

## Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal en la Universidad a Distancia

### **Artículo 8.º, 8.º. Caso fortuito (en delitos culposos).**

Se recurre contra la falta de aplicación del artículo 8.º del número 8.º del Código penal, argumentando la imposibilidad de evitar la colisión con el cuerpo de la víctima, tratando de demostrar se trata de un caso fortuito, circunstancia que con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala carece de fundamento en delitos culposos, por resultar totalmente incompatible con la culpa (S. de 27 abril 1977).

### **Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa.**

Se pide la estimación de la circunstancia eximente de responsabilidad de legítima defensa, del artículo 8.º, número 4.º, del Código penal, que no fue aplicada indebidamente por la Sala de instancia, alegando que tras de lanzar la víctima varios golpes de martillo, sólo entonces sacó la navaja y con ella agredió a Rafael. Mas es lo cierto que hubo una primera discusión verbal violenta; que, en efecto, la víctima exhibía un martillo en una de sus manos, que el procesado salió del coche, provisto de una navaja con hoja de 15 centímetros de longitud y entonces "se enfrentaron ambos en lucha mutuamente aceptada". En tal situación, ha declarado reiteradamente esta Sala que no hay legítima defensa, ni completa ni incompleta, ya que los contendientes son atacantes y agresores recíprocos y no puede defenderse, justificadamente, quién agrede previamente a su supuesto agresor. (S. 18 marzo 1977).

### **Artículo 9.º, 2.ª. Embriaguez.**

Como de manera constante viene repitiendo esta Sala, para que la embriaguez pueda generar la causa de exención de la responsabilidad criminal del número 1.º del artículo 8.º del Código penal, es menester, que además de fortuita, sea total o completa, de modo que prive en absoluto de conciencia a quien la padece, o sea, que por su grado de intensidad produzca una alteración de las facultades mentales constitutivas de un trastorno mental transitorio, de ahí pues, que relatándose en el resultado de hechos probados de la sentencia recurrida que los procesados habían estado bebiendo en distintos bares, "en profusa cantidad hasta quedar sensible y visiblemente ofuscadas

sus facultades intelectivas y volitivas, aunque sin estar totalmente eliminadas o inhibidas...”, claro resulta que la sentencia recurrida que calificó la embriaguez así descrita en el correspondiente resultando, como constitutiva de la atenuante 2.<sup>a</sup> del artículo 9.<sup>o</sup>, como muy cualificada, procedió con absoluto acierto, procediendo, en consecuencia, desestimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.<sup>o</sup> del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante el que se denuncia la aplicación indebida del número 1.<sup>o</sup> del artículo 8.<sup>o</sup> del Código penal, con fundamento en el inexacto argumento, de que en el relato fáctico de la sentencia recurrida se describe una situación de embriaguez plena integradora de la referida eximente (S. 13 abril 1977).

**Artículo 9.<sup>o</sup>, 4.<sup>a</sup>. Preterintencionalidad (en lesiones).**

Como las distintas figuras del delito de lesiones previstas y penadas en nuestro Código penal no tienen la estructura objetiva inherente a los puros delitos de resultado, no se puede excluir la posibilidad de que pueda apreciarse la atenuante de preterintencionalidad incluso en aquella modalidad, como es la constituida por las lesiones temporales, en las que, el hecho de que la tipificación y determinación de la penalidad venga legalmente establecida en atención al tiempo de duración, hace especialmente difícil el que se pueda establecer la procedente ecuación entre los aspectos subjetivo y objetivo del delito, a fin de determinar si ha habido o no correlación entre intención y resultado, más para que, en este supuesto, la atenuante pueda ser apreciada, es preciso que concurra el requisito de la absoluta inidoneidad del medio para producir el resultado lesivo que en realidad se produjo, circunstancia que no concurre en el presente caso, ya que los actos de acometimiento y los golpes que se describen en el resultando de hechos probados, son medios normalmente suficientes para producir las lesiones que sufrió la perjudicada (S. 20 abril 1977).

**Artículo 9.<sup>o</sup>, 5.<sup>a</sup>. Provocación inmediata.**

El artículo 9.<sup>o</sup>, en su número 5.<sup>o</sup>, consagra como atenuante la provocación inmediata por parte del ofendido que ha de preceder y ha de ser adecuada. La doctrina de esta Sala ha configurado tal atenuante en el sentido que la provocación sea inmediata e ilegítima, que produzca en el ofendido un rápido estado de excitación que le determina a obrar contra derecho. Supone, pues, una agresión espiritual grave, que solivianta el apetito irascible del agredido, impulsándole a obrar indicativamente, realizando un acto de autoridad propia prohibida. En el orden objetivo hay una provocación, en subjetivo una excitación. La provocación ha de ser intencional, grave y adecuada. La provocación no existe, si media discusión o insultos mutuos, si degenera en riña o agresión mutua (S. 18 marzo 1977).

**Artículo 9.<sup>o</sup>, 8.<sup>a</sup>. Arrebato y obcecación (diferencia con trastorno mental transitorio).**

La diferencia entre la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, establecida en el número 8.<sup>o</sup> del artículo 9.<sup>o</sup> del Código penal, y la eximente

de trastorno mental transitorio contemplado en el número 1.º del artículo 8.º del mismo cuerpo legal citado, se halla, no en la temporalidad de la perturbación anímica padecida por el delincuente, que es común a ambas y las distingue de la enajenación mental que tiene un substrato permanente, sino en la intensidad mayor de la segunda de dichas situaciones y en lo que pudiéramos llamar el patologismo de la misma, que se manifiesta en una notable desproporción entre el estímulo y la respuesta que excede de lo psicológico y revela la mayor parte de las veces un anómalo funcionamiento cerebral afectando y disminuyendo la imputabilidad y, consecuentemente, la culpabilidad y la punibilidad al resultar anuladas, por la reacción emotiva exagerada, las facultades intelectuales y volitivas del sujeto actuante, por lo que para llegar a la comprobación y apreciación de dicha eximente sería necesario que en la sentencia de instancia existieran datos en tal sentido, lo que no ocurre en el presente caso, pues en el relato fáctico de la misma solamente se consigna que la procesada obró con natural indignación... enfurecimiento... y gran nerviosismo, estados psicológicos que no exceden el ámbito de vigencia del arrebato y obcecación circunstancia que ya le fue reconocida como atenuante, sin que por otra parte la motivación exógena de una sospechada, que no probada, infidelidad de su marido con la víctima resulte suficiente para desencadenar naturalmente, como exige el citado precepto, la reacción psicológica de una agresión que ponga en peligro la vida y lesione irremediablemente la integridad corporal de la víctima (S. 29 marzo 1977).

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

Según constante y repetida jurisprudencia de esta Sala, el fenómeno psíquico y personal del arrepentimiento o pesar por el mal delictivo realizado, como índice penal y criminológico de una menor peligrosidad del sujeto activo, para ser apreciado necesita o precisa tener la cualidad de espontáneo, es decir, haber brotado interiormente del hondo de la personalidad del agente como expresión natural y voluntaria de su sentir revocado y ya disconforme de lo realizado, sin coacciones ni presiones, ni incluso consejos o admoniciones de otras personas, es decir, de una manera autónoma, o sea, encontrados los sentimientos de arrepentimiento en su propio yo espiritual, pues sólo así puede demostrarse la existencia en el individuo de motivaciones sociales internalizadas que, aunque hayan sucumbido momentáneamente ante sus impulsos antisociales, muestran su persistencia en el mismo y disminuyen su peligrosidad, sirviendo la aplicación de la atenuación punitiva para reforzar como un premio o un estímulo condicionante, más tales motivaciones sociales que debían de haberle detenido en la comisión del delito, por lo que en el caso presente no resulta procedente su aplicación, ya que el recurrente, después de realizar un hecho tan bárbaro como es la muerte de un hombre golpeándolo con una barra de hierro en la cara y cabeza, se apoderó del dinero que llevaba la víctima, yéndose a beber en varios establecimientos públicos y luego a buscar a su esposa para pernoctar y yacer con ella, lo que revela que no dio al hecho gran importancia moral y que el llamado arrepentimiento no surgió hasta la mañana siguiente cuando su mujer le aconsejó que fuese a la Comisaría de policía a dar cuenta del hecho, acompañándole

a dichas oficinas, con lo que tal obrar no puede en manera alguna ser calificado de espontáneo, sin que, por tanto, deba serle apreciada la citada atenuante (S. 11 marzo 1977).

#### **Artículo 9.º, núm. 10. Atenuante por analogía.**

El recurso aduce la *atenuación analógica* contenida en el apartado 10 del artículo 9.º en relación con el número 1.º del artículo 9.º y 1.ª del artículo 8.º del Código penal, para así propugnar la rebaja penológica prevista en el artículo 66 del mismo Código; alegación que, ya de inicio, es menester rechazar en cuanto a su segunda parte, esto es, la que trata de vincular a las atenuantes por analogía los privilegiados efectos del artículo 66 del Código penal, pues es obvio que este precepto, como lo indica su propio tenor, sólo se refiere a las eximentes incompletas, pero no a las atenuantes genéricas del artículo 9.º (Sentencias de 18 de abril de 1951 y 19 de enero de 1960), tanto más que la reforma penal de 1932 suprimió en la atenuación por analogía el requisito de que la alegada fuera “de igual entidad”, bastando que fuera “análoga a las anteriores” o de “análoga significación que las anteriores”, según proclama el texto vigente, lo que confirma el verdadero rango cuantitativo y cualitativo de esta circunstancia que no por guardar alguna semejanza con la descrita en la eximente incompleta del número 1.º del artículo 9.º puede ser igualada a ésta en sus efectos, de suerte que, en lugar de aplicarse a ella el artículo 66, sólo atrae el régimen común previsto para las atenuantes en el artículo 61 del Código punitivo.

Por lo dicho, el verdadero alcance penológico del motivo en examen, es visto que el mismo pierde ya toda su efectividad, pues aun cuando se admitiese que los rasgos caracterológicos del procesado y circunstancias ambientales en que se movía pudieran dar base a la atenuante analógica que se pretende, es lo cierto que la aplicación de la pena en la instancia en sus grados y límites mínimos harían inoperante aquella atenuación a través de lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 61 del Código penal; graduación de la pena que demuestra que el Tribunal *a quo* tuvo en cuenta *de facto* aquellas peculiaridades subjetivas y de situación que envolvían al reo al afirmar: “su carácter abúlico, el desarreglo de su vida e inclinación a la bebida, la prolongada ausencia de Jefes a los que consultar, la lejanía de éstos y la descompensación de la personalidad a que, en suma, le habían conducido las circunstancias ambientales”; factores los descritos que hizo bien en computar la Audiencia para moderar la pena en los términos antedichos, pero que no podían aspirar a mayores privilegios punitivos, ya por la vía de la exención incompleta, ya por la vía de la atenuación muy calificada a que alude la regla 5.ª del artículo 61; razones todas que conducen a desestimar este motivo inicial del recurso; sin perjuicio de que esta Sala, atendida la totalidad de las penas impuestas al procesado, haga uso de la facultad que le confiere el artículo 2.º del Código penal por entender excesiva la suma de dichas penas (S. 4 marzo 1977).

Para la apreciación de la circunstancia atenuante 10.ª del artículo 9.º del Código penal, invocada en el único motivo del recurso, es imprescindible,

según doctrina reiterada de esta Sala, que por el recurrente se determine con toda precisión a cuál de las expresadas anteriormente se hace referencia y establecer de modo concluyente la semejanza entre ambas (Sentencias de 15 de noviembre de 1929, 3 de junio de 1952 y 9 de diciembre de 1954, entre otras), por lo que no teniendo la alegada —escasa cuantía de los efectos robados— similitud con ninguna de las comprendidas en dicho precepto, como ha venido estimando este Tribunal desde la remota sentencia de 14 de noviembre de 1873, resulta procedente la desestimación del recurso, ya que la analogía no puede ser confundida con la creación de nuevas atenuantes extralegales, tarea reservada exclusivamente al legislador y no al intérprete (S. 4 marzo 1977).

#### **Artículo 10, núm. 15. Reincidencia.**

Cometido el delito de robo ahora enjuiciado con anterioridad a la vigencia de la modificación introducida en el apartado 2.º del número 15 del artículo 10 del Código penal, referente a la doble reincidencia, por virtud de la Ley de 28 de noviembre de 1974, merece prosperar el único motivo del recurso, por corriente infracción de Ley, en el que se denuncia indebida aplicación de dicha superagravante, toda vez que habiendo sido cometidos los dos anteriores delitos de robo en 18 de enero y 22 de febrero de 1971, respectivamente, mal podría ser firme la primera condena cuando se perpetró la segunda infracción, requisito exigido por la reciente jurisprudencia aplicativa de la normativa anterior a la mentada reforma de 1974 (S. 7 marzo 1977).

La reforma penal de 1944 refirió el tiempo de la reincidencia, como el de la reiteración, no al momento de “ser juzgado el culpable”, sino al de “delinquir el culpable”, con lo cual se ponía en base firme el fundamento de ambas agravantes al mostrar la ineficacia de las condenas anteriores en la nueva recaída delictual, a la par que se evitaba la injusta consecuencia de que al ser juzgado un reo por hechos posteriores a las condenas proferidas antes de tal enjuiciamiento, por retrasos en el procedimiento a él no imputables, se hiciera acreedor a la agravante o que, por el contrario, se beneficiara de la celeridad en la tramitación de la causa, impidiendo que por tal razón advinieran a la misma las condenas aún no dictadas; es decir, que es al tiempo de cometer el nuevo delito cuando el delincuente debe saber que fue condenado antes por otro u otros para que no obstante, arrostre las consecuencias de una exacerbación de la pena y se ponga de manifiesto el fracaso de la admonición que toda condena anterior entraña, con el plus de culpabilidad que ello implica y que debe estar en la base de toda circunstancia de agravación (S. 22 marzo 1977).

#### **Artículo 10, núm. 15. Reincidencia (prescripción de la pena).**

Para que opere la prescripción de la pena, es menester que hayan concurrido las circunstancias fácticas de su inejecución o el quebrantamiento de condena y transcurrido los períodos de tiempo al efecto establecidos en la Ley, circunstancias que ni remotamente aparecen de los autos, por lo que,

el que hayan concurrido las circunstancias fácticas integrantes de la invocada prescripción, constituye una afirmación totalmente gratuita de recurrente, pero además, se da la circunstancia de que la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción de la pena no da lugar a la cancelación de los antecedentes penales, ni, en consecuencia, tiene la menor relevancia en orden a la procedencia de estimar o no la mentada agravante de reincidencia (S. 28 marzo 1977).

**Artículo 10, núm. 15. Reincidencia (y reiteración).**

El procesado, al cometer el delito por el que fue condenado en la presente causa, se hallaba ejecutoriamente condenado por un delito de hurto, es claro que procedió con acierto la Sala de instancia al apreciar la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia 15 del artículo 10 del Código penal, sin que para estimarlo así sea óbice el hecho invocado por el recurrente en apoyo de su tesis de que no se expresa la cuantía del delito de hurto que pudo quedar en falta como consecuencia de la modificación de las cuantías efectuadas con posterioridad a la fecha en la que fue cometido el mentado delito de hurto, dado que, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria de la Ley de 28 de noviembre de 1974, las sentencias ya ejecutadas no rectificarán a efectos de antecedentes penales, por razón de variación de las cuantías que para la calificación de ciertos delitos se establece en la presente ley.

Igualmente, es de apreciar la que ha concurrido, la circunstancia agravante de reiteración, en cuanto que, al cometer el hecho, el procesado se hallaba ejecutoriamente condenado por otros dos delitos además del de hurto anteriormente referido, pero en todo caso, ello es irrelevante a efectos de graduación o determinación de la pena procedente, habida cuenta de que siendo la pena imponible la de presidio mayor por efecto de la obligada aplicación de lo dispuesto en el artículo 516 del Código penal en relación con el número; segundo del 515, y haber impuesto el Tribunal la indicada pena en el grado mínimo, la sentencia habría de ser mantenida por aplicación de la doctrina de la pena justificada, aun cuando se estimase la tesis del recurrente en orden a la falta de concurrencia de las mentadas circunstancias de agravación (S. 28 febrero 1977).

**Artículo 14, 1.º. Coautoría.**

Responden en concepto de autores de un delito cuantas personas concurren en su comisión en acción conjunta, sin que sea preciso exista previo acuerdo, ya que éste puede resultar de la acción conjuntamente realizada que une voluntades, y eso, precisamente, ocurrió en el caso enjuiciado, puesto que como se dice en la sentencia recurrida al hablar de la actuación de los procesados no sólo pluraliza, sino que expresamente declara en los hechos probados que entre los cuatro procesados golpearon al guardia, derribándole al suelo, tratando de desarmarlo y causándole lesiones de las que curó en dieciocho días, por lo que la participación del recurrente fue bien activa y solidaria con la de los otros tres procesados que se han aquietado con la sentencia; todos tuvieron el mismo pensamiento y atacaron y golpearon al

Policía municipal, causándole las citadas lesiones, con lo que queda descrito-suficientemente la participación singular de cada uno de los procesados, entre los que se estableció por esa actuación conjunta, unitaria y simultánea en la ejecución del delito, que unió sus voluntades, un vínculo de solidaridad que los hace responsables en el mismo grado, cualquiera que fuere los actos que cada uno realizara dentro del ataque unitario y conjunto, ya que todos coadyuvaron de modo eficaz y directo al final perseguido de atentar contra el agente de la autoridad, por lo que procede desestimar el único motivo del recurso en el que se denunciaba la indebida aplicación del número 1.º del artículo 14 del Código penal (S. 11 abril 1977).

#### **Artículo 25, p. segundo. Extinción responsabilidad civil.**

Aunque la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, se extingue, al igual que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Código civil, y por tanto por renuncia expresa de la parte perjudicada, es lo cierto que en el caso que nos ocupa tal renuncia no fue ratificada posteriormente a la presencia judicial como sería necesario para su validez al haber sido aportado el escrito en el que se contienen no por ella, sino por la defensa de la procesada e impugnando por aquélla, que dice lo firmó por creer que se trataba de un proyecto de transacción, como le dijo el marido de la procesada, quien después manifestó que su mujer no quería el arreglo y que el documento no podía devolvérselo porque había desaparecido, todo lo que aparece efectivamente confirmado por éste en su declaración, por lo que al ser discutida la validez y eficacia de dicho escrito, el Tribunal "a quo", en su misión tuitiva de la perjudicada, obró correctamente, desconociendo la eficacia de tal renuncia, que ha resultado desvirtuada por otras pruebas. (S. 29 marzo 1977).

#### **Artículo 60. Comunicabilidad de circunstancias.**

El artículo 60 del Código penal, que en sus dos párrafos refiere a la incommunicabilidad, o comunicabilidad, de las circunstancias agravantes o atenuantes, y que en el concreto supuesto del "disfraz" obliga a matizar su objetividad o subjetividad, pues cuando el disfraz sea un modo de ejecución material del delito sobre el que incidan la circunstancia, ésta será comunicable a todos los coautores concertados plenamente en la forma de realizarlo, incluso en el uso del disfraz como medio facilitante de la ejecución, pasable a guisa de ejemplo en que con conocimiento de todos uno de ellos se disfraza de guardia, repartidor de telégrafo, o sacerdote, como ocurrió en el caso previsto en la Sentencia de este Tribunal de 5 marzo de 1936, en que el aspecto sacerdotal que simulaba facilitó la perpetración de la transgresión punible consumada por lo que todos los intervinientes que acordaron que así se hicieran con unidad de propósito, medio y fin, por lo que se les comunica esta circunstancia agravatoria y sus efectos en la punición; pero no es éste el caso de autos, en que sólo aparece que uno de los encartados llevaba cubierta la cara para evitar que su identidad fuera conocida, pero los otros dos no encubrían su rostro ni aparecían disfrazados en forma alguna, y sin

que el disfraz de uno de ellos facilitara por sí solo la realización del hecho, sino que de advertirse lo hubiera obstaculizado; siendo una precaución de tipo personal que sólo uno de ellos tomó con tendencia exclusiva y excluyente de que su identidad no fuera conocida, por lo que, en tal caso, tratándose de agravante personal y en beneficio sólo del disfrazado, no es dable comunicarla a los restantes que actuaron a faz descubierta. En resumen, en cada caso debe matizarse si el disfraz fue circunstancia objetiva y facilitante de la ejecución del hecho, en cuyo supuesto es comunicable a todos los encartados, o se trató de actuación personalísima de uno de ellos con el fin propuesto de no ser reconocido, en cuyo caso la agravación no debe comunicarse a los coautores (C. 13 de abril 1977).

#### **Artículo 68. Concurso de leyes.**

Nuestro Código penal, al formular la definición del delito de robo en su artículo 500, asimila dos formas comisivas, como son, respectivamente, el empleo de violencia o intimidación en las personas y la de empleo de fuerza en las cosas, pero a partir de ese concepto unitario de la infracción, como consecuencia obligada de las notorias diferencias existentes entre ambas modalidades de la delincuencia patrimonial, regula por separado las tipologías correspondientes a una y otra especie delictiva, adoptando diverso criterio en consonancia con los diferentes intereses que entrar en juego en uno y otro supuesto, así, en el artículo 501 destinado a la tipificación y punición del robo con violencia o intimidación en las personas, toma en cuenta los resultados lesivos que para la vida, la integridad física, honestidad o libertad del sujeto pasivo que en él se describen, prescindiendo del aspecto crematístico del hecho, mientras que en el artículo 505 se determinan las penas correspondientes a los robos con fuerza en las cosas atendiendo a módulos económicamente cuantitativos, mas puede ocurrir, como aconteció en el caso de autos, que el apoderamiento de las cosas muebles ajenas se lleve a cabo mediante el empleo simultáneo de las dos formas comisivas mentadas, en cuyo caso, se plantea el problema de determinar la normativa legal aplicable, o sea, si ha de aplicarse la establecida para el robo con violencia o intimidación en las personas o la correspondiente al robo con fuerza en las cosas y, al efecto, aunque hay quien piensa, que en tal supuesto, por absorción, debe aplicarse como prevalente la primera; es lo cierto, que el problema se halla resuelto en nuestro derecho positivo por un precepto expreso, como es el contenido en el artículo 68 del propio Código, según el cual, debe aplicarse el precepto que aplique al delito mayor sanción, que en el presente caso es el relativo al robo con fuerza en las cosas, ya que mientras que el número 3.º del artículo 505 establece la pena de presidio mayor, el número 5.º del artículo 501 estatuye la de presidio menor.

La aplicabilidad del artículo 68 al caso de autos no puede ponerse en duda, en cuanto que en este precepto se regula un supuesto o modalidad del llamado concurso de leyes, cual es el de que un mismo hecho sea susceptible, indistintamente, en dos preceptos diferentes que, independientemente considerados, sean suficientes para la total valoración jurídico-penal de la conducta del procesado, que es el supuesto de autos, ya que se trata



de un solo hecho de apoderamiento de cosa ajena subsumible en dos preceptos distintos, por haber concurrido en su realización las formas de ejecución respectivamente previstas en una y otra norma, como fueron la intimidación y la fuerza en las cosas (S. 1 marzo 1977).

#### Artículo 69. Delito continuado.

Como viene reiterando la doctrina de esta Sala en sus últimas resoluciones, la figura del *delito continuado* se ha emancipado por igual de dos expedientes o artificios puramente pragmáticos: aquél que está en los orígenes pietistas de la institución y que trataba de eludir en el Derecho histórico la pena capital por el *trifurato* o tercer hurto imputado al reo y aquél otro, más moderno, de índole meramente procesal, que a fin y efecto de subsanar la falta de prueba de cada una de las sustracciones aisladas (o en su caso defraudadas) sumaba el total de las mismas para sobre el mismo asentar el delito único; recursos ambos que hoy día han sido superados al colocar el *dilectum continuatum*, dentro del estricto derecho sustantivo, en lo que es propio del mismo, esto es, la *unidad de culpabilidad* del agente como elemento subjetivo fundamental que apoyado y coordinado con otros elementos objetivos, como son la *unidad de tipo penal-violado*, la *unidad de ocasión* aprovechada cada vez, si por acaso no se planteó desde un principio aquel repetido despliegue de acciones delictivas, como por último, un cierto *contexto espacial temporal*, a fin de que no pueda decirse que la distancia en el espacio y en el tiempo, de aquella pluralidad de acciones rompió la resolución o, al menos, la ideación unitaria propuesta por el culpable.

La anterior y conocida doctrina fue perfectamente aplicable por la sentencia recurrida, pues si en su *factum* se nos dice que el procesado se apoderó en diversas ocasiones de joyas propiedad de su patrono, por un valor total de 109.200 pesetas, y luego se afirma en el *iudicium* que la sustracción se llevó a cabo con "homogeneidad de ánimo, medio y circunstancias empleadas para llevar a cabo la unitaria decisión de apoderarse de bienes pertenecientes a una misma persona", es obvio que se han dado los fundamentos fácticos y jurídicos para fundar correctamente el instituto de la continuación delictiva y calificar, por ende, la actuación del procesado como integrante de un solo delito de hurto; sin que contra esta tesis pueda esgrimirse por el recurrente la posibilidad de individualizar cada una de las sustracciones, por ser tal argumento contrario al tenor de los hechos probados en los que se afirma no haberse concretado las fechas precisas, ni la naturaleza y valor de lo sustraído en cada ocasión, falta de individualización que se vuelve a reiterar en el "primer considerando" de la sentencia impugnada; como tampoco puede aducirse la finalidad favorecedora del reo que se asigna a la teoría del delito continuado para defender la existencia de un concurso real de delitos, pues aparte de que no hay base fáctica, como se ha reiterado, para dicho concurso, el fundamento unificador ya se ha dicho en doctrina que hoy día se pone por esta Sala en el campo de la culpabilidad, propio del Derecho penal sustantivo, al que le son ajenos argumentos empíricos o pragmáticos ya superados; y concurriendo, por lo expuesto, la unidad de dolo en el culpable; la violación del mismo tipo penal de hurto, tanto en su figura básica del

artículo 514, número 1.º, como en su figura cualificada del artículo 516, número 2.º, puesto que todas las sustracciones se verificaron aprovechando el procesado su condición de empleado en la joyería, no menos que la identidad de sujeto pasivo, aunque ésta no es esencial; la unidad de lugar dada por haberse cometido cada una de las sustracciones en la misma sede comercial, como la acotación de los límites temporales de aquéllas, agosto a noviembre de 1974, es visto, que se dan los requisitos exigidos para aglutinar todas las acciones perpetradas en un solo delito de hurto, que por su cuantía total atrae la pena establecida por el artículo 515, número 2.º del Código penal, después de la última reforma de cuantías de 28 de noviembre de 1974 (S. 4 marzo 1977).

#### **Artículo 107. Responsabilidad civil.**

En el caso de autos no ha concurrido el indicado presupuesto de cuya existencia depende la aplicabilidad del precepto, ya que la condena no ha sido dictada contra pluralidad de partícipes, sino contra uno solo, por lo que la sentencia recurrida al imponer al condenado único la obligación de pagar la totalidad de la indemnización en la que fueron estimados los daños, lejos de infringir lo dispuesto en el cuestionado precepto de derecho sustantivo, no ha hecho más que cumplir lo dispuesto en el mismo en relación con todos los demás reguladores de la responsabilidad civil derivada de la criminal, pues en aquellos casos, como el presente, en que aun habiendo pluralidad de partícipes en la realización del hecho, la sentencia tan sólo puede dictarse contra uno solo de ellos, bien porque los demás no hubiesen sido habidos, bien porque contra ellos se hubiese extinguido la responsabilidad criminal, etc., la procedencia de condenar al penado por el "todo" es manifiesta, en aplicación del principio de solidaridad establecido en el artículo 107 del propio Código que encuentra su fundamento, en que las consecuencias dañosas, o el "daño", producido por el delito, es uno solo, de forma que, frente al perjudicado, cada partícipe debe responder por la "totalidad" o "íntegramente", sin perjuicio del derecho de repetición que entre los obligados por el vínculo de solidaridad sea procedente conforme a las normas del Derecho civil, reguladores del derecho de repetición ejercitable fuera del proceso penal, tanto en el supuesto de que por haber recaído condena contra varios en la sentencia se hubiese hecho señalamiento de cuota, como si no la hubiese habido porque la sentencia hubiese recaído contra uno solo (S. 12 abril 1977).

#### **Artículo 303. Falsedad (en documento mercantil).**

Deben ser estimados como documentos mercantiles a efectos penales todos aquéllos que expresen una operación de comercio o sirvan para demostrar derechos de naturaleza mercantil, sentencia de 20 de diciembre de 1960, añadiendo la sentencia de 18 de octubre de 1968, que deben comprenderse como documentos mercantiles, no sólo los expresamente regulados en el Código de comercio, sino también los que se deriven de operaciones mercantiles o hayan de surtir efecto en las mismas, expresándose en análogos.

términos muchísimas sentencias más y constituyendo el albarán un recibo de un género que se entrega firmando el portador como resguardo e indudable justificante de una operación mercantil realizada y si en los albaranes se dice haber recibido antes de conformidad la mercancía, a nombre de distintos clientes, poniendo supuestas firmas, cuyos clientes al serles reclamados su importe, negaron haber recibido la citada mercancía y la autenticidad de sus firmas, resulta de todo ello una falsedad cometida por el procesado en su empleo de vendedor partidario, con facultad para percibir el precio de la venta de "Establecimientos Moro, S. A." y apropiarse de su importe, por lo que indudablemente se ha cometido falsedad en documento mercantil, acertadamente tipificado por la Audiencia en el artículo 303 en relación con el número 9.º del 302, ambos del Código penal, por el indudable carácter mercantil de los albaranes que sirven para garantizar una operación de dicha naturaleza, no siendo posible encuadrar los hechos en el artículo 306 del Código penal, como postula el motivo amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por referirse este artículo específicamente a documentos privados o particulares y los albaranes se salen de dicha esfera para entrar en la mercantil. (S. 21 marzo 1977).

#### **Artículo 321. Usurpación de funciones.**

El artículo 321 del Código penal, considera como delito ejercer actos propios de una profesión, sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional. La doctrina de esta Sala ha puesto de relieve que la razón esencial del precepto es de doble carácter: De un lado, proteger a la sociedad, evitando el peligro que supone el ejercicio por personas audaces pero incompetentes, tareas delicadas y trascendentes que exigen conocimientos y capacidades especiales, y la consiguiente exigencia de responsabilidad a las actuaciones clandestinas en tales materias; de otro, se pretende tutelar y proteger a quienes han obtenido un título oficial para el ejercicio de determinadas, trascendentes y responsables funciones contra competidores ignorantes o inhábiles, de donde viene a denominarse delito como intrusismo. Que tal delito es una infracción formal o de mera actividad, que se consume aunque no se produzca resultado lesivo alguno, sino que siendo una falsedad, lo que se castiga no es la impericia en sí, sino la falsa atribución de títulos oficiales y la práctica de actos propios de una profesión que los requieran por prescindirse consciente y deliberadamente de las garantías oficialmente establecidas —títulos— para el ejercicio de los actos que tales títulos capacitan (Sentencias de 18 de octubre de 1969, 1 y 7 de diciembre de 1970 y 28 de mayo de 1975). Respecto de los títulos del Código se deduce que han de ser oficiales o reconocidos, por disposición legal, reglamenaria o Convenio internacional. Y por fin respecto de las profesiones —actos propios de una profesión —acentúa la doctrina de esta Sala que han de ser importantes, esenciales y de relevante interés comunitario, describiéndose a guisa de ejemplo, entre otras, las que afectan a la salud, a la cultura, a la pública incolumidad, a la administración de justicia, a la sanidad, a la enseñanza, a la ingeniería, a la postulación forense, farmacología, mediación en la contratación inmobiliaria y otras ramas donde destaquen

la trascendencia de la función y la exigencia de títulos (Sentencias de 2 de marzo de 1974, 20 de diciembre de 1974, 27 de enero de 1975 y 29 de enero de 1976), lo que supone una norma en blanco, con reenvío a las disposiciones oficiales, administrativas o convenciones internacionales que regulen la profesión (S. 26 marzo 1977).

#### Artículo 344. Salud pública (estupefacientes).

En el piso que ocupaban los procesados se celebraran reuniones, *invitando a fumar griffa, fueran o no adictos a la droga, a los asistentes*, es visto, que en estas reuniones se promovía el uso de drogas y se facilitaban por vía de invitación, conductas que se encuadran en el artículo 344, base de la condena impugnada, que tanto tipifica y penaliza la venta como la donación de drogas tóxicas y estupefacientes; y como esta actividad facilitante se atribuye conjuntamente a los cuatro propagadores por vía gratuita, es indudable que estos recurrentes cometieron el delito por el que aparecen condenados, siendo ponderable que la Sala de Instancia ha graduado con acierto la dosimetría punitiva, sancionando más gravemente al acusado adquirente, introductor y vendedor; y con mucho menor rigor penalizador a éstos y otros encartados que se limitaron a regalarla en las reuniones que al efecto celebraban; llegando con perfecta ortodoxia sustantivo penal a absolver libremente a los que si bien inicialmente acusados, se demostró que fueron meros asistentes a las reuniones donde fumaron, pero sin que por su parte la propagaran, ni a título gratuito ni lucrativo (S. 11 marzo 1977).

El artículo 344 del Código penal, tras la reforma de 15 de noviembre de 1971 y una vez descartada jurisprudencialmente la punibilidad de los actos de autoconsumo de drogas tóxicas o estupefacientes, dista mucho de ser un precepto confuso, como sostiene el presente recurso y, antes bien, y desgraciadamente para la procesada, marca perfectamente todas las fases o etapas del ciclo producción-consumo a las que atribuye igual rango, castigando, con el mismo protagonismo, las conductas de elaboración, cultivo, fabricación, tenencia, transporte, venta, donación y tráfico en general, a las que atribuye idéntico valor y trascendencia, extendiendo, después, la prescripción y castigo a los actos de proselitismo o de difusión y propagación del consumo de drogas no comprendidos en las conductas anteriores, y consistentes en la inducción, promoción, estímulo o fomento —“promuevan”—, o en distribuirla o proporcionarla a los consumidores —“faciliten”—, o, finalmente, en crear circunstancias de lugar u otras análogas propicias a dicho consumo —“favorezcan”—; sin que el realizar una u otra conducta de las descritas en dicho precepto, tenga, en su caso, otra relevancia que la de que, reputándose autores a los sujetos activos, pueda el Tribunal sentenciador, en beneficio o perjuicio del reo, usar de la facultad que le concede el párrafo 3.º del mencionado artículo 344, imponiendo la pena superior o inferior en grado a la fijada en el párrafo 1.º del mismo (S. 26 marzo 1977).

La *mens legislatoris* expresada en el preámbulo de la Ley de 15 de noviembre de 1971 reformando, entre otros aspectos penales, la represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes para poner en concordancia nuestro Derecho interno con el internacional, consecuencia de la adhesión de

España, en 3 de septiembre de 1966, al Convenio único de 30 de marzo de 1961, parte de una distinción fundamental —aparte el mayor *rigor poenalis* en orden a atajar el problema social que entraña “aquel tráfico” y “que día a día se agrava”— cual es la de reservar para el Código penal “la prevención y castigo de las conductas de elaboración, tenencia o tráfico de drogas y todo género de *favorecimiento* o difusión de su uso”, dejando para “la ley especial que configura los estados de peligrosidad”, “las medidas de seguridad convenientes para procurar la curación del drogadicto, sin perjuicio de otros objetivos afines”; propósito del legislador que tuvo adecuada traducción a la hora de plasmar la *mens legis* en el vigente artículo 344 del Código penal, que es la que, en definitiva, debe prevalecer en el momento de ensayar la hermenéutica judicial, pues, en efecto, dicho tipo penal no sólo recoge en su núcleo central los actos de “tráfico en general”, sino todos aquellos que le anteceden o de algún modo le son colaterales o concomitantes, como los de “cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta” e incluso “donación”, como todos aquellos que “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso”; es decir, que es esta idea de favorecimiento o difusión de la droga para procurar su consumo, la que preside la regulación legal punitiva; idea central que ha permitido a la doctrina de esta Sala establecer la correcta interpretación del acto de “tenencia” que se muestra en la descripción típica, sin más aditamentos, pero que por resultar en sí mismo equívoco, ha de ponerse en relación con la “imagen rectora del tipo” a que antes se ha hecho referencia, lo que lleva a un desdoblamiento teleológico del acto y subsiguiente distinción entre la “tenencia para traficar” incurso en la sanción punitiva del precepto y la “tenencia para el consumo” que debe llevar al sujeto a la jurisdicción de peligrosidad y aplicación consiguiente de las medidas de seguridad para él previstas; siendo ya tema distinto el de la penalidad a imponer cuando el tráfico potencialmente implicado en la tenencia o finalmente actualizado sea de escasa cuantía o de menor relevancia —atendida sobre toda la especie de droga o estupefaciente sobre las que verse el tráfico, pues ya es sabido que cuantías o dosis mínimas pueden alcanzar altísima cotización en el mercado clandestino a tenor de la índole del producto—, cuestión penológica que está prevista en el párrafo 3.º del artículo 344, según sean las circunstancias del *hecho* y del *culpable* las que permiten imponer la pena inferior o superior en grado (S. 1 abril 1977).

#### **Artículo 360. Prevaricación.**

Se impugna por indebida la aplicación del artículo 360 del Código penal, que sanciona por el delito de prevaricación, a los Abogados y Procuradores que por abuso malicioso de su oficio o negligencia, perjudicaren a su cliente; prescindiendo en absoluto del delito de cheque en descubierto, también cometido por el procesado, si bien ha sido sobreseído por la Sala de instancia en aplicación del indulto de 1975, sobre el que descansa la tesis recurrente, haciendo recaer sobre el talón bancario toda la responsabilidad, cuando es lo cierto, según se desprende del detallado hecho probado, aflorar la responsabilidad punible del recurrente en concepto de autor de un delito de prevaricación, al recibir de su cliente ciertas cantidades, con destino a diferentes fines procesales y que por negligencia inexcusable, no las dio el destino pre-

venido, irrogándole el consiguiente perjuicio; el procesado en el mes de marzo de 1973, se encargó de la dirección en unos autos de menor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de esta capital, y para consignar en el Juzgado, en fecha 7 del expresado mes, le entregó la suma de 114.560 pesetas, para descontar de la cantidad que se le reclamaba en los autos, que no llegó a consignar, por lo que en 24 de noviembre de dicho año se estimó la demanda, condenando al Letrado al pago de la cantidad inicial reclamada, 343.103,47 pesetas, más intereses y costas, por lo que en 27 de junio de 1974 volvió a entregar el letrado al procesado 230 000 pesetas, que junto con la cantidad anterior cubrían el íntegro de la cantidad reclamada, para que las entregara a la parte actora o las consignara en el Juzgado, lo que tampoco cumplió el procesado, por lo que previos los trámites pertinentes, en 29 de octubre de 1974 le fue embargado al Letrado un inmueble también de la propiedad de su esposa y otros bienes, y tras otras incidencias minuciosamente relatada en la narración fáctica, entre ellas la retención de una cuenta corriente del Letrado, en 23 de diciembre de dicho año 1974, fue cuando entregó el procesado el talón bancario que resultó impagado, cuando ya había culminado a lo largo del proceso civil su negligencia inexcusable con el consiguiente perjuicio económico y moral para su cliente, lo que constituye el delito de prevaricación, como tiene declarado esta Sala en caso análogo en sentencia de 27 de marzo de 1950; procediendo por todo lo expuesto, la desestimación del motivo; aunque quizá debió calificarse de aprobación indebida, razón que por el principio en "pena justificada" obligaría también a desestimar el recurso (S. 11 abril 1977).

#### **Artículo 411. Aborto.**

La procesada, María, se encontraba embarazada de dos meses y apesadumbrada por circunstancias personales y familiares, accedió a que le realizaran una operación abortiva, para lo que con la colaboración y ayuda de un familiar y de una amiga, también procesados, se puso en relación con la coprocesada-recurrente, Martina, que se dedicaba a causar abortos, a la que visitó en este domicilio y la que en una habitación del mismo "le introdujo en los órganos genitales un tubo de plástico..., mas como pasadas las primeras horas después de la operación no se había producido el aborto, dicha gestante acudió a un médico, que le recetó un medicamento antiabortivo por apreciar había motivo de que se consumara el aborto, pero la referida María, antes de decidirse a tomar o rechazar tal medicación, expulsó el feto", de cuya transcripción se desprende, sin duda alguna, la participación personal, directa y voluntaria de la recurrente en la práctica de la manipulación anticonceptiva empleada, con resultado positivo, por cuanto sin solución de continuidad tras varias horas de haber introducido el tubo o cánula en los órganos indicados se produjo el fin ilícito perseguido, con la consiguiente interrupción antinatural y perversa del proceso gestatorio normal, concurriendo los dos elementos básicos que integran el tipo delictivo imputado, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva esgrimida en el recurso basada, de una parte, en la inidoneidad del procedimiento utilizado, y de otra parte, que al no emplear los medios específicamente adecuados, la actuación de la recurrente fue de simple cooperadora, con participación secundaria,

que no podía imputarse como realizado por la misma por autoría directa, sino que la actividad desplegada por su torpeza e insuficiencia debía calificarse de complicidad, porque el aborto pudo ser evitado al intervenir posteriormente un facultativo, que rompió el nexo causal.

En cuanto a la real y directa participación de la recurrente, basta la lectura de la premisa narrativa que para deducir inequívocamente que fue la única persona que intervino en la maniobra abortiva ejecutada, que podría ser más o menos técnica, propia o desusada, pero que resultó bastante y suficiente para lograr al cabo de varias horas el fin delictivo propuesto y consumado, sin haberse interrumpido en momento alguno el proceso causal iniciado con la introducción del tubo o cánula empleado y hasta la expulsión del feto. Aunque la gestante vio con posterioridad a un médico, que al observar el proceso abortivo en marcha recetó una medicación tendente a interferirlo o impedirlo, como aquélla no llegó a utilizarla, ninguna influencia tuvo, ni en favor, ni en contra, de lo que en principio la actuación dinámica de la recurrente había puesto en movimiento con propósito de conseguir la expulsión violenta del feto, proceso materialmente desencadenado, por la misma, que logró su plena realización finalista, con lo que tal actuación no pudo ser en el caso concreto enjuiciado más eficiente, principal y relevante, para reputarla autora del aborto en el que participó como agente único y directo, razones que consecuentemente conducen a rechazar por improcedente el motivo único del recurso interpuesto por corriente infracción legal, reputando infringido por aplicación indebida el artículo 14, número 1.º, en relación con el 411, número 2.º, y por falta de aplicación del artículo 16 (S. 1 abril 1977)

#### **Artículo 420, 3.º. Lesiones.**

Entre las causas de justificación que conforme al ordenamiento jurídico-penal positivo eximen total o parcialmente de responsabilidad, la legítima defensa ocupa lugar preferente, que en una conceptualización amplia es la necesaria para impedir o repeler una agresión injusta contra bienes propios o ajenos, cuyo fundamento o remoto y último no es otro que el instinto de conservación sentido por todos los hombres dentro de sí, lo que explica la universalidad del reconocimiento de tal eximente, que nuestro Código penal configura a través de los números 4, 5 y 6 del artículo 8.º, según se contraiga a defensa personal, de parientes próximos o de extraños, teniendo en dichas tres modalidades como requisito esencial e indispensable que en primer lugar concorra una agresión ilegítima, directa, actual e inminente exteriorizada por acometimiento físico o ejercicio de cualquier otro acto que cree una situación de indudable riesgo y peligro, que es lo que justifica o autoriza la reacción defensiva, necesaria y adecuada; de ahí que tal causa de justificación, ya se invoque como plena o semiplena, tiene que partir para su viabilidad legal de la constatación de una agresión ilícita, puesto que sólo ante esta inicial situación es permitido acudir a la violencia para evitar o rechazar la acometida injusta iniciada o manifestada, circunstancia eximente que como propia y completa amparada en el número 4.º del artículo 8.º citado, es postulada en el único motivo del recurso por corriente infracción legal

interpuesto por la representación del procesado, alegando que en el curso de la pelea trabada con el que resultó lesionado, aquél recibió golpes representativos del atentado ilegítimo, que repelió con sus propios medios de defensa personal, sin que previamente lo hubiera provocado, con lo que aparecían acreditadas las condiciones o requisitos que requería dicha eximente y legitimaban su actuación, alegación enteramente inviable por su carencia de consistencia fáctica y legal, toda vez que primordialmente y de una parte, se construye con deliberado olvido y manifiesta discordancia con la versión fáctica aceptada y sentada como probada en la Sentencia impugnada, vinculante e intangible en este trámite por el cauce procesal que ampara el recurso, en la que sustancialmente se afirma, que en la tarde del 2 de febrero de 1974, en ocasión de coincidir en un acto social que se celebraba en un restaurante guipuzcoano el procesado y el lesionado, que se hallaban distanciados por cuestiones de negocios, aquél fue al encuentro de éste, invitándole a salir fuera del local y, una vez conseguido, "*le agredió, trabándose los dos en una pela*", en el curso de la cual el recurrente propinó golpes a la víctima que le produjeron las lesiones aseveradas, de cuya transcripción se desprende inequívocamente que el inicial agresor fue aquél, e incluso, que si pudo existir alguna incitación que implicara o contuviera matiz provocativo, también fue factor atribuible al procesado, causante del encuentro personal y de la salida del local donde ambos estaban a la calle, en la situación de tirantez anímica que les embargaba, que de forma lógica y vehementemente predisponía a la subsiguiente reyerta suscitada, y subsidiariamente de otra parte, que aun admitiendo que el hecho probado acreditara tan solamente el resultado de una riña mutuamente aceptada, tampoco sería posible legalmente apreciar la eximente invocada, ni como plena, ni aún como imperfecta, puesto que tanto la doctrina científica como la copiosa y uniforme doctrina jurisprudencial excluyen la llamada "*legítima defensa recíproca*", ya que en este supuesto no pudiendo determinar de quién partió la agresión, cada uno de los contendientes es agresor recíproco del otro, con lo que obviamente falta la condición primera de la circunstancia debatida, que constituye el requisito indispensable para su existencia y estimación en el ámbito de la jurisdicción penal, razones que consecuentemente conllevan a rechazar el recurso contemplado por carencia de justificación (S. 14 marzo 1977).

Las lesiones fueron producidas el día 1 de enero de 1975 y la lesionada fue dada de alta el día 18 de abril del mismo año, "*quedándole como defecto lesión incompleta de la mano izquierda no recuperable*", de suerte que claro queda que las lesiones duraron más de noventa días, siendo el denunciado defecto en la descripción de la secuela intrascendente, en cuanto que, en el artículo 420, número 3.º del Código penal se equiparan las lesiones indelebles a que en él se alude a las temporales, que también se mencionan, como se equipara, a su vez, la enfermedad con la incapacidad para el trabajo, por lo que constando con toda claridad que las lesiones duraron más de noventa días, basta para que sea procedente el encuadramiento de las mismas en el mentado precepto (S. 20 abril 1977).



**Artículo 430. Abusos deshonestos.**

El procesado hizo objeto a la niña que se menciona, de nueve años de edad, de tocamientos en los pechos y otras partes del cuerpo, besándola reiteradamente en la boca, conducta que realizó para satisfacer sus apetitos lascivos, no puede haber duda de que se dan como probados en tal descripción, los requisitos típicos necesarios para configurar los hechos como un delito de abusos deshonestos, contemplado en el artículo 430 del Código penal no sólo en su vertiente objetiva de realización de actos contrarios al pudor o impúdicos, sino también en la subjetiva de la existencia en el autor de un ánimo libidinoso expresado en el lugar mentado con la frase que queda reseñada, que se reafirma en el primer considerando de dicha resolución, al reputarse tal proceder como manifestación inequívoca del propósito lúbrico o sexual, ilícitamente perseguido, por lo que procede la desestimación del motivo primero del recurso, interpuesto por fondo en el que se niega dicha finalidad sexual en el recurrente, pues aunque efectivamente y como allí se alega tal afirmación representa o constituye un juicio de valor referido a la existencia del dolo específico exigido en la figura legal y, en definitiva, a la culpabilidad del agente, en el presente caso, éste debe ser deducido, necesariamente, de la materialidad objetiva de la conducta observada, puesto que no resulta acostumbrado en nuestro país, ni socialmente correcto, tocar los pechos a una niña, ni besarla en la boca como manifestación de puro afecto, sino que tales actos que ya atentan al pudor de la menor, son considerados como graves por la conciencia social que exige su castigo como delictivos, y no como mera falta (S. 31 marzo 1977).

**Artículo 431. Escándalo público.**

Los actos de homosexualidad ejecutados en lugar céntrico por el que transita gente, máxime en las horas en que fueron sorprendidos por la Policía en el interior de un automóvil, hallándose abrazados, después de haberse masturbado mutuamente, lo que lleva consigo el elemento publicidad por el lugar y hora en que se realizaban esos actos que pudieron ser vistos —igual que le fueron por la policía— fácilmente por las personas que allí transitaban, revelan un absoluto desprecio al pudor y a las buenas costumbres, bien jurídico protegido por el artículo 431 del Código penal, tanto en épocas anteriores como en la actual, porque aunque sea cierto que la sociedad —como dice el recurrente— ha evolucionado tan vertiginosamente, hechos de esa naturaleza siguen produciendo la repulsa de la comunidad (S. 23 febrero 1977).

**Artículo 431. Escándalo público (diferencia con la falta del art. 567, 3.º).**

Como viene reiterando la doctrina de esta Sala, el criterio diferencial entre el delito de escándalo público del artículo 431 del Código penal, con la falta homónima del artículo 567, 3.º del mismo Código descansa, a no dudarlo, en la *gravedad* de la ofensa, puesto que, el propio legislador se encarga de consignar que la ofensa al bien jurídico protegido sea grave en el delito y leve en la falta, con todo el relativismo que comporta la graduación cuanti-

tativa del ataque a bien tan ideal como es el *pudor* o las *buenas costumbres*, mentado en el artículo 431, o la *moral*, las *buenas costumbres* o la *decencia pública*, aludido en el artículo 567, 3.º, no obstante lo cual existen actos que por sí mismos lleven tal carga ofensiva para el decoro o decencia públicos, una vez que se realizan traspasando el ámbito estrictamente privado, que no puede por menos que reconocerse su alcance y gravedad en orden a vulnerar dichos bienes comunitarios, por lo que puede decirse sin temor a errar que tales actos, por su potencia infractora a la par que difusora, ingresan en la categoría delictual y no meramente contravencional, tal como sucede, y así lo confirma una larga trayectoria jurisprudencial, con las conductas de exhibicionismo sexual, de masturbación, de pederastia u otra forma de desviacionismo erótico realizadas en público, como, en general, todos los actos de impudicia públicamente cometidos, quedando reservados para la falta aquellos hechos que, conforme a los *standars* ético-jurídico de la comunidad, quedan muy rebajados en su intrínseca naturaleza y muy limitados en cuanto a su trascendencia colectiva (S. 4 marzo 1977).

#### **Artículo 436, p. primero. Estupro.**

La aplicación del artículo 436 del Código penal, en su párrafo 1.º, que sanciona el estupro común o de seducción, pues, aparte de concurrir el elemento de la *honestidad* de la mujer, implícito en el tipo penal aplicado, y que el recurrente no impugna, una vez que se califica a la ofendida como mujer de "buena conducta" extensiva, por tanto, a la moral sexual de la misma, según conocida doctrina de esta Sala; concurre igualmente el otro requisito del *engaño* contra el que enfila sus dardos el recurrente, aduciendo consideraciones más de tipo sociológico y de "lege ferenda" que argumentos congruentes con el contexto de la narrativa fáctica en los que, como ya se ha visto por el anterior motivo, se reitera hasta tres veces la oferta o promesa de matrimonio hecha por el acusado a su novia como palanca eficaz para lograr el acceso carnal con la misma en todas las ocasiones que va relatando el *factus*; promesas que en Derecho histórico y comparado, no mèncs que en el nuestro vigente, en su interpretación más usual, son las que mejor caracterizan el "engaño" propio de este delito, pues según tales "standards" jurisprudenciales, las mismas constituyen el mejor estímulo para vencer la resistencia de la mujer honesta protegida por el precepto contra tan ancestral acechanza; tanto más si, como se desprende igualmente de la narración, hubo como precedente un largo noviazgo llevado de manera pública, por sus protagonistas ante amistades, parientes y vecinos, que sólo podían presagiar el normal desenlace de tales relaciones prenupciales, como igualmente se refleja el clima de confianza creado al respecto entre los novios el dato de entregar el recurrente a su prometida las llaves de su vivienda, la relación epistolar mantenida por aquél cuando se ausentaba de su residencia en la capital cesaraugustana, como, en fin, el hecho de acompañar la menor al procesado en alguno de sus desplazamientos; indicios todos ellos de que las promesas de matrimonio reiteradas por el recurrente se hicieron con la suficiente seriedad y eficacia como para ser creídas por

la ofendida, las que sólo se rompieron cuando el procesado se ausentó a su patria de origen, contrayendo luego nupcias con persona distinta; razones las expuestas que mientras se mantenga en sus actuales términos el tipo penal aplicado, es preciso respetar, aun sin desconocer esta Sala el cambio o mudanza operado en las costumbres de nuestra actual sociedad, particularmente en esta materia de moral sexual, que podrá influir en un futuro legislativo, pero no sirve para eludir el *ius positum* en su coercitiva vigencia (S. 21 marzo 1977).

Según viene sosteniendo de manera reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala, el engaño propio del estupro común o de seducción, si bien se vincula por regla general a la *promesa de matrimonio expresamente declarada* por el sujeto activo de este delito, no es menos cierto que tal promesa puede ser igualmente tácita, en cuanto derivada de *facta concludentia* que den a conocer elocuentemente su existencia, siendo el más normal y frecuente de tales hechos la existencia de noviazgo o de relaciones amorosas entre ofensor y ofendida, adornadas de las cualidades de lícitas, públicas, serias y de tal entidad que presagien una fundada culminación de matrimonio; es decir, que reuniéndose los demás requisitos de la modalidad de estupro en examen, a saber: la *edad* de la mujer protegida por el precepto, que debe ser mayor de 16 y menor de 23 años, no menos que la *honestidad* de la misma (siquiera este requisito se halle sólo implícitamente contenido en el tipo penal, como también tiene declarado esta Sala), la culminante exigencia del *engaño* puede ser apreciada en la forma disyuntiva ya examinada, aparte otras acepciones del engaño de distinta índole que aun siendo de mucha menos frecuencia en la *praxia*, lo hagan equivalente (Sentencias de 16 de febrero de 1964, 17 de febrero de 1965, 17 de noviembre de 1965, 16 de mayo de 1966, 9 de febrero de 1968, 9 de octubre de 1969, 19 de octubre de 1970, 15 de febrero de 1971, 20 de abril de 1972 y otras muchas); doctrina que conviene perfectamente al caso de autos, pues, aparte de que se menciona la previa promesa de matrimonio hecha por el procesado a su novia como medio de conseguir el yacimiento con la misma, extremo fáctico que ya se ha dicho ha quedado intacto, no obstante la impugnación antes examinada, es lo cierto que diciendo también el *factum* que el recurrente, desde finales del año 1972 o comienzos de 1973, mantuvo *relaciones públicas y formadas de noviazgo* con su prometida, de suerte que transcurrido más de un año en esa situación, concretamente en el mes de febrero de 1974, consiguió el acceso carnal con su prometida que quedó, como consecuencia, embarazada, hecho este último que hizo repudiar al procesado a la así conseguida, negándose a contraer matrimonio con la misma; tal relato de hechos, aun eliminada, repetimos, la consignación de la promesa expresa de matrimonio hecha por el procesado, da base más que suficiente para entender que existió una verdadera promesa tácita de nupcias, con base en aquellas relaciones de noviazgo "públicas y formales", a tenor de la doctrina jurisprudencial antes resumida (S. 31 marzo 1977).

**Artículo 444, 1.º Dote a la ofendida.**

Como la mujer concibió después de haber cumplido los 16 años en virtud de coito consentido, la consecuencia es que procede casar la sentencia en lo referente al pronunciamiento correspondiente al reconocimiento de la prole y la imposición de la obligación de prestar alimentos; en cuanto a lo primero, porque le condena al reconocimiento de la prole, impuesta en el número 2.º del artículo 444 del Código penal, viene condicionada a que no lo impida la Ley civil, y en el caso de autos lo impide, ya que según el artículo 119 del Código civil, sólo podrán ser reconocidos los hijos naturales, reputándose como tales los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse sin dispensa o con ella, por lo que, como el procesado se hallaba casado al tiempo de la concepción de la hija, no tenía la condición de natural, luego no podía ser reconocida ni por vía voluntaria ni en virtud de resolución judicial; y, por lo que respecta a los alimentos, porque todas las reparaciones o indemnizaciones civiles especiales a que se refiere el artículo 444 del Código penal en sus diversos números, han de tener por causa el delito y el embarazo de la mujer víctima del delito que aquí se juzga y por el que el procesado fue condenado, tuvo por causa un coito atípico, totalmente distinto y posterior en el tiempo al violento que dio lugar al mentado delito, por lo que no procede hacer pronunciamiento alguno en la presente causa en orden a reparaciones civiles, excepto en lo que respecta a la dote, sin perjuicio del derecho de la víctima a solicitar alimentos con base en lo dispuesto en el artículo 143 en relación con el 140 del Código civil, por el cauce adecuado, ya que la obligación de prestarlos y la correspondiente acción para exigirlos, no nace del delito, sino de la relación paterno filial en conexión con la sentencia recaída en una causa como la presente de la que se infiera la paternidad [S. 18 marzo 1977].

**Artículo 452. Amancebamiento.**

Es preciso tener en cuenta que tal figura delictiva requiere para su aplicación que se den en los hechos los siguientes elementos: a) Una relación carnal continuada de un hombre casado con una mujer distinta de aquélla con la que se halla legalmente unido, mediante un matrimonio válido. b) Que tal relación carnal trascienda al público y sea conocida en su ilegitimidad en el medio social que rodea a la pareja o, por lo menos, por un número relevante de personas, lo que en este caso aparece reconocido por las frases antecitadas de modo "manifiesto" y "público" atribuido a la convivencia carnal. c) Un elemento interno y psíquico consistente en el conocimiento por parte del varón de que se halla válidamente casado con una mujer distinta de aquélla con quien convive y mantiene relaciones carnales ilegítimamente; y en la manceba que en tales casos asume el papel de coautora, la consciencia de la existencia y permanencia de un matrimonio legítimo por el cual su amante se halla ligado con otra mujer, de tal suerte que si la imputada creyera fundadamente y de buena fe que el hombre con quien convive es

soltero o que su matrimonio era nulo o se hallaba legalmente disuelto, padecería un error sobre la ilicitud de su conducta por desconocimiento o equivocación sobre el hecho o derecho extrapenal que convertiría su acción en inculpable y, por tanto, en impune, si el delito cometido no fuera realizable en su forma culposa; pero para que tal excepción de falta de culpabilidad o voluntariedad pueda producir estos efectos exculpatorios, sería necesario no sólo que constasen en la sentencia atacada datos de hecho de los que pudiera deducirse inequívocamente el error de la mujer, que en el presente caso no han sido recogidos como probados; sino también que la relación amorosa enjuiciada hubiera sido iniciada con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia Eclesiástica de separación que lleva fecha de 25 de mayo de 1969, considerada como productora del error sobre la persistencia del vínculo, que la recurrente dice sufrido, y no en 1967, o sea, dos años antes de producirse dicha resolución, data en que, según la relación fáctica de la sentencia, los recurrentes comenzaron la convivencia delictiva enjuiciada, por lo que en dicha fecha la existencia del error, invocado ahora por la mujer, carecería de fundamento y caería por su base (S. 18 marzo 1977).

#### **Artículo 452 bis a). Prostitución.**

El procesado, en un local de su propiedad, tenía empleadas varias camareras que simultaneaban su trabajo en el bar allí establecido con el comercio de su cuerpo de modo habitual en trato con sus clientes, para consumir los cuales, a través de una escalera comunicaba el bar con el piso superior, preparado por el procesado con varias habitaciones para los indicados fines, en el que tenía lugar las relaciones sexuales mediante el pago de 750 pesetas que abonaban a la procesada que estaba al frente del piso y llevaba el control de las sumas recibidas entregando a cada camarera 500 pesetas por cada trato carnal y el resto al procesado, con lo que quedan suficientemente descritas todas las circunstancias fácticas integrantes del delito previsto y penado en el artículo 452 bis a) del Código penal (S. 11 marzo 1977).

#### **Artículo 452 bis b). Corrupción de menores (diferencia con escándalo público).**

La diferencia esencial del delito previsto en el artículo 452 bis b), número 1.º y el sancionado en el artículo 431, ambos del Código penal, consiste fundamentalmente en que el primero es un delito de tendencia en el que se castiga al que promueve, favorece o facilita la prostitución o corrupción de persona menor de 23 años; por consiguiente, cualquiera que sea su sexo, y en el segundo, a los que ofenden al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia; indudablemente el procesado, al llevar a su domicilio en diversas ocasiones durante los años 1974 y 1975 a dos jóvenes menores de 20 años, sin que hubieran tenido anteriormente experiencias homosexuales; iniciándolos y haciéndolos objeto de éstos, ofendió a las buenas costumbres, aunque no de forma general establecida en el artículo 431, sino en la específica prevista en el artículo 452 bis b), número 1.º, que protege el bien jurídico moral público sexual, perjudicando indudable-

mente a los jóvenes, iniciándoles o corrompiéndoles en un vicio, al denotar los actos realizados gravedad tendente a desvirtuar el instinto sexual de los jóvenes quizá para toda su vida; por lo que no puede por menos de estimarse acertada la calificación otorgada a los hechos por la Sala de instancia (S. 4 abril 1977).

#### **Artículo 452 bis d). Prostitución.**

El artículo 452 bis *d)* del Código penal, al penar como delito el relativo a la prostitución, caracterizado como favorecimiento con ánimo de lucro la prostitución ajena y donde destaca como elemento esencial, lo que esta Sala viene denominando con el nombre de tercería locativa, destaca como elementos esenciales del delito: 1.º) En cuanto al sujeto activo del delito que se trata dueño, gerente, administrador o encargado del local, y servidores del mismo—número 1.º o arrendador o arrendatario también de local donde se ejerza la prostitución o la corrupción ajenas— o los que participen en su financiación. 2.º) En cuanto a los locales, abarca a todos, se hallen o no abiertos al público, donde hallan un destino con alguna nota de reiteración, habitualidad o dedicación a prostitución y corrupción, bien se trate de alquiler de habitaciones, bien de viviendas, aunque el sujeto activo las ocupe en todo, en parte o no viva incluso en el piso. 3.º) En cuanto al acto, destino o finalidad de tales habitaciones locales, pisos o viviendas es ejercer la prostitución, la corrupción, explotar cualquiera de estas formas de actos inmorales o participar en su financiación; no siendo, pues, precisas más determinaciones de abarcar el comercio carnal de mujeres, las prácticas homosexuales o cualesquiera otras formas de corrupción o depravación sexual de las personas. (S. 31 marzo 1977).

#### **Artículo 458. Injurias graves.**

Los apelativos dirigidos, telefónicamente, a la querellante por la procesada, "cornuda, guarra, zorra, hija de puta y golfa", además de integrar lenguaje incivil, soez e inadecuado propio de personas groseras y poco urbanas, constituyen insultos del más grueso calibre que pueden dedicarse a una mujer, sin que sea necesario entretenerse en escudriñarlos y traducirlos a términos menos duros para comprender que la intención de quien los profirió era, independientemente de su estado de ánimo y de su indignación, zaherir y vejar gravemente a la ofendida, atribuyéndole, siquiera fuera imprecativamente, la condición de hija ilegítima, vida licenciosa y abyecta, suciedad suma y vicios vergonzosos, todo lo cual deshonra, desacredita y menosprecia a la destinataria de dichos dicerios y le agravia y afrenta en la medida exigida por la Ley, sin que, por lo demás, se constate el menor indicio que permita detectar ese *animus defendendi*, con el cual se intenta borrar el indispensable y acreditado *animus aniurandi*, y sin que el propósito vindicativo que dice la procesada, en su recurso, le animaba, sea idóneo para eliminar su indudable intención injuriosa, aunque, de existir y haberlo alegado, pudiera haber atenuado su conducta a tenor de la circunstancia 6.ª del artículo 9.º del Código penal (S. 1 abril 1977).

Como es notorio en teoría y *praxis*, el soporte antijurídico y culpable del delito de injurias es el ánimo desonorante (*animus injuriandi*) que impele al sujeto activo de la infracción, como lo está indicando en la definición del artículo 457 del Código penal el giro finalístico que emplea el legislador para denotar dicho elemento subjetivo, visto que la expresión proferida o acción ejecutada, integrantes de la injuria verbal o real, han de ser *en* deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, lo que hace de las injurias uno de los más típicos *delitos de tendencia*, también llamados por los modernos dogmáticos como de “intención determinante de sentido”, en los que la acción viene a ser *expresión* de un proceso anímico del autor; siendo ya metódica tradicional en la indagación de esa postura psíquica del agente el acudir en primer término al *elemento ontológico u objetivo* en que la injuria plasme, pues como viene diciendo la doctrina de esta Sala, en pensamiento clásico que remonta a la glosa de los prácticos, determinadas expresiones que lleven ya consigo tal carga ofensiva que hacen presumir por sí mismas el ánimo infamante; como, en segundo lugar, es preciso recurrir al *elemento circunstancial*, subsidiario del anterior, aunque no pocas veces decisivo para medir la gravedad de la imputación, factor también expresamente afirmado en los números tercero y cuarto del artículo 458 del mismo texto punitivo, en los que se mienta no sólo la *naturaleza de las injurias*, atinente al inicial elemento objetivo, sino también las circunstancias en que aquéllas fueron vertidas, tanto en general, a efectos de la valoración social de la afrenta, como, en particular, esto es, las que rodean a ofensor y ofendido atendidos su estado, dignidad y demás circunstancias; es decir, que la gravedad de la injuria está en relación directa tanto con las palabras, conceptos, locuciones e incluso oraciones gramaticales empleados (las llamadas *injurias ilativas*, de textura intelectual más compleja y, por ende, más trascendente, frente a las meramente *imprecativas*, ligadas a vocablos aislados, salidos directamente del subconsciente con carga emocional y súbita que los aproxima a la acción de corto-circuito), como se relaciona igualmente dicha gravedad con la ocasión, lugar, tiempo, presencia de otras personas, categoría social y profesional de ésta y cuantas otras que sirvan para facilitar lo que en doctrina se llama: *transmisión a tercero*, hasta el punto de que la exacerbación de esa difusión del ultraje al honor ajeno llega a constituir una especie delictual propia y más grave, la *difamación*, que ausente en nuestro ordenamiento punitivo actual —puesto que sólo tuvo vida efímera en el Código de 1928— como tal espécimen deshonrante —reconocida, en cambio, por legislaciones foráneas más modernas—, viene suplantando por la agravante de *publicidad*, siquiera al exigir el Código español (artículo 463) que la misma vaya unida a la propagación por escrito u otro medio de análoga fuerza difusoria, deja un vacío típico que sólo la hermenéutica judicial puede llenar acudiendo al mentado criterio de *gravedad* (S. 10 marzo 1977).

#### Artículo 484. Sustracción de menores.

La madre del niño sustraído era soltera y no había prestado todavía su consentimiento a que aquél fuera separado de su lado y de su custodia y cuidados y entregado a otra persona, y que a ella, es decir, a la citada madre,

correspondía exclusivamente la potestad paterna y el poder de decisión, dentro de los límites citados por la Ley, acerca del destino y futuro de su hijo, sino también que la acusada concedió a la citada madre un a modo de *espa-cium deliberandi* de quince días, contados a partir del parto, para que se decidiera a conservar a su hijo o a cederlo a otra persona que pudiera atenderlo debidamente, plazo que redujo más tarde a siete días, y que fue anulado por decisión unilateral de la acusada un día antes del alumbramiento, cuando, de *motu proprio*, es decir, por exclusiva iniciativa, avisó al futuro adoptante para que estuviera dispuesto a recibir al *nasciturus* una vez se hubiera producido el parto, y cuando sucedió éste, aprovechando que el alumbramiento tuvo lugar bajo anestesia total, tomó al niño y lo entregó, efectivamente al otro procesado, induciéndole, con flagrante contradicción de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Registro civil vigente, a que inscribiera el susodicho nacimiento en el Registro civil de Zaragoza, como si dicho niño fuera hijo de padres desconocidos y se ignorara incluso la filiación materna; todo lo cual revela que, la imputada, independientemente de los móviles concretos que inspiraran su conducta, los que no pueden revisarse en esta vía casacional gracias a no haber sido recurrida la sentencia de instancia por la acusación pública, conocía perfectamente los hechos que integran el *abstractum* del delito de sustracción de menores inculminado y hasta la significación antijurídica de los mismos y, a pesar de ello, libre y voluntariamente, quiso y deseó obrar de ese modo contrario a Derecho, tomando al recién nacido, sin conocimiento ni consentimiento de la madre, arrebatándolo de su lado y sustrayéndolo a sus cuidados y custodia, entregándolo seguidamente a un tercero; culminando la evidencia, demostración y exteriorización de su maliciosa conducta, con la reseñada promoción de una mendaz inscripción que borraría la verdadera filiación del menor, hiciera desaparecer sus huellas y dificultara, cuando no imposibilitara, la determinación de su paradero, el cual negó pertinazmente a la madre, obstando, en principio, a la búsqueda y la recuperación de su vástago, la cual sólo logró mucho tiempo después, una vez lo hubo reconocido y legitimado, contrayendo subsiguiente matrimonio con el progenitor del tantas veces mencionado niño (S. 14 abril 1977).

#### **Artículo 487. Abandono de familia.**

Se alega como origen del abandono del domicilio conyugal por el procesado los disgustos y discusiones que sostenía con su esposa, omitiendo el final de la narración fáctica, precisamente la parte en que se encuentra la entraña del delito de abandono de familia, que la causa de dichos disgustos era debida a las relaciones que el citado procesado mantenía con otra mujer, dejando sin prestar la asistencia inherente a la patria potestad de sus cinco hijos desde mediados del año 1975, y como lo que se castiga en el artículo 487 del Código penal, es lo referente a la omisión de los deberes de asistencia, de solidaridad conyugal y paternofilial que comprende desde el apartamiento de la vida en común con su esposa hasta la desatención de los deberes relativos a la patria potestad, alimento, educación, dando instrucción a sus hijos menores tan necesitados en esa edad de la dirección paterna, al aban-



donar el recurrente voluntaria y maliciosamente su domicilio por causa de una mujer, lo que hacía lógico los disgustos con su esposa, rompiendo la armonía matrimonial, con la correspondiente relación de causalidad entre la conducta del procesado dejando de cumplir sus deberes, en razón de las relaciones mantenidas con otra mujer, incurrió con ello en las prevenciones del artículo 487 (S. 18 abril 1977).

**Artículo 489 bis, p. tercero. Omisión de socorro.**

En el artículo 489 bis del Código penal se contiene una regla general o tipo previsto en el párrafo 1.º del mismo y un tipo especial agravado del párrafo 3.º. En relación con este párrafo, ha declarado reiteradamente la Sala que el delito se integra de una serie de *requisitos fundamentales*, de los que conviene subrayar: a) que el *agente ocasione una víctima* en accidente; b) que la víctima se *encuentre desamparada*, en peligro actual, manifiesto y grave; c) que se omita por el sujeto activo el *cumplimiento del deber* no ya sólo ético, sino jurídico de *prestar socorro* y ayuda a la víctima; d) que *pueda hacerlo sin riesgo* propio, ni de tercero, y sin encontrarse imposibilitado para ello por cualquier causa justificada; e) *dolo o conciencia de la situación de desamparo*, de la gravedad del abandono y voluntad de no prestarle la ayuda más elemental y humanitaria, para paliar o remediar su situación de desamparo.

En relación con el propio delito viene declarando esta Sala, que se trata de un delito formal, de mera actividad y riesgo, que es de comisión por omisión (sentencia de 30 de mayo de 1970) en la posibilidad de auxiliar a la víctima y voluntad de no hacerlo (Sentencia de 2 de noviembre de 1972), conducta caracterizada por el deliberado propósito de sustraerse a la acción de la justicia, rehuyendo la responsabilidad en que se hubiera incurrido (Sentencia de 18 de junio de 1974), y sin que la esperada existencia de terceros eximan al obligado de tal deber de socorro (Sentencia de 14 de diciembre de 1973), terminándose por afirmar en tal doctrina, de forma reiterada y sin variación alguna, que la víctima se encuentra desamparada, mientras reciba ayuda sanitaria, aunque existan otras personas dispuestas a ayudarle en el caso en que se produzca el hecho en núcleo urbano, pues la obligación, según el Código, recae de manera personal, primaria y principalísima sobre el que ocasionó el accidente (S. 4 marzo 1977).

**Artículo 501, 5.º. Robo.**

Cuando la procesada bajaba por la escalera de la casa, portando la ropa y demás efectos sustraídos se encontró con la perjudicada, dueña de la vivienda en la escalera del inmueble, e intentó recuperarlas, siendo atacada por aquella, con una navaja o instrumento similar para proteger su huída, causándole lesiones de las que tardó en curar ocho días; el delito, si bien era legalmente consumado en virtud de lo dispuesto en el artículo 512 del antes citado Código para estos supuestos, no se hallaba concluso, faltando en aquel momento a la recurrente la libre disposición de la cosa y el ejercer violencia contra la propietaria, se encuentra el hecho correctamente tipificado por la Audiencia en el número 5.º del artículo 501, y a mayor abundamiento, de

aceptarse la tesis propugnada por la Defensa de inculparse el hecho en el artículo 504, números 2.º y 4.º por la fractura de puerta y uso de llave falsa, se ilegalaría a la misma penalidad de la establecida, por la preceptiva aplicación del número 2.º del artículo 505 del repetido Código penal (S. 18 marzo 1972).

**Artículo 508. Robo (casa habitada).**

En la misma descripción invocada consta que los procesados “apalancaron con un palo dos barrotes de la reja de la ventana y *penetraron en las habitaciones que constituyen el domicilio del encargado de la venta... que allí habita con su familia*, apoderándose de 25.000 pesetas que había en el cajón de una cómoda”, de lo cual resulta indudable que el hecho fue realizado en casa habitada, aunque el morador se hallase accidentalmente ausente, pues la protección penal alcanza a todos aquellos locales o aposentos, con mayores o menores condiciones de habitabilidad, en los que habitualmente reside alguna persona, puesto que en tales casos subsiste siempre la *ratio legis* que parece haber movido al legislador al crear en el número segundo del artículo 506 del Código penal, en concordancia con los 500 y 508 del mismo Cuerpo legal, un subtipo de robo agravado, delimitado por dicha característica de la utilización como morada del lugar en que se comete el robo y que radica no sólo en el quebrantamiento por parte de su autor de la inviolabilidad del domicilio ajeno, sino en la mayor peligrosidad que representa no sólo para el morador, sino incluso para el ladrón un posible enfrentamiento personal de ambos en tales condiciones, por lo que en el presente caso el hecho aparece correctamente subsumido en el citado precepto (S. 21 marzo 1977).

**Artículo 510. Llaves falsas.**

En lo que respecta a llaves falsas, en los artículos 509 y 510 del dicho cuerpo legal, se refiere, mediante una fórmula amplia y de carácter analógico, a cualesquiera instrumentos aptos o idóneos para la apertura de cerraduras, de mecanismos o de dispositivos de seguridad o cierre establecidos por los titulares de bienes que se desea custodiar y proteger frente a afanes lucrativos de terceros.

En el caso de autos, el pestillo —“pasador con el que se asegura una puerta corriéndolo a modo de cerrojo”, según el Diccionario— de la puerta de entrada de la vivienda donde se perpetró el hecho, tal y como se lee en la narración histórica de la sentencia de instancia, fue descorrido por uno de los agentes introduciendo por la abertura existente entre la dicha puerta y el marco de la misma una “tarjeta plastificada”, consiguiendo así franquear la puerta del piso; coligiéndose de dicho relato que la puerta estaba cerrada con el mencionado pestillo y que, de ese modo ingenioso y valiéndose de un instrumento simple pero idóneo para allanar óbices clausurantes, sin necesidad de producir daños, se logró la apertura de la precitada puerta, la que dejó, de ese modo, de constituir obstáculo y de preservar lo que se hallaba en el interior del hogar de autos; habiendo así procedido con absoluta corrección el Tribunal “a quo” al equiparar ese sencillo, y hasta desusado, instrumento, con los específicamente nominados en los artículos 504, nú-

mero 4.º, 509 y 510 del Código Penal, para lo cual no tuvo que valerse de repudiada hermenéutica extensiva, sino aprovechar la fórmula amplia y analógica establecida, a tales fines, por el legislador (S. 11 abril 1977).

#### **Artículos 520 y 522. Quiebra fraudulenta.**

En el recurso se reputa infringido por aplicación indebida el artículo 520 del Código penal en relación con el 890 del Código de Comercio, por cuanto no bastaba la declaración de quiebra fraudulenta establecida por la jurisdicción civil para condenar como autor de la misma al recurrente, al que se le incardinaba en el artículo 520 citado, que era una norma penal sustantiva en blanco, sin hacerse referencia alguna al precepto o preceptos del Código de Comercio en los que los actos atribuidos a aquél pudieran estar incursos a fin de integrar la conducta para su calificación penal, siendo evidente que el haber puesto ciertos bienes a nombre de sus acreedores fue una dación en pago legitimada, sobre cuya alegación cabe distinguir, matizar y objetar: 1.º, que como esta Sala tiene reiteradamente declarado, la quiebra fraudulenta en el ámbito criminal, se encuentra tipificada entre los delitos contra la propiedad, ofreciendo la característica de no poder ser perseguida de oficio o a instancia de parte, mientras en la órbita civil no se haya hecho su calificación y declarado existir motivaciones justificadas para proceder penalmente, siendo un requisito esencial de procedibilidad que no merma ni coarta la plena soberanía de la jurisdicción criminal para resolver, dentro de su privativa competencia, todos los puntos relacionados con el supuesto enjuiciado, y todas estas cuestiones aparecen correctas y debidamente observadas en el procedimiento seguido; 2.º que los hechos probados de la Sentencia recurrida —intangibles y vinculantes en este trámite por el cauce procesal que ampara el recurso— acreditan sustancialmente que, poseyendo el recurrente en 30 de mayo de 1969 un activo superior a los 20 millones de pesetas, desaparecieron sus bienes en perjuicio de sus acreedores, citándose concretamente entre las operaciones defraudatorias realizadas las compraventas simuladas entre dicho recurrente y los otros dos coprocesados, que actuando de común acuerdo y en connivencia constituyeron sendos negocios fiduciarios encubiertos en los que estos últimos aseguraron el importe total de sus créditos, mientras aquél se beneficiaba “de la diferencia entre el valor real de las cosas vendidas y el importe de los créditos, todo ello en perjuicio de los demás acreedores legítimos del quebrado”, conducta calificada conjuntamente para los tres procesados de quiebra fraudulenta en el primero de los Considerandos, constitutiva de autoría para el recurrente y de complicidad para los coprocesados auxiliares, conforme a los artículos 520 y 522 del Código Penal en relación con el 893 del Código de Comercio, respectivamente, lo que hacía virtualmente innecesario la mención específica del 890 con respecto al recurrente, toda vez que al establecerse en aquél que serán considerados como cómplices de la calificada quiebra a los que “deliberadamente auxilién al quebrado para ocultar o sustraer alguna parte de sus bienes o créditos” (núm. 4.º), así como “a los acreedores legítimos que en perjuicio y fraude de la masa, hicieren con el quebrado convenios particulares” (número 8.º), es obvio que han de comprenderse los actos del quebrado finalísti-

camente encaminados a "simular enajenaciones de cualquier clase que éstas fueren" (artículo 890, núm. 10), o la de "haber anticipado pagos en perjuicio de sus acreedores" (artículo 890, núm. 13), que es precisamente la actuación concreta que se afirma desarrollada por el recurrente en el *factum* probatorio y que sirve de soporte a la calificación jurídica sentada por el Tribunal de instancia para decretar su autoría en el fallo respectivo, y 3.º, que si bien es cierto que la ubicación de los delitos concursales y, por tanto, el de la quiebra fraudulenta, entre los que atentan contra la propiedad, les confiere un indudable significado de delitos patrimoniales, también lo es que el perjuicio de los acreedores no cobra el mismo alcance y significado en cada una de tales especies delictivas, pues mientras el alzamiento, modalidad segregada de la quiebra fraudulenta con persecución de oficio independiente, la acción ha de estar directamente conectada a dicho perjuicio, hasta constituir un elemento subjetivo de lo injusto, y en cuanto tal, necesario para que pueda surgir el delito, al tratarse de la quiebra punible, el significado anti-jurídico se desplaza a la insolvencia en conexión causal con la actuación del quebrado tendente a la simulación del pasivo, ocultación o reducción del activo, falta de contabilidad o irregularidades en la misma en perjuicio de tercero, relación causal que es preciso probar en el concurso y que se presume en la quiebra, pero que en todo caso agota la acción típica, de suerte que el perjudicado opera en estas últimas especies o casos delictivos como mera consecuencia o complemento de penalidad, o dicho de otra forma, que el perjuicio ya va insito o inherente en la insolvencia económica propia de la quiebra, por lo que declarada legalmente ésta y sobrevenida con la misma la condición objetiva de punibilidad, el delito queda completo en su tipificación y, por ende, consumado (S. 4 abril 1977).

#### **Artículo 528, p. primero. Estafa.**

Dentro del amplio espectro de las estafas, la regulación legal se inaugura con la *defraudación mediante un título obligatorio*, descrita en el párrafo 1.º del artículo 528 del Código penal, modalidad nacida al calor del tráfico jurídico-civil o mercantil y para proteger al mismo, bastando por ello que el contratante obligado a la entrega de la cosa, lo haga de manera deficiente, ya en cuanto a la *sustancia o calidad* prometida; ya en cuanto a la *cantidad* igualmente pactada; modalidad que queda rebasada por lo que son *especies cualificadas* de la misma y que no son otra sino las contenidas en los números 2.º y 3.º del artículo 529, agravadas por el párrafo 2.º del número 4.º del mismo precepto, razón de la especialidad agravatoria que, sin duda, está por lo que se refiere al supuesto, ahora en examen, en el hecho de que el engaño se disimula u oculta por el *empleo de medidas o pesos faltos*, aparte la nota, menos decisiva, de que se trate de *traficantes* que procedan en el despacho de su tráfico; debiendo advertirse finalmente, en orden al ámbito típico de este supuesto defraudatorio, que los instrumentos que se mencionan en el mismo, no han de ser tan sólo los estrictamente comprendidos en ámbito administrativo por la arcaica Ley de Pesas y Medidas de 8 de julio de 1892 y Reglamento de 1 de febrero de 1952, sino que pueden ser referidos a toda suerte de mecanismos o artificios que menoscaben de algún modo la

medida o cantidad del producto expendido en perjuicio del consumidor (Sentencia de 15 de octubre de 1968) y sin que tampoco sea óbice a dicha estimación típica el hecho de que no sean conocidas las personas a quienes se defraudó (Sentencia de 23 de abril de 1904), siempre que se sepa la cuantía total del perjuicio a efectos de poder fijar la penalidad, pues ya se comprende, dirigida esta infracción al público consumidor en general, la misma constituye uno de los más típicos supuestos del llamado *delito masa*, dado que el dolo del autor, planificado al efecto, abarca a todos los posibles compradores del producto por él expendido, con aquella merma en su cantidad, reportándole un lucro, que si pequeño y aun ínfimo en cada una de las operaciones de compra-venta aisladamente consideradas, alcanza proporciones de mucha más consideración, atendido el número de clientes —de radio indefinido— sistemática y aun automáticamente defraudados con el falso mecanismo de medición (S. 1 abril 1977).

#### Artículo 529, 1.º. Estafa

El artículo 529, número 1.º, del Código penal, al definir y sancionar el delito de estafa condensa éste en dos ideas esenciales: defraudar a otro, valiéndose de los engaños que en el precepto se establecen u otro engaño semejante, que no sea de los expresados en los casos siguientes: La quieta y constante doctrina de esta Sala ha venido a consagrar como elementos constitutivos del delito: 1.º) *Un engaño precedente* o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado por el sujeto activo del delito y proyectado sobre el pasivo, que consiste en usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, crédito, comisión, saldo en cuenta corriente, empresa, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante. 2.º) *Este engaño idóneo*, eficaz y suficiente, esencia del delito de estafa, hace producir un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad, cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos mendaces, simulados por el sujeto activo del delito. 3.º) Todo ello *provoca el asentimiento* a una desplazamiento patrimonial que el sujeto pasivo realiza, sufriendo así una disminución de sus bienes, perjuicio o lesión de sus intereses económicos, al que se llega mediante el engaño antecedente y el error, efecto de las maniobras falaces y arteras del sujeto activo del delito. 4.º) Las maquinaciones de éste han de ir finalísticamente dirigidas al lucro, ánimo de lucro propio o de tercero, se llegara a obtener tal lucro o no se consume. 5.º) Entre el engaño y el perjuicio sufrido ha de haber una relación de causalidad inmediata, adecuada y eficaz, porque el segunda nace provocado por el primero (S. 10 marzo 1977).

Abundando en el examen, tan reiterado en la "praxis" de esta Sala de casación, de la naturaleza penal de estafa del artículo 529, 1.º, que, según los casos, puede revestir la negociación de letras de cambio "vacías" o en descubierto, es dato de común y corriente experiencia que, en no pocas ocasiones en que la línea de crédito utilizable mediante descuento de letras es concedida *intuitu personae*, en atención exclusiva a la confianza merecida por el cliente, la personalidad de los eventuales librados, en casos tales, y aun la realidad de sus posibles créditos es algo puramente instrumental y

secundario y aun psicológicamente irrelevante, en la relación librador-Banco, a modo de "sobrentendido", entre aquél y el establecimiento de crédito concedente del anticipo con descuento, de suerte que mientras todo marcha bien, el primero es solícitamente asistido, cuando no alentado por el Banco, desentendido de cuanto suponga indagación del fondo o razón de ser de los libramientos financiados y sin el menor ánimo de inquirirlo, salvo que la falta de buen fin, desatendida en definitiva por el cliente liberador, haga *ex novo* la preocupación de vindicta penal, totalmente descuidada y ausente hasta entonces, así como abandonada luego prontamente cuando la reparación patrimonial tiene lugar; por lo que, en verdad y según la doctrina de esta Sala, viene cuidándose de puntualizar en cada caso, cabe decir que la falta de provisión de fondos o carencia de cobertura, en cualquiera de sus modalidades, no es por sí solo y necesariamente, en algún giro de letras, constitutiva de estafa del artículo 592, número 1.º, si no concurren —como es de reconocer sucede con frecuencia— datos suficientemente significativos para dar por cierta la existencia de añagaza presidida por un resuelto y definido ánimo defraudatorio cifrado en el designio de no pagar, llegando el momento, el anticipo efectuado por el Banco en la racional creencia, infundida o alimentada por el librador, de responder el giro a operaciones ciertas y serias generadoras de los correlativos créditos de dicho librador frente a sus librados; de no ser así, la conducta será penalmente atípica o incardinable, a lo sumo, con engaño de grado menor, en la subsidiaria figura del artículo 533 (S. 11 marzo 1977).

Constituyendo el núcleo esencial del delito de estafa, la realización con ánimo de lucro de una actividad engañosa que sea bastante para inducir a error a la víctima y la determine a efectuar un desplazamiento patrimonial que redunde en su perjuicio y en injusto beneficio del sujeto activo, resulta evidente que la conducta del recurrente, descrita en el resultado fáctico de la resolución impugnada, arrendando puestos de venta en los mercados y locales, donde él y sus copartícipes principales simulaban ejercer un floreciente negocio de alimentación, para el desarrollo del cual efectuaba cuantiosos pedidos de productos alimenticios a diversos industriales del ramo, quienes se los servían confiados en las manifestaciones de solvencia y de situación económica próspera que hacía el procesado, que realmente carecía de ella, para luego esconder o vender tales géneros a precios inferiores a aquellos por los que había comprado, lucrándose con su importe, al no abonarlos, aunque a veces simulase pagos a medio de los cheques que se citan, entregados a los vendedores por el inculpado, a sabiendas de su falta de cobertura; constituye el delito de estafa contemplado en el párrafo 1.º del artículo 529 del Código penal, puesto que la entrega de las mercancías defraudadas no consta que hubiera sido simultánea o posterior a la dación en pago de tales cheques, sino anterior al libramiento de los mismos y efectuada a crédito, confiadas tan sólo las víctimas en la fijación de solvencia derivada de ser dueño de la Empresa o establecimiento comercial que se cita, falazmente suficiente para responder del pago de lo adquirido, y para la consumación del cual no resulta necesario tener en cuenta la entrega de los cheques sin fondos, que por no construir el ardid engañoso de la estafa y atacar bienes jurídicos diferentes, podrían constituir delitos autónomos del artículo 563 bis

del mismo cuerpo legal antes citado, si el Tribunal de Instancia los hubiese considerado como tales, pero no absorber los delitos de estafa por los que aparece condenado el recurrente (S. 5 abril 1977).

**Artículo 529, 6.º. Estafa.**

Según el relato de hechos probados, actuaron de común acuerdo, con intención de beneficiarse e idearon engañar a los suscriptores de pólizas de capitalización, para cobrar la comisión correspondiente. Este plan genérico lo detalla la sentencia más adelante expresado que visitaban a los suscriptores de pólizas con vencimiento más inmediato y respecto de ellos realizaban la siguiente estratagema: 1.º) Que la Caja Hispánica de Previsión había acordado, como gratitud al tiempo que llevaban de suscriptores, concederles un precio en metálico. 2.º) Que participarían en lugar de en un sorteo de premio extraordinario a que tenían derecho, en varios que se celebrarían inmediatamente. 3.º) Que para hacer efectivo estas ventajas debían entregarles las pólizas antiguas y firmar otros documentos que llevaban en blanco ciertas menciones, para constatar la concesión de dichos beneficios. 4.º) Que los suscriptores así lo hicieron y en tal creencia, siendo la realidad que lo que habían firmado eran recibos de anticipos de dinero. 5.º) Que extendieron pólizas más gravosas, donde la primera prima de cada interesado se destinaba a cobrar una mayor comisión por aquellos en el nuevo contrato equivalente al 9 por 100 de las primas y el 50 por 100 de la primera de ellas con notorio perjuicio de aquéllos. De donde se infiere que hubo una falsa motivación, aparentada por los culpables que determinó a las víctimas a suscribir un documento creyendo referirse a una cosa, cuando en realidad se refería a otra. Engaño que les determinó a prestar su consentimiento a la recepción de unos anticipos de dinero, creyendo que realmente lo que firmaban en los documentos contenidos en ellos era la recepción de unos premios en metálico y su derecho a participar en varios sorteos extraordinarios, para que en su caso percibir el capital íntegro de la póliza. Y como tal falsedad ideológica fue planeada y ejecutada, por los recurrentes, induciendo a error a los perjudicados, plasmando así su consentimiento en los documentos que les presentaron, que resultaron ser otras pólizas de capitalización más gravosas, es claro que concurrió el engaño en la suscripción de tales documentos, el ánimo de lucro y el consiguiente perjuicio en los engañados, surgiendo así la estafa de este precepto del Código penal (S. 27 abril 1977).

**Artículo 531. Estafa.**

A propósito de la naturaleza y del exacto sentido del delito del artículo 531, en cuya estructura entra, como elemento normativo extrapenal acogido en el tipo, el concepto de dominio, originariamente acuñado extramuros del Derecho penal, no está de más traer a colación, para un mejor tratamiento del tema, la bien conocida teoría del título y del modo de adquirir, vigente en nuestro Cuerpo legal correspondiente, a cuyo tenor y del concertado juego de los artículos 609, 1.095 y 1.462 y concordantes y, a diferencia de lo que ocurre en sistemas consensuales como el del Código francés, para

las adquisiciones derivativas, no es suficiente el contrato para el acceso a la propiedad si no concurre, además, entrega, en cualquiera de sus formas admitidas, entre ellas la instrumental o escrituraria, sin que, hasta entonces, se desprenda el vendedor de su dominio, sino que queda tan sólo obligado a la entrega *ex contractu* que, por más que imponga el deber de llevarla a cabo, correlativo a la facultad de exigirla, ello no trasciende de lo obligacional a lo real en tanto no se efectúe, y así, en el supuesto tan frecuente de ventas estipuladas en documentos privados no acompañadas de traición y, consiguientemente, sin transferencia de dominio, la proyección de la dogmática civil sobre el área penal reviste apreciable importancia en lo sustantivo, reflejada, en lo procesal, por virtud de la alusión hecha en el artículo 849, número 1.º, *in fine*, a aquellas normas sustantivas no penales “que deban ser observadas en la aplicación de la Ley penal”, pues según el instituto civil, sea trasplantado, sin más, con calco literal al orden punitivo, o bien, tome peculiares matizaciones valorativas autónomas, acomodadas a dictados de buen sentido y política criminal concorde con la naturaleza de las cosas, la solución jurídico-penal concerniente a la aplicabilidad del artículo 531 será distinta (S. 21 marzo 1977).

#### **Artículo 535. Aprobación indebida.**

Se impugna la aplicación del artículo 535 del Código penal a la conducta del recurrente, al negar que se desprendan del *factum* tanto los elementos subjetivos como los objetivos del delito de apropiación indebida, esto es, la voluntad de apropiarse de lo ajeno, con el específico dolo de abuso de confianza, como, por otra parte, la indeterminación del perjuicio patrimonial e incluso la prueba de haberse entregado cosas ajenas con conciencia de la obligación de devolver; alegaciones totalmente desmentidas por los propios términos del relato fáctico, pues en el pasaje culminante del mismo se describe la doble modalidad que revistió la *acción* tipificada en el artículo 535 del Código penal: Una, según la cual, el procesado había cobrado y percibido giros por valor total de 4.829.583 pesetas que *empleó para sus atenciones particulares* sin remitir parte alguna a la empresa comitente, y otra, consistente en que vendió mercancía de la tenida en su almacén, por valor de 8.365.416 pesetas, cuyo importe, asimismo, *retuvo para sí*, sin remitir cantidad alguna a la Sociedad delegante; expresiones las subrayadas que reflejan perfectamente la *apropiación o distracción* de dinero y cosas ajenas, hubiere o no abuso de confianza que, como tiene ya dicho esta Sala de acuerdo con la mejor doctrina, no estrictamente indispensable para el cumplimiento del tipo, por más que los títulos fiduciarios que expresa, lleven implícita una confianza depositada en el *accipiens* por el *tradens* al acordar a éste la posesión de lo entregado o recibido de terceros para hacerlo llegar a manos del primero; como igualmente se desprende del pasaje recogido el total de lo apropiado que asciende a la considerable suma de 13.194.999 pesetas, descubierto aún existente y que las posteriores gestiones del procesado —que se ausentó de España y no se presentó a las Autoridades judiciales hasta dos años después— para lograr compensarlo no hacen sino confirmar; como, en fin, la prueba de la entrega de cosa ajena y la obligación de devolver está ligada a las frases del *factum* ya resaltadas en anterior motivo, según:



las cuales el procesado tenía como misión la de "recibir, almacenar y custodiar en sus locales, como simple encargado de las mismas" las mercancías de su comitente, al que debía transferir el importe de los cobros, todo lo cual está indicando suficientemente que el procesado era, como comisionista, un mero poseedor de las cosas y dinero recibidos en virtud de su comisión, con estricta obligación de entregar a su principal el importe de las ventas y cobros realizados por cuenta de aquél; hasta el punto de que bien puede decirse que este motivo está rozando el tenor literal de los hechos probados (S. 15 marzo 1977).

Se denuncia la indebida aplicación del artículo 535 del Código penal, argumentando que no haciéndose constar en los hechos probados la existencia de una liquidación definitiva, no procedía en ningún caso la apreciación de la existencia de este delito de apropiación indebida, al no constar acreditados todos y cada uno de los requisitos precisos para su existencia; argumento no válido en cuanto que el procesado, Delegado Comisionado en la provincia, con funciones de recaudador de primas, administrador de cartera y depositario de efectos y fondos, además de las funciones que se le confiasen, dispuso en su favor, sin autorización de la Mutua y con ánimo de lucro, de la cantidad de 600.000 pesetas que había en caja, con perjuicio de la citada Mutua Nacional del Automóvil, con lo que en esa conducta se dan las notas esenciales de la figura delictiva del artículo 535, al llevarse a su patrimonio dinero que había recibido en los conceptos expresados y quebrantando la confianza en él depositada, siendo inoperante la alegación del recurrente de que no consta la existencia de una liquidación definitiva, pues, aparte de que sí consta en el Resultado de hechos declarados probados la existencia de una liquidación hecha por el propio recurrente, de la que aparece defraudada por él, sin autorización de su dueño, la cantidad de 600.000 pesetas, el Tribunal de instancia declara terminantemente en los hechos probados la apropiación de esta cantidad (S. 25 marzo 1977).

#### **Artículo 565, p. primero. Imprudencia temeraria.**

Si la esencia de la culpa se halla en la infracción de un deber de atención y cuidado, que impide al agente preveer un resultado previsible que pudo y debió ser evitado, resulta indudable que la responsabilidad de la conducta de éste será más grave en cuanto que el deber de actuar omitido haya sido asumido voluntaria y contractualmente, porque en tales casos a la obligación social genérica de comportarse correctamente con arreglo a las exigencias legales o consuetudinarias, se suma la aceptada contractualmente que le impone otras concretas y específicas que agravan su responsabilidad convirtiendo casi siempre su culpa en temeraria, como sucede en el hecho enjuiciado, en el que el guardabarrera procesado había contraído la obligación de cerrar la barrera existente en el mencionado paso a nivel, cada vez que le hiciesen determinadas señales acústicas y ópticas que anunciaban la llegada de un tren a tal punto, para impedir el acceso de los vehículos que circulaban por la carretera, a la vía férrea que la cruzaba y por la que iba a pasar el tren, obligación que incumplió a pesar de haber funcionado los dispositivos mecánicos de aviso, por distracción inexcusable, y a consecuencia de la cual se

produjeron los resultados de muerte, lesiones y daños que se detallan y que hay que calificar de imprudencia o negligencia temeraria, como lo hace la Sala de instancia dado el elemental deber de cuidado infringido, desestimando el primer motivo del recurso en el que se impugna tal calificación (S. 2 marzo 1977).

**Artículos 565 y 489 bis. Imprudencia y omisión de socorro.**

Se denuncia la aplicación indebida al supuesto de hecho de los artículos 565, párrafo 1.º, y 489 bis del Código penal, es necesario poner de relieve que el solo hecho de salirse el recurrente voluntariamente del carril por el que que circulaba, marchando inexplicablemente por el arcén con luz de cruce y a una velocidad de 80 a 90 kilómetros por hora, recorriendo 75 metros por el mismo antes de colisionar con el ciclomotor que conducido por la víctima, por el que circulaba, arrastrando máquina y conductor durante otros 34 metros a éste que se desprendió quedando junto a un muro, sin que el recurrente, a pesar de haberse apercibido del atropello, según consta en la declaración fáctica, se hubiera detenido ni tratado de prestarle auxilio, continuando su marcha, con el ciclomotor enganchado otros tres kilómetros más, hasta que también se soltó, parando entonces el imputado y dejando el coche aparcado en San Sebastián de los Reyes, volviendo a Madrid en taxi sin preocuparse de la víctima, su conducta revela el más absoluto desprecio no sólo a los más elementales cuidados que deben observarse en la circulación, sino también hacia la vida de un semejante, por lo que es evidente que cometió los mentados delitos, al poner de manifiesto no sólo la temeridad de la imprudencia cometida, sino la consciente y dolosa omisión de la asistencia debida a la víctima que constaba al agente, que quedaba en graves condiciones de desamparo y peligro (S. 31 marzo 1977).