

Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Artículo 3.º. Delito consumado.

Indefinida, en el Código penal español; la consumación de los delitos, a diferencia de la tentativa y de la frustración, no bastan las conceptualizaciones doctrinales para despejar toda incógnita, pues muchas infracciones ofrecen serias dudas sobre el momento de su perfección; encontrándose, entre dichos delitos, los de hurto y robo con fuerza en las cosas, respecto de los cuales tradicionalmente se ha controvertido en torno al referido momento consumativo, pues si, una primera posición, siguiendo un **criterio formal**, estimaba perfeccionada la infracción contra la propiedad tan pronto concurría la «contrectatio» o «aprehessio», es decir, cuando se asía, tomaba o aprehendía el objeto material del delito, una segunda opinión situaba el momento consumativo en la «ablatio» o «admonitio de locum ad loco», esto es, en el instante en que la cosa mueble, cambiando de lugar, se esperaba de la posesión material del ofendido, mientras que un último criterio, fiel a una posición **material**, exige la «illatio» o, lo que es lo mismo que el infractor haya tenido la libre disponibilidad—facultad propia y característica del dominio—, de la cosa mueble de que se trate siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración. Estas diferentes posiciones doctrinales han encontrado eco, en una u otra época, en este Tribunal, el cual no siempre ha seguido una línea interpretativa inalterable, pero, en las últimas décadas, en sus sentencias, ha predominado, con óptimo criterio, la última posición enunciada. (S. 3 marzo 1979.)

Artículo 3.º. Delito consumado (estupefacientes).

Una de las formas de consumación del delito, según el artículo 344, del Código penal, es el transporte, mucho más cuando éste se encuentra al servicio de la venta. Habiendo declarado esta Sala que se entiende consumado el delito por la simple posesión de drogas, o estupefacientes en disposición de venta, aunque no se hubiere traspasado la posesión y al margen incluso de la presencia del lucro (Sentencias de 7 de octubre de 1976), pues el tipo del artículo 344 no sólo recoge en su núcleo central los actos de tráfico en general, sino todos aquellos que la anteceden o de algún modo le son cola-

terales o concomitantes como los de cultivo, fabricación, elaboración, transporte y otros de análoga naturaleza (Sentencias de 1 de abril de 1977 y 3 de julio de 1978) y por tanto, creado el riesgo existe consumación anticipada, por ministerio de la ley. (S. 4 abril 1979.)

Artículo 3.º, p. segundo. Frustración.

En ninguna parte de la narración histórica de la sentencia recurrida, se encuentra la sustancia fáctica indispensable para acreditar y sustentar una tesis de frustración de la conducta de los procesados, sin que se diga claramente, ni siquiera se insinúe o trasluzca, que, dichos procesados, merced a su captura «in situ» o a otra circunstancia obstativa, carecieron de toda posibilidad de ejercer el «ius disponendi» inherente o consecutivo al cambio de titularidad de los bienes apetecidos; pero, además, el referido relato, al expresar que se «apoderaron» de las cajas de puros y de los efectos timbrados y añadir que fueron «recuperados», desde el momento que «recuperar» significa semánticamente «recobrar», «volver a poseer lo que antes se tenía», «desquitarse» o «reintegrarse de lo perdido», bien claramente está proclamando que la sustracción se perfeccionó mediante la aprehensión, extracción y subsiguiente disponibilidad de las cosas de las que se apoderaron los agentes, si bien el «dominus» de lo citado obtuvo de nuevo la posesión perdida mediante la posterior restitución. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del segundo motivo del recurso, por inaplicación del párrafo segundo del artículo 3 del Código penal. (S. 3 marzo 1979.)

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

Se denuncia la no aplicación del artículo 8.º, circunstancia 1.ª, esto es, el trastorno mental transitorio, que justificaría su conducta y le eximiría de pena. Mas el motivo ha de decaer, en cuanto que es cierto que se habla de gran ofuscación, vivamente excitado, movido de sentimientos de dolor y frustración, alterado, con gran acaloramiento anímico, que le afectaba moralmente de modo profundo, tales elementos fácticos no pueden ser soporte fundado de un trastorno mental transitorio porque es de la **esencia de éste**, la pérdida total e intensa de las facultades intelectivas y volitivas, anulación total, aunque temporal y pasajera de las mismas no preordenado al delito por el que lo sufre. En los hechos probados se habla de ofuscación, excitación, acaloramiento anímico, afección moral profunda, mas en ningún instante de pérdida total y absoluta de conciencia y voluntad y como la sentencia de instancia apreció la atenuante de arrebatu u obcecación con carácter de muy calificada, es claro que encaja la situación anímica del recurrente en sus justos límites, de una atenuante tan intensa que en uso de las facultades que en estos casos concede al Tribunal el artículo 61, número 5.º, bajó la pena un grado, calificándola acertadamente de superatenuante. (S. 18 mayo 1979.)

Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa.

Es la doctrina constante que en los casos de riña mutuamente aceptada, no se puede apreciar la legítima defensa completa, ni incompleta, porque siendo los contendientes mutuamente atacantes y agresores unos de otros, falta el requisito esencial de la agresión ilegítima, pieza fundamental de la causa de justificación que se invoca; doctrina ésta recogida en innumerables sentencias de ésta Sala, de la que es más reciente exponente la de 5 de febrero de 1979, que recoge otras muchas dictadas en el mismo sentido; y aplicando tal doctrina al supuesto de autos es claro que si el procesado se enzarza en discusión violenta con la víctima que terminó en agresión mutua llegando a las manos, cayendo al suelo, sufriendo Faustino Martín las lesiones por las que viene condenado el recurrente, es claro que a éste no le puede beneficiar la legítima defensa, ni completa, ni incompleta. S. 8 marzo 1979.

Como viene sosteniendo de antiguo la doctrina de esta Sala, la **agresión ilegítima** y la **defensa necesaria** son dos soportes sobre los que gira la **legítima defensa**, ya en su versión primaria y completa de causa de justificación, ya en su acepción subsidiaria e incompleta de causa de inculpa-bilidad; consecuencia de lo cual es aquélla constante jurisprudencia que excluye de la eximente —en cualquiera de dichas versiones— la llamada **riña mutuamente aceptada**, que no es sino una variante o corolario de la sedicente «legítima defensa recíproca» que la mejor doctrina trata de espúrea e inadmisibile, puesto que trabada la riña sin que pueda reconocerse de quién partió la provocación y subsiguiente agresión, cada uno de los contendientes ha de reputarse agresor recíproco del otro, con lo que claramente falta la circunstancia primera de la mentada eximente y con ella la necesidad de la defensa.

Aplicada la anterior y conocida doctrina al único motivo subsistente del recurso, el mismo ha de ser desechado puesto que en el **factum** de la sentencia recurrida se lee que entre el procesado y su contendiente se inició una discusión de la que pasaron a las vías de hecho, **golpeándose mutuamente**, lo que con toda claridad describe la situación de riña aceptada por los dos protagonistas, de suerte que si bien el oponente del acusado sacó una porra en el curso de la pelea, con la que golpeó a su antagonista, éste, a su vez, extrajo un cuchillo, con el que golpeó en el vientre a su rival, ocasionándole heridas de las que curó a los ciento veinte días; es decir, que ambas conductas lesivas son episodios de la contienda y que se entrecruzan en el curso de la misma sin posibilidad, por tanto, de calificar a ninguno de los contrarios como inicial agresor. (S. 14 marzo 1979.)

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

Como es conocido, la circunstancia atenuante de responsabilidad de arrebato, núm. 8.º, del artículo 9 del Código penal, presupone una perturbación momentánea y episódica de la inteligencia con transitoria y fugaz altera-

ción de la voluntad de quien la sufre, provocada por estímulo reciente, grave y legítimo, que da lugar a la reacción también inmediata en el ánimo del sujeto activo, concurriendo de una parte lo objetivo, representado por la incitación externa como causa desencadenante, y de otra parte lo subjetivo, traducido en la ofuscación más o menos trascendente e intensa, según la sensibilidad y antecedentes que concurran en quien la recibe, sin que la fortaleza de uno de estos elementos elimine o absorba al otro, circunstancia estimada en favor del procesado en la Sentencia recurrida, con base en los dos factores, que en el relato fáctico consigna literalmente afirmando que «aquél corrió tras la víctima «presa de gran excitación tanto por la frustración de su propósito de obtener dinero, como por la violenta discusión mantenida, «ninguno de cuyos estímulos se acomoda en correcta ortodoxia con las exigencias de la doctrina sustentada por esta Sala, por cuanto la frustración en el propósito de obtener dinero, el hecho de que la víctima—como argumenta el Ministerio Fiscal no accediera a sus pretensiones económicas no explica con la suficiente convicción suasoria la reacción del procesado, ni su consecuencia determina poderosamente hacerle merecedor de la atenuación generosamente calificada, cuando el «factum» no asevera con precisión que la víctima realizase presión o menosprecio al procesado, contestándole más o menos afablemente «que no llevaba dinero», y si la mera reconvencción de la víctima no constituye por sí sola estímulo bastante para fundamentar una atenuación personal, menos relevancia supone la lisa y llana negativa a realizar un acto de generosidad al que no venía obligado, ni al parecer le resultaba asequible de momento, y en cuanto a la violenta discusión sostenida, la propia narración fáctica evidencia que entre el procesado y la víctima hubo un intercambio de dicterios y groserías, degradándose ambos moral y recíprocamente, situándose en un bajo plano de insultos más o menos soeces que restan gravedad, y desde luego, legitimidad a los impulsos en los que se motiva la atenuante, pero que a efectos de la penalidad ha resultado irrelevante e inocua, al conceder el Tribunal «a quo» en el tercero de los Considerandos, la mayor virtualidad a las dos agravantes estimadas, para imponer la pena de reclusión menor en la extensión máxima, de su grado máximo, lo que conlleva a desestimar el tercero de los motivos del recurso del Ministerio Fiscal. (S. 10 marzo 1979.)

Artículo 9.º, 1.º. Enajenación mental incompleta.

El procesado la emprendió a golpes de gran intensidad, sin causa que lo justificase, con la mujer con quien convivía, durante unos veinte minutos al menos, despojándola de sus ropas y produciéndola múltiples heridas inciso-contusas a nivel de la frente, región orbitaria y supraorbitaria, rotura de hígado, gran hemoperitoneo, hemorragias cerebrales localizadas y shock traumático y hemorrágico que la ocasionaron la muerte por parada cardíaca en el curso de la reyerta, y que padece una psicopatía que se acentúa con la ingestión de bebidas alcohólicas—de las que había abusado durante las horas anteriores a la agresión—, haciendo que disminuya su capacidad de

discernimiento, es claro que la Sala de instancia cometió el error de derecho que en el recurso se cita por aplicación indebida de la circunstancia analógica 10 del artículo 9.º del Código penal, en relación con la 1.ª de dicho precepto y 1.ª del artículo 8.º, por que valorando conjuntamente el padecimiento psíquico del sujeto, el estado de embriaguez en que se hallaba y la conducta o comportamiento seguido, alevoso, desproporcionado e impropio de hombres racionalmente normales, la conclusión a que se llega no puede ser otra que a la de considerarle como un psicópata en alto grado de intensidad, y si esto es así, es indudable que procede apreciar la concurrencia en su favor de la eximente incompleta del número 1.º del artículo 9.º, en relación con igual número del artículo 8.º del referido ordenamiento sustantivo. (S. 2 marzo 1979.)

Artículo 9.º 4.ª. Preterintencionalidad.

Las dos modalidades de preterintención que respectivamente reconoce nuestro Código penal, en los artículos 9.º, circunstancia 4.ª, y 50 del Código penal, o sea, la homogénea y la heterogénea, tienen de común, el que ambas suponen un supuesto de progresión delictiva en el que hay una absoluta falta de concordancia o paralelismo entre los aspectos objetivo del delito, ya que el resultado se manifiesta como un «plus effectum» no querido por el agente del que necesariamente ha de responder aunque con responsabilidad atenuada, de forma tal, que su apreciación presupone el examen comparativo entre los dos elementos de la ecuación, o sea, intención y resultado, más a diferencia del segundo que es perceptible por los sentidos y, por ello, física y jurídicamente valorable con absoluta precisión, el elemento intencional por hallarse sito fuera del campo de las realidades físicas y enmarcados en el de lo espiritual ofrece para su apreciación las dificultades inherentes a todo lo que no es directamente verificable, y sí tan sólo indirectamente por vía de deducciones, y, al efecto, esta Sala, en concordancia con la doctrina científica, ha venido declarando que si bien para formular el adecuado juicio axiológico deben ser tomados en consideración todas las circunstancias fácticas y subjetivas concurrentes en el caso objeto de enjuiciamiento, no bastando el examen de la idoneidad del medio que es un dato sintomático, pero no decisivo, ya que el no entenderlo así equivaldría a objetivar la circunstancia, olvidando que la misma supone una discordancia entre intención y resultado y no entre éste y el medio empleado, es lo cierto, que en multitud de ocasiones y ante la ausencia de otros elementos de juicio u otros datos que los resultantes de la naturaleza del medio empleado y su idoneidad para producir el resultado, que por ello resulta previsible, el mecanismo empleado viene a constituir dato decisivo para deducir o montar sobre su idoneidad la presunción legal de cuál haya sido la voluntad real o intención del procesado. (S. 3 mayo 1979.)

Artículo 9.º, 4.º. Preterintencionalidad (lesiones).

La preterintencionalidad, «*tertium genus*» en algunas legislaciones como la italiana, equidistante del dolo y de la culpa, tiene triple tratamiento en el Código penal español, de arranque genérico en el párrafo tercero del artículo 1 de dicho Código, como causa de atenuación de conducta en el número cuarto de su artículo 9, y como modo adecuado de sancionar a quien ha cometido un delito **distinto** del que se había propuesto ejecutar en el artículo 50 del mentado cuerpo legal; discrepando la doctrina y la jurisprudencia a la hora de decidir cuando ha de aplicarse uno u otro de los últimos preceptos mencionados, pues mientras dicha doctrina entiende procedente la aplicación del artículo 50 cuando se trate de preterintencionalidad **heterogénea**, es decir, de aquella en la que el delito cometido, recayendo sobre la misma o diferente persona, es diverso de aquel que quiso perpetrar el agente, añadiendo que el número cuarto del artículo 9 sólo deberá entrar en juego en los casos de preterintencionalidad **homogénea**, esto es, siempre que el título del delito siga siendo el mismo, si bien ha de tratarse de infracciones en las que, sin variar el «*nomen iuris*», sea distinta la pena según la mayor o menor gravedad del resultado, la jurisprudencia, por su parte, estima operante la atenuante no sólo en este último caso, sino cuando los delitos—el propuesto y el cometido—se hallen próximamente emparentados y el segundo constituya simple intensificación, avance o acentuación de gravedad respecto a los efectos del primero.

En lo que concierne a la atenuante, ésta ha sido estudiada por este Tribunal en numerosas sentencias, de las que son ejemplo las de 4 de abril, 14 y 16 de mayo y 28 de noviembre de 1974, 17 de marzo, 11 de octubre y 17 de noviembre de 1975, 29 de enero y 11 de octubre de 1977 y 6 de abril de 1978, en las cuales se subrayan los requisitos de dicha circunstancia: propósito inicial de realización de un acto antijurídico, resultado contrario a derecho, y exceso del mencionado resultado respecto a la intención del culpable, de tal modo que se produzca una distonía entre ésta y aquél, habiendo llegado el resultado más allá de los deseos del culpable—«*praeter intentionem*»—, y detentándose la presencia del «*ultra propósi tum*» o «*plus in effectum*» característico de la figura estudiada; habiendo añadido, este Tribunal, v. g., en la sentencia citada de 6 de abril de 1978—en la que se hace mención de otras muchas—, que los delitos de lesiones, a los que se refieren los artículos 420 y 422 del Código penal, no son propicios ni idóneos a la aplicación de la atenuante cuarta del artículo 9, pues, exigiéndose solamente en ellos la presencia de un dolo general de herir, golpear o maltratar, y estableciéndose la penalidad correspondiente de acuerdo con los distintos resultados habidos, no puede exigirse que la intención del agente abarque la producción de dicho resultado, ni sostenerse, por tanto, que éste excedió de una intención que no exige la Ley sea específico o de consecución de un resultado concreto y determinado; derivándose de lo expuesto que, sólo en casos excepcionales, en los que el resultado lesivo sea notoriamente excesivo y desproporcionado respecto a una intención inducida de los medios agresivos empleados o de otros actos exteriorizativos podrá aplicarse la atenuante debatida. (S. 12 marzo 1979.)

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

Para que pueda apreciarse la atenuante de arrebato u obcecación es preciso que concurra, entre otros requisitos, el de que los estímulos sean de tal naturaleza que naturalmente tengan entidad suficiente para producir una alteración de la afectividad o de las facultades psíquicas de la generalidad de los hombres colocados en idéntica situación, y el normal acontecer de las cosas en la vida ordinaria enseña, que una simple bofetada propinada por la propia esposa en una leve discusión conyugal suscitada por motivos nimios no constituye, ordinaria o normalmente, un estímulo desencadenante de una reacción como la tenida por el procesado; pero además, esta Sala tiene declarado, entre otras, en Sentencias de 5 de mayo de 1926 y 20 de noviembre de 1935, que cuando la perturbación anímica ha estado potenciada por el estado de intoxicación etílica en la que se encontraba el agente, debe reputarse incompatible con la de embriaguez si ésta fue estimada, que sin duda es el supuesto del caso de autos en el que, sin duda, la embriaguez ya estimada como atenuante, aumentó la alteración psíquica del procesado y su brutal reacción. (S. 8 marzo 1979.)

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

El arrepentimiento espontáneo que atenúa la responsabilidad criminal, precisa la concurrencia en adecuada relación causal de dos elementos básicos: uno primario, psicológico e interno, constitutivo de que el inculpado, tras su inicial malquehacer delictivo, sienta ética y anímicamente repulsión hacia el dolo que movió su actuación precedente, dando cabida espiritual a un sentimiento de pesar o contricción, de repudio o reproche por su anterior y censurable conducta, que en su fuero subjetivo desaprueba, pero este elemento, por su propia naturaleza, no es susceptible de percepción o captación externa, pertenece al arcano de la conciencia que puede cobijarlo y ha de traducirse en actos o hechos que lo pongan de manifiesto, sacándolo de su ignoto reducto y permitiendo, aunque sea relativamente, someterlo a la estimación valorativa del juzgador penal para su eficacia y trascendencia en la «praxis» judicial, de ahí la necesidad de concurrencia del elemento estrechamente concatenado con tal impulso moral que el texto punitivo exige, traduciéndolo de forma utilitaria y pragmática por medio de alguna de las tres conductas que dicha norma establece con la reparación del daño, la satisfacción al ofendido o la confesión a la Autoridad, formas dinámicas de manifestación objetiva que al enlazarse por la disyuntiva «o» y no por la copulativa «y», basta con cualquiera de ellas para que tal circunstancia pueda ser apreciada, siempre condicionada al presupuesto ineludible temporal, de que sea antes de la apertura del proceso judicial, formas que en esencia representan y significan una ayuda o beneficio para el perjudicado o para la pronta y efectiva acción de la justicia, pero cuya circunstancia, como todas las que modifican por atenuación o agravación la responsabilidad penal aplicable en principio y abstractamente al sujeto

activo de la infracción, ha de influir y consignarse en la premisa narrativa con análoga claridad y determinación que el propio hecho delictivo al que se refiere. (S. 7 mayo 1979.)

Artículo 10, 1.º. Alevosía.

La controvertida interpretación que sobre la naturaleza jurídica de la alevosía viene haciéndose desde antiguo, bien estimándola como circunstancia agravante predominantemente subjetiva, conforme a nuestro derecho histórico, iniciado con el amplio y ético concepto de vileza, maldad o engaño, como la describe el Código de las Partidas, considerándolas más tarde como aseguradora del hecho, según se refleja en la Novísima Recopilación al conceptuarla como «al que mate a otro a traición o alevé y del que hiciese muerte segura» (Ley 2.ª Título 21, Libro XII) o con las expresivas definiciones de los Códigos de 1822 y 1848 de obrar o actuar, «a traición y sobre seguro», respectivamente, para finalmente equiparar la alevosía o cobardía, es decir, a falta de riesgo o peligro para el ejecutor, conceptualización mantenida en el texto punitivo de 1870; discutiéndose más modernamente sobre si dicha circunstancia constituye un plus de culpabilidad, o, por el contrario acrecienta la antijuridicidad, hasta el punto de que numerosas resoluciones de este Tribunal (Sentencias de 27-5-49, 15-6-50, 15-11-56, y 11-12-57), así como ciertos sectores doctrinales denotaban su preferencia por la característica subjetiva, mientras otras muchas Sentencias y buena parte de la doctrina científica se inclinaban por la tesis objetiva al contemplar la relevancia de los medios comisivos utilizados en la ejecución de los hechos, que determinaban cierta exteriorizada y material ventaja, introduciendo un juicio de valor de índole objetiva (Sentencias de 10-6-53, 7-7-55 y 24 de abril y 29 de octubre de 1973), mas sin que cada una de estas orientaciones o interpretaciones resulte enteramente correcto aceptarlas y tenerlas con carácter exclusivo y decisorio, ya que según la definición auténtica contenida en el número 1.º del artículo 10 del Código penal vigente, la alevosía requiera de una parte el empleo de medios, modos o formas de ejecución que denotan indudablemente un factor claramente objetivo, pero a su vez también precisa que «tiendan» al aseguramiento sin riesgo para el agresor, que proceda de la defensa del ofendido, lo que evidentemente presupone pretensión e inclinación hacia una intención finalista de manifiesto matiz subjetivo, de lo que se desprende que habrá que atenderse en la atinada valoración y estimación de esta agravante a todas las circunstancias o condiciones concurrentes en el hecho concreto enjuiciado, o sea, que deberán entrar en juego para su correcta calificación tanto los medios comisivos o «modus operandi», de carácter externo y perceptible, como los subjetivos e intencionales de aprovechamiento representativos de una consciente conducta que taimada y pérfidamente calcula sus designios y elude el posible riesgo que todo ataque contra una persona es susceptible de provocar como reacción de ésta, existiendo en aquel supuesto un plus de antijuridicidad en cuanto realiza el elemento objetivo y en el segundo un aspecto ten-

dencial no menos relevante que actúa como elemento subjetivo del injusto, como ha señalado últimamente la doctrina de esta Sala (Sentencias de 17-5-72, 3-11-75, 4-5-76 y 23-10-78). (S. 10 marzo 1979.)

Artículo 10, 8.º. Abuso de superioridad.

La circunstancia agravante 8.ª del artículo 10 del Código penal de abuso de superioridad, que como forma inferior o secundaria de alevosía, puede considerarse como representativa de una actuación intermedia, ubicada entre una conducta delictiva corriente y otra cualificada de aleve que resulta en determinados supuestos por su propio alcance y ámbito concreto, de dificultoso deslinde entre ambos, aunque aquélla consiste esencialmente en un desequilibrio de poderes, de desigualdad, desproporción y ventaja material de fuerza claramente favorable para la comisión del delito, restando ordinariamente medios de defensa adecuada al sujeto pasivo, requiriendo junto al elemento objetivo indicado, el asimismo de índole subjetiva, representado por la voluntad finalista del aprovechamiento consciente del autor, lo que concurrió en el supuesto enjuiciado una vez el procesado estuvo en posesión y se prevaleció de la escopeta que portaba para herir mortalmente a su oponente, que no pudo oponerle otro medio o instrumento similar de reacción o defensa, cuya agravante no ha sido objeto de impugnación de la defensa y queda en su consecuencia subsistente y confirmada. (S. 10 marzo 1979.)

Artículo 10, núm. 13. Despoblado.

Argumentan los recurrentes en que estando el lugar donde se ejecutaron los hechos a 300 metros de un restaurante, esos parajes no son despoblados, sino habitados y frecuentados por personas y vehículos de toda clase, suposiciones que no caben contra lo afirmado en los hechos probados de que llevaron a la víctima en las primeras horas de la madrugada a un camino agrícola solitario elegido o buscado de propósito por los recurrentes para cometer su reprochable acción y en el que la defensa de la víctima fuera más difícil y mayores las facilidades de los delinquentes, con lo que se dan los dos elementos de la agravante, el objetivo de buscar en las primeras horas de la madrugada un camino agrícola solitario desviado de la carretera, circunstancia de lugar y hora que hacían difícil encontrar persona alguna que obstaculizara la acción delictiva y el subjetivo por el ánimo de prevalerse los culpables de aquel mayor desamparo del sitio solitario o de improbable tránsito de personas. (S. 10 mayo 1979.)

Artículo 10, núm. 14. Reiteración.

Se alega infringida por aplicación indebida, la circunstancia agravante de reiteración, 14 del artículo 10 del Código penal, por cuanto el relato

fáctico no concreta la fecha de las condenas anteriores por delito dictadas, la cuantía del perjuicio ocasionado y las penas impuestas, datos necesarios en el caso ahora enjuiciado, en que siendo los delitos precedentes contra la propiedad, las diversas modificaciones sufridas por la Ley penal con relación a la cuantía de estas infracciones pudieran haber quedado convertidas en falta al cometer el procesado el delito de homicidio por el que ahora se le juzga, alegación enteramente inacogible en cuanto la circunstancia referida de naturaleza esencialmente objetiva por sustentarse en el hecho material de otra u otras condenas anteriores por delito heterogéneos al que se aplica, se integra conforme al texto punitivo que la describe con base en los siguientes requisitos: a) que el sujeto activo haya sido condenado en causa criminal antes de delinquir por el delito que se le juzga; b) que las condenas precedentes lo hubieran sido por razón de delito; y c) que si la condena antecedente es por un solo delito no comprendido en el mismo Título que el que se juzga, tenga asignada pena igual o mayor, y si es por dos o más delitos, son indiferentes las penas recaídas, y en el caso contemplado el relato probatorio afirma que el recurrente fue condenado por un delito de robo en grado de frustración y por un delito de hurto de uso en Sentencia de 12 de diciembre de 1970, sin que sean precisos otros datos complementarios por resultar indudable que tanto el robo común, como el hurto de uso, han tenido siempre categoría delictiva, desde su incorporación al Código penal, sin posible equivalencia o degradación a falta, sean cualquiera las reformas penales introducidas en estas figuras delictivas, lo que ineludiblemente conlleva a reputar condenado al procesado por dos delitos anteriores a efectos de integrar la agravante impugnada, que por su propia naturaleza y fines ha de ser mantenida y confirmada. (S. 10 marzo 1979.)

Artículo 11. Circunstancia mixta de parentesco (lesiones).

Entre la circunstancia mixta de **parentesco**, prevista en el artículo 11 del Código penal y la relación parental prevista como agravante específica del delito de lesiones graves en el párrafo penúltimo del artículo 420 del mismo Código, existen profundas diferencias, pues así como la primera es una mera **circunstancia** genérica que, facultativamente, puede agravar o atenuar, la segunda constituye un **elemento cualificador**, verdadero subtipo del delito de lesiones graves, coordinado con el delito de parricidio y en el que, a semejanza de este último, el parentesco es, de una parte, de obligada apreciación, de modo que tratándose de lesiones graves inferidas al cónyuge el hecho de estar éste separado, aun por sentencia de Tribunal eclesiástico, integrara la calificación (Sentencia de 30 de junio de 1958); y de otra parte, el parentesco de afinidad queda excluido del tipo calificado según se dijo de antiguo por esta Sala para el parricidio (Sentencias de 11 de marzo de 1887 y 7 de diciembre de 1888 y todas las sucesivas); todo lo cual hace ineficaz la doctrina sentada en torno a la circunstancia mixta de parentesco respecto a las lesiones calificadas por los

vínculos pretales del parricidio, de suerte que así como aquella circunstancia puede resultar inaplicable en casos en que dichos vínculos se hallan relajados por enemistades profundas, tales situaciones de aversión y separación entre los parientes afectados son indiferentes para el mencionado subtipo de lesiones. (Sentencia de 30 de junio de 1955).

Aplicada la anterior doctrina al **único motivo** del recurso, se hace obligada su desestimación puesto que la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 del Código penal, cuya aplicación se postula, es inconciliable con la calificación de los hechos graves del artículo 420-4.º del Código con la agravación específica prevista en el penúltimo párrafo de este artículo; de modo que el hecho de que la procesada estuviera separada del marido lesionado no tiene ninguna influencia en el subtipo penal correctamente estimado en la instancia según la doctrina antes expuesta; siendo de advertir que los casos de lesiones en los que se ha aplicado el artículo 11, o bien se trataba de lesiones no incluidas en el artículo 420 como graves, o bien los interesados estaban unidos por parentesco de afinidad, a los que sí puede alcanzar la circunstancia mixta y, por tanto, la doctrina sentada en torno a la ruptura del vínculo afectivo o de provocación del agraviado, supuestos éstos (de parentesco de afinidad unido a sentimiento de enemistad) que son justamente los que contemplan las sentencias aducidas por el recurrente que, por lo mismo, no son aplicables al caso de autos, basado en vínculos matrimonial no disuelto ni invalidado que, por ello, sirve para sustentar, cualquiera que fueren las relaciones entre los cónyuges, la cualificativa del artículo 420, párrafo penúltimo en relación con el 405 del Código penal. (S. 11 abril 1979.)

Artículo 14, 3.º. Cooperación necesaria (diferencia con complicidad).

En el tema de deslindar la frontera entre cooperación necesaria propia de la **coautoría** descrito en el núm. 3.º del artículo 14 del Código penal y la cooperación no necesaria propia de la complicidad descrita en el artículo 16 del mismo Código punitivo, esta Sala viene sentando, en primer término, un **criterio causalista** propio de la equivalencia de condiciones a que alude el primero de los citados artículos, de suerte que si suprimido mentalmente el acto cooperador desaparece contemporáneamente el resultado delictivo se habrá probado virtualmente la necesidad de la cooperación en el caso concreto; argumento causal que esta Sala viene matizando en resoluciones más recientes con llamadas a otros criterios doctrinales que vienen a complementar el primeramente aludido, cuales son el del **dominio del acto** por el autor que estaría ausente en el cómplice (Sentencia 1 de julio de 1963), o, en fin, el relativo a la tesis de los **bienes o actividades escasos**, de suerte que cuando la cooperación ofrecida por el partícipe sea de difícil consecución—conforme a criterios prácticos derivados del tráfico y de la convivencia social—habrá de ser estimada necesaria y, por ende, como coautoría, para ser degradada a complicidad en el caso contrario (Sentencias de 22 de septiembre de 1971, 8 de marzo de 1973, 8 de octubre de 1974, 12 de diciembre de 1975, 28 de enero de 1976 y otras).

Que el caso específico de la **entrega de la llave** para que otro pueda cometer el delito de robo, que en unos casos ha sido entendido como acto de complicidad (Sentencia de 4 de junio de 1919) y en otros como acto de coautoría (Sentencia de 22 de enero de 1952), puede ser igualmente tratado con los criterios antes expuestos, de modo que si aquél se ofrece como acto esencial para poder llevar adelante el plan ejecutivo trazado, o la persona poseedora de la llave es elemento indeclinable, de modo que bien puede decirse que con la entrega de aquélla decide la realización del hecho, o que la llave se muestra como de difícil adquisición por reducirse su tenencia a una sola persona o a un círculo limitado de ellas, no debe haber inconveniente en considerar tal aporte de la llave como acto de auténtica coautoría por cooperación necesaria; que es lo que propiamente ocurre en el caso **sub judice** en que la llave entregada por el recurrente al otro procesado en la causa era la que abría el portal de la casa del primero, portal por el que se accede a un patio interior del inmueble en el que existe la ventana, uno de cuyos barrotes fue doblado permitiendo el acceso al interior del bar donde se consumó el despojo delictivo; pues ya se ve como todo este proceso causal hasta llegar al apoderamiento de la **res furtiva** se origina en un primer eslabón—la entrega de la llave del portal—sin el cual no hubiera podido cometerse el robo, al menos en la forma concreta α histórica que se juzga; y no sólo eso sino que, como consecuencia, el recurrente tenía el poderío del acto determinante del robo y disponía de un elemento físico—la llave—que sólo podía pertenecer a las personas que habitaban la casa, lo que hacía problemática su adquisición; en definitiva, que la persona del recurrente se muestra en el caso contemplado como insustituible respecto de su correo (Sentencia de 23 de marzo de 1971), lo que lleva a la misma conclusión respecto de su coautoría; todo ello sin contar con que el recurrente tomó también parte directa en la ejecución del hecho, al menos en la iniciación del mismo, puesto que abrió con la llave el portal acompañado del otro procesado, con el que estaba de acuerdo para la sustracción, y en unión del mismo dobló el barrote de la ventana, y si bien se marcharon antes de penetrar aquella noche en el bar, asustados por el ruido que hizo al caer al suelo el hierro de que se valieron para el mencionado forzamiento, a la noche siguiente facilitó de nuevo la llave a su consorte en el delito, quien pudo penetrar por la ventana forzada, de lo que nadie se había apercebido aún, y llevar a cabo la sustracción propuesta por los dos; es decir, que la huida de la noche anterior no puede decirse que fuera tentativa desistida en cuanto no fue voluntaria, sino prolegómeno ejecutivo que facilitó la consumación en el siguiente día y a hora también nocturna; conjunto de actos los perpetrados por el recurrente que son, de una parte, ejecutivos (en cuanto el proceso de acción ha de considerarse por lo dicho como unitario) y, de otra parte, necesario para esa misma ejecución; lo que lleva sin ninguna duda a desestimar el único motivo del recurso en el que se postula—por cierto razonamiento alguno y sólo con la cita de una sentencia—la calificación de complicidad. (S. 5 abril 1979.)

Artículo 61, 4.º. Determinación de la pena.

Es doctrina reiteradísima de esta Sala que las facultades arbitrales o discrecionales del Juzgador no son, por ser tales, recurribles en casación, tanto si se otorgan **in genere** (regla 4.ª del artículo 61 del Código penal), como si se conceden **in specie**; y ello es así porque la **individualización legal** de la pena ya está hecha, **negativamente**, a través de las causas de exención de la responsabilidad y, **positivamente**, mediante las circunstancias atenuantes o agravantes; lista o nómina de circunstancias cuyos efectos sobre la pena están precisamente determinados en reglas muy concretas o específicas que no cabe ignorar (artículos 61 a 67 del Código penal), de suerte que su infracción atrae la censura de la Casación, a no ser que la aplicación de las mismas sea potestativa, en cuyo caso entra la llamada **individualización judicial**, labor típica de la instancia, para cuya orientación da la Ley criterios axiológicos de ponderación en los que se da entrada a una base de mensuración subjetivo-objetiva que toma en cuenta tanto la personalidad del delincuente como la trascendencia mayor o menor del hecho punible, aparte otras circunstancias fácticas propias de cada especie delictiva; criterios que son, justamente, los tenidos en cuenta por el párrafo tercero del artículo 344 del Código penal, cuando tras señalar en su primer párrafo las penas tipo, establece que: «Los Tribunales atendidas las circunstancias del **culpable** y del **hecho**, podrán (verbo potestativo insoslayable) imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda», cláusula discrecional que no puede ser entendida de manera diferente a la establecida en otros pasajes del Código, tal como viene declarando esta Sala en numerosas resoluciones posteriores a la reforma del artículo 344, por la Ley de 15 de noviembre de 1971; sin que se pueda decir, como alega el recurrente, que procede la Casación cuando no se hace uso de la facultad discrecional pudiendo haberse hecho, como en el caso de autos, dada la escasa cantidad vendida, el tratarse de una sola operación y la falta de antecedentes; pues, ciertamente, uno de los aspectos de la potestad es el no hacer uso de la misma, aparte de que en el caso **sub iudice**, ya se ha razonado que el acto que se pretende mínimo y aislado es preciso enmarcarlo dentro de una actividad general más importante por parte del que recurre. (S. 24 marzo 1979.)

Artículo 69. Delito continuado.

En materia de falsedades ha quedado clara y reiterada la doctrina de esta Sala al establecer que la esencia del delito continuado se basa en el **dolo unitario** o **propósito homogéneo del agente**, realizando material y prácticamente una serie de ejecuciones fraccionadas y que tales características pueden producirse en los delitos de falsedad documental que agrupa en unidad de infracción las distintas consumaciones físicas integrándolas en un solo delito continuado, si un propósito común preside el quehacer

delictivo, tanto más si el destino es el mismo y el conjunto de acciones falsarias resulta necesario tanto para alcanzar finalísticamente el destino propuesto, como para conseguir un quebrantamiento patrimonial ajeno, donde las mutaciones documentales de la verdad son delitos medios para llegar al delito fin defraudatorio, o también para ocultar una infracción criminal contra la propiedad. En resumen, la jurisprudencia ha aceptado y desarrollado la doctrina del delito continuado en las falsedades, si el propósito común o dolo del autor, preside el quehacer falsario, y tienden a la misma finalidad, ya que así quedan unidas o abrazadas por el único factor culpabilístico del sujeto (Sentencias de 11 de diciembre 1973, 12 marzo de 1977, que recogen, a su vez, otras muchas. (S. 22 marzo 1979.)

Artículo 71. Concurso de delitos.

Si para fingir el pago y devolución de lo apropiado se acudió a la expedición ilícita de un talón bancario sin fondos, fuera cual fuera la finalidad que con el libramiento se pretendiera, y sin que en la fecha consignada en el documento cambiario exista en su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo, es claro y manifiesto y sin posible duda sobre este extremo, que se comete otro delito enteramente distinto, independiente, y diferentes en el que ni tan siquiera existe la relación de causa a efecto entre el delito inicial y posterior, puesto que ni la apropiación indebida delictual ni la entrega del cheque en descubierto son medios necesarios para cometer uno y otro delito, por lo que es imposible aplicar el artículo 71 del Código Penal, pues siendo este último enteramente distinto, que se tratara de eludir las consecuencias civiles del anterior, finalidad que nunca podría lograrse con el libramiento de un cheque carente de fondos para su cobertura, fue maniobra delictiva en absoluto innecesaria y reiterativa de la voluntad de delinquir, por lo que es notorio y patente la independencia comisiva y consecuentemente punitiva de ambos delitos. (S. 2 marzo 1979.)

Artículos 303 y 529. Falsedad y estafa.

Se aduce la aplicación indebida el artículo 303 en relación con el 302, número 1.º, del citado Código penal, por cuanto no cabría apreciar la existencia de la falsedad y de la estafa como delitos independientes, al ser aquélla medio necesario para cometer ésta, ya que para que tuviese lugar el cobro del cheque en la sucursal bancaria, era imprescindible rellenarlo y cubrirlo como si fuera su titular, estableciendo así el requisito del engaño, que unido al del perjuicio patrimonial daba lugar a la estafa; consumándose esta infracción al hacer efectivo el cheque, quedando absorbida y subsumida en esta tipicidad la anterior, previa e imprescindible de la falsedad realizada, alegándose en el segundo motivo, como subsidiario del anterior y para el supuesto de no ser éste estimado, que de apreciar la falsedad en el documento mercantil no llegaría a producirse el

delito de estafa, infringiéndose por aplicación indebida el artículo 529, número 1.º, citado, puesto que la referida falsificación no tendría virtualidad hasta que no alcanzase la finalidad de conseguir la defraudación que la motivó, de lo que se desprende «que los hechos eran tan conexos entre sí, que o bien se comete el delito de estafa, o bien el de falsedad, pero no ambos independientemente», argumentación defensiva carente de consistencia fáctica y legal, habida cuenta: a) que para la existencia del delito de falsedad en tales privilegiados documentos no se precisa que concorra ánimo de lucro ni que se cause o se intente un perjuicio a tercero, ni aún tampoco hay que tener en cuenta por no ser indispensable la trascendencia y efecto que pueda tener dicha falsedad en el mundo exterior, basando para su configuración que se falte a la verdad en alguna de las modalidades prefijadas en el artículo 302, ya que en esta clase delictiva es la sociedad en general el sujeto pasivo de la infracción, porque en todo caso y aunque no haya perjuicio patrimonial concreto para tercero, es el interés de la comunidad el que resulta violado prevalentemente, sin que le prive de su propia sustantividad, ni le reste trascendencia punible el que otro posterior designio impulse al agente a cometer la falsedad delictiva (Sentencias de 24-4-55 y 30-1-58); b) que como anteriormente se deja dicho, el problema o incógnita sobre si falsedad en documento mercantil, como sucede en el caso enjuiciado, realizada como medio necesario para la consumación de una estafa es o no consumida por ésta, es cuestión legalmente prevista, dilucidada y resuelta negativamente por el legislador al derogar y suprimir en el texto punitivo vigente la arcaica figura de la falsedad con lucro que se preveía y penaba en el artículo 323 del Código penal de 1932, cuestión a mayor abundamiento reiteradamente aclarada por la doctrina de esta Sala en el sentido de que la concurrencia de falsedad y estafa exige la condena por ambos delitos, al no ser en modo alguno inconciliables e incompatibles entre sí, por lo que el invocado problema ha de resolverse, no conforme a los principios del llamado concurso aparente de leyes, que de aplicarse como alusivamente se postula por el recurrente, llevaría el desplazamiento y exclusión de uno de los tipos delictivos por el otro, sino conforme a las normas que regulan el concurso propio y real de delitos establecido en el artículo 69, por el que a cada delito cometido debe corresponder una pena, siendo indiferentes que la contemplación de un acto o conducta antijurídica, vaya o no seguida, conjunta o inmediatamente de otros actos análogos, cuando pueden ser debidamente identificados en el tiempo, persona o sujeto pasivo de los mismos, y c) que siendo por su propia naturaleza dolosa los delitos de falsedad y estafa independiente y autónomos, no cabe subsumirlos uno en otro, sino calificados, estimarlos y penarlos en su característica sustantividad, aunque uno sea medio de comisión del otro, porque no se realizan o cometen en un solo acto, sino que la actividad criminal se desenvuelve desde su exteriorización inicial hasta su remate final, en diversas infracciones independientes, correlativas y sucesivas, sin que por tanto sean fases parciales y complementarias de un único hecho, sino que los actos constitutivos de falsedad tuvieron individualidad peculiar y distinta de

los que integraron la estafa y por lo tanto han de ser considerados y estimados por sí mismos aunque en la comisión el recurrente obrara a impulsos de un propósito finalista defraudatorio, y con independencia de aplicación o no, según sea lo más favorable al culpable de la penalidad única o separada dispuesta en el artículo 71 del Código penal (S. 2 marzo 1979.)

Artículo 321. Usurpación de funciones.

Al requerir el artículo 231 del Código penal el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el que lo hiciere el correspondiente título oficial que habilite para ello, es claro que si no consta en modo alguno tal ejercicio, es decir, en este caso, el ejercicio de actos exclusivos y excluyentes de la profesión de Abogado, porque lo que el procesado realizó no precisa de la intervención de los referidos profesionales al permitirse hacerlo a los propios particulares interesados, sin excluir a quienes éstos designen, por no tratarse de una contienda jurídica, sino meramente administrativa, mal puede incardinarse la conducta de a quién se atribuyen en la literalidad del anotado precepto. (S. 2 abril 1979.)

Artículo 399. Malversación de caudales públicos.

Para la calificación de un hecho como malversación propia o impropia es necesario que se halle perfectamente demostrado en autos la realización por el sujeto activo, funcionario público o persona legalmente asimilada, en este caso el propietario de los bienes embargados, designado depositario por el Juzgado embargante, de una de las conductas descritas en los correspondientes tipos penales, como son las de sustraer, consentir que otro sustraiga, dar a los caudales un destino distinto desviándolos, del que les estaba señalado oficialmente, o aplicarlos a usos propios; ninguna de las cuales, aparece reconocida y descrita en el Resultando fáctico de la resolución de Instancia, que se limita a decir que los bienes embargados han desaparecido, sin que conste la fecha de desaparición de los mismos, ni su actual paradero, por lo que es evidente que al no existir reconocidos en tal descripción, los elementos típicos esenciales referentes a la acción o verbo nuclear, para que el proceder del recurrente pueda ser subsumido o encuadrado íntegramente, en el artículo 399 del Código penal invocado como infringido en el recurso, pues como tiene declarado reiteradamente esta Sala, tanto la sustracción efectuada por el funcionario, como su consentimiento a ella, así como la desviación o el uso de los caudales custodiados, son hechos que han de aparecer perfectamente perfilados, tanto en su vertiente objetiva como en la subjetiva, con prueba cumplida y que no deje dudas sobre la realización de una de tales conductas (Sentencia de 7 de abril de 1962, entre otras), lo que no ocurre en el presente caso, pues aunque no consta qué pasó con dichos bienes (que, por ejemplo, han podido ser objeto de reembolso por otros acreedores), tampoco aparece

declarado, como según tal doctrina se precisaría que el inculpado hubiera sustraído o dispuesto de los mismos, demostración que no puede ser suplida por presunciones, sin violar los principios de legalidad e «in dubio pro reo», por lo que procede la estimación del único motivo del recurso. (S. 16 marzo 1979.)

Artículo 405. Parricidio (frustrado).

Las limitaciones inherentes a la condición humana hacen imposible el que se pueda penetrar en la intimidad de las personas para apreciar su intención, por ello, siempre que ésta venga comprendida como elemento integrante del tipo de una determinada figura penal, necesariamente se ha de deducir de los hechos ofrecidos por la realidad física perceptibles directamente por los sentidos, lo que cobra especial relieve y significación cuando el supuesto objeto de análisis se halla constituido por una circunstancia como la alevosía, que es predominantemente objetiva, como tantas veces ha declarado esta Sala, ya que en su configuración legal se atiende a los medios, modos o formas más que al elemento psíquico, es decir, al obrar o a la materialidad de los actos realizados y no al querer, de ahí, que cuando la acción dinámica del agente se reputa idónea para la producción del resultado finalísticamente perseguido sin riesgo para la persona del autor que proceda de la defensa que pudiera realizar la víctima, en general, se debe deducir que al autor tuvo no solamente la representación, sino también la voluntad de aprovecharse de la ocasión que le era propicia o favorable.

La aplicación al caso de autos de la doctrina anteriormente expuesta conduce a sentar la conclusión de que procede desestimar el primero de los referidos motivos de casación, en cuanto que, del relato histórico, aparece que el procesado, después de coger una escopeta del doce y cargarla con dos cartuchos, entró en la cocina en la que se encontraba sentada su mujer y, hallándose a una distancia de la ofendida de unos ochenta centímetros, de forma súbita e inesperada le disparó a la cabeza, produciéndole las lesiones que en el propio relato se describen, así como las tremendas secuelas que dejaron, de donde resulta, pues, por un lado, la perfecta idoneidad de los medios y de la forma empleada en la ejecución del hecho para lograr la consumación del delito contra las personas calificado con todo acierto por la Sala de Instancia, y, por otro, que el procesado se aprovechó voluntariamente de la ocasión que se le deparaba para realizar el hecho sin el menor riesgo que pudiera provenir de la imposible reacción defensiva de la víctima. (S. 8 marzo 1979.)

Artículo 406, 1.º. Asesinato.

No puede negarse la concurrencia de la alevosía cualificadora del asesinato, pues esta Sala, entre otras, tiene declarado en la Sentencia de 19 de abril de 1972: «Para que surja la alevosía agravante o calificadora del ase-

sinato, resulta indispensable, la presencia de dos presupuestos: a) **Subjetivo**, el primero, constituido, porque el agente telológicamente, utilice de manera consciente, medios, modos o formas de ejecución que tiendan a asegurarla, sin el menor riesgo por la indefensión deseada de la víctima, y que suponga una superior culpabilidad personal, porque surgidos en la dinámica operativa, los aprovechara, con tal finalidad doble; y b) **Objetivo**, el segundo, porque se utiliza el «modus vivendi», constituido por alguno de los más diversos y posibles medios de actuación práctica, que conduzcan materialmente al aseguramiento consumado de la agresión, sin peligro para el ejecutor, que provengan de la eventual defensa del ofendido, que ha de encontrarse anulado en su posible reacción y desvalido en absoluto, por ignorar el malvado propósito que anima al agresor, pleno de perfidia y cobardía, que subrepticia o cautelosamente, le ataca en su vida o integridad corporal, por sorpresa». Aplicando estos criterios no cabe dudar que subjetivamente era consciente que disparando con arma tan mortífera y a tan escasa distancia estaba asegurado el resultado letal que produjo, estando también claro y manifiesto que lógica y racionalmente ponderó la imposible defensa que pudiera hacer el ofendido, al encontrarse inerme y desamparado, de tal forma que el agresor sabía y le constaba que ningún peligro iba a correr y cuáles iban a ser los resultados de su agresión; pues en el aspecto objetivo la distancia, el arma utilizada, la posición de la víctima, el encontrarse totalmente indefenso sin reacción posible, y clamando por su vida, era una forma de ejecutar el hecho que tendía a asegurar el resultado mortífero propuesto y la imposibilidad de reacción o defensa por parte del ofendido. (S. 13 marzo 1979.)

Artículo 407. Homicidio (frustrado).

Todo el problema sobre el que tiene que decidir la Sala, se ha de resolver acudiendo, una vez más, al criterio diferenciador entre las infracciones penales del homicidio frustrado y las lesiones, del ánimo de matar—dolo querido de muerte—, forjado en la mente del autor y por consiguiente perteneciente a facultad interna e invisible del sujeto, por lo que su determinación o indeterminación ha de ser apreciada a través de elementos y factores de naturaleza externa que afloran, como reiteradamente tiene establecido la Jurisprudencia, bien en los antecedentes de los hechos, bien en la forma coetánea o concomitante a la conducta o acción recogida en el tipo delictivo, e incluso en elementos posteriores o subsiguientes a la ejecución, analizados todos ellos con la suficiente cautela, a fin de lograr la mayor ausencia de duda que exige el recto enjuiciamiento, figurando como más importantes los pertenecientes al núcleo de la acción sancionada y entre ellos de forma muy especial el «modus operandi», el medio que se emplea en la actividad y los resultados obtenidos.

A la luz del criterio que se acaba de exponer, resulta, con suficiente claridad, que los hechos que se relatan como probados, fueron, bajo el punto de vista jurídico, correctamente calificados, por el Tribunal de Ins-

tancia, como constitutivos de un delito de homicidio en grado de frustración, porque la enemistad entre las familias de la procesada y la víctima que se especifica como antecedente de la conducta delictiva, si bien es cierto que no implica por sí sola la intencionalidad de la agresora, también lo es que tiene potencialidad para el surgimiento del querer de la muerte, y porque la intesidad de la actividad—ocho puñaladas—, el medio empleado en las agresiones—navaja con hoja de 10,3 centímetros de larga y con mango de 13,8 centímetros y la dirección de las heridas—tres en brazo izquierdo, tres en la cara, una en región mamaria izquierda y otra en el epigastrio— evidencian la posibilidad de apreciar el «animus necandi», elemento de la culpabilidad que sirve para que el golpeamiento y acometimiento de una persona a otra sea considerado como constitutivo de un delito de homicidio, en grado de frustración, por todo lo cual deben ser desestimados los dos motivos del recurso, el primero articulado, por entender que se ha aplicado indebidamente el artículo 407 en relación con el artículo 3.º, ambos del Código penal y, el segundo, por falta de aplicación del núm. 4 del artículo 420 del mismo texto punitivo. (S. 3 marzo 1979.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones.

Las lesiones necesitaron cincuenta y cinco días para curar, quedándole como secuelas irreversibles la pérdida del diente incisivo inferior izquierdo y la fractura del canino del mismo lado, se hace forzoso concluir que concurrieron en el caso los elementos y requisitos necesarios para poder castigarlo conforme al número 3.º del artículo 420 del Código penal, pues es evidente que, aun cuando tal defecto pueda disimularse merced a los adelantos de la moderna técnica odontológica, lo que no cabe negar es que el sujeto ha quedado deforme a todas luces con la lesión sufrida, porque por deformidad se ha de entender, no sólo las anomalías o irregularidades físicas ostensibles y permanentes que produzcan fealdad o desfiguración, sino cualquier alteración corporal visible o invisible que comporte imperfección, entre ellas, claro está, que la pérdida de los dientes. (S. 2 abril 1979.)

Artículo 429, 3.º. Violación.

La jurisprudencia de esta Sala—Sentencias de 5 de febrero y 21 de junio de 1976 y 23 de mayo de 1978—tiene declarado, reiteradamente, que las situaciones de subnormalidad son susceptibles de ser acogidas en el requisito de la falta de razón que reclama el delito de violación, cuando afecta a las facultades psíquicas de la víctima o sujeto pasivo del delito, en tal grado, que no puede valorar el alcance y trascendencia del acto sexual que se realiza y siempre que sean conocidas por el agente de la conducta delictiva o sujeto activo del delito, sin que la equiparación de

la edad mental a la edad física de menos de doce años, que se recoge en el número 3 del artículo 429 del Código penal, pueda servir más que como medio orientador, pero nunca como vinculador en el juicio que ha de formarse el Juzgador, en virtud de que en la edad física se da la concurrencia de las disminución mental y la fuerza que pueden oponer al acto ilícito y en la edad mental no suele darse la disminución de ésta y además por el desequilibrio que se presentan en los diferentes tipos de enfermedades en relación con las facultades de la mente, habiéndose declarado, en el supuesto de oligofrenia, en grado de debilidad mental muy acentuada, rayana en la imbecilidad, como se desprende de las sentencias citadas, que concurre el requisito que se impugna en el único motivo sobre el que tiene que decidir la Sala, por lo que debe desestimarse, en cuanto que en la versión fáctica de la sentencia se hace constar este grado de disminución de la razón, máxime si se tiene en cuenta que el coeficiente intelectual es de 0,52 y la edad mental equivalente a la de una niña de seis años y seis meses a siete años y seis meses como máximo, y que esta situación anormal y patológica era conocida perfectamente por el condenado. (S. 28 marzo 1979.)

Artículo 431. Escándalo público.

Se estima infringido por el Tribunal a quo el artículo 431 del Código penal, entendiéndose que si el vigente artículo 3.º del Código civil, de aplicación general, ordena que la interpretación de las normas jurídicas debe hacerse «de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», hay que convenir que el concepto dominante en la sociedad actual respecto a moralidad sexual es muy distinto y mucho más amplio que el imperante hasta hace unos años; pero es lo cierto que, como queda dicho en doctrina, por mucha laxitud que quiera tenerse en el escabroso tema de la moral sexual colectiva y por mucho que quiera distinguirse entre simple erotismo y pornografía, hay límites infranqueables que no es lícito traspasar y, sobre todo, es preciso atender a la indiscriminada publicidad de la estampa o impreso; de modo que, en cuanto a lo primero, una cosa es la exhibición del desnudo femenino, en cuanto el mismo representa una satisfacción estética, y otra es la reproducción de escenas, acompañadas de textos seudoliterarios, en los que claramente se presenta el mismo acto sexual, acto de copulación, que no sólo religiosamente, sino también culturalmente, se ha tratado siempre de velar y recatar por un ancestral e innato sentido del pudor, de suerte que no puede hacerse invocación de la «norma de cultura» para hacer tabla rasa de dicha permanente valoración humana como no sea en nombre de un proceso diametralmente opuesto de «anticultura» del que ya se empieza a hablar y que es preciso atajar, si no se quiere que desaparezca la base más firme de la norma jurídico-penal; y en cuanto al segundo aspecto, también es claro que la protección dispensada por la Ley a la recta formación sexual de los menores exige que los impresos gráficos estén sujetos a límites de difusión (equivalentes a los de otros me-

dios de comunicación social), dada la exhibición de los mismos en quioscos y otros lugares abiertos en los que pueden ser contemplados impunemente por tales menores.

El ejemplar de la revista unido a los autos y al que el **factum** de la sentencia recurrida se remite, en especial su portada y determinadas páginas, incide en aquella peyorativa valoración del desnudo femenino a que se ha hecho referencia, puesto que las fotografías de mujeres desnudas acompañadas en casos del correspondiente «partenaire» masculino, junto a los textos que las ilustran, presentan escenas previas al acto sexual, cuando no insinúan el acto mismo, lo que vulnera, como se ha dicho, la norma de cultura que subyace en la jurídica protectora de las «buenas costumbres», las que trata de suplantar así por criterios regresivos de anticultura y de dispersión valorativa. (S. 2 marzo 1979.)

El Tribunal Supremo, atribuyendo un valor disyuntivo a la «o» que, en el artículo 431 del Código penal, separa las palabras «escándalo» y «trascendencia», en numerosas sentencias, entre ellas las de 20 de noviembre de 1976, 20 de enero de 1977 y 18 de enero de 1978, ha sostenido que los actos de homosexualidad practicados por adultos con menores, máxime si han sido precedidos o seguidos de dádivas o de otros medios de incitación o de persuasión, constituyen siempre comportamiento subsumible en la figura legal de escándalo público incluso cuando no les acompaña la publicidad, difusión, divulgación o conocimiento general, toda vez que tales actos, por sí mismos, y al extrañar propagación o extensión de una perniciosa desviación sexual a personas que por su corta edad se hallan en peligrosa fase de indiferenciación erótica, son relevantes y trascendentes, lesionando e hiriendo gravemente al pudor y a las buenas costumbres, las cuales los repudian, reprueban y execran gracias a la ofensa que supone para la moralidad sexual colectiva y para los sentimientos de decencia, recato y morigeración propios del común de las gentes. (S. 20 marzo 1979.)

Artículo 490. Allanamiento de morada.

Si bien el delito de allanamiento de morada generalmente es un delito instrumental, cometido como medio necesario para la consecución de otros fines también delictivos (atentados contra la vida o la integridad física, honestidad, libertad, etc.), en el caso enjuiciado no se da esa circunstancia ni finalidad, ni siquiera el procesado tenía inicialmente la intención dolosa de atentar a la santidad del hogar y la inviolabilidad de domicilio, y así podemos decir que no se dio claramente la forma activa del delito ante la falsa situación en que se encontró el procesado al dirigirse a visitar a una amiga suya, llamada Carmen, con la que tenía gran intimidad, ignorando que ésta se había mudado de vivienda y arrendado la anterior, precisamente aquel mismo día, a unos estudiantes, y cuando al llamar a la puerta le abrió uno de ellos, le preguntó por la referida Carmen y al contestarle que no sabía donde se encontraba y que ellos ocupaban el

piso, el procesado, visiblemente mareado por la ingestión de bebidas alcohólicas, penetró en la vivienda, insistiendo tenía que decirle dónde vivía, siguieron hablando de varias cosas, saliendo después a ver el coche del procesado y éste le regaló una botella de vino que tenía en el coche, penetrando de nuevo en el piso con el estudiante que había salido y obsequiado, volviendo a discutir con éste y los demás ocupantes del mismo, para le dijeran el domicilio actual de Carmen, actitud ésta del procesado y los moradores de la vivienda que excluye la antijuridicidad de la acción, al no aparecer la falta de consentimiento ni oposición, a que el procesado entrara en las dos ocasiones en la vivienda inquiriendo el paradero de su amiga, pero sí se da el allanamiento pasivo al requerirle ya en este momento reiteradamente para que se marchara, a lo que se negó el procesado, que ya conocía a los nuevos moradores del piso, con lo que en esta forma pasiva del delito se da tanto el elemento objetivo como el subjetivo de la infracción. (S. 8 marzo 1979.)

Artículo 501. Robo con violencia o intimidación en las personas.

En los llamados delitos de robo con violencia o intimidación en las personas **preordenados**, en los que el agente, con liberación o sin ella, ha concebido, madurado o planeado el atentado contra la propiedad **mediante** el empleo de violencia o de intimidación, la concurrencia de un «dolus antecedens» simplifica las cuestiones que pueden presentarse reduciéndolas a una mínima expresión, pero cuando, las citadas violencia o intimidación, surgen **episódicamente** en el curso de una dinámica comisiva característica de cualquiera otra infracción que no conlleve de ordinario el empleo de medios violentos contra las personas produciéndose éstos como una incidencia sobrevenida, la problemática habitual se acrece o aumenta, siendo preciso resolver las siguientes cuestiones: 1.º infracciones idóneas para que, surgiendo en su «iter criminis» la violencia o la intimidación, se transmuten en delitos de robo matizados con dichas notas y subsumibles en el artículo 501 del Código penal; 2.º momento en el que la violencia o la intimidación deben surgir para ser relevantes u operantes a tales efectos, y 3.º finalidad a que deben propender las dichas violencias e intimidación para que, su aparición no inicial, determine su trascendencia y truequen lo que constituía conducta propia de otra infracción en el mencionado delito contra al propiedad incluíble en el mentado artículo 501. La **primera** cuestión tiene fácil solución cuando se trata de robo con fuerza en las cosas, infracción apta y adecuada para dicha transformación, puesto que el artículo 501 emplea, en sus números 1.º y 3.º, la expresión «con motivo u ocasión del robo», en el núm. 2.º, la de «cuando el robo fuere acompañado» y, en el 4.º, «cuando la violencia o la intimidación que hubiere concurrido en el robo», estando acordes la doctrina y la jurisprudencia en este punto; pero, cuando se trata de hurto o de estafa, infracciones patrimoniales de tipo furtivo, clandestino, subrepticio o defraudatorio, en los que, por su esencia, la violencia o la intimidación deben estar ausentes de su dinámica comisiva, la solución se complica, sosteniendo algunos sectores doctrinales que como, en tales casos, las citadas violencia e intimidación, no surgen con ocasión o motivo de robo, sino con

ocasión o motivo de hurto o de estafa, no puede convertirse en robo con violencia o intimidación en las personas, lo que, por su propia naturaleza, ni lo es ni puede serlo, pero, por su parte, la jurisprudencia de esta Sala, mantiene que si, en el curso o desarrollo operativo de un hurto o de una estafa, advienen la violencia o la intimidación encaminadas al logro de apetencias patrimoniales, tales infracciones se desvanecen o se esfuman para dejar paso a comportamiento subsumible en el artículo 501 toda vez que su naturaleza y su estructura, astutas y no violentas, han cesado para abrir paso a un tipo de delincuencia distinto matizado por el empleo de la «vis absoluta» o por el de la «vis compulsiva», siendo ejemplo de lo que se dice las Sentencias de este Tribunal de 12 de marzo de 1955, 11 de febrero de 1957, 10 de marzo de 1954 y 14 de diciembre de 1962, entre otras. (S. 13 marzo 1979.)

Artículo 501, 5.º. Robo.

El procesado dio un tirón al bolso que llevaba en el brazo la señora, dándose seguidamente con él a la fuga, es evidente que realizó un acto de fuerza contra su propietaria para cogerlo, pues no otra conclusión puede sacarse de la palabra «tirón», que significa acción y efecto de **tirar con violencia**, sin que obste a las consecuencias del delito la pequeña entidad económica contenida en el bolso, ya que solamente con la fuerza ejercida sobre la víctima para llevar a término el hecho punible no puede admitirse la teoría del recurrente y considerar, con arreglo a ella, que la acción realizada sea constitutiva de hurto—en este caso de la falta del artículo 587-1.º del Código penal—, sino de la más grave infracción de robo que define y pena con acierto la sentencia reclamada en base al artículo 501-5.º del citado ordenamiento sustantivo. (S. 5 abril 1979.)

Dentro del concepto de violencia personal debe comprenderse toda acción ejercida sobre la persona para vencer su resistencia o coartar su libertad de obrar, por lo que esta Sala ha reputado como tal los forcejeos o tirones, entre otras, en Sentencia de 27 de marzo de 1961, por lo que no se puede decir seriamente que en el relato de hechos probados no aparezca descrito suficientemente el elemento objetivo de la violencia, dado que en él se dice que el procesado «arrebató a viva fuerza el bolso» a la ofendida, expresión con la que se remarca la concurrencia del requisito ya que bastaría que se hubiese empleado, sin más, el término arrebatar, para que quedase cumplidamente configurado, puesto que, según el diccionario de la lengua, equivale a tomar alguna cosa con violencia o fuerza, siendo totalmente intrascendente la dinámica seguida al efecto. (S. 16 abril 1979.)

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

Se denuncia la aplicación indebida del núm. 1.º del artículo 504 del Código penal, que habla de escalamiento, fundamentándolo en que el escape roto por los procesados para penetrar en el establecimiento de electrodomésticos debe considerarse como hueco análogo a puerta o ventana, por

lo que el precepto aplicable sería el núm. 2.º del citado artículo 504; motivo éste que procede desestimar, en primer lugar porque en los hechos probados se sienta la afirmación de que una vez rota la luna del escaparate de la tienda de electrodomésticos los procesados pasaron al interior por él, lo que implica el penetrar al lugar del hecho por vía no destinada al efecto, concepto éste que es el que corresponde a la definición legal del escalamiento que constituye la forma típica del núm. 1.º del artículo 504, aplicado en la sentencia; y en segundo lugar, porque aunque pudiera ser igualmente correcta la aplicación del invocado núm. 2.º del artículo 504, rompimiento de pared, ello no desnaturalizaría la calificación de robo con fuerza en las cosas del hecho enjuiciado, no afectaría al contenido de la parte dispositiva de la sentencia recurrida, lo que haría estéril el recurso. (S. 2 abril 1979.)

Artículo 509. Tenencia de útiles para el robo.

Se impugna el delito de **tenencia de útiles para el robo** por entender que queda absorbido en el de robo, por el que también fue condenado el recurrente, por ser éste tipicidad de mayor rango; alegato que sería perfectamente válido si al procesado se le hubiera ocupado tan sólo la palanqueta con la que perpetró el delito de robo, pues siendo la misma instrumento necesario para la comisión, el viejo principio del **non bis in idem**, de tan rancio abolengo, hubiera impedido tal duplicidad de sanciones; pero si en el **factum** se dice que al ser detenido días después del hecho el procesado y en el interior de su camión, aparte de diversas herramientas, le fue ocupada la palanqueta de autos y además dos ganzúas, es evidente, conforme a doctrina también clásica de esta Sala, que hubo un remanente de útiles para el robo, no empleados en el de autos, cuya mera tenencia, por ende, no queda absorbida por el tipo penal descrito en el artículo 504-2.º del Código penal en el que incidió la conducta del recurrente, tanto más que las ganzúas en cuestión están orientadas a la perpetración de otro tipo penal, el 504-4.º, en el que el uso de la fuerza típica es completamente distinto al que realizó el procesado en el caso de examen; y sin que pueda decirse, como hace el recurrente, que cupo la posibilidad de que el procesado empleara las ganzúas ocupadas en la sustracción de los efectos reseñados en el **factum**, una vez que en el mismo se afirma que aquellos fueron sustraídos de las distintas dependencias del inmueble, pues aparte de que tal cosa no consta, el propio **iudicium** de la sentencia recurrida (primer considerando de la misma), se vale del argumento de que no fueron empleadas las ganzúas en la ejecución del hecho para decretar el consumo real del delito de robo y del de tenencia de útiles para cometerlo. (S. 5 abril 1979.)

Artículo 529. 1.º. Estafa (frustración).

El procesado, en unión de otro respecto del cual fueron los hechos declarados falta, previamente puestos de acuerdo, con el fin de realizar el timo del «toco-mocho», abordaron a una joven, enseñándole un papel con unas

señas y un número coincidente con un décimo de lotería, diciéndole al procesado Manuel que era analfabeto y que había comprado un décimo de lotería a un señor en el pueblo, habiendo resultado premiado el décimo con la cifra de cuatro millones y que si se lo financiaba le daría parte del dinero, repartiéndolo también con el otro procesado, y que al darse la joven cuenta del engaño e invitarles a que la acompañasen a la Comisaría, salieron huyendo, el Manuel, inmediatamente, y el otro procesado poco después, por seguir acompañando a la joven durante cierto tiempo para disimular, es claro que la voluntad finalísticamente dirigida al logro o comisión del hecho punible perseguido quedó objetivada por la realización de actos ejecutivos indubitados y manifiestamente idóneos y congruentes para el logro del fin delictivo perseguido y que si no lo alcanzaron no fue ciertamente, porque voluntariamente desistieron de seguir por el camino del mal para retornar al buen camino, sino porque, contra su voluntad, se vieron obligados a interrumpir el «iter criminis» al verse descubiertos por la víctima y ante la inminencia de la denuncia que ésta iba a formular, como en efecto formuló. (S. 16 marzo 1979.)

Artículo 533. Estafa.

El delito de **estafa** descrito en el artículo 533 del Código penal, ya se considere según criterio tradicional como un **tipo complementario** que cierra la regulación legal «de las estafas y otros engaños», a modo de cautela legislativa que evita la atipicidad de maquinaciones no descritas en los preceptos anteriores, ya se considere con técnica más moderna como el **tipo básico o genérico** de la estafa, del que las demás especies vendrían a ser tipos cualificados a virtud de los específicos engaños que recogen, es lo cierto que, en todo caso, habrá de reunir los elementos propios y característicos de toda estafa, a saber y de modo sintético, el **engaño** inicial desplegado por el sujeto activo, el **perjuicio** final sufrido por el sujeto pasivo y la **relación causal** entre el primero y el último; de suerte que la última diferencia entre la estafa genérica y las específicas que le anteceden ha de buscarse en la tipicidad, vale decir en que el engaño se halle **expresado** o no en los tipos especiales, pues si el artificio o maquinación engañosa, con poderío causal para producir el perjuicio, no puede subsumirse plenamente en tales figuras específicas, habrá que dar paso a la figura de delito del artículo 533 (S. 1 marzo 1979).

Artículo 535. Apropiación indebida.

Se reputa indebida aplicación del artículo 535 del Código penal, al estimar subjetivamente que no puede entenderse cometido el delito de apropiación porque el dinero que recibió el acusado y del que ilícitamente se apoderó en su propio y personal beneficio, no lo fue en «**depósito**», sino que era y pertenecía a la Empresa denunciante, y que el procesado no hizo otra cosa que sustraer un bien mueble de quien lo tenía legítimamente en su poder, conducta que el Código castiga en el artículo 533 en su relación con el 531.

De haber prosperado la precedente tesis el agente hubiera debido ser condenado con más grave pena, la del hurto concretamente agravada por el «abuso de confianza», pues la sustracción de una cosa mueble de quien la tiene legítimamente en su poder es el ilícito penal concreto y específicamente tipificado en el artículo 514-1.º, castigado en el 515-1.º y específicamente agravado en el 516-3.º, por la facilidad operativa delictual que implica el abuso de confianza; sin que haya posibilidad técnico-jurídica de encuadrar la actuación dolosa del discrepante en la peculiar y atípica figura de la estafa establecida por el legislador para prever supuestos específicamente imprevistos de defraudación, viniendo a ser una «**figura en blanco**» que ante el temor legislativo de no haber precavido todas las formas en que el ser humano puede defraudar penalmente a otro, crea, precautoriamente, una tipología penal omnicomprendensiva de concretos «**numeros accertus**» no relacionados ni expresados «**números clasus**» en los artículos anteriores de esta Sección 2.ª, rubricada «**de las estafas y otros engaños**», calidad en que no se pueden encajillar los actos que se incriminan, pues el acusado no defraudó ni engañó, que es la esencia de las estafas, sino que se apropió, indebida y delictualmente de lo que no le pertenecía; sin que fuera preciso que recibiera el cheque cuyo importe se apropió, ni en depósito ni en administración, sino en «**comisión de cobro**» en favor de la empresa que laboralmente le encomendó tal gestión propia de su quehacer profesional, sin que el artículo 535, siga tampoco un sistema estricto de enumeración excluyente que repudie otros títulos distintos de los que expresamente se citan —depósito, comisión y administración—, pues ya se cuida el precepto de ensanchar el ámbito de las apropiaciones indebidas a otro cualquier título con tal de produzca obligación de entregarlos o devolverlos, y no cabe duda que cuando en su cometido laboral le fue entregado y recibido el talón bancario con el expreso encargo de cobrarlo e ingresar su importe en la cuenta corriente de la empresa lo recibió y le fue entregado con la encomienda de percibir su importe y devolverlo mediante el ingreso, y que al apropiárselo incorporándolo ilícitamente a su patrimonio, realizó el acto apropiativo que la Ley castiga en la norma penal base de la condena que se discute y como el acto está típicamente especificado, a éste «**principio de especialidad**» especifica se atuvieron correcta y acertadamente los juzgadores de Instancia; y notorio desacierto hubiera sido subsumir los hechos en las genéricas y legalmente imprevistas defraudaciones del artículo 533, ya que una vez más cabe insistir en que no es dable confundir ni hacer paralelos o sinónimos los actos de apropiación y los de defraudación, ya que el imputado no engañó a la empresa, sino que se limitó a apoderarse de lo que le era ajeno y se le había confiado con la obligación de cobrarlo y devolver su importe (S. 30 marzo 1979).

Artículo 563 bis) Cheque en descubierto.

Si bien es cierto que esta Sala viene declarando que la postdatación del cheque no es un dato de exclusión de la antijuridicidad cuando de una razonable y breve postdatación se trata (Sentencia 2 de noviembre de 1974)

o de un breve lapso de tiempo (Sentencia de 17 de enero de 1976), cuando se inserta en él una fecha asaz diferente de la real de dación o emisión, tal libramiento, se estima, que su eventual descubierto no revestirá naturaleza criminal ni podía, por tanto, ser objeto de sanción penal (Sentencia 22 junio de 1976) y ello, porque en tales casos se opera —como sigue diciendo la sentencia últimamente citada— una desnaturalización del mencionado título valor, que se convierte en instrumento de crédito o de pago diferido, llenando la función que genuinamente corresponde a las letras de cambio, eludiendo, con ello, subrepticamente el pago de impuestos del timbre, y desentendiéndose de las normas del Código de Comercio —véase el artículo 537— que atribuye al cheque una vida activa extraordinariamente breve; desnaturalización que se produjo en el caso enjuiciado en el que el procesado, representante de una entidad mercantil de la que era gerente, suscribió para con otra entidad también mercantil un documento por el que, ratificando otro anterior de reconocimiento de deuda, le garantizaba el pago por medio de un talón bancario postdatado en ochenta y un días, ignorando —dicen los hechos probados— si dispondría de fondos para hacer frente al citado talón en la fecha consignada en el mismo; convenio con el cual se despojó al cheque de su función económico-jurídica de medio de pago —sustitutorio del pago en dinero efectivo, razón por la cual, y para la seguridad del tráfico mercantil, goza de protección penal— al convertirse artificialmente en una garantía de pago que podría llegar, sin duda, a ser más eficaz en la práctica que cualquier otra que pudiera otorgarse de naturaleza real o personal, al llevar aparejado consigo la amenaza penal inherente al supuesto delito si se dejara de abonar el cheque por falta de provisión de fondos en la fecha pertinente.

Por todo lo expuesto, la falta de provisión de fondos en poder del librado en la fecha consignada en el documento no podía ser conocida por el librador por tratarse de un hecho futuro e incierto dado el no breve tiempo de la postdatación y las dificultades económicas o de liquidez que en un momento dado puedan surgir en cualquier empresa, y lo que no era desconocido para el tenedor, también comerciante, que al amenazar con encarcelar al librador por el impago y formular la querrela, pone de manifiesto su mala fe, por cuanto que al tomar el cheque aceptó el riesgo de impago al conocer su postdatación, con lo que no existe ilícito penal alguno, tan sólo existe incumplimiento de una obligación de carácter mercantil que ha querido ser criminalizada por el querellante amparado por un título valor desposeído de la protección penal por la Ley concedida, al no cumplir su natural función; todo lo cual hace forzosamente estimable el único motivo propuesto por el recurrente, apoyado parcialmente por el Fiscal, y obliga a anular y a casar la sentencia recurrida y a dictar sentencia segunda más ajustada y conforme a derecho (S. 16 marzo 1979).