentes. Procediendo, en perfecta armonía con lo expuesto, la estimación del motivo undécimo de los formulados por el Ministerio Fiscal, sustentado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de la atenuante 7.^a del artículo 186 del Código de Justicia Militar.”

Artículo 196, 1.º Coautoría: no es imprescindible la práctica de todos los actos constitutivos de la fase ejecutiva.

“Que, en relación con la codeincuencia o coparticipación, este Tribunal, en tiempos pretéritos, sostenía que, para que a un partícipe se le pueda reputar autor de un delito en fase de ejecución —intentada o consumada— basta con que se haya concertado con los demás y conozca la ilicitud de lo pactado, respondiendo “in solidum” de lo perpetrado por los otros aunque él no hubiera intervenido en la fase ejecutiva del “iter criminis”. Pero tiempo ha que la doctrina científica, así como este Tribunal —véanse, v. g., las sentencias de 25 y 28 de marzo y 30 de mayo de 1974, 31 de enero y 12 de febrero de 1975, 16 de febrero, 19 del mismo mes, 22 de marzo, 25 de marzo, 5 de junio, 4 de noviembre y 15 de diciembre de 1976, 26 de marzo de 1977, 31 de enero de 1978, 23 de noviembre del mismo año, 5 de febrero de 1979, 26 de junio de 1981, 2 de abril de 1982 y 2 también de abril, 5 del mismo mes, 16 de junio y 30 también de junio de 1982, entre otras muchas—, abandonando la posición antes referida, mantienen que, para que a un partícipe se le repunte autor material, personal y directo de un delito intentado o consumado, se precisa inexcusablemente, concierto de voluntades, pacto previo o mutuo acuerdo, “conscientia scaeleris”, esto es, conciencia de la ilicitud del acto convenido, y aportación de esfuerzo propio, es decir, realización, personal y

directa de actos de ejecución adaptados a las exigencias típicas de la infracción de que se trate, aunque, y en consonancia con la distribución de tareas y de cometidos propia de la codelinuencia, no es indispensable se perpetren, personalmente, todos los actos constitutivos de la fase ejecutiva, respondiendo "in solidum" por virtud de la prevalente teoría de la unicidad, de lo entre todos ejecutado, por más que, como ya se ha dicho, no hubiere practicado, por sí mismo, todos y cada uno de los actos integrantes de la dinámica comisiva.

124) RESULTANDO: que, el General Armada (...) llegada la hora de perpetrar lo convenido y de cumplir el cometido que se había asignado, asumió una postura y unas maneras tortuosas y sinuosas, constitutivas de un doble juego: si triunfa la rebelión, él será el nuevo Presidente del Gobierno que sustituya al legítimo; si, por el contrario, fracasa, el General Armada será el benefactor que llevó al Congreso la propuesta u ofrecimiento de un avión para que los rebeldes se exiliaran, y que, finalmente, y gracias a sus abnegadas gestiones, logre la rendición de los sublevados ocupantes del Palacio del Congreso y convenga con ellos y suscriba el acta de rendición. Pero, pese a ese disimulo y a un comportamiento interesante equívoco, lo cierto es que, el relato fáctico de la sentencia de instancia, enseña, que, su nombre, es citado, como el de una pieza clave y decisiva (...). Infiriéndose, de todo lo relatado, que el acusado Armada, rebasó ampliamente la fase de conspiración, entrando, conforme a lo convenido, en la de ejecución, que quedó, unas veces, frustrada, y, otras, consumada, en lo que a su actuación personal concernía, pero, habiéndose perfeccionado el delito de rebelión tan pronto se produjo el alzamiento en Madrid, en Valencia y en la División Acorazada "Brunete", Armada responde, como autor, e "in solidum", de lo sucedido en otros puntos neurálgicos correspondientes al plan concertado, respondiendo, además, con el carácter de cabeza o jefe de la rebelión, puesto que, además de ser su intervención estelar, era el principal beneficiario de la mentada rebelión, la que iba a encabezar en tanto en cuanto sería el Presidente del Gobierno que sustituyera al legítimo."

Artículo 286. Rebelión militar: delito pluripersonal. Consumación anticipada. No es necesaria la violencia.

"Que, no siendo concebible un delito de rebelión militar perpetrado por una sola persona, dicha infracción, ha sido calificada de necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal, y, también, de ejecución colectiva, caracterizándose, ante todo, por la existencia de un alzamiento o levantamiento en armas, tendencialmente encaminado a atacar al ordenamiento constitucional, al Jefe del Estado, a su Gobierno o a Instituciones fundamentales de la nación, y que revista las características, unas subjetivas y otras de carácter objetivo, a que se refieren los cinco números de artículo 286 del Código de Justicia Militar, siendo también consustancial al delito de rebelión militar su carácter de infracción de mera actividad, toda vez que basta que se produzca el alzamiento en armas

para que se consuma y perfeccione instantáneamente el hecho punible, aunque los rebeldes no hayan conseguido los objetivos o fines pretendidos con su insurrección o insurgencia, esto es, que no se exige resultado alguno para la mentada perfección delictiva. Y cabe añadir que, la violencia, no es requisito indispensable de la rebelión, pudiéndose pactar y llevar a cabo de modo incruento sin que, por ello, se destipifique el comportamiento de los agentes, lo que enseña la historia patria, donde han abundado los pronunciamientos o sublevaciones sin violencia ni efusión de sangre —v. g., el de Pavía que puso fin a la primera República, el de Dabán y Martínez Campos que, en 1875, restauró la Monarquía borbónica, o el de 1923 del General Primo de Rivera (todos ellos triunfantes, por lo que no fueron sometidos a proceso sus autores)— y que ratifica el contenido del artículo 294 del Código de Justicia Militar, el que, al conceder excusa absolutoria o sustanciosa atenuación a los rebeldes no comprendidos en el artículo 287, presupone que, dichos rebeldes, depongan las armas antes de haber hecho uso de las mismas, esto es, sin que, en el curso de la rebelión, se haya producido violencia, agresiones a las personas o efusión de sangre; todo ello sin perjuicio de resaltar que lo que se proyecta y conviene como incruento, se torna violento y belicoso tan pronto se ofrece resistencia u oposición a los planes de los rebeldes, los cuales nunca pueden aseverar —dado que el futuro no se puede predecir por los humanos— que su alzamiento, con toda seguridad será incruento, sin víctimas y sin derramamiento de sangre.”

Artículo 287. Sustitución de la pena de muerte, conforme a lo dispuesto en el R. D. L. de 21 de diciembre de 1978, por la de treinta años de reclusión. Pena indivisible.

“El Real Decreto Ley de 21 de diciembre de 1978, consecuencia de lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, sustituyó en el artículo 287 del Código de Justicia Militar, la pena de muerte por la de treinta años de reclusión, es decir, no por la de reclusión en toda su extensión, sino por la de dicha reclusión, en el límite superior de la misma. De este modo, la pena de muerte que era indivisible, fue sustituida por otra pena indivisible sobre la que no podían operar ninguna clase de circunstancias, ni agravantes ni atenuantes”.

Artículo 294. Posibilidad de revisar en casación el arbitrio que establece el artículo 294, en caso de que se haya tenido en cuenta para su apreciación la concurrencia de atenuantes mal aplicadas.

“Que, sin embargo, el punto neurálgico del problema lo constituye la cuestión de si el arbitrio que el mencionado precepto concede a los Tribunales militares, es incondicionado y, gracias a su discrecionalidad, irrevisable en casación. Y este Tribunal, después de haber meditado largamente el problema, entiende y declara lo siguiente: a) si el Tribunal

militar de instancia no ha explicado las razones por las que hace uso, más o menos amplio, de las facultades que le concede el citado artículo 294, reservándose las "in pectore", o se limita a aludir, a su personalidad, a su historial militar, a sus condecoraciones o a otros condicionamientos habituales en estos casos, como lo son también, la gravedad y el alcance del comportamiento criminal, la decisión que, al respecto adopte el Tribunal militar, en orden a la mayor o menor benevolencia con que se aplique la excusa, será puramente discrecional y no podrá discutirse ni revisarse en casación; b) si el Tribunal militar se apoya, para ejercer su arbitrio, en atenuantes de diversa índole, que conjuga con el artículo 294, si, efectivamente, las atenuantes antedichas fueron estimadas correctamente por el Tribunal militar, también su determinación pertenece a lo facultativo y discrecional, sin que pueda combatirse ni revisarse en esta vía; y c) si, como en el caso presente, el Tribunal militar de que se trate, combina el artículo 294 con atenuantes que este Tribunal estima mal aplicadas, el arbitrio, y la mayor o menor generosidad con que se ha concedido la atenuación calificada que el artículo 294 dispone, e incluso la aplicación, en algunos casos, de la exención de toda pena, podrá ser revisada por este Tribunal, el cual coincidirá o no con lo resuelto al respecto por el Tribunal militar."

Artículo 294. Deposición de la sarmas: excusa absolutoria.

"Que, la excusa absolutoria, en unos casos, y sustanciosa atenuación en otros, establecidas en el artículo 294 del Código de Justicia Militar, tan semejante a lo dispuesto en el artículo 226 del Código penal, supone una medida de política criminal encaminada a facilitar la rendición de los rebeldes sin que hubieran conseguido sus objetivos ni hecho uso de las armas, a restablecer cuanto antes el orden público perturbado y a evitar efusión o derramamiento de sangre, excusa absolutoria que no puede aplicarse de ninguna manera a los rebeldes incluidos en el artículo 287 de dicho cuerpo legal, que determina la exención de las penas que le correspondería, como rebeldes, si se trata de meros ejecutores y no tienen empleo militar superior a clases de tropa o marinería, y que, teniendo los rebeldes empleo militar superior al expresado o ejerciendo algún mando en las fuerzas rebeldes, a criterio del Tribunal, sufrirán sólo una pena inferior a las correspondientes o quedarán exentos de pena, añadiendo el precepto que la excusa o la atenuación, una vez exentos de pena los meros ejecutores, podrá aplicarse a los rebeldes comprendidos en el último párrafo del artículo 288 y en el artículo 289, así como a sus cómplices y encubridores."