

## Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ,

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

### **Artículo 3.º, párrafo segundo. Frustración.**

El artículo 3.º del Código Penal se centra en el grado alcanzado por los actos de ejecución del delito consumado, de tal modo que si la ejecución del delito inconsumado, de tal modo que si la ejecución es incompleta, por no haber practicado el culpable todos los actos que debieran producir el delito, hay tentativa, y si la ejecución es completa, por haber practicado el culpable todos los actos que deberían producir como resultado el delito propuesto, hay frustración; y según parece de los hechos probados, el procesado —como se dice en el presente Considerando— se acercó como si fuera a cruzarse con el luego agredido, portando una navaja, con la que le infirió un golpe con ella en el abdomen, parte del cuerpo que aloja órganos vitales en el que le produjo heridas graves y otro en el hemitórax derecho, por lo que conjugando el instrumento o arma esgrimida, en si tan idónea y adecuadamente utilizada y los lugares tan vulnerables del cuerpo humano afectado, en que aloja órganos vitales, se pone de manifiesto la utilización por el autor del delito de los medios ejecutivos aptos y suficientes para haber producido como resultado la muerte del agredido, que no se produjo debido a circunstancias de excepción, totalmente ajénas a la voluntad del agente, como fue la inmediata intervención quirúrgica que se le practicó como medio insoslayable para evitar su muerte, por lo que puesto de manifiesto anteriormente el «animus necandi» el que guió al procesado al agredir a la víctima, y al no haber conseguido su finalidad fue acertada y hasta obligada la calificación que del delito se hizo en la sentencia recurrida de asesinato en grado de frustración. (Sentencia de 29 de junio de 1979.)

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

La doctrina de esta Sala admite la vivencia del trastorno mental transitorio sin la existencia de una base patológica en el sujeto activo del delito, bastando la concurrencia de elementos exógenos o externos al mismo que influyan en la perturbación anímica, por lo que la diferenciación con el arrebató su obcecación, en el supuesto de que el trastorno psíquico venga

dado por estos condicionamientos externos y sus efectos no incidan de modo total en las facultades mentales, se hace sumamente difícil, en cuanto que el criterio cuantitativo, seguido en determinadas resoluciones casacionales, reservando la mayor intensidad para la atenuación por perturbación mental y la menor para el estado pasional o emocional, se ofrece a cierta arbitrariedad por la dificultad que encierra, en muchos casos, la medición del estado psíquico de la persona, lo que da lugar, en estos supuestos de dificultosa apreciación del grado mental, el que se tenga que acudir a la naturaleza y caracteres de los elementos exógenos motivadores de la disminución psíquica, a fin de encuadrarlos en una u otra causa afectiva de la responsabilidad, pudiéndose decir que para apreciar el trastorno mental transitorio, tanto como eximente completa como incompleta o atenuante, es necesario en aquellos supuestos sin base patológica, tener en cuenta: a) que el factor exógeno determinante de la perturbación tenga potencialidad o eficacia «per se» para producir una total privación de las facultades, ya que sin esta posibilidad, en buena técnica jurídica no debiera hablarse del trastorno mental tanto total como parcial, pues éste no es más que los efectos incompletos de aquél; y b) que cuando se trate de estímulos poderosos no incidan como estados emocionales o pasionales del arrebato o de la obcecación, en los que la inteligencia y la voluntad sufren la alteración a modo de cargas en las que el filtro del intelecto no recoge la reflexión necesaria y el freno de la voluntad no es suficiente para el perfecto control de la conducta. Sentencia de 14 de diciembre de 1978 sobre el trastorno mental transitorio; 15 del mismo mes y año sobre el arrebato u obcecación; y 29 también del mismo mes y año sobre la diferenciación de una y otra circunstancia. (Sentencia de 27 de junio de 1979.)

#### **Artículo 8.º, 7.º. Estado de necesidad.**

Los bienes jurídicos en colisión, pugna o conflicto, han de ser necesariamente la **vida** o subsistencia del acusado y la **salud pública** conturbada con el tráfico de sustancias estupefacientes efectuado por el referido agente; y lejos esta Sala de reputar indispensable que, en tales casos, el presunto necesitado se halle al borde de la extenuación o de parecer por inanición, ha de exigir, sin embargo, que no se trate de carencias leves o de privación de lo superfluo, sino de indigencia o de falta, prolongada y total, de medios de subsistencia que coloquen al afectado en situación de carencia o de grave penuria de alimentos, cobijo, vestido, asistencia médico-farmacéutica o de cualquier otra cosa indispensable para la vida o para la salud; carencia que, en este caso, no se detecta en absoluto en los presupuestos fácticos de la sentencia recurrida, puesto que, en primer lugar, que un sujeto de veintiséis años de edad viva separado de sus padres, es dato totalmente inane, y, en segundo término, «el estar sin trabajo», sin otro aditamento o matización, es decir, sin que conste que carecía de otros bienes o medios de vida, que no percibía subsidio de desempleo y que ello le ha abocado a una situación de pobreza, de indigencia o de grave penuria,

no permite presumir que su subsistencia se hallara, a la sazón, intensamente amenazada, y que se decidió a traficar con estupefacientes con la única finalidad de atender necesidades perentorias, llegándose, antes bien, a la conclusión contraria con sólo reparar en que se trasladó a Tánger y adquirió allí 5,400 kilogramos de «haschich», para todo lo cual, como es notorio, precisaba una crecida cantidad de dinero, de la que sin duda disponía, la que, de haberla aplicado a la satisfacción de sus más apremiantes necesidades, hubiera impedido tanto la iniciación de una vida de delincuencia como la precisión de invocar un estado de necesidad a todas luces inexistente. (Sentencia de 2 de julio de 1979.)

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

Se alega en el recurso que la Sala de Instancia incurrió en error en la apreciación de la prueba al no aceptar la atenuante de estado mental, que en precedente sentencia de 7 de junio de 1973 le fue apreciada, por estimar en aquel entonces que el procesado sufre una sicopatía con períodos de total obnubilación de frenos inhibitorios y del sentido del bien y del mal; en contraste con la sentencia ahora discutida de **21 de septiembre de 1978**, en que fácticamente se declaró en forma terminante que el agente «**no padece enfermedad mental de clase alguna**», criterio que ratifica en el tercer Considerando, al mantener que el procesado carece de enfermedad alguna que limite sus facultades mentales. Este motivo es inestimable por las siguientes razones: 1.º. Porque como norma general todo Tribunal es independiente y autónomo para apreciar las pruebas que se articulan y practican en cada proceso sin que le vinculen otras, y distintas sentencias dictadas por otros Tribunales. 2.º. Porque es ponderable el tiempo transcurrido entre una y otra sentencia, en que han podido variar las circunstancias mentales del encausado. 3.º. Porque en la precedente sentencia se alegaba una sicopatía que en **determinados períodos** limitaba sus facultades mentales, sin que en este caso se haya demostrado eficazmente que se encontrara en uno de estos períodos, que la anterior sentencia calificó de transitorios. 4.º. Que antes al contrario los actos de ejecución no abonan un estado mental deficiente, sino una malicia plena y total tanto en el proyecto de acceso, forma de apoderamiento y de hacer desaparecer todo lo robado. 5.º. Que las simples sicopatías no han sido reconocidas por esta Sala como enfermedades mentales ni completas ni incompletas. (Sentencia de 3 de octubre de 1979.)

#### **Artículo 9.º, 1.º. Legítima defensa incompleta.**

Provocar es tanto como incitar a otro a que ejecute una cosa, a irritarle o excitarle, precisando para su existencia según la más reciente doctrina de esta Sala que sea inmediata, bastante y proporcionada a la agresión de ella derivada y ejecutada (Sentencias de 3-IV-28 y 28-V-68), en la inteligencia de cuyo requisito es preciso discernir si realmente existió o no provocación, pero

sobre todo, y en caso afirmativo, determinar si fue o no **suficiente**, lo que equivale a decir en términos generales, que provocar es tanto como compórtarse un sujeto ante otro, de tal modo que determine en éste a su vez una reactiva conducta que sea fiel exponente al estímulo que supuso la actuación del primero, admitiendo el calificativo de suficiente tan sólo cuando tal estímulo baste, racional y lógicamente, para llevar a desencadenar la extensión e intensidad de la reacción del provocado, siendo por su propia naturaleza negativa una circunstancia eminentemente subjetiva, coyuntural y casuística que el juzgador penal ha de valorar y sopesar con reflexiva ponderación de cuantos elementos concurren en el supuesto contemplado, requiriendo una detenida atención de los hechos anteriores o simultáneos con la agresión, y la prueba del que la invoca de que las palabras o actos fueran causa proporcionada y motivo bastante a la agresión subsiguiente (Sentencias de 5-XI-18, 15-III-52 y 4-XII-72), cuya prueba sólo puede deducirse o hacerse del detenido examen de los hechos probados para sacar la consecuencia de que aun cuando mediara una mera provocación ligera que sólo consista en algún hecho o palabra, como lesión insignificante o una liviana injuria, no alcanzarían la condición o carácter de suficiente, que el texto legal expresamente exige, en cuyos supuestos el que es víctima de un ataque o agresión injusta y grave se vería en la dura alternativa de sucumbir a ella o de hacerse reo de un delito, ya que la provocación exigida presupone bastante más que la simple condición que da motivo o pretexto para la agresión, habiendo de resultar similar o equivalente a la respuesta agresora, por lo que cuando ésta exceda de la adecuación necesaria entonces el provocador se encuentra legalmente autorizado para su defensa, como ya lo afirmó la antigua jurisprudencia en Sentencias de 25 de septiembre de 1875, 20 de febrero de 1883, 3 de marzo de 1890, 21 de febrero de 1903 y más recientemente la de 24 de octubre de 1946). (Sentencia de 2 de octubre de 1979.)

#### **Artículo 9.º, 2.ª. Embriaguez no habitual.**

Cualquiera que sea el grado de acierto técnico penal de 1944 al resucitar el requisito de la **no habitualidad** en la embriaguez como atenuante, tomándolo de los códigos de 1850 y de 1870 en que también se exigía, es lo cierto que en plano de **lege data** se hace preciso acatarlo, si bien, a diferencia de aquellos arcaicos cuerpos legales que aún forman, en buena parte, el trasfondo de nuestra vigente legislación positiva, ni es menester fundar la noción de habitualidad en un determinado número de veces de ejecución del hecho, ni tener vista de las circunstancias de las personas y de los hechos, sino que basta la efectiva constatación de la **assiduitas** en la bebida (Sentencias de 22 de mayo de 1962, 30 de octubre de 1970, 8 de noviembre de 1974, 12 de febrero de 1975 entre otras) y que se exprese por el juzgador sin dar lugar a dudas al respecto (Sentencias de 27 de junio de 1903, 15 de noviembre de 1912, 28 de noviembre de 1917, etc.), para que se tenga por decaída la atenuante por faltar uno de sus requisitos—obstativo—que, para ser apreciada, debe concurrir con otro igualmente negativo: no estar preordenada al delito.

Haciendo aplicación del anterior criterio legal al **único motivo** del recurso, es visto que no puede ser acogido cuando postula la falta de aplicación en la instancia de la atenuante 2.ª del artículo 9.º del Código Penal, pues si bien es cierto que en el **factum** de la sentencia recurrida no se dice con la debida rotundidad que el procesado es habitual de la bebida, aunque sea fácil deducirlo de todo el contexto del relato, las dudas que pudieran quedar al respecto quedan totalmente desvanecidas en el **iudicium** (tercér «considerando»), en el que claramente se afirma que el recurrente «era tenido por bebedor habitual y pendenciero», ampliación fáctica que si bien tenía mejor encaje metódico en la declaración de hechos privados, no por ello es menos virtual y efectiva, según constante doctrina de esta Sala; por lo que quedando firme la nota de habitualidad en la embriaguez surge el obstáculo legal inderogable para estimar la pretendida atenuante. (Sentencia de 28 de junio de 1979.)

#### **Artículo 9.º, 4.ª. Preterintencionalidad.**

La preterintencionalidad supone una disociación o falta de paralelismo entre los aspectos subjetivo y objetivo del delito o entre intención y resultado, más como aquélla por pertenecer a la intimidad de las personas es inapreciable por los sentidos y ha de deducirse de los hechos externos que ofrece la realidad física, es menester, al efecto, tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto a fin de tratar de descubrirla, de modo que aunque entre estos datos tiene singular importancia el medio comisivo empleado, hasta el punto de que de dato sintomático se convierte en decisivo en muchas ocasiones, bien por falta de otros elementos de juicio, o bien por su especial idoneidad para producir el resultado que realmente se produjo, ello no ocurren así en otros casos, como el de autos, en el que existen otros datos que conjugados entre sí permiten deducir—con el margen de error que siempre puede haber en estos casos—, la medida del elemento intencional, como son, el que dada la fortaleza física de un hombre de treinta y un años y su habilidad o destreza para manejar un instrumento como el que utilizó, dada su profesión de albañil, así como la debilidad de la lesionada correspondiente a su edad, y, especialmente la naturaleza de las heridas o lesiones, es lógico suponer que la intención de aquél no iba más allá de causar las lesiones que tuvieron a la lesionada incapacitada para dedicarse a sus labores habituales durante veintiún días y que la secuela de la «diplopia» vino a constituir un «plus» no querido ni previsto, pues es notorio, que de haber accionado el instrumento comisivo con alguna fuerza el resultado hubiese sido mucho más grave. (Sentencia de 3 de octubre de 1979.)

#### **Artículo 10, 16. Sexo.**

Cada uno de los diversos incisos que comprende el núm. 16 del artículo 10 del Código Penal da vida a una agravante individualizada propia, que pueden coexistir entre sí, de modo que, en el caso de autos, el precepto es.

de aplicación tanto por razón de desprecio de edad, dada la diferencia que existe, en el aspecto ascendente, entre el procesado y la ofendida (treinta años aquél y setenta años ésta), como razón de sexo, pues también tiene declarado este Tribunal con reiteración que la agravante de desprecio de sexo surge, siempre que la víctima sea una mujer, salvo en aquellos supuestos en que tal condición sea inherente al delito, salvo que ella lo hubiese provocado. (Sentencia de 3 de octubre de 1979.)

#### **Artículo 14, 1.º Autoría.**

El recurrente considera indebidamente aplicado el núm. 1.º del artículo 14 del Código Penal y no aplicación del artículo 16 del mismo Cuerpo legal al efectuar el procesado el transporte de la droga por encargo y cuenta de otras personas, pues según la redacción dada al artículo 344 del Código Penal por la Ley de 15 de noviembre de 1971, basta con que el reo lleve a cabo cualquiera de las conductas en él tipificadas en relación a drogas tóxicas o estupefacientes para que se entienda cometido el delito, que como todas las infracciones contra la salud pública comprendidas en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título V del Libro II del Código Penal, constituyen delitos de peligro abstracto y de riesgo general comunitario, los cuales, como viene declarando reiteradamente esta Sala, constituyen infracciones formales o de mera actividad que no requieren, para su perfección y consumación, un resultado lesivo y concreto; y según aparece de la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada la participación del procesado fue material y directa—no secundario, que es lo que caracteriza la complicidad—, al transportar en una furgoneta de su propiedad, con destino al tráfico, ciento dos kilos de «haschisch», por encargo y cuenta de otras personas, de Tánger a Holanda, pasando por España, donde le fue ocupada la sustancia estupefaciente, conductas éstas de tenencia y transporte tipificadas por sí solas como delito en la actual redacción del artículo 344, de las que por su participación material, directa y necesaria es responsable el procesado en concepto de autor, conforme al núm. 1.º del artículo 14 del Código Penal. (Sentencia de 21 de junio de 1979.)

#### **Artículo 14, 3.º Cooperación necesaria.**

Cuando existe concierto previo para la comisión del delito, se actúa con unidad de acción, mutuo concurso e idéntico fin, distribuyéndose los participantes los actos ejecutivos de necesaria o difícil ejecución, aunque los papeles o intervenciones sean menores, pero necesarias a la ejecución, se crea una responsabilidad solidaria, por la actuación antijurídica realizada en equipo que crea una responsabilidad solidaria, entre todos los intervinientes en el hecho típico. Y que si esta actividad es de vigilancia del lugar de los hechos, mientras se realiza el delito es un acto de cooperación necesaria, porque protege a los compañeros que materialmente realizan el apoderamiento en el robo o en el hurto, previene de riesgos y peligros y da más seguridad a los ejecutores materiales, en cuanto les abriga de la posibilidad de ser sorprendidos. (Sentencia de 20 de junio de 1979.)

**Artículo 61. Determinación de la pena.**

Se plantea el problema relativo al criterio que debe adoptarse en el caso de concurrir una atenuante muy cualificada con pluralidad de atenuantes ordinarias, o lo que es lo mismo, si cuando concurren los dos presupuestos alternativamente comprendidos en la regla 5.ª del artículo 61, como son: el concurso de dos atenuantes ordinarias, debe hacerse una sola rebaja de la pena o cabe la acumulación de todas las procedentes, o la aplicación de las reglas del artículo 61 una vez rebajada la pena en uno o dos grados, más el tema de indudable interés teórico y de gran trascendencia práctica, es irrelevante en el concreto caso sometido a enjuiciamiento, por las razones siguientes: La pena señalada al delito de homicidio en el artículo 407 del Código Penal es la de reclusión menor; al concurrir una atenuante muy cualificada o dos o más ordinarias, conforme a lo dispuesto en la mencionada regla 4.ª del artículo 61, no concurriendo ninguna agravante, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados, aplicándola en el grado que estimen pertinente; así pues, como la pena impuesta fue la de prisión menor en su grado medio, es claro que el Tribunal de instancia impuso la pena inferior en dos grados a la pena tipo señalada para el delito, por lo que procede entender, aunque la sentencia no lo diga expresamente, que rebajó la pena en un grado por la concurrencia de las atenuantes de provocación y de arrepentimiento espontáneo y en otro grado por la concurrencia de la preterintencionalidad, lo que entra dentro de sus facultades discrecionales, ya que en caso de concurrir cualquiera de los dos presupuestos previstos en la regla 4.ª del artículo 61 queda a su arbitrio el rebajar la pena en dos grados o sólo en uno, por lo que no puede este Tribunal, con rectificación de lo resuelto por el Tribunal de instancia en uso de su referida facultad discrecional, rebajar en tres grados la pena tipo. (Sentencia de 20 de junio de 1979.)

**Artículo 69. Delito continuado (estafa).**

Se recurre contra la supuesta aplicación indebida de los artículos 528 y 529 del Código Penal al haber estimado la Sala que los hechos eran constitutivos de cuarenta y dos delitos de estafa en vez de calificarlos como un solo delito continuado, se hace preciso acoger parcialmente dicho motivo, ya que en el primer Resultando de la resolución impugnada se admite como probado que el recurrente en unión de otros tres individuos ya condenados en éste procedimiento, en el mes de septiembre de 1972, entablaron conversaciones con aquél quien les propuso y con ellos planeó montar el negocio defraudatorio que luego pusieron en marcha, con el que pretendían obtener ilícitamente fuertes ganancias lucrándose a costa de los futuros proveedores a quienes no pagarían vendiendo a bajo precio los productos así obtenidos, por lo que aceptada la idea por todos ellos y en punidad del propósito y acción decidieron instalar en Zarazoga una cadena de supermercados para llevar a cabo sus designios delictivos, lo que realizaron en la forma que en

dicho lugar de la sentencia se detalla, por lo que ateniéndose a tal narración, resulta indudable que los hechos fueron planificados a partir de la reunión conjunta que se cita, en unidad de ideación y consenso delictivos y desarrollados en una realidad sustantiva unitaria a través de una serie de acciones diversas en sí delictivas, que fueron cumpliendo un único objetivo doloso que actúa como núcleo aglutinante e integrador de las mismas que infringieron la norma contenida en el mismo tipo penal básico de la estafa, con homogeneidad del bien jurídico lesionado, constituyendo un solo delito continuado de estafa del núm. 1 del artículo 529, ya que fingiendo empresa y negociaciones imaginarias engañaron a sus proveedores determinándolos a través de tal engaño a entregarles mercancías a crédito cuyo importe no les fue satisfecho, provocando con ello causalmente un desplazamiento patrimonial con ánimo de lucro en beneficio propio y en perjuicio de aquéllos, sin que se haya podido individualizar lo defraudado en cada una de las operaciones de compraventa o suministro realizadas con cada proveedor, sino que sólo se habla de cantidades globales resultantes de los repetidos pedidos fraudulentos sin llegar a fijar sus fechas; resultando en cambio irrelevante a los fines de tal calificación la unidad del sujeto pasivo como sucede en subespecie del llamado delito-masa en el que los perjudicados son por definición diversos y varios, razones por las que procede la estimación parcial de dicho motivo. (Sentencia de 7 de junio de 1979.)

#### **Artículo 71. Concurso ideal.**

El artículo 71 del Código Penal, de acuerdo con la doctrina de hoy día —Sentencia de 24 de octubre de 1977—, comprende no solamente el conocido concurso ideal o formal de delitos, en sus dos vertientes de identidad total o parcial, cuando se contempla el supuesto de que un solo hecho constituya dos o más delitos y según que el hecho sea común a las dos o más infracciones—identidad total—o que constituya una figura delictiva siendo al mismo tiempo parte de otra—identidad parcial—, sino también el concurso real o material, circunscrito a la conexidad de medio a fin con el carácter de necesidad o nexo teleológico, al determinar, dentro de su normativa, los supuestos en que un hecho delictivo sea medio necesario para acometer otro y establecer una penología única del delito más grave en su grado máximo; siendo necesario para la apreciación de esta clase de concurso: 1.º. La existencia de dos o más acciones que estén tipificadas como delitos autónomos e independientes, pues en el supuesto de que sea una sola acción susceptible de subsumirse en dos o más preceptos daría lugar a un concurso de leyes y si integra dos o más delitos a un concurso ideal; 2.º. Que uno y otro hecho o conducta delictiva estén ligados por la necesidad de medio a fin, con lo que se recogen únicamente el delito instrumental y delito fin, pero no éste y el delito encubridor; 3.º. Que esta necesidad instrumental esté adornada de una conexidad teleológica, en el sentido de que la proyección o camino delictivo aparezca concatenado, no solamente por elementos lógicos, temporales y espaciales, sino también psicológicos a través de una unidad resolutoria y dolosa; 4.º. Que la punición de un sólo delito le sea favorable.



pues en el supuesto de que la pena computada exceda de la suma de las penas que pudieran imponerse castigando separadamente los delitos, se sancionarán por separado, y 5.º. Que la absorción, «asperación» o punición conjunta sea permitida por la naturaleza de las penas, en cuanto que lógicamente si su contenido no permite la fusión, la penología que reclama el concurso delictivo no tendrá lugar. (Sentencia de 7 de junio de 1979.)

#### Artículo 236. Atentado.

La distinción entre el delito de **atentado** a agentes de la Autoridad, del artículo 236 del Código Penal y el vecino delito de **resistencia** a dichos Agentes, previsto en el artículo 237 del mismo Código, es ya clásica la doctrina de esta Sala, según la cual en el delito de resistencia, la dinámica del acto no rebasa los límites de la oponente pasividad, siquiera resuelta y tenaz, al cumplimiento de aquello que la autoridad o sus agentes conceptúan necesario en cada caso para el buen desempeño de sus funciones; pero cuando el delincuente traspasa la esfera de la pasividad y entra en la de la acometividad violenta, es reo de atentado, porque el acometimiento supone agresión y equivale a ataque o embestida superadora del acto de fuerza pasiva, a la que igualmente rebasa la llamada **resistencia grave**, integrada, por lo mismo en el delito de atentado, en tanto que la **simple resistencia** se degrada ya al delito del artículo 237, pues la **gravedad** que distingue ambas especies, aunque de índole cuantitativa y circunstancial por ende, ya está indicando que no se trata de mera pasividad inerte y estorbadora de los mandatos de la Autoridad o de sus delegados, sino de una oposición que, sin llegar a la forma directa de ataque o acometida, participa también, en cierto modo, de lo que podría llamarse espiritual o anímica agresividad, muchas veces —como lo demuestra la **praxis**— con la misma eficacia ofensiva, en su suro y embozada manifestación, que el ataque descubiertamente activo y violento; de suerte que si la distinción de ambas resistencias puede parecer sutil a **priori**, a la vista del caso concreto puede reconocerse con más facilidad esta diferencia de grado en la fuerza física del delito.

A la vista de la anterior doctrina, cabe encuadrar la conducta del procesado, como lo hicieron con acierto los jueces de instancia, en el delito del artículo 236 del Código Penal, una vez que del **factum** se desprende que el procesado no sólo opuso tenaz resistencia a los requerimientos de los Policías y Sereno municipal para que se calmara y depusiera su actitud, sino que además de forcejear con todos ellos, lo que ya implica resistencia impregnada de fuerza activa, pasó a la directa agresión, al **golpear** a uno de los funcionarios policiales, causándole lesiones que curaron en cuatro días y daños en su traje valorados en 1.340 pesetas, amén de los causados en el que vestía el Sereno; es decir, que como afirma el **iudicium** de la sentencia recurrida, no se limitó el procesado a una mera resistencia pasiva, sino que pasó al forcejeo y abierta agresión contra todos los agentes de la Autoridad intervinientes; agresión que constituye el primer grado del delito de atentado, en cuanto equivale al acometimiento, mentado en primer tér-

mino en el artículo 231-2.º en relación con el 236 del Código Penal. (Sentencia de 4 de octubre de 1979.)

#### **Artículo 255, 1.º. Tenencia ilícita de armas.**

El núm. 1.º del artículo 255 tajantemente afirma que se agrava la punición cuando se tuvieren armas de fuego que carecieran de marca, o número de fabricación, o los tuvieren alterados o borrados, sin distinguir si la alteración la hubiera realizado el tenedor u otra persona; y de otra, la doctrina mantenida y constante de esta Sala, que en Sentencias, entre otras, de 16 de marzo, 15 de junio de 1973 y 27 de junio de 1974, que han declarado: **«que la tenencia de armas en forma antirreglamentaria, y con las carencias o alteraciones y borraduras que enumera el precepto, se presume siempre voluntaria por virtud del principio general a que se refiere el artículo 1.º, párrafo 2.º, del Código Penal, que esta presunción no deja de surtir efecto, aunque se demostrara que el autor del delito no interviniera en la alteración, o desaparición de los números del arma; que esta presunción de voluntariedad se extiende a la conciencia y a la voluntad de poseer el arma, en la forma que especifica el precepto; que tal presunción—también por el principio general del artículo 1.º, párrafo 2.º del Código Penal—puede destruirse por el autor del delito, haciendo 'constar lo contrario' mediante las pruebas adecuadas en derecho».** Dados estos elementos la doctrina de esta Sala ha declarado que por este delito de riesgo o de peligro, eminentemente formal o de mera actividad no exige para existir intención determinada, consumándose cuando concurren los elementos dichos, ya que el bien jurídico protegido es la defensa social y el orden público, bastando pues la tenencia del arma, en las condiciones dichas para que surja el delito; presunción que no deja de surtir efecto, aunque se demostrara que el autor del delito no intervino en la alteración o desaparición de los números, puesto que la presunción de voluntariedad se extiende a la conciencia y voluntad de poseer el arma en la forma que indica el precepto, pero que puede destruirse por el autor del delito, haciendo constar lo contrario, mediante la oportuna prueba. (Sentencia de 13 de junio de 1979.)

#### **Artículo 257, 1.º. Depósito de armas de guerra.**

Para estimar inútiles las armas de fuego, lo han de estar en forma que no puedan hacer fuego, ni de ser fácilmente puestas en condiciones de efectuarlo, según pauta interpretativa que nos brinda el apartado c) del artículo 48 del Reglamento de Armas y Explosivos de 27 de diciembre de 1944, precepto reglamentario que aunque no vinculante en lo penal ilustra sus tipicidades, y según aparece de la declaración de hechos probados los tres subfusiles, aunque no se encontraban en disposición de ser usados con garantía de efectividad reparándolos convenientemente los cargadores o sistema de alimentación, único defecto que se dicen tener, podrían ponerse en servicio, posibilidad de reparación que, tratándose de la modalidad de depó-

sito de armas de guerra, adquiere particular relevancia dado el objeto jurídico y bien protegido por esta clase de delitos eminentemente formales o de mera actividad. (Sentencia de 25 de septiembre de 1979.)

**Artículos 302 y 529. Falsedad y estafa.**

El acusado relleno de su puño y letra todas las menciones de un talón bancario que extendió por 52.000 pesetas, excepto la firma que no aparece acreditado la hiciera, pero que indudablemente no era la del titular de la cuenta corriente contra la que fue girado, aunque la imitase, puesto que de no ser así, el Banco no le hubiera reintegrado la cantidad ya abonada al procesado contra la presentación del citado documento, quien aunque no hubiera sido el falsificador material de dicha firma, por el sólo hecho de rellenar el susodicho talón, cuya posesión tendría que probar como legítima, al no ser el titular de la cuenta a la que se refería, lo que no consta, simuló el documento induciendo a error al Banco, sobre la autenticidad del mismo, incurrió en el tipo penal descrito en el número 9.º del artículo 302, en concordancia con el 303 del Código Penal, logrando así un documento ficticio o simulado, pero con apariencia de auténtico, que luego empleó como medio engañoso, para consumar el delito de estafa frente al Banco emisor del talón, cometiendo por tanto dos delitos, que aunque vengan enlazados en relación de medio a fin, ninguno de ellos pierde su autonomía o sustantividad estructural, por constituir figuras típicas diferentes que han de ser apreciadas separadamente, aunque puedan ser castigadas en muchos casos en régimen de concurso; razones que conducen inexorablemente a considerar al recurrente reo de un delito de falsedad en documento mercantil y otro de estafa. (Sentencia de 4 de julio de 1979.)

**Artículo 344. Salud pública.**

Es doctrina reiterada de esta Sala que el llamado delito de tráfico de drogas previsto y penado en el artículo 344 del Código Penal se comete por cualquiera de los actos que constituyen el ciclo económico de producción precios a su consumo, así lo determinan los verbos típicos empleados de cultivo, fabricación, elaboración o aquellos otros sucesivos que tiendan a su transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, así como toda conducta, que de otro modo, promueva, favorezca facilite su uso; en cuya amplia dicción se acoge, por consecuencia tanto los actos de producción de las drogas o estupefacientes, como los tendentes al tráfico en general en sus mas variadas formas, asi como cualquiera otra mediación o ayuda para el uso por terceras personas, sin que para ninguno de los actos enumerados, como para los de tráfico en general en sus más variadas formas, se requiera habitualidad, bastando la comisión voluntaria de cualquiera de los actos típicos que el citado artículo enumera. (Sentencia de 28 de junio de 1979.)

**Artículo 407. Homicidio (preterintencionalidad).**

El llamado impropriamente **homicidio preterintencional**, en definitiva, se debate, a semejanza del homicidio frustrado, la existencia o no del **animus necandi** o dolo de muerte, pues claro que si concurren tal ánimo, en perfecta adecuación con el resultado mortal no podrá hablarse de preterintención de ninguna especie; para cuya indagación, tratándose como se trata de un elemento psíquico que subyace en el secreto hontanar de las intenciones humanas es preciso recurrir a signos externos que de algún modo traduzcan o dejen vislumbrar la verdadera disposición anímica del culpable; signos que ya es doctrina clásica considerarlos en un sentido tripartito anteriores a la acción (entre los que destaca la existencia de resentimientos entre autor y víctima, capaces por la idiosincracia y carácter de los contendientes de llevar la lucha hasta el último extremo), **coetáneos** a la agresión (de los que tienen superlativo relieve el arma empleada y la región vital atacada) y, en fin, **posteriores** al hecho (de los que son ejemplo la propia reacción del agresor a la vista del daño inferido). (Sentencia de 29 de junio de 1979.)

**Artículo 420, 3.º. Lesiones graves.**

Aun cuando desde el punto de vista doctrinal, el tratamiento jurídico-penal de las lesiones se halla en período de elaboración, siendo opinión comúnmente compartida la de que debe estructurarse, en sus diversas modalidades, de forma más acorde con el principio espiritualista predominante en la actual conciencia jurídico-penal, de forma tal, que los absurdos e injustos resultados a que conduce la concepción objetivista, especialmente en los tipos cronológicos en los que tanto puede jugar el azar o la relatividad, es lo cierto, que en nuestro vigente derecho positivo, la realidad objetiva o resultado material es lo decisivo, siendo la institución de la preterintencionalidad el único instrumento técnico con el que cuentan los Tribunales, para poder paliar, aunque de forma totalmente insatisfactoria y llena de limitaciones, las situaciones de injusticia o excesos punitivos a que conduce el obligado acatamiento al régimen objetivista consagrado en el Ordenamiento en vigor.

En el número tercero del artículo 420 del Código Penal, se equiparan las lesiones indelebiles con las de cómputo cronológico a las que en él se alude y dentro de éstas las que hubieren impedido al lesionado dedicarse a su trabajo habitual o a consecuencia de las cuales hubiese estado enfermo por más de noventa días, por lo que, en consecuencia, habida cuenta de que la enfermedad supone la falta de salud, esta Sala ha declarado con reiteración, que el cómputo de la duración de las lesiones ha de hacerse atendiendo al tiempo que media desde que se ha producido el acto lesivo que acarreó la alteración de la salud, hasta aquel otro en que ésta queda totalmente restablecida o ha desaparecido la insania, aun cuando el lesionado no hubiese necesitado asistencia facultativa en el sentido de tratamiento médico durante todo ese tiempo y sí la simple observación hasta ser dado de alta.

Por todo lo anteriormente expuesto, es claro, que al aparecer del Resultando de hechos probados de la sentencia recurrida que la lesionada, Bella, como consecuencia de las lesiones sufrió una «diplopia» de la que tardó en curar ciento cincuenta días hasta cuya fecha no recobró la visión normal que tenía con anterioridad a la fecha en la que se produjo el acto lesivo, claro resulta que la Sala de Instancia, lejos de quebrantar lo dispuesto en el número 3.º, del artículo 420, del Código Penal, procedió con absoluto acierto al entender comprendido en el mismo el hecho punible. (Sentencia de 3 de octubre de 1979.)

#### **Artículo 430. Abusos deshonestos.**

En los delitos de abusos deshonestos el bien jurídico protegido no es solamente el pudor ajeno, sino más bien la libertad sexual de la persona ofendida conjuntamente con aquél, a través de actos libidinosos o deshonestos que aunque no van directamente dirigidos a lograr el yacimiento carnal y en ello se diferencian de las formas imperfectas del delito de violación, si se busca con ellos la excitación o satisfacción del instinto sexual o concupiscencia del sujeto activo y son realizados contra o sin el consentimiento penalmente relevante del sujeto pasivo a medio de engaño, intimidación o violencia, por mínima o instantánea que ésta haya sido; por lo que reconocido en autos como probado, que el recurrente impulsado por ánimo libidinoso, engañó a la víctima, joven de dieciocho años que iba a cobrar unos recibos a su domicilio, mandándola subir al piso primero a pretexto de que su mujer quería hablar con ella, lo que no era cierto, cerrando la puerta por dentro y abrazándola inopinadamente por detrás cuando subía la escalera, tocándole los pechos, abrazo del que la víctima sólo consiguió desahrsirse **forcejeando** con el actor, es decir empleando la fuerza contra la fuerza, para poder escapar por una puerta distinta de aquélla por la que había entrado la que permanecía cerrada, resulta evidente que el recurrente empleó la fuerza, aunque el uso hecho de ésta, hubiera sido solamente momentáneo, para conseguir aunque fuera parcialmente sus fines lúbricos atacando la honestidad y la libertad sexual de la joven, con lo que consumó el delito de abusos deshonestos violentos establecido en el artículo 430 del Código Penal. (Sentencia de 13 de junio de 1979.)

#### **Artículo 431. Escándalo público.**

En el índice de la revista figuran temas tan reveladores de su contenido y finalidad como lo son, «Cambio de táctica en el sexo», «Un sistema seguro para excitar a una mujer», «Cómo transformarse en verdaderos amantes» y «Las técnicas de dormitorio que gustan a las mujeres», bajo máscara o disfraz de contemplar las cuestiones que desarrolla y trata bajo un prisma científico, y con el patrocinio, no se sabe si cierto o apócrifo, de médicos, sexólogos y otros profesionales —extranjeros y desconocidos los más y con apellido hispánico los menos—, consta de textos adecuados a los epígrafes

ya citados donde se exponen técnicas o tácticas amatorias destinadas a excitar, producir, prolongar o multiplicar el goce venéreo, y de numerosas reproducciones de fotografías de mujeres desnudas o casi totalmente desvestidas, así como de parejas, de distinto sexo, dedicadas a juegos eróticos, impúdicos y desenfadados, con expresiones y actitudes de unas y otros procaces y lascivas; y como todo ello independientemente de su pseudo-filosofía sexocentrista que al predicar como única meta del ser humano, y como única razón de su existencia, la fornicación incesante y desbocada tan distante de la vida del espíritu como de una sana y fecunda sexualidad se situaría dentro de la exposición pública de doctrinas inmorales a que se refiere el artículo 432 del Código Penal, constituye una incitación obscena y artificial a la lascivia que es lo que integra la esencia recusable de todo objeto, publicación o material pornográfico, mereciendo, por su desvergüenza y nocividad, la repulsa, reprobación y execración del común de las gentes, y lesionando gravemente al pudor y a las buenas costumbres, esto es, a la moral sexual comunitaria o colectiva, la que, pese a la relajación actual, más impuesta por la resignación que sentida, sigue repudiando las manifestaciones burdas, groseras y concupiscentes de decadente y corruptora literatura impropias de naciones cultas y sanas de cuerpo y espíritu; sin que obste a lo dicho, ni la invocada generalización impune de estas manifestaciones plásticas, ni la tolerancia, igualmente alegada, de las mismas en ciertos casos, puesto que el artículo 431 continúa vigente y este Tribunal sanciona, en su caso y de modo invariable, lo que se somete a su competencia mediante la interposición de recursos de casación, ni la circunstancia, citada y no probada, de constituir estas publicaciones mero mimetismo de lo ya admitido por los países occidentales, toda vez que, por una parte, la legislación de los distintos Estados no es uniforme y, por otra, la literatura pornográfica en nada mejora la cultura, las costumbres y el bienestar, que es el objetivo primordial de toda civilización auténtica; procediendo, en consecuencia, y vistas las sentencias de esta Sala de 6 de marzo de 1975, 25 de abril del mismo año, 17 de abril y 7 de diciembre de 1978 y 14 de febrero, 10 de mayo y 4 y 8 de junio de 1979. (Sentencia de 19 de junio de 1979.)

#### **Artículo 444. Responsabilidad civil.**

El artículo 444 del Código Penal se refiere a la responsabilidad civil dimanante de delito y a ciertas consecuencias que, en el orden civil, se producen como consecuencia de la perpetración de determinados hechos punibles, pero su ámbito de aplicación, como se deduce de su propio texto, no tiene carácter general, sino que se circunscribe específicamente a los delitos de violación, estupro y rapto, los cuales se citan en el precepto analizado de modo taxativo, es decir, «*numerus clausus*», pues, a diferencia de otras infracciones contra la honestidad, las mencionadas, o requieren un yacimiento previo —violación y estupro— o sus consecuencias, en todo caso, son más trascendentes y duraderas, con repercusiones psíquicas y materiales de entidad superior; doctrina ésta ya sentada por la sentencia

de este Tribunal de 19 de abril de 1974, la cual proscribió la aplicación del artículo 444 a hipótesis de abusos deshonestos violentos, basándose en el principio interpretativo «*inclusius unius excludit alterius*»; por lo cual, al condenar el Tribunal de instancia al recurrente por delito de abusos deshonestos comprendido en el artículo 430 del Código Penal y fijar una indemnización de 100.000 pesetas en concepto de dote, es claro que aplicó indebidamente el precitado artículo 444. (Sentencia de 24 de septiembre de 1979.)

#### **Artículo 457. Injurias.**

Hasta dónde llega el ejercicio lícito del mentado derecho a la crítica o censura por dura y áspera que ésta pueda ser y cuándo se desbordan sus límites y se incide en el campo de lo punible, es algo que presenta, en gran número de casos, verdaderas dificultades, pero para vencerlas no se pueden establecer reglas apriorísticas o abstractas, sino como con tanta reiteración ha declarado este Tribunal, se ha de acudir al examen de la constelación de circunstancias fácticas concurrentes, pues dado el relativismo de la materia, tan sólo ponderando todas las de cada caso concreto se podrá hacer la correspondiente valoración axiológica del sentido de las palabras o expresiones proferidas, para decidir si han de entenderse comprendidas entre las objetivas o gramaticalmente injuriosas y, a su vez, si ha concurrido el elemento intencional o «*animus injuriandi*» que por ser un arcano inaprensible por los sentidos habrá de deducirse de las realidades físicas por éstos apreciables.

Al proceder así con respecto al elemento objetivo del delito, es de tener en cuenta que la significación injuriosa, que «*per se*», puedan tener los vocablos o expresiones de que se trate no ha de deducirse exclusivamente de su pura significación semántica o estrictamente gramatical, sino atendiendo a la acepción que los mismos tengan en el lenguaje ordinario o coloquial y en atención al contexto en el que se hallen enmarcados, y al hacerlo así, es evidente que la palabra «*capo*», no acogida por el Diccionario de la Lengua, ha llegado al lenguaje vivo de nuestro pueblo a través de las películas y novelas foráneas, principalmente italianas y americanas, en donde se emplea para designar al jefe de una banda mafiosa o de delincuentes, y con tal significación peyorativa es empleada en nuestro lenguaje vivo, por lo que sin duda, cualquier persona a quien así se moteje se sentirá ofendida y la palabra lleva en sí un sentido susceptible de atentar a la fama o buen nombre de la persona que con ella se designa o califica. Lo mismo ocurre con la palabra «*trepas*», ya que si bien ésta sí se halla recogida en el Diccionario de la Lengua, atribuyéndole distintas acepciones, entre las que se encuentra la que la hace sinónima de astucia, malicia, engaño o fraude, es lo cierto que el propio lenguaje, con ella se acostumbra a designar a quién utiliza para ascender procedimientos reprobables en el orden moral en cuanto que se apartan de los éticamente aceptables, o sea, los basados en propios merecimientos. Pero su sentido atentario a la buena fama adquiere especial resonancia cuando se insertan dentro de un texto en el que se enjuicia el

comportamiento o la conducta profesional de una persona que, como el querrellado desempeña un relevante cargo. (Sentencia de 8 de junio de 1979.)

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

De conformidad con las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1977, 18 del mismo mes de 1978 y 8 de junio de 1979, el delito de injurias graves lo constituyen aquellas conductas impregnadas de manifestaciones o acciones realizadas en deshonra o descrédito de las personas, tanto en forma imprecativa como ilativa, que son merecedoras de tal calificación agravatoria, porque su contenido afecta a la imputación de la realización o comisión de un delito no perseguible de oficio, o a un vicio o falta de moralidad con resultados o consecuencias que pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado, así como también cuando sea merecedor de ser contemplado el carácter aumentativo de gravedad en atención a la naturaleza, ocasión o circunstancias, el estado, dignidad y relaciones entre ofendido y ofensor, apreciado este contenido mediante una valoración racional y lógica, teniendo en cuenta el interno en que germina, aflora y se consume. Y como la sentencia objeto del recurso es impugnada, en un solo motivo, por entender que el delito de injurias graves no debió ser apreciado, porque las frases y expresiones vertidas en la carta publicada en el periódico, no obedecen más que al lenguaje destemplado y agresivo de una polémica periodista, en el que no existe el ánimo de injurias, y aunque hay que reconocer la posibilidad de destruir el factor psíquico injurioso del delito por la aparición de otros elementos de igual naturaleza que desvirtúan la posible presunción del significado de las frases, lo cierto es que, en el presente caso, la versión que el Resultando fáctico hace de los hechos, no permite aceptar la eliminación del carácter delictivo a la conducta del procesado, ni la gravedad apreciada, pues las frases en que se imputa al ofendido la absoluta falta de competencia profesional, juntamente con la actuación maliciosa como gerente de una entidad en beneficio propio y detrimento de los cooperativistas, dentro del contexto tendencioso y ofensivo de la carta, quebrantan toda la normativa que debe presidir la libertad de expresión al invadir el ámbito de la Ley Penal. (Sentencia de 19 de junio de 1979.)

#### **Artículo 504, 3.ª. Robo.**

En el Código de 1932 el delito de robo con fuerza en las cosas constituía una infracción contra la propiedad de carácter mobiliario en cuanto al **objeto** o cosa sustraída, pero de naturaleza inmobiliaria en lo que respectaba al **lugar** donde se hallaban dichas cosas, de tal modo que, para que se entendiese perpetrada la referida infracción, era preciso que la fuerza se empleara para lograr el acceso al interior de casa habitada o habitable, de edificio público o de otra índole, o de dependencia de cualquiera de ellos. Pero modificada la concepción jurídica del legislador en el Código Penal



de 1944, lo trascendente para que se entienda cometido un delito de robo con fuerza en las cosas en que el apoderamiento, en un lugar u otro, se verifique mediante el empleo de la dinámica comisiva detallada en los cuatro números del artículo 504 del Código Penal, sin que la casa habitada, el edificio público o las dependencias de ambos constituyan elemento integrante del tipo primario y sí tan sólo agravación específica o privilegiada del mismo; de lo que se infiere que, un determinado comportamiento, no dejará de constituir robo con fuerza en las cosas por el solo hecho de que la entrada en el local donde se hallaban los bienes muebles apetecidos se logre en forma distinta a las enumeradas en el mentado artículo 504, o incluso con el asentimiento o complacencia del titular de los bienes citados, siempre y cuando, claro está, el apoderamiento de los mismos, una vez en el interior del local, se lleve a efecto de cualquiera de los modos establecidos en el susodicho precepto.

En el caso presente resulta ser realmente cierto que el procesado se hallaba en posesión legítima de la llave del piso de autos, por lo cual el acceso al mismo mediante el uso de la citada llave nada tuvo, por sí solo, de punible ni siquiera de reprehensible; y si se hubiera limitado a sustraer, una vez en el interior, los bienes muebles de ajena pertenencia valiéndose de medios no comprendidos en el artículo 504 del Código Penal, su comportamiento hubiera podido integrar delito de hurto —como pretende en su recurso—, pero en ningún caso se habría podido calificar de robo; pero como, según se lee en la narración histórica de la sentencia de instancia, las 28.000 pesetas sustraídas se hallaban en el interior de una cajita metálica de caudales que tuvo, el procesado, previamente al apoderamiento, que forzar con un destornillador, es evidente que, para la indicada sustracción, se valió de «vis in re» o de «vis ad rem» fracturando un objeto cerrado, subsumiéndose así su conducta en el número 3.º del artículo 504. (Sentencia de 13 de junio de 1979.)

#### **Artículo 506, 2.º. Casa habitada.**

Según aceptación oficial y académica, **vivienda** vale tanto como morada o habitación, es decir, lugar donde se habita, aunque accidentalmente no se encuentren en él los moradores; concepto gramatical y fáctico que es justamente el que sirve de soporte a la agravante de **casa habitada** recogida para el delito de robo por el número 2.º del artículo 506 en relación con el artículo 508 del Código Penal; y que si bien coincide, por regla general, con la noción legal de **domicilio**, ya sea en la versión civil que del mismo da el artículo 40 del Código civil, ya en su versión administrativa tenida en cuenta por la legislación municipal, no es forzoso que coincidan, pues basta, en el plano jurídico-penal, que se trate de albergue o habitación de una o más personas, de suerte que una misma persona puede tener, a la vez, más de una morada, incluso en localidades distintas, con entera independencia de cuál de ellas pueda constituir su domicilio legal, siempre que se cumpla con la exigencia de servir de habitación, con la posibilidad, por tanto, de que en cualquier momento pueda presentarse el morador ausente

(Sentencias de 19 de febrero de 1949, 26 de abril de 1965, entre otras); concepto el expuesto que descubre la verdadera **ratio** de esta agravante específica del delito de robo que no es otra que la existencia de riesgo que para las personas representa la entrada en su morada —circunstancial o permanente— de sujetos extraños con propósito de atentar contra la propiedad, a la par que la de proteger la intimidad de tal morada, razón por la cual su allanamiento con fines de predatorios queda embebido en esta modalidad o subtipo del robo (Sentencias de 17 de diciembre de 1973, 28 de junio de 1976, entre otras muchas). (Sentencia de 28 de junio de 1979.)

#### **Artículo 516, 2.º. Hurto con abuso de confianza.**

Borrada la distinción, el simple y el grave **abuso de confianza** por la reforma penal de 1944, que servía para caracterizar, respectivamente, la agravante genérica y la específica o cualificativa del hurto, es vista la amplitud sufrida por esta última modalidad agravatoria que, según doctrina reiterada, reposa en dos elementos: uno **subjetivo**, primero y fundamental, constituido por la real existencia de una relación de fiducia entre ofensor y ofendido, tal como la **relación doméstica** o asimilada de **hospedaje** oneroso o gratuito, la **laboral o profesional** y la relación de **amistad** o a ella equivalente; y otro elemento de corte **objetivo**, derivado del primero, integrado por las facilidades de comisión que encuentra el delincuente inmerso en aquella atmósfera de descanso moral que se le otorga, con la consiguiente relajación de los resortes de custodia y vigilancia que, de ordinario, pone el propietario en su patrimonio, sustituidos por una expectativa de buen comportamiento que se espera de quien ha sido admitir a compartir situaciones o sentimientos que implican aquella mayor dejación de la defensa patrimonial.

Aplicada la anterior doctrina al **factum** de la sentencia recurrida se hace preciso acoger el recurso del Ministerio Fiscal que, en su único motivo, estima que debió aplicarse el número 2.º del artículo 516 del Código Penal, cualificador del hurto por el abuso de confianza concurrente y que, en efecto, concurre en la conducta del procesado, quien se hospedaba en la misma fonda que su compañero de trabajo ocupando ambas habitaciones contiguas, pues de esta relación laboral y de hospedaje comunes a los sujetos activo y pasivo del delito de hurto perpetrado por el procesado se deduce sin gran esfuerzo, tanto la relación de fiducia o confianza que entre los dos existía como la facilidad de comisión que tal situación comportaba y que utilizó el acusado para penetrar en el cuarto de su compañero y sustraer al mismo la suma de 30.000 pesetas; sin que pueda objetarse, como lo hace la sentencia **a quo**, que no existía relación de amistad entre ofensor y ofendido de la que se aprovechará el primero para llevar a cabo la sustracción, pues ya se ha dicho en el plano doctrinal que, además de dicha relación, pueden propiciar la calificativa otros vínculos como el laboral y el de hospedaje que, concurriendo en el caso **sub iudice**, bastan para dar vida a la agravante específica postulada por la acusación pública; razones

todas que llevan, estimando el único motivo del recurso, a casar la sentencia recurrida en el sentido expuesto. (Sentencia de 29 de junio de 1979.)

#### **Artículo 529, 1.º. Estafa.**

Argumenta el recurrente que los artículos 529 número 1 y 528 número 3 del Código Penal han sido aplicados indebidamente, se fundamenta en que el recurrente-procesado logró el préstamo sin realizar maquinación engañosa alguna, pagó el importe de tres plazos y en que si no devolvió el total del mismo, este incumplimiento no engendra una responsabilidad penal y si meramente de carácter civil, por lo que el problema sometido a casación queda concretado a si existe o no el dolo como requisito esencial del delito de estafa, pues la disminución del patrimonio del sujeto pasivo del delito y aumento del perteneciente al sujeto activo no es objeto de controversia en este momento procesal. Sobre este problema la Sala se ve en la necesidad de declarar, una vez más, que es doctrina reiterada de sus resoluciones —Sentencias de 4 de noviembre de 1977, 13 de diciembre de 1978 y 30 de marzo de 1979— que el elemento subjetivo de la defraudación, como causa determinante de la operatividad traslativa del patrimonio de una persona a otra, ha de ser antecedente necesario del enriquecimiento injusto, y además debe estar tipificado en alguna de las modalidades que encierra la ley penal, en el caso concreto sometido a la decisión del presente recurso, en el número 1 del artículo 529 del Código Penal, que es el acogedor de la conducta del recurrente en la sentencia e invocado como aplicado indebidamente en la impugnación de la misma, y cómo de los hechos probados se deriva que el procesado concertó con la entidad «Barcelona de Financiación, S. A.», el contrato de préstamo con el compromiso de adquirir el automóvil Z-94, que no solamente no cumplió, sino que se quedó con más de las cuatro quintas partes del importe de la cantidad prestada, es evidente que la maniobra del compromiso surge y actúa como engaño para lograr de la entidad perjudicada la cantidad apropiada, al revestir el carácter de aparentar la adquisición de un bien, apariencia que, dadas las relaciones mercantiles y actividades de las empresas de financiación, es susceptible de tener encaje en el precepto penal aplicado en la sentencia, por la semejanza con la apariencia de bienes y créditos. (Sentencia de 26 de junio de 1979.)

#### **Artículos 540-541. Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.**

Si hay medios de presión reivindicativa que son perfectamente lícitos, no es menos cierto que no puede atribuirse este carácter, sino la de radicalmente ilícitos a los utilizados por los procesados recurrentes para lograr la alteración del precio del pan, consistentes, según se relata en la sentencia recurrida, en haber tomado el acuerdo, que luego pusieron en práctica, de reducir el peso del pan en un 30 por 100, con el propósito de intimidar y coaccionar al Gobierno, ante la posibilidad de provocar con la referida con-

ducta de disminución del peso alteraciones de orden público y ciudadano dada la incidencia de este producto de primera necesidad en las economías de las clases más numerosas y peor dotadas de medios materiales, pues es evidente que tal conducta no solamente es ilícita desde el punto de vista administrativo, sino también desde el punto de vista penal, en cuanto que describe la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos previstos como elementos del tipo en los comentados artículos 540 y 541 del Código Penal, ya que no solamente se intentó —lo que sería suficiente—, sino que se logró por los procesados una alteración del precio del pan en la generalidad del territorio nacional, no conforme a derecho, utilizando como medio comisivo uno de los expresamente previstos en el artículo 540, como es el de la violencia, pues este término ha de ser interpretado comprendiendo la doble acepción que en Derecho tiene como traducción de las «vis absoluta» y «vis compulsiva», como así ya lo ha declarado esta Sala en Sentencia de 23 de enero de 1978, y porque si bien con anterioridad a la reforma penal de 1971 había que considerar impunes por atípicas las alteraciones de precios que hubiesen sido logradas sin el empleo de los medios comisivos expresamente consignados en el precepto, como eran las maniobras falaces y engañosas, es de tener en cuenta que la reforma de 1971 introdujo modificaciones sustanciales respecto a la normativa anterior, pues no solamente amplió el número de los medios comisivos añadiendo los de «violencia, amenaza y engaño», sino que al referirse indiscriminadamente a cualquier otra «maquinación» vino a establecer, como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, un sistema de «*numerus apertus*», de modo que los medios expresamente mencionados tan sólo lo son «*ad exemplum*», por lo que ya dentro de este contexto la palabra o término maquinación no puede entenderse que haya sido empleada por el legislador en su estricta significación gramatical ya referida, sino en la jurídica con que es profusamente empleada en nuestros textos de derecho positivo, o sea, como procedimiento tortícerico o artificioso para lograr un fin que normalmente no se hubiese alcanzado de proceder abierta y rectamente, por lo que no puede dejar de calificarse como constitutivo de maquinación el sinuoso procedimiento utilizado por los procesados al haber logrado una alteración de los precios creando la falsa apariencia de que éstos eran mantenidos cuando en realidad habían sido elevados en un 30 por 100 por el indirecto y astuto medio de disminuir el peso, dando lugar con ello a que, posteriormente, al realizar la venta del pan falto de peso, se cometieran multitud de actos de la naturaleza de los constitutivos de la estafa prevista en el artículo 528 del Código Penal. (Sentencia de 2 de octubre de 1979.)

#### **Artículo 565. Imprudencia (compensación de culpas).**

Si bien en lo penal no cabe la compensación de culpas a la manera del instituto privado de la compensación de obligaciones es lícito y obligado valorar las conductas concurrentes de todos los protagonistas del hecho, incluida la de la propia víctima, desplazando así el tema desde el plano de la culpabilidad al de la causalidad que le es más propio, aunque con la

inevitable repercusión de éste en el primero, matizando y atemperando su grado, en su caso, hasta el punto de que si la actuación del sujeto pasivo de la infracción se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado había de reputarse la del sujeto activo accidental y fortuita, esto es, como inculpable, como, asimismo, si ambas conductas, la del reo y la de la víctima, se relevan igualmente favorecedoras del daño causado, había lugar a imputar al primero su imprudente acción, si bien adecuando el grado de su culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención, lo que permitiera pasar de la imprudencia grave o temeraria a la leve o simple, ya en su versión antirreglamentaria, si se da tal vulneración de preceptos. (Sentencia de 2 de julio de 1979.)

### **Artículo 586, 3.º. Imprudencia.**

La esencia de la culpa bien entendida como forma en una desatención del deber de cuidado legalmente exigible en el desarrollo de la relación social en la que se produce, dirigido a evitar las consecuencias dañosas posibles y previsibles de la propia conducta, cuya gravedad ha de ser valorada por el juzgador no sólo a través del examen «ex ante» de las circunstancias concretas y específicas en las que se movía el imputado, sino también del grado de atención que era exigible individualmente a éste, atendiendo no sólo a sus particulares y concretas facultades psíquicas, sino también a los específicos deberes que le incumbían y a la habitualidad social del riesgo, por lo que la responsabilidad del infractor culposo, puede ser aminorada, o disminuida a tenor del principio de confianza en el tráfico, desenvuelto por la Jurisprudencia de todos los países europeos, y aplicado principalmente en materia de accidentes de la circulación, y que consiste en la suposición del autor de que todo partícipe se conducirá en todo momento a tenor de las normas legales reglamentarias e incluso consuetudinarias enunciadas y acatadas generalmente en el desenvolvimiento del mismo, sin que por tanto en circunstancias consideradas normales, se deba prever una conducta antirreglamentaria por parte de la víctima, que venga a quebrar el conjunto de previsiones adoptadas por el actuante, sin darle tiempo para rectificarlas; como sucedió en el caso presente en el que el inculpaado recurrido, aunque había visto con anterioridad a dos personas incluidas sobre el motor abierto de un coche turismo, también pudo observar que tanto éste como aquéllas se hallaban completamente fuera de la carretera a unos cincuenta centímetros de la línea blanca que marcaba o delimitaba el arcén situado a la derecha de su marcha, como se establece en el primer Resultando de la resolución recurrida, por lo que no creyó necesario disminuir la velocidad que llevaba de cincuenta kilómetros por hora, ni apartarse un poco hacia su izquierda para no pasar tan cercano a ellos, como debió haber efectuado, ya que aunque no era suponible normalmente que en un lugar de perfecta visibilidad como lo era el de autos, cualquiera de las personas divisadas, se adentrara en la vía sin comprobar previamente si por la misma circulaba algún vehículo por el que pudiese ser

alcanzado, tampoco ello era completamente imprevisible, por lo que incurrió en culpa leve, que al concurrir en la relación causal, productora del resultado con aquella otra de la víctima ya expresada, vino a atenuar aún más aquélla, que por otra parte no tiene entidad para ser calificada de temeraria, por ser atenuable en virtud del citado principio, sino de simple, como lo verificó acertadamente el Tribunal de Instancia. (Sentencia de 24 de septiembre de 1979.)