

Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1.º Dolo: comprende la conciencia y voluntad del acto y además la conciencia de su ilicitud.

«El dolo o intención, que no puede presumirse —según tenía declarado esta Sala en la última jurisprudencia interpretando el párrafo segundo del artículo 1.º del Código penal y que hoy consagra el mismo artículo en la nueva redacción dada por Ley 8/1983, de 25 de junio— es un estado de conciencia interno, inasequible a la observación directa de los extraños, y que se manifiesta por hechos exteriores del agente; y de aquellos hechos aparece no sólo la conciencia y voluntariedad del acto, sino también la conciencia de su ilicitud, que sólo se podría haber desvanecido, de haberse alegado y probado un error de hecho o derecho, según la antigua terminología, ahora error de tipo, error de prohibición.» (Sentencia de 17 de noviembre de 1983.)

Artículo 3.º Tentativa desistida: fundamento de la exclusión de la responsabilidad criminal. No es necesaria la pena.

«Modernamente, se justifica la impunidad aludiendo a que es una situación de peligro que desaparece, una intranquilidad original de los miembros de la comunidad que cesa, una voluntad de renuncia del agente a recorrer íntegramente el «íter criminis», y una pérdida de intensidad de la voluntad delictiva, añadiéndose que, la tentativa desistida, ya no se presenta como una forma intolerable de comportamiento delictivo y que el orden jurídico se mantiene, merced al desistimiento, sin necesidad de imponer pena alguna.» (Sentencia de 21 de diciembre de 1983.)

Artículo 4.º La conspiración inicial queda consumida por la realización posterior de actos de inducción.

«La conspiración para delinquir, que existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y deciden ejecutarlo, desaparece y se disipa como forma punible sancionable, cuando el hecho concertado pasa a vías ulteriores de realización cualquiera que éstas sean, ya que entonces, esas

ejecuciones absorben por completo los conciertos e ideaciones anteriores al ser éstos puestos en marcha, y esto sentado es indudable que el recurrente no es un conspirador del delito de robo que la sentencia combatida define y sanciona como debe, sino un ejecutor del mismo por la vía de la inducción directa en cuanto que, no solamente se puso de acuerdo con sus otros compinches para cometerlo en la forma que la resolución contradicha refiere, sino que intervino en él, valiéndose de otra persona, con actos útiles para su realización, cuales fueron los de instigar y convencer.» (Sentencia de 5 de diciembre de 1983.)

Artículo 6 bis a) Error invencible sobre la prohibición: la falta de conciencia de la antijuridicidad elimina el dolo.

«En el orden de la culpabilidad no puede estimarse que haya concurrido el requisito del dolo, pues como es obvio, éste queda eliminado por la creencia racional y fundada de que se obra conforme a Derecho, y la racionalidad de la creencia del procesado de que no quebrantaba un precepto penal de derecho sustantivo se justifica por el hecho expuesto en el primer considerando, acerca del confusiónismo que existe sobre las competencias legalmente atribuidas a los distintos profesionales o técnicos, tanto de grado superior como de grado medio, quedando remarcada la racionalidad de la creencia o buena fe del procesado, por el hecho de que el proyecto hubiese sido visado por el correspondiente colegio, que si bien, ciertamente, en absoluto sirve para revestir de juridicidad al comportamiento antijurídico, sí debe ser valorado a los referidos de robustecer la racionalidad de la creencia excluyente del dolo.» (Sentencia de 19 de octubre de 1983.)

Artículo 6 bis a) Error sobre la prohibición. Leyes penales en blanco: la ignorancia de la remisión normativa no excusa de su cumplimiento.

«El dolo como actividad psíquica voluntariamente intencional y maliciosa, radica en el hondón de la personalidad del infractor y no puede ser captado por el juzgador, sino a través de las conductas físicas exteriorizadas y de las consecuencias materializadas de las mismas y en este caso de la tenencia de tales útiles unida a las propias manifestaciones del inculpado, que pone de relieve que los móviles de tal conducta eran voluntariamente queridos a pesar de su ilicitud, que no alcanza a excluir el pretendido error de derecho o de prohibición penal sobre la necesidad de licencia y guía para la tenencia de un arma de fuego, por ser conocida y notoria la ilicitud de tal conducta que se halla por otra parte en contradicción con el principio jurídico de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento sobre todo si se trata de leyes penales o de disposiciones legales que alcanzan tal rango por resultar necesarias para integrar o completar una norma en blanco o un tipo penal como sucede en el presente caso, por lo que su pretendido desconocimiento no alcanza a producir el efecto excusante invocado en el único motivo del recurso que por ello debe ser rechazado.» (Sentencia de 3 de noviembre de 1983.)

Artículo 8, 4.º a) Legítima defensa. Por agresión ilegítima hay que entender toda acción susceptible de poner en peligro un bien jurídico.

«Que el viejo criterio doctrinal y jurisprudencial, tradicionalmente dominante, de equiparar "agresión" y "acometimiento", o sea, la de configurar la agresión como la constituida por los actos de fuerza o violencia física o material, ya ha sido totalmente superada por la moderna doctrina científica representada por jóvenes y agudos penalistas, así como por la más reciente jurisprudencia; entre otras, por las Sentencias de 14 de diciembre de 1970, y 22 de noviembre de 1974, en el sentido de que debe conceptuarse como agresión, a efectos penales, toda acción susceptible de poner en peligro un bien jurídico protegible, emancipando el concepto de «agresión» de las mezquinas limitaciones que le habían sido impuestas por la doctrina durante tanto tiempo imperante.» (Sentencia de 6 de octubre de 1983.)

Artículo 8, 4.º, b) Legítima defensa: necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión injusta.

«La doctrina jurisprudencial, en sus más recientes y reiterados pronunciamientos, viene negando que la necesidad haya de ser absoluta y que deba existir exacta proporcionalidad o equiparación entre los medios empleados, exponiendo que la Ley habla de que la necesidad del medio debe ser «racional», y esta adjetivación está paladinamente revelando una flexibilización, graduación o relatividad, en la que debe atenderse con adecuada valoración a los bienes jurídicos atacados, a las circunstancias del hecho, lugar, ocasión, medios empleados, al desvalimiento de la víctima, o a la posibilidad de auxilio o de huida decorosa y sin riesgos, sin desdeñar el aspecto subjetivo, también presente en las decisiones de esta Sala, pues en los angustiosos momentos de la agresión no es posible la reflexión y serenidad de juicio para elegir medios de defensa proporcionados y para limitar o medir ésta a lo estrictamente necesario para repeler la agresión, ya que no puede prescindirse de la opinión fundada que el sujeto haya podido racionalmente formarse sobre la existencia y gravedad del riesgo creado para su vida o integridad física.» (Sentencia de 22 de abril de 1983.)

Artículo 8, 4.º, c) Legítima defensa: doble proyección de la falta de provocación suficiente al extenderse tanto a la agresión como a la defensa.

La falta de provocación suficientes es «requisito que, no en balde, ha sido calificado como bifronte, en tanto en cuanto se proyecta a la agresión como a la defensa, es decir, agresión no provocada, como defensa ajena a la provocación, habiendo destacado la doctrina y jurisprudencia patrias que la dificultad estriba en determinar esa suficiencia en tanto en cuanto bascula en una causalidad, que, al fin y a la postre, ha sido reconducida siguiendo el criterio de la causalidad adecuada, y así, ya la Sentencia de 14 de diciembre de 1912 apuntó que ni es lo mismo provocar que dar motivo u ocasión, y la de 24

de abril de 1933 entendió que la provocación no fue adecuada, bastante y proporcionada a la agresión, criterio que comparte la más reciente de 15 de noviembre de 1982 al entender que la provocación suficiente debe parificarse a provocación causal respecto del ataque, esto es, que sea bastante y adecuada para originar la agresión sin que la justifique plenamente, para acabar entendiendo que tanto la adecuación como la eficiencia están clamando por la inmediatez para completar el círculo que enmarca el concepto legal, como así lo proclamaron las Sentencias de 11 de octubre de 1943, 28 de septiembre de 1944 y 15 de marzo de 1952.» (Sentencia de 9 de diciembre de 1983.)

Artículo 8, 11.º Ejercicio legítimo de un derecho. Derecho constitucional a la libertad de expresión: sus limitaciones.

«Que el tercer argumento, con el que se pretende demostrar la falta de ánimo de injuriar, es el derecho constitucional a la libertad de expresión. En efecto, el artículo 20 de nuestra Ley Constitucional consagra el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones, mediante la palabra escrita o cualquier otro medio de reproducción. Pero este derecho no es absoluto; según la propia Constitución, tiene sus límites: uno «los derechos reconocidos en este título», según el núm. 4 de dicho precepto; y otro y especial es el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, entre otros. Estas limitaciones ya venían consagradas en las Constituciones históricas españolas, al hablar la Constitución de 1812 de «las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes»; la de 1837, del uso de dicha libertad «con sujeción a las leyes», que coinciden en general con las de Derecho comparado, destacando, muy especialmente, la Ley Fundamental de Bonn, que establece como límites las leyes generales, las de protección a la infancia y a la juventud y el derecho al honor (art. 5.º). Por tanto la limitación a la libertad de expresión antes señalada es auténticamente constitucional y, como ha dicho esta Sala, no es un derecho absoluto, ya que la constitución le señala sus justos límites que, en suma, se remueven acertadamente entre la libertad y la honorabilidad, y se remite al artículo 10, del propio texto constitucional, como criterio interpretativo, además del ámbito que a la misma señalan la Declaración de Derechos Humanos que son las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general (Sentencia de 24 de julio de 1982), o bien, como afirma la sentencia de 19 de enero de 1982, el derecho al honor ha de ser salvaguardado mediante la puesta en juego de ciertos criterios ponderativos que en cada sujeto y caso, enjuicien la posibilidad de lesión de los mismos, constitutivas de delito o falta. Y así queda perfilado legal y jurisprudencialmente el derecho a la libertad de expresión, a fin de evitar que bajo la máscara del mismo se hagan incursiones devastadoras y distorsionadoras de los patrimonios, más íntimos, sagrados y consustanciales con la persona, cual es el del honor.» (Sentencia de 31 de octubre de 1983.)

Artículo 9, circunstancia 1.ª Neurosis obsesiva compulsiva.

«Que en la denominada neurosis obsesiva compulsiva, la cual parece reflejar el «factum» de la sentencia recurrida al aludir —con referencia al recurrente a una neurosis con desequilibrios emocionales, irritabilidad y rasgos

obsesivos—, la conciencia de los actos está perfectamente conservada y lúcida, pero se reproduce en estos sujetos una lucha violenta y dramática entre la voluntad y la idea obsesiva, en que no siempre salen victoriosos los frenos inhibitorios de aquélla, pues es característico de este enfrentamiento un cierto estado de ansiedad anímica que produce una situación de tensión de la que puede pasarse a la acción en un momento de claudicación o ante un agente o factor provocativo, y en estos casos puede hablarse de un déficit de voluntad o de una débil respuesta inhibitoria a la situación obsesiva que justifica la atenuación privilegiada prevista en el artículo 9.1 en relación con el 8.º.1 del Código Penal (vid. sentencias de esta Sala de 20 de mayo, 6 y 26 de junio de 1981 y 12 de junio de 1982), y, por ende, procede la estimación del único motivo del recurso por infracción de Ley.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1983.)

Artículo 9, circunstancia 8.ª Arrebato u obcecación: los estímulos desencadenantes han de ser lícitos, justos y poderosos.

«Cuando de la atenuante de arrebato u obcecación se trata, la última doctrina jurisprudencial (Sentencia de 25 de enero último, por más reciente) ha entendido que requiere que el agente obre o actúe impulsado por estímulo o incitaciones reales serios, externos, procedentes del ofendido, lícitos, legítimos, justos y poderosos, de tanta gravedad e intensidad que desencadenen una emoción esténica, fulgurante, explosiva, fugaz la primera y duradera la segunda, que oscurezca u ofusque el entendimiento o que aminoren o disminuyan los frenos inhibitorios o facultades de autocontrol, circunstancias que no concurren en quien tan sólo se dice que es intransigente y muy impulsivo.» (Sentencia de 16 de junio de 1983.)

Artículo 10, circunstancia 8.ª Abuso de superioridad: carácter objetivo.

«La agravante de abuso de superioridad no la constituye el hecho de ser mujer la ofendida y hombre el agresor, sino que teniendo apreciación objetiva se basa en la posición o situación de ventaja en que el agresor se encuentre en relación con la víctima, prevaleciéndose de ella, aunque no se busque de propósito, produciendo una manifiesta desigualdad entre ellos, desigualdad que puede ser física o instrumental, viniendo a ser como una alevosía de segundo grado.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1983.)

Artículo 12, número 1.ª Negación de la teoría del acuerdo previo. Autoría en sentido estricto (artículo 12, número 1.º) y participación del número 1.º del artículo 14 equiparada a la autoría.

«Que la doctrina del llamado «acuerdo previo» que atribuye la consideración de coautores a todos los que han intervenido en él, siendo indiferente la naturaleza ejecutiva, preparatoria o de simple ayuda, de la participación material de cada uno en la realización objetiva del hecho, viene siendo superada por el más reciente criterio de esta Sala al exigir, además del concierto

delictivo que patentiza o evidencia el «animus auctoris», la realización de actos consumativos de la figura de delito prevista en la Parte especial del Código —autoría del artículo 12-1.º—, o tomar «parte» en la ejecución del hecho —participación del artículo 14-1.º—.» (Sentencia de 2 de febrero de 1983.)

Artículo 14, 1.º Coautoría: dominio del hecho, distribución de funciones.

«Otro tanto puede decirse del motivo tercero que considera infringido el artículo 14 del Código Penal, cuya argumentación es que no es autor del robo el que concertado con otro, con propósito de beneficio, se trasladan en automóvil al lugar del hecho, un Restaurante, queda en la puerta, gritando quietos que nadie se mueva, mientras su compinche, con revólver, apuntando al Cajero, realiza materialmente el apoderamiento de la cantidad sustraída. La argumentación ha sido suficientemente desautorizado en los razonamientos anteriores, a los que había que añadir, que ha quedado de lleno incurso en el artículo 14-1.º del Código Penal al tomar parte directa en la ejecución del hecho, porque hay dominio del acto, acuerdo de voluntades, unidad de acción y mutuo consenso, distribución de actos ejecutivos o cooperación directa y causante, como afirma la doctrina de esta Sala, con voluntad solidaria de causar un resultado antijurídico.» (Sentencia de 13 de octubre de 1983.)

Artículo 14, 1.º Coautoría sucesiva.

«Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido admitiendo la llamada coautoría sucesiva en virtud de la cual se reputa autor a quien toma parte en la ejecución de un hecho que otro comenzó a ejecutar sumado su esfuerzo al del primero para el logro del resultado típico propuesto, alcanzando la consumación del delito, por lo que también procede desestimar este recurso.» (Sentencia de 5 de julio de 1983.)

Artículo 14, 2.º Inducción: influjo psíquico. Autoría moral.

«El acusado ejerció un influjo psíquico sobre las procesadas, anterior o coetáneo al hecho de autos, directo, eficaz, doloso y «sine qua non», mediante el cual, dichas acusadas, incitadas y persuadidas por el imputado, de modo relevante, determinaron y decidieron perpetrar la dinámica comisiva de autos de modo personal, material y directo, mientras, el recurrente, tras manejar los hilos de la trama, permanecía en la sombra como mero autor moral e indirecto de lo efectuado.» (Sentencia de 20 de octubre de 1983.)

Artículo 14, número 3.º Cooperación necesaria: esperar al volante mientras se perpetra un robo.

«La cooperación de quien espera al volante de un automóvil la salida de su co-reo o co-reos del lugar donde han perpetrado un delito de robo a mano armada, es esencial, si no para la ejecución, sí para la consumación de la

referida infracción, así como para lograr la disponibilidad de los efectos de los que se han apoderado, constituyendo cooperación «sine qua non» de quien tiene el dominio del acto y en cuya mano está que se consiga o fracase lo planeado y proyectado, sin que los ejecutores propiamente dichos puedan encontrar, en ese momento, otro auxilio que el que les proporciona quien les aguarda con el automóvil preparado para propiciar una rauda fuga imposibilitando tanto su captura como la recuperación de lo sustraído.» (Sentencia de 27 de junio de 1983.)

Artículo 16. Complicidad omisiva. Requisitos.

«Cuando de complicidad omisiva se trata, la jurisprudencia patria ha venido exigiendo la concurrencia de distintos elementos, cuales son: a) el objetivo representado por la simple omisión, siempre y cuando reúna los caracteres de eficaz, pero nunca necesaria, en orden a la producción del resultado; b) el subjetivo, representado por el dolor o **animus adjuvandi** para la producción del resultado, y, c) el normativo, que es el que acaba de dar todo su sentido jurídico-penal a la omisión, integrado por la existencia de un específico deber de actuar derivado de un precepto jurídico (ley, contrato, etc.) o de una situación de peligro precedentemente creada por el omitente, que le coloca en posición de garante, es decir, que le obliga a garantizar la no producción del resultado, que le incumbe a él personalmente, en cuanto dio la vida al peligro o daño potencial para la esfera jurídica ajena, lo que es distinto, por más específico, del deber genérico de impedir determinados delitos, según reza el contenido del artículo 338 del Código Penal (Sentencias de 10 de abril de 1981 y 10 de diciembre de 1982.» (Sentencia de 28 de octubre de 1983.)

Artículo 17, 3.º Admisión del encubrimiento en cadena.

«Que son elementos esenciales de la figura penal del encubrimiento, el subjetivo del conocimiento del delito anterior cometido y el objetivo de la conducta auxiliadora o complementaria, de los partícipes principales del delito. Se sigue cuestionando en la doctrina, si ésta actitud auxiliadora se cumple sólo con autores o cómplices o también con el propio auxiliador encubridor. Mientras una facción mantiene que no es punible el encubrimiento del encubrimiento, pues se dice que el encubridor es partícipe de un delito y no partícipe de otro partícipe (forma ésta última generalmente atípica); otra entiende que hay posibilidad de que exista un segundo encubridor, que se convierte en encubridor secundario o mediato del autor o cómplice, e inmediato del encubridor primario, figura que no se separa de la estructura técnico jurídica del encubrimiento, ni de la finalidad de política criminal que persigue. Ante la disyuntiva, la doctrina de esta Sala ha optado por la segunda solución, admitiendo el encubrimiento en cadena tanto para los supuestos de encubrimiento del artículo 17, como los cometidos con ánimo de lucro del artículo 546 bis a), en éstos más fáciles de apreciar dadas las características de delito autónomo que tienen (Sentencias de 12 y 25 de noviembre de 1974).» (Sentencia de 20 de diciembre de 1983.)

Artículo 22. Responsabilidad civil subsidiaria de personas no responsables criminalmente. Quedan excluidas las actividades que se ejecutan contra la voluntad expresa del responsable subsidiario.

«Que la doctrina de esta Sala, sobre responsabilidad civil subsidiaria, con normativa legal en el artículo 22 del Código Penal, marca una evolución progresiva, a través de una interpretación extensiva, en la que se pone de manifiesto la aplicación, no solamente de aquellos principios o fundamentos de la culpa «invigilando» o «in eligendo», sino también principios de responsabilidad objetiva, patrocinados por las teorías de creación del riesgo y de benefactor de actividades ajenas, en las que se debe asumir la carga económica derivada de las acciones realizadas por el autor de la infracción penal, determinantes de perjuicios a terceros, cuando no pueden ser resarcidas por el patrimonio de éste, dada su insolvencia. Los condicionamientos o requisitos para que esta responsabilidad civil subsidiaria pueda tener lugar, son los siguientes: a) La existencia de una relación entre el autor del delito y la persona contra la que se pretende la efectividad de la responsabilidad civil, caracterizada por la existencia de cierta dependencia, en la función o actividad que constituye la dinámica del delito; y b) Que el agente de la actividad delictiva, actúe dentro de la función o relación de dependencia, quedando únicamente excluida aquellas actividades que se ejecuten contra la prohibición expresa del presunto responsable subsidiario, con lo que las simples extralimitaciones temporales o variaciones en la ejecución del servicio encomendado, no dejan exoneradas las responsabilidades civiles de esta naturaleza.» (Sentencia de 31 de octubre de 1983.)

Artículo 24. La retroactividad de las leyes más favorables alcanza también a las no estrictamente penales que complementan una ley penal en blanco.

«Que por ley penal a efectos del artículo 24 del Código Penal, debe entenderse todo precepto del cual resultan consecuencias penales. Por tano, no sólo los que se refieren a la pena o definen figuras concretas del delito, sino también los de otras ramas jurídicas, que dan contenido a las llamadas leyes penales en blanco; son modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena. La modificación puede aumentar o restringir el ámbito de la tutela penal, dando mayor o menor amplitud al precepto a partir del momento en que la modificación se produce; en rigor estamos en presencia de una ley nueva a la que es de aplicación lo prevenido en el artículo citado.» (Sentencia de 26 de septiembre de 1983.)

Artículo 24. Retroactividad de la ley penal más favorable, no obstante la desestimación del recurso.

«Que, no obstante haber sido desestimado el recurso por las razones expuestas en los anteriores Considerandos, esta Sala entiende ser más beneficioso para el acusado la aplicación de los pertinentes artículos de la Ley Orgánica

8/1983, de 25 de junio, reformadora del Código Penal, en cuanto tales preceptos son de aplicación taxativa y no entrañan el ejercicio de arbitrio judicial reservado a la instancia; aplicación de oficio que se hace por esta Sala, no sólo en gracia a obvias razones de economía procesal que agilizan la administración de justicia penal, sino por razones dogmáticas que se deducen de la vigente Constitución en cuanto la misma consagra en su artículo 9-3 el principio de legalidad y la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas, lo que implica «a sensu contrario» la imperatividad de la retroacción favorable al reo, dotando de rango constitucional al artículo 24 del Código Penal, formulador de dicho clásico axioma; principio de legalidad que se fórmula de nuevo en lo penal por el artículo 25-1 de la Constitución, lo que implica, a su vez, por imperio del artículo 53-1 de la misma Constitución, su vinculación para todos los Poderes Públicos y la posibilidad de aplicación directa por todos los Tribunales de cualquier orden jurisdiccional; todo lo cual permite a esta Sala, no obstante la desestimación del recurso, el dictar seguidamente Auto complementario de esta sentencia en el que se haga aplicación de la última reforma penal en cuanto se estima más beneficiosa para el recurrente salvando el principio de audiencia previa con la posibilidad del recurso de súplica contra esta última resolución rectificadora.» (Sentencia de 7 de noviembre de 1983.)

Artículo 28. Si la pena de multa, por razón de delito, viene impuesta juntamente con otra privativa de libertad, la inferior en grado puede ser inferior a treinta mil pesetas.

«Que como reiteradamente tiene declarado este Tribunal cuando la pena de multa venga impuesta como principal, no puede bajar de la cuantía procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 28-1.º, en cuanto que un delito no puede ser sancionado con pena inferior a la mínima establecida para este tipo de infracciones, pero cuando la pena venga impuesta como conjunta, o sea, como privativa de libertad y multa, esta Sala tiene declarado, que en tal caso, si el Tribunal degrada, por las razones que fueren, la privativa de libertad ha de degradar, igualmente, la de multa, de manera que el grado inferior a la de multa legalmente señalada para el delito de que se trate, ha de formarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 76, reduciendo de su cifra mínima la mitad de la pena inferior, sin que en este caso entre en juego la limitación impuesta en el artículo 28, por lo que como la Sala de instancia no procedió así a los efectos de rebajar en dos grados la pena de multa al igual que hizo con la privativa de libertad, procede estimar el segundo de los motivos del recurso.» (Sentencia de 16 de febrero de 1983.)

Artículo 60. Comunicabilidad de las circunstancias: no basta tomar conocimiento de la concurrencia en el momento de perpetrar el hecho el autor.

«Que conforme lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 60 del Código Penal, para que las agravantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, sean comunicables a

los demás partícipes es necesario que éstos tuvieran conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, habiéndolo declarado esta Sala, en multitud de ocasiones, que dicho conocimiento ha de ser referido al momento en el que realicen «su acción» o «su cooperación» aquellos a los que ha de comunicarse no bastando pues, que, únicamente, adquieran tal conocimiento en el momento de perpetrar el hecho punible el autor directo que, personalmente, hubiese empleado las modalidades generadoras de la agravante y, a su vez, que el conocimiento no se presume, sino que ha de quedar debidamente probado.» (Sentencia de 11 de octubre de 1983.)

Artículo 69. **Tras la supresión del artículo 50 del Código penal, en caso de homicidio preterintencional, del tipo lesiones-muerte, existe concurso de delitos (lesiones dolosas y homicidio culposo).**

Tanto el Tribunal de Instancia como el Tribunal Supremo consideraron que no hubo intención de matar, aun cuando sobrevino el resultado de muerte, en quien infirió a otro unas lesiones que, según el relato de hechos probados, hubieran tardado en curar un plazo superior a treinta días e inferior a noventa. Por aplicación del derogado artículo 50 del Código penal se impuso la pena de las lesiones (número 4.º del artículo 420) en su grado máximo, y el Tribunal Supremo añade que «al haber sido suprimido el artículo 50 del Código Penal por la reforma parcial de dicho Código introducida por la Ley de 25 de junio de 1983 el hecho de que, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria de esta Ley, proceda revisar las sentencias para acomodarlas a la nueva normativa, queda supeditado a que la aplicación de la nueva normativa resulte más favorable al reo, circunstancia que no concurre en el caso de autos, ya que de aplicar la normativa en vigor el procesado resultaría perjudicado en cuanto que habría que penar un delito doloso de lesiones y otro de homicidio por imprudencia.» (Sentencia de 4 de noviembre de 1983.)

Artículo 69. **Delito complejo: diferentes soluciones cuando concurren varios elementos en el complejo.**

«Ha sido objeto de resoluciones, no del todo coincidentes, de esta Sala, la solución al problema que presentan los delitos complejos, cuando el delito base que absorbe al que podría llamarse secundario, va acompañado por varios de éstos y no por uno solo. Se ha presentado el problema principalmente en delitos de frecuente producción: robo con varios homicidios, robo con varias violaciones. También ha sido frecuente en supuestos de atentado acompañado de varias muertes que castiga el artículo 233 del Código Penal. Entre los criterios que la doctrina ha ofrecido para solucionar la no fácil cuestión —que no es puramente teórica, pues tiene repercusiones trascendentales en la fijación de las penas—, aparece el de la absorción: todos los delitos secundarios quedan absorbidos por el complejo constituyendo un sólo delito; es el más favorable al reo (un robo con tres homicidios). El criterio múltiple homogéneo estima tantos delitos complejos,

como delitos secundarios cometidos; es el más gravoso para el reo (en el ejemplo anterior se penarían tres delitos de robo con homicidio). Finalmente el criterio múltiple heterogéneo se pena un solo delito complejo y los otros delitos secundarios por separado. Es el criterio que recoge con mayor acierto, el obligado equilibrio y proporcionalidad con mayor acierto, el obligado equilibrio y proporcionalidad entre ofensa y retribución (en el mismo ejemplo se castigaría un robo con homicidio y dos homicidios por separado). La última jurisprudencia de esta Sala ha rechazado, por demasiado benigno, y casi impunita, el criterio de la absorción y acogido el último criterio expuesto de multiplicidad heterogénea. Así con relación a los robos con violaciones (Sentencias de 18 de abril de 1980, 19 de diciembre de 1982), y robo con homicidio, y sólo en el supuesto de que los homicidios sean preordenados al robo (es decir el reo decide cometer el robo aun matando a varias personas, no que estas muertes sobrevengan con ocasión del robo), esta Sala aplica el criterio más grave de la multiplicidad homogénea (Sentencias de 12 de mayo de 1958, 7 de julio de 1955, 27 de octubre de 1977).» (Sentencia de 25 de mayo de 1983.)

Artículo 69 bis. Delito continuado: Interpretación del precepto introducido en la reforma de 1983.

«Que lo primero que se advierte en la reciente innovación legal plasmada en el artículo 69 bis del Código —ubicado como excepción al principio de acumulación material de penas proclamado en el precepto anterior, pero con mucho mayor alcance que el simplemente penológico, como es fácil de comprender—, es que en su seno se albergan dos supuestos perfectamente diferenciados, pero ambos característicos del delito continuado, como ya había tenido ocasión de enseñar la mejor doctrina sobre el tema: **Uno** en que la actuación del autor o autores (incluidos los demás partícipes) no es sino **ejecución de un plan preconcebido**, plan que si alcanza **notoria gravedad** por los intereses en juego hasta perjudicar a un número indeterminado o **generalidad de personas** desemboca en el llamado en doctrina delito con sujeto pasivo masa o, más abreviadamente, **delito-masa**, y al que se alude de modo inequívoco en el párrafo primero, **in fine** del precepto y con ese mismo nombre en la propia «Exposición de motivos» de la reforma. Y **otro** que incluye a los que actúan **aprovechando idéntica ocasión** (quiere decirse análogas, pero distintas ocasiones, puesto que el **substratum** del delito continuado es una **pluralidad de acciones u omisiones**), concepto éste que si bien está en el origen de la institución puede suscitar dificultades de concreción, las que, sin duda pueden superarse acudiendo precisamente a esa primera fundamentación del instituto que si en un inicial momento, ya muy lejano y que se remonta a los prácticos, tendió a salvar los rigores del **trifurato** y eludir así la pena capital, superado ese pietista y pragmático recurso, se empezó a ver, ya desde el ángulo de la culpabilidad, meta progresiva del Derecho penal ya proclamada dogmáticamente en la reforma última del Código, que al ofrecerse al culpable ocasiones sucesivas para actuar la misma conducta punible, tal repetición de situaciones análogas deparadas por el propio sujeto activo o por la simple coyuntura de

la ofrecida seriación, sin que iniciada la primera o primeras acciones recayere el castigo, había de actuar como debilitamiento de los frenos inhibitorios y recaída en la tentación, de suerte que la total conducta debiera merecer pena menor que la simple suma penológica de las acciones aisladamente consideradas, pero mayor, naturalmente, que la pena correspondiente a una sola de ellas; penalidad intermedia que es, justamente, la que se recoge en algunos de los Códigos que se ocupan de esta regulación y que, igualmente, es la que aplica con buen criterio el precepto en examen de nuestro Código reformado, al señalar la pena correspondiente a la **infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior**, amplitud punitiva que servirá para graduar la pena atendiendo a la mayor o menor entidad del conjunto y que, por lo mismo, tratándose de **delitos patrimoniales habrá de tener en cuenta el perjuicio total causado**, sin que esto quiera decir que se retrocede al sistema de cuantías, lo que sería incongruente después de su supresión como base de penalidad en tales infracciones contra el patrimonio, sino módulo cualificante que se tiene en cuenta, entre otros, en la regulación de tales delitos (ver al efecto artículos 506-8.º, 516-3.ª y 529-7.ª como más significativos.) (Sentencia de 4 de octubre de 1983.)

Artículo 69 bis. Delito continuado: no es aplicable la doctrina a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas.

«Que es doctrina reiterada de esta Sala la que ha venido entendiendo que el delito continuado no es aplicable a las infracciones complejas como el robo con violencia o intimidación en las personas, habida cuenta la distinta naturaleza de los bienes jurídicos tutelados (sentencias de 19 de noviembre de 1981, 16 de febrero de 1982 y 13 de mayo, 7 de junio, 5, 13 y 14 de octubre de 1983) y que ha encontrado su consagración legislativa en el párrafo segundo del artículo 69 bis del nuevo Código Penal, razones que impiden la aplicación al caso ahora injuiciado.» (Sentencia de 2 de febrero de 1984.)

Artículo 69 bis. Delito continuado. Cuando concurren conductas de tentativa o frustración con otras consumadas ha de considerarse el delito resultante consumado.

«En los dos hechos, el que alcanzó la consumación o perfección ejecutiva y el que no pasó del grado de tentativa se dan todos los presupuestos o requisitos del delito continuado, según la praxis jurisprudencial inconcusa que ha alcanzado categoría legal en el artículo 69 bis introducido por la reforma de 25 de junio del año en curso, hoy en período de «vacatio»; y cuando concurren las conductas parciales de tentativa y frustración con otras de consumación —dice la sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 1983 resumiendo el criterio de otras anteriores—, ha de considerarse el delito resultante como consumado, lo cual es consecuencia —añadimos— de la consideración penal única que merecen los hechos, en atención a la unidad de dolo y la coincidencia o afinidad en los demás elementos, habida cuenta de que la tentativa y la frustración no constituyen un tipo distinto, sino son formas

incompletas de realización del tipo, y la unidad real y ontológica del hecho obliga a imponer la pena señalada a la infracción más grave, como se deducía antes del artículo 68 del Código y actualmente, de modo expreso, del artículo 69 bis de próxima vigencia, teniendo en consideración, además, de que en este caso la ruptura de la unidad delictiva en la forma que sugieren los recurrentes conduciría a la punición por separado de los delitos o infracciones cometidas con un resultado más gravoso para los reos; procede la desestimación de los dos motivos de casación.» (Sentencia de 15 de julio de 1983.)

Artículo 81. Principio de necesidad de la pena: la total inserción social del condenado no impide la aplicación de la pena.

«Que el artículo 25 de la Constitución, en su número 2, establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad» estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados». Este precepto ha de entenderse en el sentido de que las normas reguladoras sobre las mismas, han de estar basadas en estos principios de reeducación y reinserción sociológica, pero no implica que el autor de una infracción penal no pueda ser sancionado si no es necesaria la citada reeducación y reinserción, pues lo contrario llevaría consigo, en no pocos casos, la imposibilidad de sancionar las figuras delictivas.» (Sentencia de 25 de noviembre de 1983.)

Artículo 101, 3.º Indemnización de daños y perjuicios: las indemnizaciones consistentes en el pago de una cantidad líquida devengan los intereses que establece el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

«Que la Ley 77/1980, de 26 de diciembre, que añade al texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil el artículo 921 bis, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de enero de 1981, establece que cuando una resolución judicial condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará desde la fecha en que fuera dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso fuera revocada totalmente. Añadiendo a continuación la misma disposición que «lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación a todas las disposiciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria»; por lo que resulta evidente que contra lo que se sostiene en el único motivo del recurso, y en virtud de tal generalización, la disposición adquiere vigencia y aplicación cualquiera que sea el orden jurisdiccional en el que se haya dictado, salvo que existan normas más específicas en la jurisdicción de que se trate, lo que en el orden penal no ocurre, por lo que como tal disposición general ha de ser acogida y observada en la esfera penal, teniendo además en cuenta la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento penal, lo que impone la desestimación del recurso.» (Sentencia de 25 de junio de 1983.)

Artículo 105. Distinción entre herederos y perjudicados. El heredero no necesariamente tiene la condición de perjudicado.

«Es constante declaración de esta Sala que el perjudicado por un delito es el que sufre el daño material o moral ocasionado directa y necesariamente del hecho delictivo (Sentencia de 18 de octubre de 1974); que los herederos de un fallecido, consecuencia del hecho penal, están legítimados para actuar en la causa como acusadores, pero ello no quiere decir que por el hecho de serlo, necesariamente deba considerárseles como perjudicados por el hecho punible, ni que deban por ello ser obligatoriamente indemnizados, porque la indemnización está necesariamente supeditada a la causación del perjuicio. Por tanto, a estos efectos, se distingue muy claramente entre herederos y perjudicados y que aquéllos por el hecho de serlo no son automáticamente perjudicados, por la muerte de un causante, si por las relaciones concretas de cada caso no se deduce claramente que el delito les ha perjudicado, y en qué concepto y calidad lo ha sido, pues la indemnización no se hereda, sino que se recibe por el daño directamente sufrido (Sentencias de 25 de noviembre de 1974 y 13 de junio de 1981). Por fin, que el parentesco con el fallecido no es suficiente a los fines indemnizatorios, debiendo añadirse otros datos esenciales, tales como la convivencia, la dependencia económica, u otros casos de parecida entidad, que pierden su fuerza y eficacia, en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, roturas de estos vínculos, ignorancia de paraderos u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquellos vínculos de manera voluntaria y consciente (Sentencia de 22 de octubre de 1975). En suma, pues, han de ser, parientes realmente perjudicados.» (Sentencia de 25 de junio de 1983.)

Artículo 118. Retroactividad de la Ley penal más favorable: antecedentes penales susceptibles de cancelación. No aplicación de la agravante de reincidencia.

«El Tribunal debe dar aplicación a la nueva normativa penal sobre la computación de los antecedentes penales, a efectos de reincidencia, en virtud de la norma 3.ª de la disposición transitoria de la Ley 8/83, reformadora del Código Penal y artículo 24 del mismo, sobre retroactividad, ya que en el caso que estamos examinando los antecedentes que sirven de base a la apreciación de la gravante no deben ser tenidos en cuenta por ser susceptibles de cancelación, ya que del análisis de los hechos y de la causa, se pone de relieve que el recurrente no ha delinquido con posterioridad a los mismos, tiene satisfechas las responsabilidades civiles, en cuanto que reparó con bienes propios el perjuicio patrimonial derivado del delito, y transcurrido el plazo de tres años que es el exigido para la pena de prisión menor, máxima con la que pudo ser sancionado el delito de hurto cometido con anterioridad. Igualmente por estos preceptos legales, debe rectificarse también la sentencia, al objeto de aplicarse la nueva penalidad, señalada para el delito cometido, pues según el nuevo contenido del número 1.º del artículo 515 del

Código Penal, dado por la citada Ley reformadora del Código Penal 8/83, de 25 de junio, la pena correspondiente es la de arresto mayor en lugar de la la presidio menor.» (Sentencia de 28 de noviembre de 1983.)

Artículo 174 bis b) Colaboración con bandas armadas: conducta independiente de la complicidad en el delito proyectado.

«El delito de cooperación con grupo o banda, tipificado en el artículo 2.º del Real Decreto Ley de 26 de enero de 1979 y actualmente en el artículo 174 bis b) del Código Penal, según modificación operada en la Ley Orgánica de 4 de mayo de 1981, está constituido, de acuerdo con la doctrina de esta Sala (Sentencias 17-3, 12-5 y 3-6 del presente año 1983): a) Por una actividad o dinámica delictiva, integrada por la acción de favorecer potencialmente y de modo genérico al delito o delitos que proyectan el grupo o banda armada, acto de colaboración que si está en conexión con la realización de un plan concreto y específico de la acción terrorista, se despoja de los caracteres de esta figura delictiva de la colaboración, para formar parte de la complicidad del delito proyectado; b) En cuanto a la culpabilidad, que se tenga, no solamente conciencia del favorecimiento, sino también de la finalidad perseguida por el mismo; y c) Que el grupo terrorista o armado, para quien se realiza la cooperación, esté considerado como antijurídico por la normativa del ente social en el que se ejecuta la actividad delictiva.» (Sentencia de 21 de diciembre de 1983.)

Artículo 236. Atentado: según el artículo 4.º-4 de la Ley de Policía 55/1978, de 4 de diciembre, los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado se consideran de servicio permanente.

«Conforme al artículo 4.º-4 de la Ley de Policía 55/1978, de 4 de diciembre, los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado y entre ellos los pertenecientes al Cuerpo Superior de Policía, se consideran de servicio permanente con arreglo al artículo expresado, y en cualquier momento pueden y deben entrar en el ejercicio de sus funciones. Pero sobre todo, porque del «factum» aparece con toda claridad, que la reacción del recurrente agrediendo al policía, se produjo así que supo su calidad de tal, por lo que tanto se estime que se encontraba en el ejercicio de sus funciones, como que con ocasión de ellas fue acometido se ha consumado el delito de atentado por el que el recurrente ha sido sancionado, desestimándose también este último motivo del recurso.» (Sentencia de 30 de mayo de 1983.)

Artículo 240. Desacato: el Vicedecano de una Facultad Universitaria, en funciones de Decano, es autoridad.

«Que el tercer motivo del recurso considera infringido, por no aplicación, el artículo 245 del Código Penal, pues en concepto de los recurrentes, si el hecho se considera como delito, debe encajarse como injuria, insulto o amenaza de hecho o de palabra, a funcionario público, mas no a autoridad. Y la tesis podría sostenerse si el Vicedecano, insultado, injuriado o amenazado,

lo hubiera sido, como simple Catedrático, o como Vicedecano, sin estar en funciones de Decano. Mas asumiendo esta condición, por ausencia de aquél, es claro que estaba revestido de aquellas facultades de Autoridad Académica que le conceden las disposiciones legales, con función relevante de mantener la disciplina entre alumnos y profesores. Por tanto, es la propia Ley la que le reviste de la misma autoridad que tiene el Decano, en aquellos casos. Y los hechos contra él dirigidos, lo son contra la autoridad académica que representa precisamente en el ámbito de su Facultad, razones que conllevan a desestimar el motivo que se estudia.» (Sentencia de 21 de marzo de 1983.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas de fuego: posesión compartida. Todos son coautores.

«La coautoría en el delito de tenencia ilícita de armas de fuego es factible, cuando la posesión del arma es compartida, sucesiva o simultáneamente por varios sujetos con ánimo conjunto «rem sibi habendi», admitiéndose esta última forma cuando el arma, aunque sea portada por uno sólo, es susceptible de ser utilizada por el otro.» (Sentencia de 5 de julio de 1983.)

Artículo 255, número 2.º Introducción de armas extranjeras: es preciso tener conciencia del hecho.

«Que el motivo cuarto del recurso está articulado por entender que el número 2.º del artículo 255 del Código Penal, ha sido aplicado indebidamente, es decir por haber tenido el Tribunal de Instancia en cuenta el particular de que las armas eran extranjeras, y habían sido introducidas ilegalmente en territorio español. Sobre esta agravante específica es preciso reconocer, que si bien es cierto que cierto sector doctrinal y determinado criterio jurisprudencial se inclinaron por la tesis objetiva, de que debía ser apreciada, siempre que se hiciera constar este extremo en los supuestos fácticos, sin embargo, también hay que reconocer, que la dogmática penal más exigente con los principios de esta rama del derecho, reclama y exige para su aplicación el elemento subjetivo, por el cual los procesados o autores de la infracción del delito de tenencia ilícita de armas deben tener conciencia del hecho que origina la agravación, por lo que, en el presente caso, al no desprenderse de los supuestos fácticos el conocimiento, por parte de los recurrentes, de que hubieran sido introducidas ilegalmente las armas, dentro de España, es procedente acceder a la estimación del citado motivo número 4.º» (Sentencia de 13 de mayo de 1983.)

Artículo 303. Los cheques de viaje (traveller's check) son documentos mercantiles merecedores de protección penal en España, aunque hayan sido falsificados en el extranjero.

«El cheque de viaje o «traveller's check» no es otra cosa que un cheque emitido por un Banco en favor de una persona, ordinariamente en forma nominativa, que entrega a aquél una cantidad y recibe el cheque por la misma,

con la especialidad de que puede ser cobrado por su titular en cualquier agencia o sucursal nacional o extranjera del Banco emisor o en las oficinas de sus corresponsales, sustituyendo así, mediante el documento, con motivo de un viaje, el dinero por el cheque cobrable, en cualquier lugar del viaje. De su concepto se deduce, pues, la naturaleza esencialmente mercantil del documento (...), que es merecedor de protección penal, cuando los efectos jurídicos y económicos se produzcan dentro de nuestro territorio, es decir que es irrelevante su origen extranjero, cuando es susceptible de ser negociado en España. Por fin, la **jurisprudencia**, en su más reciente sentencia de 11 de febrero de 1959, afirma que la condición de nacionalidad del documento no es exigida por el artículo 303 del Código Penal y que tratándose de documentos mercantiles —de uso frecuente en el mercado bancario— con vocación y trascendencia mercantil, deben considerarse incluidas sus alteraciones sustanciales en el artículo indicado, como falsedades en documentos mercantiles; doctrina ésta, en lo sustancial, coincidente con la sentencia de 20 de mayo de 1982.» (Sentencia de 26 de septiembre de 1983.)

Artículo 303. Documento mercantil: diferentes clases.

«Puede concluirse estimando que son documentos mercantiles: a) los que sin autorización de fedatario público mencionan y regulan, «nominatim» y de modo expreso, el Código de Comercio y las Leyes mercantiles especiales, tales, como las letras de cambio, las libranzas, los vales o pagarés, las cartas órdenes de crédito, los cheques, cartas de porte, pólizas, pólizas de seguros, pólizas de fletamento, conocimientos de embarque, los documentos no públicos mediante los que se constituyen el préstamo a la gruesa o la hipoteca naval, las acciones o participaciones de sociedades, los títulos valores en general y los libros de contabilidad de los comerciantes; b) aquellos documentos no autorizados por Notario o funcionario público competente, en los que, los comerciantes plasman actos o contratos mercantiles, estipulando derechos y obligaciones del modo en que libremente quisieron pactar y fijando, por escrito, el contenido y alcance de los mismos, y c) los extendidos con el fin de acreditar el cumplimiento, ejecución o extinción de lo pactado anteriormente o de alguna fase de dicho pacto, entre los que figuran facturas, recibos —véase, v. g., el párrafo tercero del artículo 353 del Código de Comercio—, talones y también los albaranes.» (Sentencia de 19 de septiembre de 1983.)

Artículo 303. El documento privado deviene público si se confecciona para surtir efectos en un organismo oficial.

«La naturaleza del documento se determina por su finalidad, y el que es meramente privado por su origen, si se confecciona para surtir efectos en un organismo oficial al que se incorpora con aptitud de provocar cualquier trámite de índole judicial o administrativa, sólo por esta posibilidad adquiere la condición de oficial, ya que una vez presentado ante aquél, pone en movimiento la actividad estatal, sobre la base de una mendacidad, que queda protegida con la garantía y seguridad jurídica de que gozan las actuaciones

de los organismos públicos y las falsedades que en él se contengan han de sancionarse con arreglo al artículo 303.» (Sentencia de 27 de junio de 1983.)

Artículo 304. Uso de documento falso con intención de lucro: autoría mediata si se utiliza a una persona ignorante de la falsedad. Dominio del acto.

«El que constándole la falsedad de un documento lo entrega a otra persona para que ésta lo use en su provecho, sin poner en su conocimiento dicha falsedad o haciéndole creer que es verdadero, se convierte en autor mediato del citado delito, ya que lo comete por medio de una persona inculpable de quien se sirve como un mero instrumento material, que no tiene otro cometido que el exhibirlo cuando se lo pidan al igual que si tal autorización hubiera sido colocada en el parabrisas del coche o en otro sitio visible de éste, a los efectos de poder ser controlada o supervisada por las fuerzas de Tráfico, sobre todo cuando aparece probado que el uso continuado de dicho documento del que el conductor ni siquiera tenía la posesión, sino que era un mero tenedor o servidor de la posesión ajena, que continuaba en cabeza de los procesados y estaba dirigida al lucro de los mismos, quienes eran los únicos que seguían poseyendo el dominio del acto y tenían conocimiento de que sus coches circulaban con un documento de concesión o circulación falso, lo que impide que el tercer motivo pueda ser acogido.» (Sentencia de 11 de julio de 1983.)

Artículo 306. Documento privado: concepto y caracteres.

«Documento particular es toda representación gráfica del pensamiento, generalmente por escrito y en papel, con finalidad probatoria y preconstituida, no autorizado por Notario o funcionario público, cuya falsificación punible tiene lugar al concurrir de una parte el elemento material, externo y consustancial a toda falsedad de alteración o mutación de la verdad por alguno de los medios o formas descritas en el artículo 302, al que se remite aquél como tipo punitivo en blanco, y de otra, el elemento intencional y subjetivo constituido por el conocimiento del agente de que con su falaz proceder causa un daño o perjuicio concreto a un tercero, o alberga en su propósito el causarlo, siendo necesario que la falsedad afecte a extremos trascendentes del documento, sin precisar para la perfección del delito un perjuicio determinado y real que puede o no darse, bastando la actividad dinámica tendencial y finalista del «animus laedendi.» (Sentencia de 24 de noviembre de 1983.)

Artículo 324. Uso indebido de título. Sus diferencias con la usurpación de funciones (artículo 321).

«En el artículo 321 es preciso ejercer actos de una profesión, para la que se carece del correspondiente título oficial. Lo esencial del mismo es el **ejercicio de actos**, es la puesta en práctica de acciones propias de una profesión que no se tiene. El artículo 324 habla de uso indebido de título, diploma, nombramiento académico o profesional. La esencia del tipo es el uso indebido de un título que no se tiene, esto es atribuirse la condición de profesio-

nal públicamente, y hacerse pasar por el mismo. El primero usurpa la función, el segundo es una falsedad ideológica, de índole formal, base probable para una actividad delictiva, pero que se queda en uso indebido de título, si no se realiza otro acto que el anuncio, la ostentación, y no se traduce en actos propios de la profesión que indebidamente se dice tener. (Sentencia de 30 de mayo de 1972). Es lo que en alguna sentencia se califica de «vanitatis causa» (20 de enero de 1972). El problema del uso se refiere, como con razón afirma la doctrina a conseguir hacer creer a los destinatarios de la acción que ostenta cargo o ejerce la profesión a la que se refiere el título o nombramiento. De ahí a pasar a ejercer los actos propios de la profesión va una diferencia notable y distingue a las dos figuras estudiadas.» (Sentencia de 10 de diciembre de 1983.)

Artículo 336. La extracción de un centro hospitalario de una persona que está a disposición de la autoridad judicial constituye el delito de evasión de presos.

«En el artículo 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se habla de Centros hospitalarios, Centros psiquiátricos y Centros de rehabilitación social. Y cuando habla de asistencia sanitaria, el artículo 36, cita, no sólo los servicios médicos de los establecimientos, sino de instituciones hospitalarias penitenciarias, y en caso de necesidad de otros centros hospitalarios, donde deben ser trasladados a propuesta del médico de la Prisión, con autorización del Centro Directivo y de la Autoridad Judicial, a cuya disposición estuvieran. En estos supuestos la situación del afectado, en el orden penitenciario, es la misma que tuviera en el Centro Penal y el Centro hospitalario, se convierte en una prolongación, filial o dependiente de aquél a tales efectos. De tal forma que la evasión, bien durante la conducción, bien durante la permanencia en el mismo, queda incardinada en el artículo 336, del Código Penal, so pena de hacer de mejor condición a los tendidos, por razones de salud —lo que ya es una diferencia, justa, pero diferencia de la administración—, sobre los que permanecen en los Centros penitenciarios. Y de otra parte, sería eludir al Código Penal, mediante el acto, de una fácil simulación y bajo la concesión de un privilegio, poder evadirse sin responsabilidad, lo cual repugna a los más elementales principios de justicia, bajo cuya rúbrica general está enmarcado el delito que inútilmente se combate. Razones todas que conllevan a la desestimación del recurso.» (Sentencia de 5 de octubre de 1983.)

Artículo 339. El concepto de inhumar es más amplio que el de enterrar.

«El verbo inhumar tiene una significación y alcance más amplios que el riguroso y estricto sentido etimológico y gramatical por lo que no sólo es inhumar, enterrar o tapar con tierra un cadáver, sino cualquier otro acto tendente o desprenderse de él con infracción de leyes o reglamentos; doctrina jurisprudencial la expuesta que no es recusable como, a primera vista, se pretende pues, **por una parte**, por motivos sanitarios y por la naturaleza de infracción de riesgo o peligro abstracto o comunitario que tiene el delito,

debe castigarse cualquier conducta que propenda a impedir que el cadáver sea conducido, en el tiempo y con las formalidades legales, al recinto destinado al efecto, permaneciendo, por el contrario y gracias al comportamiento del agente, insepulto o sumido en medio inapropiado, esparciendo, con su putrefacción, miasmas deletéreos, alimentando una fauna cadavérica libre, tras el yantar, para contaminar el entorno y transmitir o propagar enfermedades, e impidiendo que los parientes o deudos del difunto le den cristiana sepultura y dispongan las exequias acostumbradas, y, **por otra**, la interpretación restrictiva de la doctrina científica dejaría fuera del precepto —artículo 339—, auténticas inhumaciones ilegales efectuadas en sarcófagos, mausoleos, nichos o cualquier otro contenedor del cadáver que no se hallara en la infrficie de la tierra, lo que no es atinado, e incluso, las incineraciones —hoy día permitidas— con la consecutiva conservación, en una arqueta, de las cenizas del difunto, aunque no se hubieran observado las formalidades legales y reglamentarias reguladoras de dicha cremación.» (Sentencia de 4 de julio de 1983.)

Artículo 339. Inhumación de cadáveres consecutiva a un delito contra la vida: pluralidad de bienes jurídicos ofendidos.

«Que, en lo que respecta al problema del ocultamiento o destrucción del cadáver o inhumación ilegal del mismo, cuando el infractor es la misma persona que cometió el aborto, infanticidio, homicidio, asesinato o cualquier otro delito contra la vida, precedente y que privó, de dicha vida, al luego interfecto, la doctrina científica se halla dividida, pues, unos sectores entienden que se trata de un acto de autoencubrimiento impune —ocultación del «corpus delicti»—, que el delito contra la vida absorbe o consume a la infracción sanitaria —«lex consumens derogat consumtae»—, que el desvalor de la inhumación ilegal está ya incluido en la penalidad del delito contra la vida, y que, finalmente, es inexigible que la abortista, la infanticidia, el homicida, el asesino o el autor de cualquier delito contra la vida se autodenuncien, presentándose en el Registro Civil para promover la legal inhumación del cadáver resultante gracias a sus antijurídicos actos; mientras que, otros sectores, atendiendo a la heterogeneidad del bien jurídico violado, sostienen la punición de ambas figuras, sin que, ninguna de ellas, absorba a la otra. Por su parte, la jurisprudencia, en sentencia de 5 de diciembre de 1956 —asesinato—, 14 de mayo de 1960 —aborto—, y 19 de diciembre de 1977 —accidente de circulación en el que el reo se limitó a no dejar el cadáver «in situ», sino que lo llevó a un lugar próximo al del atropello arrojándolo a la acera que discurría paralelamente a la carretera—, adoptó la solución negativa, que reputó más técnica, realista y científica, proclamando la impunidad del autoencubrimiento y añadiendo no ser exigible, al homicida, que se autodenuncie y no oculte el «corpus delicti» para evitar la consecutiva sanción penal; pero, en las sentencias de 9 de junio y 22 de noviembre de 1943, 8 de octubre y 22 de diciembre de 1947, 27 de enero de 1951, 27 de septiembre de 1952, 4 de marzo de 1965 y 15 de noviembre de 1977, esta Sala, sostiene lo contrario, basándose en que, las conductas atacan bienes jurídicos distintos —vida y salud pública—, en que el autoencubrimiento es acto impune, pero que ello sola-

mente sucede cuando los actos que le integran no constituyen, por sí solos, otro delito, lo que se demuestra consultando el artículo 17, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo precepto considera conexos a los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros, y en que, no siendo consubstancial o inherente al delito contra la vida, la infracción de riesgo o peligro abstracto, no tiene por qué absorber aquélla a este último, tal como ocurre, v. g., con el homicidio o las lesiones en las figuras del artículo 501 del Código Penal, o con los daños causados en los supuestos contemplados en los números 2.º y 3.º del artículo 504 del mismo; inclinándose, en este caso y atendidas las circunstancias del mismo, esta Sala, a la última solución citada, no solamente por las razones expuestas, sino porque el párrafo segundo del artículo 279 bis del Código Penal y el también párrafo segundo del artículo 322 del mismo punen conductas delictivas efectuadas para procurarse la impunidad de otros delitos y porque la punición de la inhumación ilegal consecutiva a la perpetración de un delito contra la vida, no supone forzar al delincuente a dejar el cadáver «in situ», a una autodenuncia o a su comparecencia en el Registro Civil para promover el legal enterramiento de el mismo, sino que simplemente se le exige que no incurra en un «plus» de antijuridicidad, sumando, al delito cometido, el ocultamiento o destrucción del cadáver, impidiendo, con ello, tanto que éste sea tempestivamente, y sin peligro para la salud pública, conducido al recinto señalado al efecto y confinado en él, como que, sus familiares o deudos, se hagan cargo de dicho cadáver y puedan dedicarle los habituales funerales y exequias.» (Sentencia de 4 de julio de 1983.)

Artículo 344. L.S.D.: Droga que causa grave daño a la salud.

«No procede la revisión por el efecto retroactivo de la ley más favorable (Ley Orgánica de reforma del Código penal, de 25 de junio del corriente año) al estimarse por esta Sala que la droga, objeto de tráfico [se refiere a la llamada L.S.D.] es de las que causan graves daños a la salud, por lo que viene castigada con igual pena que en la legislación anterior.» (Sentencia de 5 de octubre de 1983.)

Artículo 344. La cocaína es droga que causa grave daño a la salud.

«Que los hechos probados revelan inequívocamente una situación posesoria respecto de una droga como la cocaína, de graves efectos sobre la salud, posesión preordenada a la entrega a terceros, con fines de tráfico entendido como actitud de circulación promovida para difusión de la droga, que está comprendida dentro del texto del artículo 344 del Código, tanto en su redacción anterior a la Ley de 25 de junio de 1983 como en la vigente, sin que proceda la rectificación de la pena impuesta, conforme a la Disposición Transitoria de esta última Ley, por quedar la pena impuesta dentro de los límites señalados en el nuevo texto, debe, en consecuencia, acordarse la desestimación del motivo.» (Sentencia de 11 de noviembre de 1983.)

Artículo 344. El hachís es droga que no causa grave daño a la salud.

«Que los hechos cometidos, de acuerdo con el artículo 24 del Código Penal y el primer párrafo de la Disposición Transitoria de la Ley de 25 de junio del pasado deben ser subsumidos en el subtipo atenuado del artículo 344 del Código Penal en su nueva redacción, porque el hachís viene mereciendo de este Tribunal la consideración de droga que no causa grave daño a la salud, con la concurrencia en este caso de una circunstancia específica de agravación —la notoria importancia de la cantidad poseída— que atrae la aplicación de la pena superior en grado; procede, consecuentemente, la estimación del tercer motivo de casación interpuesto, con la trascendencia penológica que deriva de la nueva tipificación, es decir, pena dentro de los límites de la prisión menor y supresión de la pena pecuniaria.» (Sentencia de 18 de enero de 1984. En igual sentido: SS. de 13 de octubre de 1983, 28 de noviembre de 1983, 3 de diciembre de 1983, 2 de enero de 1984.)

Artículo 344. La finalidad de tráfico, aun cuando figura en el relato de hechos probados, es un juicio valorativo susceptible de revisión.

«Que, en el caso presente, el Tribunal «a quo», en el «factum» de la resolución recurrida, declara probado que, el acusado, en la ocasión de autos, llevaba tres barras de «hachís» «para negociar con ellas», añadiendo, en el primer Considerando de la mentada resolución, que las tenía en su poder «con destino a la venta... y no al autoconsumo»; pero, dado el carácter subjetivo de estas conclusiones que sólo pueden obtenerse previo juicio valorativo, son, como ya se ha dicho antes, revisables y corregibles en casación, donde no es posible aceptarlas toda vez que, por una parte, la Audiencia de origen, no aclara en qué elementos de juicio se apoyó para inferir ese propósito de ulterior destino al tráfico, y, por otra, dicho destino, no puede inducirse, ni de la conducta del acusado, que es «buena» según el encabezamiento de la sentencia recurrida, ni de sus antecedentes, pues carece de ellos, ni, finalmente, de la cantidad de hachís intervenido —único dato objetivo en que pudo sustentar la Audiencia «a quo» su declaración de intenciones—, ya que su peso —2,350 gramos— es lo suficientemente exiguo para no evocar necesariamente y por su sola virtualidad, la idea de ulterior tráfico o el propósito de posterior transmisión a otra u otras personas. Procediendo, a virtud de lo expuesto y habida cuenta del principio «in dubio pro reo», la estimación del único motivo subsistente del recurso interpuesto por el acusado.» (Sentencia de 26 de septiembre de 1983.)

Artículo 429, número 1.º Comete tentativa de violación quien trata de yacer por la fuerza con una mujer, aun cuando el sujeto activo padezca una hipospadia que impide la erección completa.

«En los hechos probados, se manifiesta que el citado procesado, «a pesar de la oposición de María Purificación y de darle codazos para impedirlo», por estar afecto «de una hipospadia de carácter severo que le impide la

erección completa y la casi imposibilidad de realizar el acto sexual», no llegó a ejecutar el yacimiento, y estos supuestos dan lugar a que el delito de violación pueda ser apreciado en su grado de tentativa, puesto que si no realizó todos los actos el procesado no fue por su voluntario desistimiento, sino por su erección incompleta —endurecimiento no pleno— y oposición violenta de la víctima.» (Sentencia de 11 de junio de 1983.)

Artículo 435. Estupro: es necesaria una relación heterosexual, siendo indiferente el sexo de los sujetos activo y pasivo.

«La acción que se tipifica está representada por el acceso carnal con otra persona, en el sentido de heterosexualidad, con lo que importa poco cuál fuere el sexo de los sujetos activos o pasivos, siempre y cuando fueren antagónicos, con exigencia en el pasivo de una edad cronológica comprendida entre la mayoría de doce años y minoría de dieciséis, como ya precisó la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 1982, con intervención de engaño que ha de operar como factor causal y determinante del yacimiento.» (Sentencia de 5 de julio de 1983.)

Artículo 453. Calumnia: el derecho a la crítica política y a la libertad de expresión elimina la antijuricidad, aunque padezca el honor y la fama.

«Añadiendo, por fin, la doctrina de la Sala —que ha de destacarse por su interés a los fines del presente recurso—, el derecho a la crítica de la acción política y a la libertad de expresión, por ser derecho constitucional, aunque con límites, también constitucionales, que es llano que la preferencia de los intereses y valores de la comunidad política, puede justificar o motivar una más laxa, indulgente o comprensiva estimación de la crítica y la censura política o pública periodística a que resplandezca el puro interés informativo y los fines de la salud pública, aunque padezca —sólo en la medida de lo necesario— el honor y la fama de los que sirven a la causa pública.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1983.)

Artículo 461. La «exceptio veritatis» es improcedente en caso de Injurias contra el Gobierno.

«Que alegada nuevamente la «exceptio veritatis» del artículo 461 del Código Penal como medio de defensa, en injurias contra el Gobierno, la Sala da por reproducidos los razonamientos del auto de 19 de mayo de 1982 en que inadmitió la prueba, sobre la misma, insistiendo en que ha de referirse la injuria a un funcionario o autoridad determinada en el ejercicio de su cargo y que tal defensa procesal no puede darse contra las instituciones que encarnan los poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, que gozan de una protección jurídico penal especial más intensa y que la injuria al Gobierno, no es a funcionario o autoridad determinada, sino a un Ente público colectivo, poder de la Nación. De otra parte, el Tribunal Constitucional en su resolución de 10 de noviembre de 1982, dictada para este caso, ya declara paladinamente que el derecho a utilizar todos

los medios de prueba pertinentes, no es un derecho ilimitado que exija la aceptación por parte del Tribunal de todos los propuestos, sino que en coincidencia fundamental con lo sostenido por esta Sala, afirma que es ella la que ha de resolver motivadamente, como lo ha hecho, sobre la pertinencia o impertinencia de las mismas. La motivación del Auto de 19 de mayo de 1982 es amplia, fundada y con razonamientos jurídicos minuciosos y suficientes para deducir que la «exceptio veritatis» es improcedente en los casos de injuria contra el Gobierno. Poder del Estado, en las funciones que la Constitución le confiere.» (Sentencia de 31 de octubre de 1983.)

Artículo 471. Bigamia: no hay delito por aplicación retroactiva de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

«Que el artículo 471 castiga el delito de bigamia, en el que incurre el que contrajere ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior. Claramente se advierte la incidencia que tiene la doctrina civil expuesta, sobre la retroactividad de los efectos de la nulidad declarada judicialmente, del matrimonio celebrado entre recurrente y recurrido, sobre todo teniendo en cuenta que la esposa sabía la disposición de su esposo de no respetar el requisito de la perpetuidad, propio del matrimonio canónico; por lo que no es posible mantener sobre un matrimonio «nulo ab initio» un delito de bigamia. A mayor abundamiento, por la doctrina expuesta sobre la retroactividad de ley extrapenal que modifica los presupuestos de hecho que completan aquélla, y por aplicación de la Transitoria 2.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ya transcrita, no tendría fundamento lógico jurídico, a los efectos puramente punitivos, declarar, como excepción de orden público, la ineficacia de la sentencia de divorcio dictada por la Cámara de lo Civil y Comercial de la Primera Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional de Santo Domingo (República de Santo Domingo) con fecha 31 de julio de 1974, ya que en esta fecha el esposo podría haber hecho uso de la posibilidad de obtener tal estado, de haber estado vigente el artículo 86 del Código Civil, según la nueva redacción dada por aquella Ley, pues su causa de divorcio 2.ª autoriza la disolución del vínculo, transcurrido un año desde la interposición de la demanda de separación de los cónyuges, que como antes se ha dicho fue el 21 de diciembre de 1971; se trata, sin duda, de uno de esos «hechos o situaciones creados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley (que) producirán los efectos que les reconocen los capítulos...» respecto a la separación, nulidad y divorcio. En supuesto de hecho análogo ya se pronunció esta Sala, no estimando la existencia del delito de bigamia, en sentencia de 7 de abril de 1915. Por todo lo expuesto procede desestimar el único motivo del recurso que por infracción de ley sustantiva formula la recurrente por inaplicación del artículo 471 del Código Penal.» (Sentencia de 6 de junio de 1983.)

Artículo 480. Detenciones ilegales: elementos del tipo de injusto. Delito permanente.

«El **sueto activo** ha de ser necesariamente un particular, en cuyo concepto pueden incluirse también los funcionarios públicos cuando actúan fuera del ejercicio o ámbito de sus funciones; el **sueto pasivo** lo puede ser cualquiera salvo que se trate de menores de siete años, en cuyo caso será el delito de sustracción de menores el perpetrado; el **bien jurídico** protegido lo es la capacidad del hombre para fijar, libremente y por sí mismo, su situación en el espacio físico; y la **acción** —detener o encerrar, que no son términos sinónimos—, equivale, en el primer caso, a aprehender a una persona a la que se le priva de la posibilidad de alejarse, de transitar o de dirigirse a donde ella quiera, y, en el segundo, a situar a alguna persona en lugar no abierto y del que no puede salir por sus propios medios, sea, dicho lugar, inmueble —calabozo, habitación, etc.— o mueble —automóvil, cofre o baúl, cajón, etc.—, siendo dicha acción continua y, el delito, **permanente**, pero que se consuma en el momento mismo de privar de libertad al sueto pasivo, pudiéndose llevar a cabo por vía de sustracción —«admotio de locum ad loco»— o por vía de retención, y, en general, como destaca la doctrina, «de cualquier forma, por cualquier medio y por cualquier tiempo», sin que sea preciso, para la perfección delictiva, ni el empleo de fuerza o de intimidación, ni la finalidad, en el agente, de obtener merced a su comportamiento antijurídico, ventajas o resultados concretos y específicos diferentes a la mera privación de libertad del sueto pasivo, aunque es preciso reconocer que, en algunos subtipos, el delincuente debe perseguir, con su conducta, la consecución de determinadas finalidades.» (Sentencia de 25 de octubre de 1983.)

Artículo 489 bis. Omisión del deber de socorro. Bien jurídico protegido: la seguridad de las personas. Fundamento del castigo: incumplimiento del deber de solidaridad entre los hombres.

«Que el delito de omisión del deber de socorro, con normativa penal en el artículo 489 bis protege el bien jurídico de la seguridad de las personas, tiene su fundamento en la sanción por incumplimiento del deber de solidaridad que exige la convivencia humana, y reclama para su apreciación los siguientes requisitos: a) Una conducta omisiva, consistente en no ayudar a la persona que se hallare desamparada, en el sentido de que no esté en condiciones de poder prestarse los medios conducentes y necesarios reclamados por una situación de peligro manifiesto y grave; b) Que no se dé la posibilidad de un riesgo propio o de un tercero, es decir, de sufrir una lesión o perjuicio desproporcionados en relación con la ayuda que necesita la prestación de socorro; c) Una conciencia del sueto activo de la infracción, en virtud de la cual éste se da cuenta del desamparo de la víctima y de la necesidad del deber de actuar; y d) Que se capte cierta repulsa social por el hecho de la omisión, pudiéndose decir que el grado de consumación en la ejecución del delito, se realiza desde el momento

en que deja de prestarse el auxilio o socorro.» (Sentencia de 9 de mayo de 1983.)

Artículo 490, párrafo segundo. Allanamiento de morada: forzar la cerradura de la puerta mediante una patada y penetrar en la vivienda. «Vis in re».

«Que la entrada en la morada ajena contra la voluntad del titular de la misma, saltando, quebrantando o forzando la cerradura de la puerta de entrada, con una patada, constituye el delito descrito y penado en el párrafo 2.º del artículo 490 del Código Penal, pues como tiene declarado esta Sala la violencia exigida en el texto legal citado ha de ser equiparada a la fuerza, cuando ésta se ejercita sobre las cosas «vis in re» —como forma de realizar el allanamiento (Sentencias de 8 de mayo de 1969, 8 de mayo de 1973, 14 de enero de 1974, 29 de enero y 11 de octubre de 1975, entre otras), sin duda por estimarse como tal violencia el empleo de fuerza o energía física corporal por parte del agresor, en perjuicio de la víctima, para quebrantar la intimidad, estimada como prolongación de la personalidad de ésta, por lo que también el tercer motivo ha de ser rechazado.» (Sentencia de 11 de mayo de 1983.)

Artículo 496. Coacciones. Bien jurídico protegido: la libertad de determinación y de obrar. La voz violencia comprende la fuerza física, la presión moral a ella asimilada y las violencias extrapersonales sobre las cosas.

«El artículo 496 como delito de coacciones, cuya naturaleza es de conducta y resultado, no de mera actividad, que lesiona la libertad de determinación y obrar de una persona según sus propios motivos, cuyo bien jurídico protegido es la facultad de libre decisión y expansión de su voluntad, al que si bien se le ha atribuido un dolo específico de atentar a la libertad de obrar del ofendido, se ha considerado suficiente el dolo genérico o tendencial del agente, cuya generación delictiva abarca la lata interpretación que al término modal «con violencia» le otorga la doctrina más reciente de esta sala, que el agente en su actuación dinámica, emplee y consiga la imposición de su voluntad sobre el propósito de otra persona, a medio del ejercicio de la violencia en sus variadas exteriorizaciones de fuerza física, presión moral o intimidación a ella asimilada, o incluso de violencias extrapersonales sobre las cosas, como «vis in rebus», que se refleje en los derechos del sujeto pasivo.» (Sentencia de 7 de noviembre de 1983.)

Artículo 500. Robo: el uso indebido de una cosa, conseguido con intimidación, no constituye robo.

«Y como en los hechos probados se manifiesta que al procesado le gustaba ponerse las botas (objeto delictivo) para ir a Misa, lo logró a través de un tono «conminante y amenazante», sin que de la narración fáctica se pueda apreciar la existencia del beneficio y perjuicio económico que recla-

ma el delito de robo, pues, en este caso, no pasa de ser una simple utilización o uso indebido de la cosa, sin susceptibilidad de valoración económica, y esta conducta no tiene tipificación en nuestro Código Penal.» (Sentencia de 22 de septiembre de 1983.)

Artículo 501, número 1.º Robo con homicidio: delito complejo. Apreciación de la alevosía. Cualquier circunstancia que afecte al robo o al homicidio puede ser aplicada al conjunto delictivo.

«Que el delito de robo con homicidio descrito en el precepto penal anteriormente invocado, constituye indudablemente un delito de los denominados por la Doctrina y la Jurisprudencia «delitos complejos en sentido estricto», por hallarse integrado por un hecho que por sí mismo constituía delito (homicidio) y que es utilizado por el legislador, como elemento constitutivo esencial de una nueva figura delictiva (robo con homicidio) y que por tanto contiene dos delitos (robo y homicidio), que podrían haber sido castigados separadamente o en régimen de concurso, sino fuera por la disposición normativa del legislador que los unifica o funde en un solo tipo legal más específico, al que generalmente se señala una pena más grave que la que correspondería a cualquiera de ellos, por suponer una mayor culpabilidad y antijuricidad que si hubieran sido ejecutados separadamente, como sucede en el caso que nos ocupa, en el que además concurren en la ejecución del delito contra la vida, la perfidia y la actitud cobarde y traicionera del agente, que constituyen la circunstancia agravante de la alevosía descrita en el número primero del artículo 10 del Código Penal, al aprovecharse por éste la ocasión de que el conductor iba confiado en su compañía y atento sólo a la conducción del vehículo, para acometerle por la espalda sin que mediara palabra, ni la víctima advirtiera sus movimientos, conducta o modo de actuar que tiñe e impregna de desvalor la total actuación del agente en lo que afecta a su culpabilidad, que como abrazadera psíquica común se extiende y comprende, aun en sentido contrario naturalístico, a ambas infracciones, por lo que la mayoría de los penalistas españoles y ésta Sala en Sentencias de 18 de abril de 1908, 22 de junio de 1922, 21 de enero de 1965, 16 de junio y 20 de noviembre de 1975, entre otras muchas, viene aplicando la citada circunstancia de agravación al mentado delito, en razón al argumento de que en el mismo, sea cual sea su complejidad, no deja de existir un delito contra las personas, que constituye un elemento sustancial y al cual puede serle aplicada la expresada agravante de acuerdo con la conocida doctrina jurisprudencial de que cualquier circunstancia que afecte al homicidio o al robo, puede ser aplicada al conjunto delictivo (Sentencia de 13 de mayo de 1969, entre otras), lo que implica la improcedencia del tercero de los motivos ejercitados.» (Sentencia de 2 de noviembre de 1983.)

Artículo 501, número 5.º La superioridad numérica de los agresores es suficiente para fundamentar la intimidación.

«Y aunque no especifique la sentencia cuál fue la forma de atemorizar al Angel, da por hecho que fue atemorizado, por la presencia de los cinco

condenados, y la sorpresa al abordarlo, así como al hacerse despojar, por la intimidación, de la cazadora. Todo lo cual fue correctamente incluido en el artículo 501-5.º del Código Penal, al mediar dicha intimidación o coacción moral, que impone miedo a la persona.» (Sentencia de 28 de abril de 1983.)

Artículo 501, número 5.º Robo con violencia en las personas: el tirón de un bolso significa acción y efecto de arrebatar con violencia. Distinción entre tomar «sin» la voluntad del dueño y hacerlo «contra» su voluntad.

«Dado el medio comisivo empleado, los mismos no cabe encuadrarlos en el hurto en que los objetos se cogen *sin* la voluntad de sus dueños, sino de robo al hacerlo *contra* tal voluntad, desde un vehículo que en marcha se aproxima a las víctimas y les arrebata los bolsos que portaban súbita o sorpresivamente, con el peligro personal que para las misma implicaba cualquier resistencia, existiendo en cada caso un acto de fuerza mayor o menor para lograr su despojo, por cuanto «tirón» significa la acción y efecto de arrebatar con violencia, de golpe, y tirar en su acepción más corriente y vulgar presupone mediar la circunstancia de hacer fuerza para traer hacia sí o para llevar tras sí alguna cosa, sin que ordinariamente pueda obtenerse con tal habilidad operatoria que el expoliado la ignore o no se dé cuenta, conteniendo en su sentido jurídico un notorio acento de violencia ejercido sobre la persona a la que por tal medio se despoja el bien mueble que porta.» (Sentencia de 26 de octubre de 1983.)

Artículo 501, número 5.º Robo: el tirón de una cadena con medalla que se lleva al cuello no es hurto.

El Tribunal de Instancia calificó los hechos como de hurto, pero el Tribunal Supremo casa la sentencia y entiende que hay un delito de robo al aducir que «si el relato fáctico afirma que el procesado, aproximándose a la ofendida que se encontraba desprevenida, «le quitó de un súbito tirón una cadena con un medalla que llevaba al cuello», es evidente que para conseguirlo no sólo se ejercitó fuerza sobre la cosa, sino también violencia sobre la joven que portaba la cadena, que tuvo que romperse para conseguir su expolio, en cuanto «tirón» significa y representa tirar con violencia o de golpe, hacer fuerza para traer hacia sí o arrastrar tras sí, lo que aleja la calificación del hurto por contener elementos que son ajenos a su configuración y tipicidad, y en cambio son integrantes de los que constituyen el robo con violencia personal de los artículos 500 y 501-5.º citados, como expresamente declaran entre otras, las Sentencias de 22 de diciembre de 1924, 18 de diciembre de 1969, 3 de junio de 1975, 27 de septiembre de 1980, 15 de enero y 14 de diciembre de 1982, ya que de principio el hecho de arrebatar una cosa que otro lleva sujeta en el cuello o tiene cogida entre sus manos «tirando de ella», siempre supone aunque el tirón sea sorpresivo, súbito o limpio, es decir, sin reacción inmediata de su tenedor, el empleo de la fuerza a que se refieren los preceptos sustantivos antes señalados, la fuerza suficiente para apropiárselo, aunque sea mínima, pero bastante para separarla de la

persona que la lleva convenientemente asida o aprehendida contra la que la acción se perpetra, la que ha de vencerse para lograr la relación física del desplazamiento, entre el objeto así alcanzado y quien como poseedor lo lleva consigo.» (Sentencia de 11 de mayo de 1983.)

Artículo 501, último párrafo. Concepto de armas.

«El Diccionario de la Lengua, define a las armas como instrumentos destinados a ofender o defenderse, pero, a efectos del último párrafo del artículo 501 del Código Penal y del número 1.º del artículo 506 del mismo, se puede considerar arma todo instrumento vulnerante, aunque su destino natural no sea el ataque y la defensa, que acreciente o potencie el normal poderío físico del agente o su capacidad intimidatoria trocada en peligro para la integridad física de los sujetos pasivos tan pronto lo exija la dinámica comisiva concreta de la infracción de que se trate, siéndolo por consiguiente, a la luz de la jurisprudencia que amplía constantemente el concepto, tanto las de fuego como las blancas (...), una navajita —sentencia de 6 de diciembre de 1905—, un cortaplumas —sentencia de 4 de mayo de 1907—, una navaja de pequeñas dimensiones —sentencia de 24 de mayo de 1982—, una piqueta o machete de carnicería —sentencia de 5 de junio de 1982—, un artillugio denominado «nunchaco», formado por dos palos de madera cortos unidos por una cadena de hierro —sentencia de 14 de noviembre de 1981—, los destornilladores —sentencia de 2 de noviembre de 1982 y 26 de enero de 1983—, y, finalmente, también los palos, garrotes y barras de hierro; pero, sin embargo, conforme a doctrina invariable de este Tribunal, no son armas, a efectos de los preceptos penales antecitados, aquéllas de imitación de las auténticas, las que sólo intimidan porque las víctimas las confunden con las verdaderas, pero que carecen de toda posibilidad de herir, de lesionar o de matar a dichos ofendidos, es decir, de convertir, lo que inicialmente era un robo con intimidación, en una hipótesis, de mayor peligrosidad, de robo con violencia en las personas, encontrándose entre dichas falsas armas, las pistolas de plástico o de juguete, las detonadoras y las de foguero, a menos, claro está, que construidas con materiales duros y resistentes pudieran usarse como objetos contundentes aptos para golpear eficazmente, y de modo vulnerante, al sujeto o sujetos pasivos si las circunstancias del caso lo requieren.» (Sentencia de 13 de octubre de 1983.)

Artículo 501, último párrafo. Uso de armas: sus diferencias con el porte de armas del número 1.º del artículo 506. El uso absorbe el porte.

«El uso de armas en el delito de robo da lugar a la aplicación del subtipo agravado de dicho delito establecido en el último párrafo del precepto anteriormente invocado que obliga al Tribunal a imponer la pena legalmente señalada en el tipo en su grado máximo y que debe ser considerado distinto de la circunstancia de agravación consignada bajo el número primero del artículo 506 del mismo cuerpo legal, aunque tengan iguales efectos, ya que esta circunstancia se refiere tan sólo al llamado «porte de armas», mientras que el subtipo requiere el uso de las mismas, entendiéndose por uso la utili-

zación del arma bien sea para disparar con ella o bien para intimidar a las víctimas, lo que supone que mientras en el primer supuesto el portador del arma puede llevar ésta sobre sí, pero oculta, en el segundo se necesita por lo menos su exhibición intimidatoria, que podría haber sido conseguida por otros medios menos peligrosos, por lo que significando un adelanto en el «*iter criminis*» cuando concurren ambas, como generalmente tiene que ocurrir en el supuesto de uso (ya que para exhibir un arma es preciso llevarla) el porte queda absorbido en el uso o utilización integrando el referido subtipo, que en este caso, aparece correctamente aplicado en la instancia.» (Sentencia de 18 de junio de 1983.)

Artículo 504, 1.º Escalamiento: acceso a los bienes muebles por vía insólita o desacostumbrada.

«La jurisprudencia más reciente de esta Sala (sentencias de 9 de diciembre de 1981, 11 de febrero, 5 de abril y 27 de septiembre de 1982) entiende, al intentar definir el escalamiento a los efectos penales, que lo trascendental no es que el agente trepe, ascienda o suba, ni tampoco que penetre en el interior del inmueble por vía no destinada al efecto según la clásica definición legal, sino que lo verdaderamente relevante es que logre acceder a los bienes muebles de los que pretende apoderarse por vía insólita o desacostumbrada, es decir, valiéndose de una conducta que no sea la natural o aquella de la que usualmente se sirven los titulares de dichos bienes para llegar a ellos, conducta de singular peligrosidad que revela el sujeto para vencer o burlar los obstáculos o defensas naturales o artificiales protectoras de la propiedad.» (Sentencia de 8 de noviembre de 1983.)

Artículo 504, número 3.º. Robo con fractura: concepto.

«Existió **fractura**, pues por su amplia concepción doctrinal y jurisprudencial comprende el rompimiento, efracción o quebrantamiento de objeto que impida el libre acceso al local cerrado (Sentencias de 11-1-61, 24-9-69, 17-11-82 y 20-9-82), ya que a partir del Código Penal de 1944, la «fuerza» en las cosas constituye el género de una amplísima especie legal de robos, que se sintetiza en la peculiar violencia de la fractura, que no se ciñe a su estricta significación, sino que responde a una laxa concepción jurídica que reputa actos de fuerza determinantes de robo los de violentar, forzar, emplear el esfuerzo humano directa o mecánicamente ayudado, aunque sea débil o mínimo, para dolosamente vulnerar la protección de cierre o guarda que se adopta en defensa del patrimonio (Sentencias de 7-2-79, 13-2-82 y 20-9-82), como se logra con el desmontaje de cristales, aunque no se llegaran a romper (Sentencia de 13-3-82) o con la presión que hace ceder un parabrisas sin desperfecto (Sentencia 27-3-82), sin que lo cuantitativo del esfuerzo para quebrantar sea trascendente, pues como especialmente afirma y matiza la Sentencia de 5 de abril de 1981, lo que da relieve al robo es que la fractura aún con escasa dificultad, vulnere convirtiéndolo en inocuo, el signo defensivo de la propiedad, sin preciasr la solidez del obstáculo con tal que exista y ponga de manifiesto la contraria voluntad del dueño a la dolosa actividad

del agente para sustraer la cosa ajena, razones que conllevan a rechazar el motivo examinado por su clara improcedencia.» (Sentencia de 13 de octubre de 1983.)

Artículo 506, circunstancia 1.ª **Porte de armas sin usarlas. Es aplicable a los robos con violencia o intimidación en las personas del tipo básico (501, número 5.º) si el valor de lo robado es superior a las treinta mil pesetas.**

«Que por más que la reforma de 25 de junio de 1983 circunscriba el ámbito de aplicación del acabado de citar artículo 506, el cual, en lo sucesivo sólo operará cuando se trate de hipótesis de robo con fuerza en las cosas y, de ninguna manera cuando lo perpetrado sea subsumible en el artículo 501 de dicho cuerpo legal —robo con violencia e intimidación en las personas—, el mismo legislador, sagazmente y para evitar agravios comparativos, en el número 5.º del actual artículo 501, establece que, en los supuestos contemplados por dicho número, la pena aplicable será la de prisión menor, «salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mayor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará éste»; lo que significa, inequívocamente, y para lo que aquí interesa, que siendo la cuantía de lo sustraído superior a treinta mil pesetas, en este caso, tendría que aplicarse la pena de prisión menor establecida en el párrafo primero del artículo 505 elevada a su grado máximo por imperio de lo dispuesto en el párrafo segundo de dicho precepto y de la circunstancia primera del artículo 506 actual, cuya circunstancia es de apreciación positiva tal como se ha razonado antes; todo lo cual conduce a la conclusión de la irrevisibilidad de la sentencia impugnada en el extremo analizado, toda vez que, con la legislación anterior y con la ahora vigente, la penalidad imponible es exactamente la misma.» (Sentencia de 30 de diciembre de 1983.)

Artículo 506, circunstancia 4.ª **Las oficinas de una compañía eléctrica tienen carácter mercantil y recaudatorio.**

«Que el primer motivo del recurso, al amparo del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, combate la aplicación al caso de autos del artículo 506-4.º del Código Penal, por estimar que las oficinas de las Fuerzas Eléctricas de Cataluña no son bancarias, ni recaudatorias, ni están destinadas a la conservación de caudales y, por tanto, la agravación aplicada por la sentencia fue indebida. Mas el recurso ha de decaer necesariamente en tanto que tales oficinas son mercantiles, y esta circunstancia, respetada por la reforma de 25 de junio de 1983, es agravatoria del robo, con independencia de que se conserven o no caudales en ella, aunque en el caso de autos los había y bajo la custodia de un Cajero. Pero la agravación específica nace del carácter mercantil de la oficina ordinariamente dedicada a extender los contratos de suministro de energía, percepción de fianzas, liquidación de recibos de los cobradores, etc., con lo que debe concluirse que estuvo bien aplicada dicha específica agravación.» (Sentencia de 27 de septiembre de 1983.)

Artículo 509. Instrumentos destinados especialmente para la ejecución del delito de robo.

«La Sala aplicó con notorio acierto el artículo 509 del Código Penal, el cual se refiere a todos los instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, entre los que se encuentran las ganzúas —específicamente citadas en el precepto—, y también las palanquetas, las limas y masa para hacer moldes de cerradura, las llaves, las linternas, las cuerdas para escalar, los destornilladores, las tijeras de cortar chapa, los sopletes (cualquiera que sea su clase), las seguetas o sierras de cortar hierro, los cortafíos y demás herramientas similares, si el que los tuviere en su poder no diere el descargo suficiente sobre su adquisición, tenencia o conservación.» (Sentencia de 7 de diciembre de 1983.)

Artículo 528. Estafa. Por engaño bastante hay que entender el que es idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude.

«Nuestro Código Penal en la nueva redacción dada al artículo 528 por la Ley de Reforma urgente y parcial de 25 de junio del corriente año, ha introducido en la definición de dicho delito la exigencia de que el engaño sea bastante para producir error en otro, o como se interpreta en las Sentencias de esta Sala de 5 y 24 de marzo y 24 de septiembre de 1981 y 26 de marzo de 1982, que sea «idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude» y «normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial defraudatorio.» (Sentencia de 19 de noviembre de 1983.)

Artículo 529, 7.º. Estafa: agravación por la especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación.

«Según la nueva redacción de los artículos 528 y 529, por exceder la defraudación de 30.000 pesetas la pena procedente sería la de arresto mayor; pero al alcanzar tan importante cifra de casi cuatro millones y tratarse de cuotas de la Seguridad Social, con repercusión en la marcha de tan trascendental servicio público, es de estimar la agravante 7.º del artículo 529 como muy calificada, lo que obliga a elevar la pena a prisión menor, en sus grados mínimo o medio (regla 4.ª del artículo 61).» (Sentencia de 15 de diciembre de 1983.)

Artículo 540 (en relación con el 541, 1.º). La venta de una vivienda por precio superior al fijado oficialmente no constituye delito.

«No aparecen los elementos típicos del delito del artículo 540: a) no aparece la maquinación, engaño, artificio o subterfugio oculto, pues el recurrente sabía lo que compraba y el precio oficial que a la vivienda correspondía (Sentencia de 23 de marzo de 1978); b) la misma sentencia advierte que el precepto está ordenado a sancionar la venta de viviendas en especulación de largo alcance y no a una venta aislada; c) el mayor precio de venta a las fijadas oficialmente para las viviendas de protección oficial no constituye delito

(Sentencia de 3 de marzo de 1977). En definitiva, cuando se han producido intolerables abusos en esta materia, la vía penal adecuada ha derivado a otras tipicidades del código, como la estafa, o se ha considerado que las infracciones legales que comportan constituyen infracciones administrativas castigadas con los efectos económicos, que las mismas leyes establecen, como pérdida de las bonificaciones, privilegios fiscales obtenidos, exención de contribuciones, etc.» (Sentencia de 11 de noviembre de 1983.)

Artículo 563 bis b). Cheque en descubierto: también constituye delito la emisión de un talón postdatado que garantiza un crédito y no es medio de pago.

«Que el motivo tercero, por infracción de ley, alega la aplicación indebida del artículo 563 bis b) del Código Penal, por las razones que se acaban de expresar, pero haciendo especial hincapié en que se trata de un cheque postdatado y garantizaba un pago, pero no era medio de pago. La tesis del recurso no puede prosperar en cuanto que el texto del artículo invocado como infringido no deja lugar a dudas: El que librare con cualquier finalidad cheque o talón, sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librador para hacerlo efectivo: ya la sentencia de instancia pone de relieve, con indudable acierto, que se trata de un tipo penal, riguroso y activo, que no establece diferencias en orden a la finalidad perseguida por el librador. Y la doctrina de esta Sala, atendiendo la nueva figura del artículo 563 bis b) del Código, ya ha resaltado de manera suficiente, que la antigua entrega para pago ha sido sustituida por la de cualquier finalidad; que ha desaparecido el requisito de a sabiendas del antiguo precepto, aunque concurre en el presente caso y el momento de la consumación del delito está referido ahora a la fecha consignada en el documento (Sentencia de 25 de febrero de 1975). Por tanto, reuniéndose en el presente caso el elemento objetivo del libramiento del cheque sin disponibilidad de fondos y el subjetivo conocimiento por parte del librador de dicha falta de provisión, integraron el delito por el que se le condena, y motiva la desestimación del recurso.» (Sentencia de 19 de julio de 1983.)

Artículo 563 bis b). Talón postdatado a largo plazo: atipicidad de la conducta.

«La postdatación, cuando es a largo plazo, no está cumpliendo las funciones propias del cheque o talón y, por ende, no merecen su protección punitiva en tales supuestos, so pena de desnaturalizar la cobertura sancionadora del número 1.º del artículo 563 bis b) del Código Penal.» (Sentencia de 18 de enero de 1984.)

Artículo 563 bis b), párrafo último. La remisión ha de entenderse hecha al artículo 528. No existe emisión de talón sin fondos, sino estafa, si hay una inicial finalidad defraudatoria.

«Que habida cuenta que la prestación de fianza en los contratos de alquiler o arrendamiento de vehículos opera como exigencia previa e ineludible de la entrega, y que el acusado —según el relato— trató de hacer efec-

tiva esa obligación mediante un talón bancario sin cobertura o provisión, es decir, mediante la engañosa apariencia de tener a su favor un saldo en cuenta corriente, es palmario que la operación o contrato de alquiler respondió desde su momento inicial, en el ánimo del arrendatario, a una finalidad defraudatoria, y el talón entregado no significó otra cosa que un medio o instrumento para la comisión del delito de estafa, quedando subsumidos los hechos en este título penal según previene el párrafo final del artículo 563 bis b), que por un defecto de técnica legislativa sigue remitiéndose al texto del artículo 529-1º del Código, cuando, después de la reforma parcial introducida por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, la referencia debe hacerse al artículo 528.» (Sentencia de 18 de octubre de 1983.)

Artículo 564. No es aplicable la excusa absolutoria cuando el sujeto pasivo es una sociedad anónima, aunque la totalidad de las acciones pertenezcan a un pariente.

«Tampoco cabe apreciar la concurrencia en el caso de autos de la excusa absolutoria de penalidad admitida por el artículo 564 del Código Penal para las apropiaciones indebidas entre parientes, como correctamente establece la Sentencia recurrida, al constituir la misma un privilegio en el ámbito penal inspirado en razones de concordia familiar, que por tal carácter ha de ser interpretado restrictivamente, sin hacerse extensivo a otros delitos, ni a otras personas que las expresamente comprendidas en su texto, y en el supuesto contemplado el daño inferido no es a pariente que, en aras del vínculo deba soportar el perjuicio patrimonial o ejercitar sólo la acción civil para su reparación, sino que siendo el sujeto pasivo una Sociedad Anónima, tiene una personalidad independiente y autónoma de sus componentes, no siendo por ello posible considerarla como entidad ligada directamente por consanguinidad o afinidad con el procesado, aunque la totalidad o mayor parte de sus acciones pertenezcan a parientes del mismo incluidos dentro de la órbita de la excusa a los efectos de punición.» (Sentencia de 8 de julio de 1983.)

Artículo 565. Crimen culpae. Estudio de los diferentes supuestos.

«Que la forma culposa de delinquir en el Código Penal vigente, está estructurada, con el criterio de «crimen culpae», en virtud del cual se comprenden dentro del mismo, todos los resultados delictivos, siendo el más grave de ellos el que sirve de índice sancionador a la infracción penal, sin que sea obstáculo a la posibilidad de sancionar todas las acciones culposas que contribuyen al daño del bien jurídico protegido, como concausas del mismo. La doctrina de esta Sala, de modo reiterado, tiene declarado que son condicionamientos necesarios para su apreciación: 1.º La existencia de una o varias conductas positivas o negativas, en cuanto a la dinámica delictiva, susceptibles de ser enjuiciadas en conexión, pero con sustantividad propia, conductas que inicialmente pueden ser lícitas o ilícitas, siempre que, en este último supuesto se dé una total desproporción entre la actividad ilegal y el resultado, hasta el extremo que se desconecte la ilicitud del nexo

de causalidad, que ha de ser apreciado de acuerdo con las diferentes teorías que la filosofía aporta a la temática de la relación causal, pero muy principalmente de acuerdo con el criterio lógico y adecuado que reclaman las circunstancias de los hechos; 2.º En cuanto a la culpabilidad o relación entre la acción y la psiquis del autor, no debe concurrir el dolo, tanto directo como eventual, y sí la sapiencia del posible resultado, ya en forma de culpa consciente o inconsciente, y 3.º Sobre la antijuricidad, que se acapte la violación de la norma socio-cultural que reclama el deber de actuar, de forma determinada, dentro de la convivencia humana, impuesta de modo genérico o de aquel otro deber específico que exige el ejercicio de concretas y determinadas actividades. También conviene recordar, a efectos de resolver el presente recurso, que, en nuestra legislación, se catalogan diferentes grados o clases de imprudencia (temeraria, simple antirreglamentaria y la meramente simple), recogidos en los artículos 565, 586-3.º y 600 del Código Penal, siendo necesario para distinguirlos, tener presentes la mayor o menor intensidad de culpa, mediante un criterio armónico, en el que se conjuguen: la falta de cuidado en el obrar, la mayor o menor previsibilidad del evento y la gravedad de la infracción del deber exigido por el hecho de vivir en sociedad o por el ejercicio profesional que el agente ejercita. No debe olvidarse, por último, que a efectos de penalidad, el párrafo 5.º del artículo 565 del Código Penal, cabe distinguir la impericia o negligencia profesional, como agravante específica, en cuanto que se establece que, en los casos de muerte o lesiones graves concurriendo una u otra, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, habiendo establecido la doctrina de esta Sala (SS. 29-1-77 y 23-10-1983, entre otras), que la impericia descansa en una actuación con ausencia del conocimiento de las reglas que rigen la actividad en la que se realiza la conducta, por lo que se ha dicho que existe una vulneración de la «lex artis» y que la negligencia profesional tiene su apoyo en la infracción de los deberes que son inherentes a la profesión, por lo que la violación recae, de modo primordial, sobre los deberes que exige la actividad que se desempeña por razón del cargo, originándose la vulneración de la «lex functionis».» (Sentencia de 19 de diciembre de 1983.)

Artículo 565. Conducta culposa: el injusto radica en la injustificada falta de cuidado. Ausencia de la dirección final requerida.

«Que actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe pudiendo prever la producción del resultado. Aparecen en este comportamiento los dos elementos que integran la culpa: El psicológico que relaciona la gravedad del riesgo suscitado y la previsibilidad del resultado consecuencia de aquél y el normativo, consistente en el deber de cuidado infringido, constituido ya por normas elementales de común experiencia, ya por preceptos de mayor rango, legales o reglamentarios. La base del reproche de culpabilidad de la imprudencia es la misma en todos los hechos punibles no dolosos. Se reprocha al autor el que en la ejecución de una acción productora de riesgo o peligro, no ha aportado la dirección final requerida para evitar ese evento, aún cuando cabía esperar que así lo hiciera: el injusto gravita en la injustificada falta de cuidado.» (Sentencia de 7 de julio de 1983.)

Artículo 565. Impericia: es equivalente a la culpa propiamente profesional. Distinción con la culpa común cometida por profesional.

«Como ya se ha apuntado por la doctrina jurisprudencial, el otorgamiento de un título profesional crea, indudable y fundadamente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiéndose por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente, pudiendo así distinguirse, y esto es lo importante, entre la culpa del profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometida por el profesional en el ejercicio de su arte, oficio o profesión y la culpa propiamente profesional, que descansa en la impericia.» (Sentencia de 2 de enero de 1984.)

Artículo 565. Impericia: error de diagnóstico médico. Distinción según los casos.

«Cabiendo agregar que cuando esta tipicidad punible afecta a la profesión médica, ha de entenderse en su justa valoración al referirse a una ciencia inexacta en que juegan factores inaprehensibles por concurrencia de indudables riesgos en su ejercicio, que quedan extramuros de la responsabilidad, cuando las conductas profesionales se desarrollan dentro de las «reglas del arte» o de aquellos principios que tienden a su normal desenvolvimiento, siendo por lo general atípicas cuando obedezcan a error diagnóstico, salvo que por su misma dimensión la equivocación sea inexcusable, aunque quedando en el ámbito de la culpabilidad la situación carente de la indispensable cautela por riesgo procedente de impericia de elemental deber de saber y por los graves descuidos objetivos, ante intenciones egoístas o irreflexivas con resultados irreparables generados por la grosera omisión voluntariamente asumida.» (Sentencia de 26 de octubre de 1983.)

Artículo 583, núm. 3. Imprudencia simple sin infracción de reglamentos.

«La imprudencia simple sin infracción de Reglamentos a que se refiere el núm. 3 del artículo 586 del Código penal, equiparable a la antigua culpa levisísima del Derecho civil, y que ha sido estudiada por numerosas sentencias de este Tribunal, v. g., las de 13 de diciembre de 1974, 14 y 23 de abril de 1975, 14 de febrero, 3 de mayo y 18 de diciembre de 1978, 26 de abril de 1979 y 9 de diciembre de 1981, se caracteriza, además de por los requisitos comunes a todas las infracciones culposas, por dos notas fundamentales: la **primera de ellas**, consistente en que, el infractor, no se conduzca como lo hubiera hecho cualquier persona extraordinariamente cauta, previsora y diligente, sin haber agotado todas las posibilidades de evitar un resultado dañoso, extremando su celo y diligencia, apurando, de modo absoluto, las precauciones y cautelas propias del caso y mostrando la más exquisita diligencia encaminada a que, su comportamiento, comisivo u omisivo, no genere, an-

lisocialmente, males ajenos; y la **segunda**, de carácter negativo, que radica en la falta de conculcación o vulneración de preceptos de índole y rango reglamentarios, dictados, por la Autoridad competente, para, en la actividad de que se trate, evitar riesgos y conjurar todo peligro nacido de un acaecimiento que pueda redundar en detrimento de la vida, integridad corporal o patrimonio de personas extrañas al quehacer u omitir del culpable.» (Sentencia de 4 de julio de 1983.)

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 339. Aborto practicado en el extranjero a una española. La analogía prohibida termina donde empieza la interpretación. La vida humana en formación es un bien jurídico constitucional no individual, sino comunitario.

«CONSIDERANDO: Que la receptividad de esta Sala a los avances de la doctrina científica ha quedado bien demostrada en no pocos casos, al adaptar criterios tradicionales de la jurisprudencia penal patria a otros más modernos y progresivos, pero teniendo siempre a la vista superiores exigencias de la justicia material, norte y guía de la interpretación judicial, sin otro valladar que el dogma de la legalidad, que en el campo punitivo adquiere su máxima exigencia como garantía de seguridad jurídica para el ciudadano, de suerte que si se produce *una laguna de ley*, ésta no puede llenarse recurriendo a la *analogía in malam partem*, no quedando otro recurso al Tribunal penal que el de acudir al Gobierno en la forma prevista en el artículo 2.º, párrafo primero del Código penal; y siempre, por supuesto, que se trate de verdadera laguna, pues si el sedicente vacío legislativo cabe llenarlo acudiendo a los métodos normales de interpretación, tales caminos hermenéuticos habrán de ser agotados hasta encontrar la *ratio legis* del precepto y su verdadero sentido que no siempre se desprende de su mera enunciación textual.

CONSIDERANDO: Que la anterior consideración es perfectamente válida para los casos de aplicación de la ley española en el extranjero, cuando en éste se comete el delito de aborto por españoles, casos de extraterritorialidad regulados en los artículos 336 a 342 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente en la materia, tras proclamar como prevalente el principio de territorialidad en el artículo 333, en perfecta concordancia con el artículo 8-1 del Código civil, de aplicación general, como es sabido, como inserto en el Título Preliminar del mismo Código; preceptos los citados que ya hubo de interpretar esta Sala en caso análogo al ahora enjuiciado de aborto cometido en Francia por españoles que luego regresaron al suelo patrio, en el que se descubrió el delito perpetrado; con la única diferencia, en el caso presente, de que, además de impulsar el motivo *honoris causa* a los encartados, el acto punible en España lo llevaron a cabo en territorio inglés.

CONSIDERANDO: Que la dificultad interpretativa que hubo de salvar esta Sala en dicha primera resolución del tema que nos ocupa (Sentencia 11 diciembre 1980) se derivaba de la aplicación que hizo la Sala de instancia del artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los preceptos sancionadores del delito de aborto, en el caso ahora *sub judice* los ar-

títulos 414 párrafo primero y 411-2.º del Código penal, aplicables a la mujer embarazada y su cómplice, respectivamente, pues se entendía que dicho primer artículo de la Ley Orgánica, aparte las condiciones de perseguibilidad que en él se enumeran, partía de un supuesto insoslayable, verdadera condición objetiva de punibilidad, que exige que la comisión del delito en país extranjero, sea de un *español contra otro español*, por lo que si el sujeto pasivo del aborto, el feto, no es aún persona, con arreglo al artículo 29 del Código civil en relación con el 30 del mismo texto legal, mal puede ostentar la *nacionalidad* española que exige el nacimiento; argumento que fue examinado con todo cuidado por la sentencia de esta Sala ya aludida y que, en definitiva, fue rechazado, de acuerdo con el Tribunal a quo, con dos razonamientos básicos: 1.º), el de entender que marchar al extranjero con el fin preconcebido de interrumpir el embarazo y así eludir la ley penal española, era perpetrar un claro *fraude a la Ley* hoy expresamente repudiado en el artículo 6-4 del Código civil, de alcance general por su ubicación en el Título Preliminar, como ya se ha dicho, precepto que afirma que tales actos ejecutados en fraude de ley «no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir», en nuestro caso la sancionadora del aborto en España, pensamiento que se alía con evidentes razones sociológicas que están en la mente de todos y que llevan a discriminar la conducta de españoles según puedan o no trasladarse al extranjero, en clara vulneración del principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución española. Y 2.º), que la interpretación del propio artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, ciertamente, por su data ochocentista contemplaba una realidad social muy distinta de la actual, y a la que alude el Código civil en su artículo 3-1, no puede ser hecha aisladamente, sino dentro del contexto en que se aplican tanto el *principio real o de protección* (artículos 336 a 338), como el principio de *personalidad* (artículos 339 a 342), de modo que si el artículo 339 invoca este último principio para el sujeto activo del delito (español que lo comete), no es menos cierto que respecto del sujeto paciente de la actividad delictiva aplica el de protección, en cuanto se trata de un bien jurídicamente protegido por la legislación española, en nuestro caso el embrión que goza de vida intrauterina, presupuesto biológico indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española; es decir, que se trata de una vida española, que por su estado de dependencia, sigue la condición de la madre española, especialmente protegido por el total ordenamiento español (civil y penal), contra cuya vida se atenta en el extranjero por la propia madre en cooperación con otro u otros españoles.

CONSIDERANDO: Que la anterior interpretación jurisprudencial ha sido, no obstante, contestada por una parte de la doctrina patria adherida al formal requisito de la nacionalidad española del sujeto pasivo del delito y que por no concurrir en el embrión, provoca una laguna de ley que no puede ser llenada por vía de *analogía in malam partem*; argumento que en su misma simplicidad parece encontrar toda su fuerza dialéctica, pero que cabe rehuir de nuevo, negando su punto de partida de que estemos realmente ante un caso de aplicación analógica, pues como se ha dicho con acierto, ésta termina donde comienza la interpretación.

CONSIDERANDO: Que retornando, pues, al argumento interpretativo, frente a la literalidad del artículo 339: *Español que comete un delito en país extranjero contra otro español*, se alzan todos los demás elementos de interpretación: El *lógico* que relaciona ineluctablemente el *acto* con la *potencia* que lo produce, pues si el *nacido* presupone el *nasciturus*, la protección penal que la ley española dispensa al primero debe amparar al segundo, sin el cual aquél no existiría; el *sistemático* que pone en relación el artículo 339 con los que le anteceden y subsiguen, de cuyo conjunto normativo se desprende que el principio real o de protección no sólo se dispensa por razón de la índole del delito (artículo 336), sino también por razón del sujeto pasivo que alcanza no sólo al español que sufre el ataque delictivo (artículo 339), sino al mismo extranjero (artículo 340), de modo que de no incluir al feto, con expectativa de ciudadanía española, por razón del prevalente *ius sanguinis*, en el primero de dichos dos preceptos, se le haría de peor condición que al no nacional, con grave quebranto de un bien jurídico cuya defensa toma el Estado español en defecto de la madre, llamada, en primer término, a asumir tal cobertura de la vida *in fieri*; y, en fin, el *elemento teleológico* que lleva al mismo resultado, pues si ya se ha dicho que el principio de protección y no el de la personalidad juega en el caso contemplado, ese *telos* se obtiene igualmente acudiendo a los preceptos del Código penal que castigan el aborto como *delito contra las personas*, lo que indica bien claramente que una es la personalidad en sentido jurídico-penal y otra la contemplada a *efectos civiles* en el ámbito iusprivatista; conclusión que se obtiene igualmente en el orden constitucional, y éste es argumento decisivo dada la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes de nuestro ordenamiento jurídico, en la que se aprende (artículo 15) que el derecho a la vida es un derecho primordial y fundamental ante el cual deben ceder ficciones y presunciones de derecho privado, de modo que la declaración constitucional es una garantía objetiva que alcanza también al *nasciturus*, aunque luego el ordenamiento penal valore de distinto modo —a través de la pena y aun de excepciones a ésta (indicaciones)— la vida dependiente (la del embrión) y la autónoma del ya nacido. En definitiva, y como se ha dicho con sumo acierto: *la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección*, es un *bien jurídico constitucional*, un *bien jurídico de la comunidad* y no un bien jurídico individual, del cual no puede disponer la mujer por sí misma, sino sólo en los casos contados y excepcionales que la norma penal lo autorice; por lo que, concluyendo, esta interpretación constitucional, del más alto rango normativo, debe superponerse a cualquier otra que la desconozca.

CONSIDERANDO: Que, en virtud de la anterior doctrina, ya anteriormente enunciada por esta Sala, como se dijo, es de desestimar el único motivo del recurso que propugna la impunidad del aborto practicado en el Reino Unido, en una clínica de dicho país, con el consentimiento de la embarazada, en estado de gravidez de tres a cuatro meses, unida en su decisión con el otro procesado, autor de tal estado, movidos ambos principalmente por el deshonor familiar que se produciría en el lugar de su residencia, dada la soltería de la grávida, además de ser impulsados los dos procesados, que carecen de trabajo, por otras motivaciones de índole económica; pues no cabe invocar el principio de territorialidad, como hacen los recurrentes, re-

firiéndolo a Inglaterra, país en el que —dicen— no es delito el aborto concurriendo la indicación social de que ha hecho mérito; en primer lugar, porque ya hemos visto que en el caso de autos juega el principio de personalidad, conjugado con el de protección por el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, excepciones ambas al de territorialidad, en cuyo precepto *no se exige*, a diferencia de lo que acontece cuando el sujeto pasivo es *extranjero* (artículos 340 y 341): que el hecho de que se trate no sea delito en el país en que se perpetró, aunque lo sea según las leyes de España; y, evidentemente, el feto concebido por madre española, no es extranjero, en tanto la misma conserva la nacionalidad patria; concurriendo, por lo demás, los tres requisitos estatuidos por el precepto: Querrela del Fiscal en cuanto está legitimado para ello, en defecto del ofendido, por tratarse de delito público: haber regresado ambos procesados a España y que no haya constancia de habérseles seguido procedimiento alguno en el extranjero.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la última alegación de los recurrentes, la permisividad de la «indicación social» en territorio británico, tampoco puede prosperar, ya que es argumento complementario del anterior, por lo que debe correr su misma suerte. En efecto, en España no se da tal «indicación social», ni aún en el Proyecto de Ley, en trance de aprobación parlamentaria, en el que se prevén las indicaciones terapéutica, jurídica y eugenésica; razones todas que conllevan la anunciada desestimación del recurso.» (Sentencia de 15 de octubre de 1983.)