

## Jurisprudencia penal 1973

(Segunda parte)

Por

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid  
y Vicesecretario del "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales"

§ 1. Artículo 8:1.<sup>ª</sup>, *Trastorno mental transitorio*.—«El trastorno mental transitorio supone una *reacción vivencial anormal*, generada por causa directa, inmediata y evidenciable, que bruscamente se manifiesta *durante un espacio corto de tiempo*, y que *sin huellas se agota rápidamente*, por una curación completa, *sin secuelas ni posibilidades de repetición*, y que haya surgido, en el sujeto que la evidenció, sobre *una base constitucional patológica o morbosa*, o más excepcionalmente, sobre estímulos psíquicos intensos, que le hagan actuar de forma irreprimible, incontrolada, o delirantemente, con tal intensidad en la respuesta reaccional, al choque físico o psíquico, que es la causa exógena que la origina, que genere *una perturbación mental pasajera, pero con la alteración profunda de la capacidad de conocer el alcance antijurídico de su conducta, o de la capacidad de autodeterminarse en el sentido de la norma, por padecer total ausencia de inteligencia y voluntad*, y, por tanto, *del libre albedrío y consciencia humana*» (S. 26 diciembre 1973).

En contra, la S. 28 mayo 1973 aprecia la eximente completa de trastorno mental transitorio, *sin que exista base patológica, al venir sometido el sujeto a «estímulos de extrema gravedad e intensidad»*. En sentido idéntico, SS. 19 diciembre 1935, 14 octubre 1944, 13 marzo 1947, 16 mayo 1963 y 28 diciembre 1964.

§ 2. Artículo 8:4.<sup>ª</sup>, *Legítima defensa*.—No puede apreciarse legítima defensa completa ni incompleta, *«cuando hay una situación de riña libre y mutuamente aceptada»*, puesto que falta el requisito esencial de la legítima defensa: la agresión ilegítima (SS. 12 febrero y 26 junio 1970, 14 octubre 1971, 26 octubre 1972, 15 febrero, 4 octubre y 25 octubre 1973).

La palabra *«sinvergüenza»*, dirigida por el procesado a la mujer de la víctima, no posee entidad suficiente para constituir la agresión ilegítima, la cual ha de ser, como requisito esencial de la legítima defensa, *injusta, inmotivada, imprevista, inesperada y de entidad bastante para suponer un peligro inminente para la persona o derechos del agredido* (S. 7 junio 1973).

Falta la posibilidad de admitir como presente *la agresión ilegítima*, raíz de la justa defensa, *si existe un estado cierto de desafío* para resolver mediante la

lucha hasta la muerte entre dos enemigos bandos de personas, enfrentadas por resentimientos mutuos, que se encuentran expectantes para inmediatamente realizarla; en cuya situación, *el inicio*, originado por cualquier actitud o palabra, *no es determinante del acometimiento físico, sino el pretexto para el recíproco desencadenamiento material y agresivo de la solventación de las diferencias y rencores, por las vías de hecho* (S. 30 mayo 1973).

Deniega el T. S. la apreciación de legítima defensa por faltar la *necesidad racional del medio* empleado para repeler la agresión. Requisito que no debe confundirse con la *necesidad defensiva* o *estado jurídico de defensa* a que se alude implícitamente con la expresión «*obrar en defensa*» (SS. 4 y 29 noviembre 1911, 17 enero 1928, 10 febrero 1958, 5 abril 1967, 8 noviembre 1968 y 30 enero 1970), que hace referencia a la estricta perentoriedad de la defensa (SS. 16 diciembre 1971 y 24 septiembre 1973). Esta *necessitas defensionis* no puede confundirse con la *necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla*, por cuanto esta necesidad es instrumental, más específica y, sobre todo, de ámbito y efectos más restringidos. Mientras la primera es una necesidad de la defensa *in toto*, que nunca puede faltar para la exención completa, como para la incompleta, la segunda, alusiva a la proporcionalidad, puede estar ausente y dar con ello lugar a la aplicación del artículo 9:1.<sup>ª</sup> en relación con el artículo 66 del Código penal. Por consiguiente, si falta la *necessitas defensionis* habrá *exceso extensivo o impropio* (exceso en la causa). Pero si lo que falta es sólo la *proporcionalidad*, podrá hablarse de un *exceso intensivo o propio* («Exceso en los medios») (S. 26 de junio de 1973).

§ 3. Artículo 9:1.<sup>ª</sup>, *Trastorno mental transitorio incompleto* (en relación con el artículo 8:1.<sup>ª</sup>).

#### *Epilepsia.*

Casa el T. S. la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* que había apreciado en un delito de estafa la circunstancia de trastorno mental transitorio incompleto, y deniega su apreciación, al considerar que la *epilepsia*, mal comicial, es un proceso caracterizado por accesos convulsivos, con pérdida de conciencia o por manifestaciones parciales de estos accesos, a los que se añaden estados psicopatológicos diversos que abocan frecuentemente en la demencia. La repercusión del concepto y de su realidad en el campo jurídico es inevitable, pues los delitos cometidos durante las crisis comitivas, conocidas por auras, no pueden por menos de afectar seriamente a la consciencia y a la libertad del agente, bien anulándolas totalmente, bien debilitándolas en tal manera que sin anulación total, están hondamente disminuidas. Y de otra parte, hay ciertos campos vedados por el derecho penal, tales como la vida, la honestidad, el honor, etc., donde aquellas explosiones tienen juego e impacto más frecuente; menos frecuente son los ataques a la propiedad, menos adecuados para realizar en los estados crepusculares de fuga epiléptica, en otros estados de paroxismos característicos de estas enfermedades. Pero, *cuanado la agresión contra el patrimonio ajeno es por medio de la estafa*, que requiere una *serena y fría elaboración de un engaño*, una constancia y permanencia en su desarrollo, una *reflexión*, *iniciación* e impulso gradual, artero y malicioso de la maniobra engañosa, *apenas es concebible que tal plan artero y cuidadosamente*

*elaborado sea compatible con los excesos y crisis propios de tal enfermedad. Por cuanto el hecho de que se exprese en la sentencia que el procesado es de «carácter epileptoide», sin más especificaciones, no significa nada que tenga relevancia penal, cuando se trata de juzgarle por un delito de estafa; pues si su maniobra engañosa comienza a desarrollarse en 1966 y la prolonga, firmando contratos hasta, por lo menos, marzo de 1967, es evidente que no es sostenible que durante este largo lapso de tiempo, cerca de un año, sus actos fueran desarrollados en grandes o pequeñas crisis de su mal y, por tanto, no da base suficiente para que, con fundamento de semejante afirmación, se estime un trastorno mental transitorio incompleto (S. 17 mayo 1973).*

*Psicopatías.—«El trastorno mental transitorio puede también ser incompleto y encajado en el número 1.º del artículo 9, en relación con dicho artículo 8, número 1.º del Código penal, para lo cual resulta preciso que posea todos los caracteres constituyentes indicados, con excepción de la intensidad total o absoluta, pues ha de manifestar inferior entidad cualitativa, al bastar que la reaccional situacional, originada por el choque psíquico, produzca, en el agente que lo padezca, una relativa perturbación de las facultades intelectivas y volitivas, que limite o rebaje, sin anularlo, el libre albedrío; a cuyo fin diferencial de ambas situaciones, de trastorno completo e incompleto, ha de estarse al alcance de la base patológica o de los estímulos psíquicos».*

Por consiguiente, las psicopatías, anomalías de la personalidad, que atacan la afectividad y desarmonizan el carácter del hombre, generando una ausencia de adecuación entre los estímulos recibidos y las respuestas en más otorgadas, con indudable inadaptación social, por anormalidad psíquica temperamental y del sentido moral, *sólo han venido siendo estimadas por esta Sala, dada la enorme frecuencia práctica, normalidad de quien las presentan y enorme peligrosidad, como meras causas de atenuación de la responsabilidad criminal, si reúnen los siguientes requisitos:*

- a) Que por su condición e intensidad merezcan el calificativo de graves.*
- b) Que manifiesten indudable relación causal con el delito cometido, por encajar éste dentro de la distonia caracterológica padecida y, por tanto, ser debido a la psicopatía grave, y no estar fuera de ella.*
- c) Que se demuestre que dentro del campo de la conciencia humana disminuye la inteligencia o rebaja la voluntad, de manera ostensible.*

No cabe, pues, elevar la eximente a la categoría de exención total de la responsabilidad criminal (S. 26 diciembre 1973).

§ 4. Artículo 9:2.<sup>a</sup>, *Embriaguez*.—Para que concurra esta atenuante se requiere la existencia de un *elemento positivo*: que exista *embriaguez*; y dos *negativos*: que *ni sea habitual, ni se haya producido con el propósito de delinquir*.

El *concepto jurídico de la embriaguez coincide con el vulgar*, a saber: uso excesivo de bebidas alcohólicas que produce trastornos en las potencias humanas, entendimiento y voluntad, afectándolas de tal manera que se encuentran disminuidas, esto es, consciencia apagada y voluntad débil, que impide al hombre comportarse como ser racional consciente, libre y plenamente responsable. Pero, para que pueda estimarse como atenuante se exige que el *sujeto no se embriague habitualmente*, esto es que *no tenga hábito, costumbre de embriagarse o que tal*

*estado sea en él frecuente, ni que ordinariamente y con cierta frecuencia sea dado a las bebidas de tal forma que se embriague con reiteración.* Y, además, es menester para que juegue como ingrediente eficaz en la atenuante, *que no se produzca con propósito de delinquir*, elemento que la doctrina jurisprudencial ha sintetizado en el sentido de que *la misma sea fortuita, causada involuntaria o accidentalmente, no buscando en modo alguno refugiarse en la disminución de facultades que trae consigo la ingestión de bebidas alcohólicas*, y la ordinaria excitación de los bajos instintos, para lanzarse de manera incoercible, pero previamente buscado, por el camino del delito (S. 30 mayo 1973).

§ 5. Artículo 9:4.<sup>a</sup>, *Preterintencionalidad*.—Aprecia el T. S. la atenuante 4.<sup>a</sup> de preterintencionalidad y deniega la apreciación de culpa o imprudencia por estimar que «la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup> viene tradicionalmente exigiendo, *para la existencia legal de la imprudencia*, en cualquiera de sus grados, *que el acto voluntario inicial originario del mal causado sea en su totalidad lícito, sin el más leve matiz de malicia* que es, en definitiva, *lo que constituye la intención dolosa, incompatible con la culpa*. Y como el procesado, durante el curso de una discusión con su amigo, del que recibió gran cantidad de insultos, que al oírlos, le propinó un golpe con el puño en el mentón, cuyo impacto, unido a la inseguridad que le producía la embriaguez le hicieron caer al suelo, dándose un fuerte golpe en la región occipital, que le produjo lesiones tan graves en el cerebro, de las que falleció a las pocas horas, es visto que su conducta no puede discurrir por los cauces de la imprudencia, porque *inició su actuar con un acto ilícito* (S. 15 diciembre 1973). En contra, S. 30 enero 1973.

En sentido idéntico, SS. 11 diciembre y 30 mayo 1973, ésta en supuesto en que la víctima, a causa de la presión que las manos del sujeto activo ejercían sobre su cuello, sufrió un espasmo en los órganos respiratorios que le produjo asfixia y muerte instantánea. Se aprecia la circunstancia como simple atenuante, y no como atenuante muy calificada, por cuanto ésta exige, al menos, «una mínima entidad de dolo por parte del sujeto del delito». Cfr. S. 30 marzo 1973.

La preterintencionalidad *no es incompatible con la situación anímica de arrebató u obcecación* (S. 11 diciembre 1973).

§ 6. 9:8.<sup>a</sup>, *Arrebato u obcecación*.—Aunque de ordinario se ha exigido por el T. S., en referencia a esta circunstancia atenuatoria, *la proximidad del estímulo, su inmediatez y cercanía y que sea provocada por motivos legítimos, lícitos y de poderoso influjo*, estos criterios *no son tan absolutos y rigurosos que no admitan excepciones*, y éste es precisamente el caso de autos en la particularidad que ahora se contempla, pues, en frase gráfica, puede afirmarse que estamos ante un claro supuesto de *arrebato ofuscador de «tracto sucesivo»*, en que no las mutuas disputas y recíprocas injurias, sino *la incidencia pertinaz y continuada de la víctima en el alcoholismo agudo, pero con episodios de cronicidad y perseverancia con el abandono e incumplimiento de sus esenciales deberes conyugales, maternales y domésticos* que fueron tensando el ánimo del agente, que a través del tiempo y del espacio vino sufriendo en su propia persona, en la de su menor hijo y en su ambiente hogareño las consecuencias del abandono, desidia y desatención de la víctima respecto a sus más exigibles deberes y que en la ocasión de autos rebasaron los límites de paciencia y aguante estallando en cuasi irreprímible impulso,

culminando con los reprobables actos agresivos que si aislada y subjetivamente serían plenamente ilícitos, en las circunstancias precedentes y coetáneas al acaecimiento que se juzgan, *atenúan también la ilicitud* y consiguiente responsabilidad contraída por el recurrente, pues *fueron, en frase vulgar, la gota de agua*, los estímulos que desencadenaron y provocaron la ofuscada reacción agresiva que la resultancia relata (S. 11 diciembre 1973).

§ 7. Artículo 10:14.<sup>a</sup>, *Reiteración (Prescripción de antecedentes penales por delitos contra la seguridad del Estado)*.

El Decreto de 9 de octubre de 1945 concedió *indulto total de la pena principal impuesta o que procediere imponer a los responsables de delitos de rebelión militar, seguridad del Estado o de orden público cometidos hasta el 1.º de abril de 1939*, cuyo Decreto fue posteriormente complementado por el de 1.º de abril de 1964, que ordenó *la eliminación del Registro Central de Penados y Rebeldes de los antecedentes correspondientes a los delitos comprendidos en el anterior Decreto por reputarse inexistentes en los sucesivos*. Por contra, *no pueden surtir efecto alguno en casos de reincidencia, reiteración o condena condicional los antecedentes penales referidos a dichos delitos que tuvieron su comisión con anterioridad a la expresada fecha de 1.º de abril de 1939*, cualquiera que sea la en que produjera su condena. En consecuencia, dado que el proceso, que ahora se condena por el delito de abusos deshonestos, fue ejecutoriamente condenado en Sentencia de 4 de abril de 1944 dimanante de proceso instruido por el Juzgado Militar número 13 de Murcia, a la pena de seis años y un día de prisión mayor por delito de auxilio a la rebelión, y *dada la naturaleza del delito*, el Juzgado Instructor, la jurisdicción que dictó la Sentencia y la fecha de ésta, *dentro del tiempo en que muchos de aquellos delitos se sancionaron, justificado por el gran volumen de los cometidos*, se desprende que el delito se cometió dentro del plazo que abarca el indulto, lo que, por otra parte, al no constar lo contrario en la Sentencia ahora estudiada, tendríamos que suponer que así fuese, por virtud del derecho humano que inclina al ánimo en beneficio del reo, ha de ser acogido el único motivo del recurso que postula indebida aplicación del artículo 10, circunstancia 14 del Código penal, en relación con la regla 2.<sup>a</sup> de su artículo 61 (S. 20 junio 1973).

§ 8. Artículo 10:1.<sup>a</sup>, *Reincidencia*.—Conforme al tenor literal del artículo 10, número 15 del Código penal, la reincidencia exige que al delinquir el culpable hubiere sido *ejecutoriamente condenado* por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del Código, aclarando la jurisprudencia que *ejecutoria equivale*, como afirma la Ley de Enjuiciamiento Criminal a *sentencia firme* y que la frase *ejecutoriamente condenado por otros u otros delitos*, ha de interpretarse *literalmente*, espiritualmente y en favor del reo, en el sentido de que *si la ejecutoria abarca a varios delitos, sólo podrá apreciarse posteriormente una reincidencia primaria, o primera reincidencia, aunque la condena se extendiera a varios*, puesto que el fundamento esencial de la circunstancia es la intimación que la ejecutoria supone, la voluntad rebelde del ya condenado y la recaída en delito comprendido en el mismo título del Código. Por tanto, *si hay ejecutoria, aunque ésta se extienda a varios delitos, hay después circunstancia de reincidencia espe-*

*cífica, pero sólo primaria, porque sólo hubo una ejecutoria* (SS. 25 enero 1972, 16 octubre y 9 noviembre de 1972, 25 y 29 enero 1973, 21 febrero 1973).

Apreciar una *doble reincidencia* se supone que equivale a *tercer delito*, con *dos condenas ejecutorias previas*, en la cual hay una *primera ejecutoria*, que condena por el delito base comprendido en un título determinado del Código penal, *una segunda sentencia* que aprecie la primera reincidencia y *una tercera ejecutoria*, donde se aprecie ya la segunda reincidencia, en cuyo supuesto y a partir de esta segunda, entra en juego, con toda su fuerza la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Código penal.

*La misma doctrina debe afirmarse respecto del artículo 516, 3.º del Código penal*, cuando habla de que el culpable fuese *dos veces reincidente*, frase que se reitera en plural en el artículo 530 del propio Cuerpo legal (S. 10 noviembre 1973).

§ 9. Artículo 14:3.º, *Cooperadores necesarios*.—La diferencia entre la cooperación necesaria (auxilio necesario) y la complicidad (auxilio no necesario) «*se encuentra en la eficacia causal de los actos efectuados en relación con el resultado concreto*» (S. 28 febrero 1973).

§ 10. Artículo 22, *Responsabilidad civil subsidiaria*.—Los requisitos precisos para que entre en juego esta clase de responsabilidad civil son:

1.º *La comisión de un delito o falta* de los que generan responsabilidad civil.

2.º *Insolvencia económica* o carencia de medios patrimoniales suficientes *por parte del autor del hecho punible*, para hacer frente a aquella responsabilidad civil.

3.º *Que el sujeto del delito sea criado, discípulo oficial, aprendiz, empleado o dependiente* de otro.

4.º *Que esta otra persona sea amo, maestro, entidad, organismo o empresas* dedicadas a la industria, comercio, actividad lucrativa, explotación o beneficio.

5.º *Que el delito o falta sean cometidos por el dependiente «en el desempeño de sus obligaciones o servicios»* (S. 26 diciembre 1973).

Para que se genere la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el artículo 22 del Código penal es preciso la concurrencia de los requisitos siguientes: *a)* Una persona, empresario, entidad o corporación, por razón o cuenta de la que se actúe el servicio; *b)* Un servidor, empleado o funcionario que en relación de dependencia o empleo, directa o indirectamente, se halle ligado a su principal con nexo intersubjetivo, tanto de condición jurídica o laboral, como de mero ocasional ligamen, siempre que actúe por cuenta del primero, con probable utilidad material y el vínculo, permanente o accidental, retribuido o gratuito; *c)* Que el subordinado obre en la esfera de su cometido o servicio, cuando se genera la conducta que suponga la realización de la infracción criminal (S. 29 marzo 1973).

La expresión del Código «*desempeño de sus obligaciones o servicios*», se viene interpretando por la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup> en *sentido amplio, con matiz claramente objetivo*, como recientemente se ha expresado, *en sentido espiritual, social y extensivo*, incluyendo, por tanto, *aquellas situaciones que redunden en beneficio del principal, en su provecho o utilidad, pero siempre que el dependiente actúe sometido no ya sólo directamente, sino aun potencial o lejanamente a la posible intervención del dueño, incluso aunque* en el desempeño de sus fun-

ciones cometa ligeras extralimitaciones. Pero se han examinado, cuando menos, las extralimitaciones notoriamente al margen de la misión o encargo, las que sólo tienen como razón de ser el favorecimiento de ajenas empresas o las que busca el provecho exclusivo del delincuente, sin beneficio alguno, ni aun potencial, del dominus (SS. 4 mayo 1970, 3 marzo, 28 abril, 7 diciembre 1972, 17 abril 1973 y 26 diciembre 1973).

No puede admitirse que la actuación ilícita, irregular o indebida del subordinado rompa la relación de servicio, ya que de admitirse esto quedaría vacía esa institución. Por cuanto lo que dispone el artículo 22 del Código penal es que el acto que genera el delito, con la responsabilidad civil principal y subsidiaria por insolvencia del delincuente, se cometa mediante el uso de los medios y facilidades puestas en su mano por su principal, con el consiguiente riesgo para los terceros relacionados con aquél por la necesaria mediación del agente en el ejercicio —aunque no sea dentro del ejercicio de sus funciones—..., sin que pueda reducirse esta responsabilidad civil subsidiaria al angosto marco de la relación civil del mandato y a la lícita, estricta y rigurosa ejecución de sus deberes, de modo que queden fuera las posibles extralimitaciones. Por el contrario, *sólo caen fuera de esta responsabilidad los hechos del agente extraños por completo a su función al servicio bajo la dependencia del principal...* (S. 24 abril 1973). Por consiguiente en el juego de las extralimitaciones deben separarse y poseen consecuencias diversas dos situaciones diferentes: una, aquella en que el empleado o subordinado actúa como extraño o al margen por completo de la relación que le vincula con el principal, obrando desligado totalmente de su quehacer funcional, en «acto de barateña», supuesto en el que ha de considerarse ausente el desempeño de los servicios o deberes que tenía a su cargo; otra, la determinada por la actuación dentro del marco de sus funciones genuinas, pero extralimitándose al asumir, después de un arranque lícito, una dirección criminal, en cuyo supuesto la actividad servicial y el crimen se aúnan y asimilan, y no puede admitirse que el agente sea considerado que actúa fuera del servicio (S. 29 marzo 1973.)

§ 11. Artículo 24, *Retroactividad de la ley penal más favorable (agravante de reiteración y variación de cuantías)*.—La aplicación de la *agravante de reiteración* exige una comparación punitiva, a cuyo tenor, en caso de haber sido castigado el reo con anterioridad por un solo delito, la pena señalada al mismo ha de ser *igual o menor* que la establecida para el delito que se juzga. Por consiguiente, en el caso debatido, y teniendo en cuenta la fecha de la sentencia anterior, 17 febrero 1944, y la cuantía del hurto en ella imputado, se infiere que *tal delito fue juzgado bajo la vigencia del Código penal de 1932, reformado en materia de cuantías por la Ley de 10 de abril de 1942, que vino a establecer en 200 pesetas la frontera entre el delito y la falta de hurto*. En consecuencia, *no es válida la doctrina jurisprudencial invocada por la sentencia del Tribunal a quo* (citando SS 24 mayo 1969, 14 noviembre 1970), porque, en primer término, *aun cuando se estimara que las alteraciones de cuantías no habían afectado al delito de hurto* por el que fue condenado el procesado y que, por ende, conservaba su condición delictiva, al no haber sido degradado a la calidad de mera falta, *tal doctrina sería aplicable a la existencia de la agravante de reincidencia, pero no a la de reiteración*, que ha sido la apreciada por el Tribunal de Instancia. Habida

cuenta de que aquella primera circunstancia se satisface con la existencia de un delito anterior comprendido en el mismo título del Código, homogeneidad delictiva que se declaraba probada en el caso; pero, tratárase de *reincidencia genérica o específica, dicha doctrina no era aplicable al caso debatido, por cuanto la irretroactividad postulada por la Sala 2.<sup>a</sup> en materia de cuantías a través de las sentencias dictadas y en otras coetáneas o posteriores, se basa en la regla 3.<sup>a</sup> del artículo 5.º de la Ley de 15 de abril de 1967, a cuyo tenor su radio de acción se limita a las «variaciones de cuantías que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley», es decir, que la irretroactividad que se propugna afecta al sistema de cuantías implantado por la Ley de 30 de marzo de 1954, pero no al «status» legal anterior en el cual está ubicada la condena impuesta al recurrente, la cual se beneficia, por tanto, del régimen de retroactividad que, al amparo del artículo 24 del Código penal venía aplicando la jurisprudencia citada antes de la Ley de 15 de abril de 1967, en la cual se establece la innovación legislativa que ha dado lugar a la actual interpretación. Por tanto, habiendo establecido la Ley de 1954 en 500 pesetas el límite entre el delito y la falta de hurto, la sustracción por la que fue condenado el recurrente ha de ser considerada como falta y sin fuerza, pues, para engendrar reincidencia...» (S. 28 marzo 1973). Cfr. S. 16 noviembre 1973. En contra, S. 15 octubre 1973.*

§ 12. Artículo 52, *Tentativa imposible (en relación con artículo 411:2.º)*.—Frente a la tesis del recurso en el sentido de que las prácticas abortivas en mujer no embarazada, sin resultado lesivo alguno, son atípicas, el T. S. opone que «el delito imposible o la tentativa imposible, penada en el artículo 52, tanto lo sea por *inidoneidad del medio como del sujeto pasivo* (como en este caso), es de aplicación a toda clase de delitos, por ser una forma especial dentro de los grados de ejecución, aplicable a todos, como incluido en la parte general; y a ello no se opone el artículo 411 en su párrafo final, que contempla una forma de delito imposible, pero circunscrito a la producción de muerte o de lesiones graves, siendo así un delito calificado por el resultado, según otros de dolo eventual de tipo operado, tendente al castigo de ilícitas maniobras, con el consiguiente peligro que llevan a sí mismas, pero que *no obsta a que pueda apreciarse la tentativa imposible en todas las formas de aborto que lo admiten, con la excepción del párrafo final del artículo 411 por ser uno de los elementos integrantes del Código penal*; porque no hay que confundir la «falta de tipicidad» con la *imposibilidad de producción del delito*» (S. 28 febrero 1973).

§ 13. Artículo 69, *Delito continuado*.—Casa el T. S. la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* y aprecia dos delitos continuados de apropiación indebida, en base a estimar que la consideración del *delito continuado* requiere partir de la idea inicial de que, en nuestro ordenamiento punitivo *no tiene aquél una base dogmática rígida e incommovible, sino que, ya desde sus orígenes, se fue fraguando al calor de la «creación judicial»*; primero, por razones pietistas y humanitarias, hoy del todo superadas; más tarde, como expediente procesal de simplificación de la prueba, cuando no es posible individualizar las distintas acciones puestas por el sujeto activo del delito y, finalmente, atendiendo de modo primordial a lo que es alma y esencia de la institución, a saber, *la posición animica del culpable*, supuestas ciertas condiciones mínimas de *identidad entre las distintas acciones* que deter-

minan el *ámbito ojetivo de la conexidad*, preponderantemente la *unidad de precepto penal violado o unidad de tipo básico* y la *identidad de ocasión que se ofrece sucesiva y reiteradamente al autor*, creando el clima propicio y necesario para prorrogar su actuación en el tiempo y en el espacio, a modo de recaída en la tentación, lo que sirve de enlace para entrar en el *ámbito subjetivo* en que se mueve el sujeto y que no es otro que la *línea homogénea de culpabilidad*, línea psíquica, en cuya captación han de obrar los Tribunales con el mayor cuidado y sensibilidad, como elemento decisivo que es, sin ideas prefijadas en cuanto a los elementos intelectual y volitivo del dolo que, además de estar reñidas con la realidad psicológicas y con la exigencia jurídica, pueden convertirse en cómodo y automático recurso de unificación. Por lo que es preciso *individualizar* al máximo cada caso a fin de lograr el objetivo de esta construcción jurídica, declarado por la Sala 2.<sup>a</sup>, *de cohonestar las realidades vitales con las necesidades imperiosas de la justicia* (SS. 22 marzo y 24 noviembre 1966, 3 marzo 1968, 4 diciembre 1968, 16 enero 1969, 27 marzo 1969, 27 mayo 1969, 16 febrero 1970, 16 abril 1970, 12 mayo, 15 junio y 22 octubre 1970, 10 marzo 1971, 28 abril 1971 y 1 febrero 1973).

La doctrina jurisprudencial del delito continuado se construye en base a la realidad natural y humana de *una sola intención delictiva* rectora de todas las actuaciones criminales del sujeto activo y exteriorizada en *una pluralidad de actos de ejecución* de lo proyectado, elementos subjetivo y objetivo a los que debe añadirse la *infracción de un mismo tipo penal*, coincidiendo a veces el mismo sujeto pasivo perjudicado. Por lo que debe apreciarse en el caso de apropiación indebida debatido (S. 30 octubre 1973).

Desestima el T. S. la petición del recurrente —condenado por dos delitos de estafa— en el sentido de que es apreciable un delito continuado, habida cuenta de que *la diferencia de fechas, de sujetos pasivos y de relaciones comerciales supone, aunque el «modus operandi» sea igual o muy semejante, actuaciones delictivas independientes y perfectamente diferenciadas*, de las que no puede afirmarse con absoluta y rotunda seguridad que respondieran a una sola *«ideación criminosa»* de las que fueron simples manifestaciones ejecutivas de un solo y único propósito delictivo. Pues *una cosa es que un delincuente reitere un mismo sistema delictivo en propósito o ideaciones diversas, aunque sucesivas, y otra muy distinta que conciba un propósito unitario de delinquir y lo vaya desarrollando en una serie de actos de ejecución de lo propuesto*. En resumen, *no cabe confundir el «delito continuado», con sus peculiares condicionamientos, con el «delito repetido o habitual»*. Por lo que sería erróneo estimar que el delincuente que decide dedicarse persistentemente a una determinada tipología de delitos y los repite a través del tiempo y del espacio, debiera ser considerado como autor de un solo «delito continuado», que contrariamente requiere unidad de propósito e ideación criminal y pluralidad de actos de ejecución conexas entre sí y respondiendo a cumplir necesariamente el unitario proyecto delictivo. Lo razonado veda acoger este recurso (S. 15 diciembre 1973).

§ 14. Artículo 70, *Concurso real de delitos*.—Según ha declarado ya alguna sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. —S. 22 enero 1962— en el artículo 71, concebido para supuestos concursales más circunscritos y, a juicio del legislador, acreedores a un trato más ventajoso que el deparado por los simples topes máximos pre-

vistos para el concurso real por el artículo 70, no puede abocar a consecuencias más desfavorables que las que pudieran irrogarse de la aplicación del, en principio, más severo artículo 70, como tampoco conjugarse en beneficio del reo los efectos de uno y otro precepto. La preferente aplicación del artículo 71 con la consiguiente exclusión del 70, para el supuesto de dos delitos conectados entre sí en relación de medio a fin, es una opción y no una simbiosis, de modo que sólo deberá tener lugar como fórmula específica y más favorable cuando ello no se traduzca, como aquí se pretende, en mayor dureza punitiva, pues si la acarreará, decaería en tal caso la razón de ser de la cláusula de excepción y regiría entonces el más genérico artículo 70, que, simplemente cifra el tope punitivo en el triple de la más grave de las penas impuestas, sin exceder nunca de los treinta años. Deniega, por tanto, la tesis del recurso que derivaba en una pena de 18 años de privación de libertad al propugnar la aplicación del artículo 71, optando, por el contrario, por la del artículo 70 (S. 14 abril 1973).

§ 15. Artículo 71, *Concurso ideal de delitos*.—La problemática que plantea el concurso de delitos de falsedad en documento público, oficial o mercantil (artículos 303 y 302) con el de estafa, prevista en los artículos 529 y siguientes del Código penal ha sido ya resuelta de un modo constante, reiterado y definitivo, por el T. S., en el sentido de que, *después de la publicación del Código penal de 1944, procede sancionar por separado los delitos de falsedad y estafa, aunque tengan la relación de medio a fin, por haber desaparecido, desde el Código indicado, la figura híbrida de la falsedad con lucro que existía en la anterior legalidad. No existiendo, por tanto, ninguna incompatibilidad en la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil y otro de estafa, sino que cada uno de ellos conserva su sustantividad estructural y su autonomía, dando lugar al concurso de delitos que determinan a efectos de punición la entrada en juego del artículo 71 del Código penal, penándolos separadamente, aunque vengan enlazados por la relación de medio a fin, con las excepciones de las falsedades defraudatorias, en las que el principio de especialidad se impone* (SS. 4 mayo 1965, 24 octubre 1964, 5 febrero 1964, 24 octubre 1963, 24 noviembre 1962 y 22 febrero 1962, entre otras). Así, contemplando un supuesto muy similar al que nos ocupa, la S. 13 marzo 1963 habla de que *la imitación de una firma en cheque, documento eminentemente mercantil, por sí sola constituye el delito de falsedad, pero si, además, se consigue, por este medio el abono de su importe por el Banco, constituye un delito de estafa; complejo de falsedad y estafa, a cuya penalidad es aplicable el artículo 71 del Código penal* (SS. 14 mayo 1970, 28 mayo 1971 y 7 abril 1973).

§ 16. Artículo 101, *Responsabilidad civil «ex delicto»*.—Los artículos 101 y siguientes del Código penal establecen *tres clases de resarcimiento* del patrimonio, según la *naturaleza de la lesión, y la clase de delito cometido*, y que vienen ordenadas con carácter preceptivo, de modo que no dejan opción a los Tribunales, al establecerse una gradación que ha de observarse necesariamente:

1.º En primer término, *la restitución de la cosa*, siempre que sea posible, (artículo 102 del Código penal).

2.º En segundo, *el precio de la cosa*, si es posible, y *el de afección del agraviado*, cuando aquélla no pueda realizarse (art. 103).

3.º Finalmente, la *indemnización de perjuicios materiales y morales*, ocasionados no sólo al agraviado, sino también a aquellos que por razón del delito se hubieren irrogado a su familia o a un tercero (S. 4 julio 1973).

S 17. Artículo 102.—*Restitución*. Este precepto ordena la *restitución de la cosa*, siempre que sea posible, *aunque se encuentre en poder de tercero y éste la haya adquirido por medio legal*. Si bien la *disposición no es aplicable al caso en que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerla irreivindicable*, tales como las ventas a que alude el Código civil en el artículo 464, párrafos 2.º y 3.º; las ventas públicas y objetos empeñados en los Montes de Piedad, las adquiridas por prescripción, mediante posesión ininterrumpida a que aluden los artículos 1940, 1955 y 1957 del Código civil, según determina el artículo 117 del Código penal y las adquiridas en bolsa, feria o mercado, de comerciante legalmente establecido, en la forma prescrita por el artículo 85 del Código de comercio, al que se remiten los artículos 464 y 1955 del Código civil, o en almacenes y tiendas al público, que causan prescripción de derecho a favor del comprador.

Con las salvedades apuntadas, para que tenga lugar la restitución de la cosa, es *requisito indispensable* que, con anterioridad, haya existido privación de ella a aquel a quien ha de restituirse. Y, con arreglo a la *doctrina de la naturaleza de la lesión y de la clase de delito cometido, la pérdida o privación de la cosa no debe producirse en cualesquiera circunstancia o motivo, sino que ha de ser ocasionada necesaria e ineludiblemente por el propio delito* del que el agente resulta responsable criminalmente, puesto que la responsabilidad civil, de la cual forma una de sus facetas la restitución es una secuela o consecuencia no sólo inmediata, sino inseparable de penal (S. 16 octubre 1953).

Por consiguiente, en el caso debatido, en que el procesado no vendió el cuadro en la fecha pactada, ahora en poder de un tercero, es evidente que la acción delictiva de apropiación indebida recae sobre el cuadro, no sobre el dinero producto de la venta, que integra una etapa posterior al actuar delictivo, ya que al disponer del mismo sin mandato de venta y con la obligación de devolver, se integra el delito del artículo 535 y, como la *adquisición por tercero no se hizo en condiciones que la hicieran irreivindicable, debe, a tenor del artículo 102, procederse a la restitución de la cosa, aunque ésta se encuentre en poder de tercero y éste la haya adquirido por medio legal*, salvo su derecho de repetición contra quien corresponda (S. 4 julio 1973).

§ 18. Artículo 117, *Extinción de la responsabilidad civil*.—Si bien la responsabilidad civil es consecuencia indeclinable de la penal y en ambas está incurso el inculpado —condenado por homicidio por imprudencia temeraria—, conforme a la norma básica del artículo 19 del Código penal, como *aquella no afecta al orden público, sino al interés patrimonial privado, es lícita*, y así lo reconoce el artículo 117 del propio Código, *su extinción*, que puede originarse del mismo modo que se extinguen las demás obligaciones a tenor de las reglas del Derecho civil. Y, por ello, en estos supuestos, entran en juego normas jurídicas de carácter sustantivo que deben ser observadas en la aplicación de la Ley penal aunque pertenezcan al orden civil, por tratarse de responsabilidades de esta índole, exigibles en esfera distinta de la suya propia por razones de economía procesal y por la íntima relación

que guardan con el complejo delictivo, en el que confluyen el interés público que encarna el Estado y el privado que representa el perjudicado, dueño de la acción civil, hasta el punto de que si éste renuncia expresamente a ella no puede ejercitarla el Ministerio Fiscal (S. 22 octubre 1973).

§ 19. Artículo 302, *Falsedades*.—*Bien jurídico protegido*.—«Las infracciones comprendidas dentro del Título III presentan como denominador común el *objeto jurídico de la comunidad social*, sin que la primordial y sugestiva alegación esgrimida en el recurso de que las falsedades apreciadas —alteración de fechas— eran puramente *ideológicas*, extrañas a la misma letra de cambio y no comprendidas por tanto en el ámbito punitivo del artículo 303, tenga la suficiente consistencia real y legal a los fines casacionales postulados; habida cuenta que *el problema de la falsedad intelectual y material apenas tiene arraigo en el derecho sustantivo español, que no llega a distinguir y separar claramente entre legitimidad y veracidad en los documentos, estimando documento falso el que no faltando a aquélla tiene, no obstante, un contenido no verdadero*. Y, siguiendo tal orientación, a diferencia de las legislaciones influenciadas por el derecho germánico, que segrega la falsificación material de la falsedad intelectual, *la nuestra comprende, en su artículo 302, virtualmente todas las posibilidades imaginables de falsedad ideológica acomodándose al derecho histórico, como son los conductos de constatación, a sabiendas, de un hecho falso, entre las que entran y caen plenamente las engañosas cometidas por los particulares en documentos mercantiles a través de los señalados en los números 2.º y 5.º del repetido artículo 302, o lo que es lo mismo: dando vida en el tráfico jurídico comercial a documentos en principio legítimos, más de contenido falaz*» (S. 16 octubre 1973).

El Código penal común, bajo la rúbrica «*De la falsificación de documentos*», comprende en las tres secciones del Capítulo IV, del Título III, de su Libro 2.º, las distintas falsificaciones que más generalmente se cometen en documentos de variada índole por personas en las que concurre o no la condición de funcionario público, *jerarquizando las diversas figuras delictivas* abarcadas de mayor o menor gravedad, *según sea la clase de documentos o las circunstancias de las personas culpables*.

Pueden conceptuarse en términos amplios como «*documentos*» a efectos jurídico-penales, *todo escrito en que se da cuerpo a un contenido de pensamiento destinado a entrar en el tráfico jurídico*, distinguiendo el Código entre los mismos, a los *públicos y oficiales, mercantiles y meramente privados*, sancionando con la máxima severidad las falsedades cometidas en aquellos por quienes ostentan la cualidad de *funcionarios* en razón a que *no sólo atacan la seguridad del tráfico jurídico, bien común lesionado en todos los tipos del Capítulo, sino, asimismo, porque abusando de su función quebrantan especiales deberes anejos a su cargo y empleo* (S. 3 abril 1973).

Artículo 302, *Falsificación cometida por funcionario público*.—Para la existencia de esta figura delictiva se precisan tres elementos básicos: 1.º *que sea hecha por funcionario público abusando de su oficio*; 2.º *que se efectúe en documento público u oficial*; 3.º *que contenga sustanciales alteraciones o mutaciones de la verdad por alguno de los medios específicamente señalados en aquel precepto* (S. 3 abril 1973).

Artículo 303, *Falsedad en documento mercantil (en relación con 302, 1.º)*.— El delito de falsedad documental ataca la seguridad del tráfico jurídico ligada a signos fiduciarios (S. 28 febrero 1973).

Dado el bien jurídico protegido en la falsedad documental, al menos en la de documentos públicos y asimilados (oficiales y mercantiles), debe configurarse como *delito social*, sobre el que carece de relevancia el consentimiento del titular de la firma, ya que se traiciona la *fe pública* apoyada en la genuinidad y legitimidad de cada uno de los signos autenticadores.

A diferencia de lo que sucede en la falsedad de documento privado —que ataca a un interés individual con la consiguiente exigencia legal de perjuicio de tercero o del ánimo de causárselo (art. 306)—, en la de documento público y asimilado basta ese daño potencial al tráfico fiduciario (que supone la falsificación) para que exista el delito (28 febrero 1973).

*Falsedad en documento mercantil (302: 1.º y 2.º)*.—Según ha declarado el Tribunal Supremo, en S. 28 febrero 1973, *el delito de falsedad documental ataca fundamentalmente a la seguridad del tráfico jurídico ligada a signos fiduciarios*, entre los que descuellan *la firma de la persona que, puesta en un documento, sirve para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice*. Esta noción de la firma pone ya de relieve su importancia como acto personalísimo e irremplazable, esto es, que no puede ser llevado a cabo por persona distinta, como no sea por medio del mandato representativo o apoderamiento en favor de otro para que éste firme en su nombre, pero siempre utilizando la propia firma como apoderado. Doctrina que se destaca aún más cuando de *letras de cambio* se trata, por ser éste documento eminentemente formal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 444 del Código través del juicio ejecutivo cambiario en que las excepciones de defensa queden *indefinitas* de comercio, consagrador del llamado *rigor cambialis*, con proyección procesal a mitadas por el artículo 1.465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con protección penal expresa que lleva a mencionar dicho documento en el artículo 303 del Código punitivo como prototipo de documentos mercantiles; protección que se lleva hasta el punto de *equiparar a efectos de falsedad la aceptación y el aval fingidos por quien no es titular de la firma* (SS. 17 junio 1948, 15 diciembre 1952 y 17 marzo 1970), *en atención a que, siendo la letra de cambio documento destinado al tráfico, reclama la perfecta ecuación entre la verdad aparente y la real* (SS. 3 julio 1957, 15 noviembre 1962, 19 abril 1965). Por tanto, respecto de la letra de cambio, ha consagrado la Sala 2.ª *la tesis de la falsedad penal, aun cuando la firma imitada de aceptantes o avalistas perteneciera a próximos parientes del reo* (SS. 2 abril y 4 mayo 1954, 28 diciembre 1963 y 24 abril 1964), *y aun cuando se contara de antemano con la aprobación de los mismos* (S. 6 julio 1951), o se haya contrahecho la propia caligrafía de la firma para poder alegar en juicio su falsedad (SS. 8 agosto 1939 y 26 enero 1968). Por consiguiente, tanto la antijuridicidad como la culpabilidad se acrecentarán cuando la suplantación de firma se verifique ignorando a su titular y la mendacidad escrita se extiende a otros extremos de la cambial (Sentencia 17 mayo 1973).

*Falsedad en documento mercantil (302: 2.º y 5.º)*.—El Título III del Libro II del Código penal lleva la amplia rúbrica «*De las falsedades*», con la que genéricamente comprende *el resultado de una falsa apariencia*, que viene a coincidir con

el amplio y ético concepto de «*mandamiento de verdad*» que las Partidas (Ley I, Título VII, Partida VII) daban de la falsedad, pero la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo IV de aquél se contrae a la *falsificación de documentos*, entre los cuales abarca: los *mercantiles*, previendo el artículo 302 entre sus nueve modalidades delictivas la constación falsa de un hecho en sus número 2.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup>, bien *suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido*, o bien *alterando las fechas verdaderas*; y el artículo 303 castiga a los particulares que en *documentos públicos, oficiales o de comercio* y, específicamente, en *letras de cambio*, cometieran alguna de las falsedades descritas en el anterior. Por lo que, estableciendo los hechos probados la aceptación e intervención de letras de cambio por el procesado, se alteraron las fechas verdaderas de las mismas para la creación de consecuencias económicas; de modo que, con independencia de la finalidad lucrativa perseguida por el recurrente y objeto de otro delito, quedó consumada la falsedad tipificada en el artículo 303 en relación con el 302:2.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup> (S. 16 octubre 1973).

*Letra de colusión o de favor* (302:4.<sup>o</sup>).—La llamada *letra de colusión, de complacencia o de favor*, no integra por sí sola el delito de falsedad, según doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. (SS. 23 abril 1926, 20 junio 1936 y 2 abril 1965), siempre que los intervinientes en la cambial, con conocimiento de su falta de causa o cobertura hayan estampado en ella sus firmas legítimas y con los requisitos exigidos por la ley; pues entonces queda a salvo el rigor formal de la letra, consagrado por el artículo 444 del Código de comercio, esto es, su valor de genuidad o autenticidad, *aun cuando exista una inveracidad material o de fondo, en suma una falsedad ideológica, que no basta por sí sola para atraer sobre dicho documento mercantil, en el que privan las esencias formales, la calificación de falso documental*. Todo ello sin perjuicio de que si terceros ajenos al pacto cambiario, son inducidos a error por aquella apariencia de crédito creada por los que pusieron en circulación la letra e ignorantes de la colusión o concierto originario proceden de buena fe a su descuento o cesión —tales como el tomador y endosatario sucesivos—, con el consiguiente perjuicio patrimonial para los mismos, pueda surgir un delito patrimonial, ya el de estafa común del artículo 529:1.<sup>o</sup> del Código penal, ya el de estafa especial o impropia del artículo 532:2.<sup>o</sup> del mismo Código, tal como ha declarado también esta Sala en las aludidas sentencias y en otras más recientes (SS. 9 junio y 31 octubre 1973).

Artículo 303, *Falsedad en documento oficial* (302:2.<sup>o</sup> y 6.<sup>o</sup>).—El T. S. condena por falsificación en documento oficial, en base a considerar que los procesados pretendían conseguir, y consiguieron, el carnet de conducir, documento que resultaba ilegítimo y que no identifica a la persona como tal, sino que le faculta, habilita o autoriza para conducir y a fines de que no pueda ser usado por otra persona lleva adherida la fotografía del titular y con fin identificatorio el número edl Documento Nacional de Identidad, que es *el que conforme a la legalidad vigente identifica a los españoles*, y, como para conseguir el carnet de conducir, *delito fin*, los que no estaban preparados para superar el examen *alteraron documentos nacionales de identidad legítimos, cambiando la fotografía del verdadero titular del documento*, sustituyéndola por la del que había de examinarse, éste es el *medio empleado* para conseguir el fin propuesto, *fin que absorbe el medio*, que constituye su soporte, castigándose, por tanto, el hecho como *falsificación en do-*

*cumento oficial* que es el carácter que corresponde al *carpet de conducir*, que, como antes se razona, y ya se ha declarado en varias sentencias de la Sala 2.<sup>a</sup> (S. 22 marzo 1944) *no es documento de identidad a efectos del artículo 308 y, por consiguiente, del 309, párrafo 2.º del Código penal* (S. 18 diciembre 1973).

Artículo 304, *Uso de documentos mercantiles falsos*.—Comete este delito quien, con conocimiento de la aceptación de una letra de cambio, la entrega a cuenta o en pago de una deuda contraída, lo cual pone de manifiesto su intención lucrativa (S. 28 noviembre 1973).

§ 20. Artículo 320, párrafo 1.º, *Usurpaciones de funciones*.—La figura prevista en el artículo 320, párrafo 1.º del Código penal es un *delito de falsedad ideológica* que se integra por la conjunción de *dos elementos*: uno de *matiz subjetivo*, caracterizado por la *falsa atribución de carácter oficial*; otro, de *matiz objetivo*, constituido por *el ejercicio de actos propios de la autoridad usurpada*; elementos ambos que no se reconocen con la necesaria nitidez en la mendaz actuación de ambos encartados; por cuanto no consta que el procesado se hiciera pasar por catedrático o profesor de Segunda Enseñanza al montar los simulados exámenes a los alumnos, a quienes impartía clases particulares, ni tal invasión de la esfera pública puede dar lugar a este delito, dado que no era necesaria, habida cuenta de la excesiva candidez de los afectados. Lo que no impide apreciar un delito de estafa (S. 25 mayo 1973).

§ 21.—Artículo 344, párrafo 1.º, *Delito contra la salud pública* (Tenencia y tráfico de drogas).—El T. S. casa la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia y absuelve al procesado, que había adquirido la exigua cantidad de *un gramo de marihuana* a persona desconocida, estimando que *no puede considerarse como tenencia delictiva*, máxime cuando el sujeto era persona iniciada, «por lo que hay que suponer que era para el propio consumo y no destinada al tráfico».

Puesto que, aunque el párrafo 1.º del artículo 344 del vigente Código penal, reformado por la Ley de 16 de noviembre de 1971, *castiga la tenencia de drogas tóxicas y estupefacientes*, entre las cuales hay que comprender las sustancias obtenidas de la planta conocida por el nombre de cáñamo indio o cannabis índica, o por el más vulgarizado en Méjico, España y demás países hispano-americanos de marihuana, o marijuana, por hallarse incluidas en la lista I anexa al convenio único de la Naciones Unidas, que entró en vigor en España en 31 de marzo de 1966 y que dio lugar a la publicación de la Ley de la Jefatura del Estado de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2 *las considera como tales*, es evidente que *una interpretación teleológica del citado precepto efectuada a través de la legislación anterior y de la rúbrica de delitos contra la salud pública que lo cobija permite distinguir, como se hace por gran parte de la doctrina y en muchas legislaciones extranjeras también adberidas al citado convenio, entre tenencia o posesión impune para consumir y tenencia delictiva para traficar*; estableciendo una *presunción para esta segunda a partir de una determinada cantidad que nuestro Código no fija* y que, por tanto, *ha de quedar al arbitrio del juez, que podrá estimarla impune cuando no exceda de una cantidad prudencial y limitada, que indicaría que la droga poseída estaba destinada al consumo propio del tenedor y no a su comercialización*. Así, la Ley suiza de 18 de diciembre de 1968 dice que ha de entenderse por tenencia la po-

sesión de drogas tóxicas o estupefacientes en condiciones tales por su cantidad y circunstancias que pueda inferirse que se destinaban a un tráfico ilícito oneroso o gratuito, *puesto que interpretarlo de otro modo equivaldría a castigar indirectamente el consumo, ya que para la consumición o uso de la referida sustancia es necesaria su previa tenencia* (S. 16 octubre 1973).

«El invitar a unos amigos a pasar un fin de semana en el chalet, verdadera convocatoria a una reunión o «tenida» de drogadictos, *aunque se sugiera que allí se fumaban drogas*, no tiene la entidad suficiente para encuadrar tales hechos en la tipicidad ampliada del artículo 344 en la nueva redacción que le dio la Ley de 15 de noviembre de 1971, pues todas las actividades que se describen y concretamente la *tenencia, tienen que estar preordenadas al tráfico o difusión, tanto onerosa como gratuita, según se deduce de la interpretación auténtica que supone la la Exposición de Motivos de la Ley referida, sin que la simple tenencia de drogas para propio consumo integre este delito*. No obstante, la conducta de estos acusados, al ser drogadictos patentes, ha de ser sometida a la actividad correctora de la jurisdicción de Peligrosidad Social» (S. 31 octubre 1973).

El delito contra la salud pública tipificado en los artículos 341 y 344 del Código penal, tanto en el texto refundido de 1963, como en la reciente reforma introducida en este último artículo por la Ley de 15 de noviembre de 1971, es un *delito de mero riesgo o peligro contra la salud colectiva no contra la individual o personal, específicamente penalizada en otros preceptos del propio cuerpo legal punitivo, para cuya consumación precisa la concurrencia de un elemento material que está representado por la simple tenencia de drogas tóxicas o de estupefacientes con la finalidad de su tráfico ulterior, y un elemento negativo consistente en la carencia de autorización oficial o legítima para tal actividad, sin que para su estimación precise el resultado concreto de un daño o lesión efectiva en los bienes que jurídicamente protege*, bastando la creación de una situación *que con probable certeza conduzca a dicho resultado finalístico*, habida cuenta de que el texto del artículo 344 tan sólo señala que las drogas tóxicas sean objeto de «*tenencia, venta o tráfico ilícito*», lo que aparece clara y expresamente afirmado en el relato fáctico al consignar literalmente que los procesados «*fumaron en diversas ocasiones y reuniones, a las que acudían jóvenes menores, entre los que hacían prosélitos en esa costumbre perniciosa, la droga conocida por hachís que los mismos poseían y suministraban a dichos jóvenes*» (S. 10 octubre 1973).

§ 22. Artículo 358, *Prevaricación*.—Absuelve el T. S. al procesado por delito de prevaricación, en base a considerar que el ámbito punitivo de este delito fue reducido por la Reforma penal de 1932 y así mantenido por las de 1944 y siguientes, habida cuenta de que el Código penal de 1870 se refería a la *prevaricación extrajudicial* de que se trata, y, por lo que atañe al *elemento objetivo* de la misma, *al funcionario público que dictare o consultare providencia o resolución injusta*; y el Código penal de 1928, *al funcionario público que dictare o propusiere providencia o resolución manifiestamente injusta*; redacción muy significativamente abreviada en el texto vigente, cuando sin más alude *al funcionario público que dictare resolución injusta*, reducción típica que debe tenerse muy en cuenta a la hora de valorar la jurisprudencia de esta Sala recaída antes de la delimitación sufrida por el actual tipo penal e inspirada al decir de la doctrina en la conside-

ración de que *la consulta de una providencia, aún causando estado, no puede dar lugar a perjuicios tan irreparables como una resolución propiamente dicha, la cual implica, conforme a su sentido gramatical y propio, tomar una determinación fija y decisiva, por lo que únicamente los órganos decisorios pueden incurrir en esta especie de prevaricación en el actual «status» legislativo* (S. 30 mayo 1973).

§ 23. Artículo 367, párrafo 1.º, *Revelación de secretos (en relación con artículo 301 de la LECrim)*.—Condena el T. S. como autor de un delito previsto en el artículo 367, párrafo 1.º del Código penal al procesado recurrente, el cual reveló no el resultado de unas actuaciones policiales previas e independientes, sino el de unas diligencias sumariales que se le había ordenado practicar y de otras que, verificadas judicialmente, presenció la policía. Diligencias que conoció por razón de su cargo (comisario de policía) y que debió silenciar, sin que pudiera ignorar el carácter secreto de lo que divulgaba de forma indebida, siendo, además, notoria la trascendencia dañosa, efectiva o potencial de lo revelado, por ser punible la simple infracción del deber de sigilo, *sin necesidad de que se produzca daño* como consecuencia de la misma; ya que cuando se produce tal perjuicio, la responsabilidad penal se agrava específicamente, según lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo mencionado.

*Esta responsabilidad penal no se excluye por la indeterminación de la finalidad* propuesta al comunicar lo que debió permanecer en secreto, por cuanto el presumible deseo de ostentación de los servicios prestados o la oficiosidad en comunicar el resultado obtenido, no elimina el dolo y malicia presumible siempre con arreglo al artículo 1.º del Código penal.

*Tampoco puede hacerse valer como justificación de estos hechos un supuesto deber informativo*, ya que, si bien el artículo 6.º de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 permite «las informaciones de interés general», en el artículo 7.º se puntualiza que el derecho a obtener información oficial determinando la actividad de los expresados órganos y de la Administración de Justicia, será reservado cuando por precepto legal o por su propia naturaleza, sus actuaciones, disposiciones o acuerdos no sean públicos o cuando los documentos o actos en que se formalicen sean declarados reservados. Llegando a considerarse en el artículo 67 que son infracciones muy graves la publicación de disposiciones, acuerdos o documentos oficiales que tengan el carácter de reservados conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º.

Por otra parte, *la compatibilidad de las sanciones administrativas con las penales* viene expresamente declarada en el artículo 10 del Decreto de 31 de marzo de 1966, al declarar que «las actuaciones, disposiciones o acuerdos del Gobierno, de la Administración o de las entidades públicas, tendrán el carácter de reservadas por su propia naturaleza, cuando se refieran a la actuación de las autoridades en la investigación o persecución de hechos delictivos y a la de los Tribunales de Justicia, siempre que con la difusión pueda obstaculizarse la acción de tales órganos o la independencia judicial, o cuando suponga revelar, antes de la vista pública o de la sentencia, hechos, documentos o cuestiones que deban quedar sometidos al secreto de las actuaciones». El incumplimiento de lo establecido en este Decreto *será sancionado en vía administrativa* en conformidad con lo dispuesto en la Ley de Prensa e Imprenta, «*con independencia de las responsabilidades de otro orden en que pueda incurrirse*» (S. 14 abril 1973).

§ 24. Artículo 411, párrafo último, *Aborto cualificado por el resultado*.—El delito cualificado por el resultado, que con amplio y cuestionable objetivismo y «versari in re illicita», describe el tipo del párrafo último del artículo 411 del Código penal, en el aborto con resultado de muerte o lesiones graves, contiene enlazados un *hecho-base*, que es el aborto mismo con el feticidio, y un *hecho-consecuencia*, que es el evento letal de la mujer operada o sus lesiones de alta valoración, en que *los elementos de culpabilidad del artículo 1.º del Código penal, sufren grave quiebra*, sino derogación, *porque resulta bastante «ex lege», la comisión dolosa de aquél*, para que el agente sufra el más grave resultado, si se produce adecuada relación causal entre ambos extremos por lo que ante tal extensión legal, basada en el riesgo inicial que conlleva cualquier conducta abortiva, con agravación grave de la penalidad, debe adoptarse un *criterio de interpretación restrictiva*, como ya manifestaron las sentencias de la Sala 2.ª de 27 septiembre 1971 y 4 abril 1972. En consecuencia, sólo podrá aplicarse tal norma agravada por el resultado al *coautor cooperador o al mismo cómplice*, si su quehacer tiene relación indudable con los actos del actor directo que generaron la muerte o las lesiones graves, es decir, los propios de la ejecución material del aborto, porque *si no es así, y son anteriores o no influyentes en absoluto en aquél, la calificación adecuada sería la propia del hecho-base*, con penalidad más reducida, al no contribuir causalmente al mayor resultado, ya que *no es lícito jugar con la antigua y amplia, a la vez que indiscriminable teoría de la equivalencia de las condiciones en la valoración del ligamen causal, dentro de los excepcionales delitos cualificados por el resultado por poder llevar a consecuencias injustas*, sino que ha de exigirse, o la *previsión posible del resultado mortal o lesivo*, o la *adecuación típica, conocida y natural de la relación de causalidad*, a cuyo fin también han de valorarse la *condición de la persona interviniente* en la realización material del aborto, su habilidad, técnica o falta de profesionalidad, y el alcance mismo de los resultados acaecidos, en su lógica y vulgar manifestación en la práctica realidad (S. 28 febrero 1973). En contra S. 22 febrero 1973.

§ 25. Artículo 422, *Lesiones menos graves (Preterintencionalidad, artículos 1.º, párrafo 3.º y 50)*.—Casa el T. S. la sentencia pronunciada por la Audiencia, condenatoria por homicidio con la atenuante de preterintencionalidad (art. 9:4.ª), en un supuesto en que, a consecuencia de una riña y los golpes consiguientes, uno de los dos intervinientes sufrió un puñetazo en la nariz, fractura de huesos propios y desgarró en la mucosa con hemorragia no contenida a causa de la cirrosis hepática que le aquejaba, la cual, según dictamen médico, le hubiera producido la muerte en el curso de unos cuantos meses.

El T. S. condena al recurrente por un delito de lesiones menos graves, a tenor del artículo 422 del Código penal, de las que resultó homicidio, con arreglo a lo previsto en el artículo 1.º, párrafo 3.º y que deben ser sancionadas según lo preceptuado en el artículo 50, párrafo primero, del mismo cuerpo legal.

Modificando doctrina anterior, la Sala 2.ª del T. S. considera que «según viene afirmando esta Sala en su más reciente doctrina (SS. 15 noviembre 1969, 22 febrero y 6 noviembre 1972), el instituto de la *preterintencionalidad* entraña siempre un fenómeno de *progresión delictiva en el que*, no obstante ser de mayor gravedad el mal causado que el propuesto por el culpable, *ambos están en la misma línea ofensiva del bien jurídico atacado* (vida e integridad física como más

características); pues *si se da una absoluta disparidad de bienes afectados por uno y otro daño, entonces se produce una total desviación o desvinculación en que la preterintencionalidad es suplantada por un concurso de delitos* (S. 17 diciembre 1964 que afirmó la existencia de un delito doloso de atentado en concurrencia con un delito culposo de homicidio). Por lo que es preciso ya distinguir dos especies o ramas en que se bifurca la *preterintencionalidad*: una *homogénea* o de menor grado, amparada por la atenuante cuarta del artículo 9.º del Código penal en que los dos delitos, el propuesto y el ejecutado, *encarnan en un mismo tipo delictivo aunque su resultado ofrezca un «quantum» de mayor o menor gravedad* (delitos de lesiones graves descritos en el artículo 420 en escala descendente de resultados, como ejemplo típico) y una preterintención *heterogénea* o de grado mayor en que las dos infracciones, *siempre situadas en la misma línea de ataque, de acuerdo con el común requisito antes exigido, están incardinadas en distinto ti (ad exemplum lesiones, homicidio), noción esta última que cabe amparar en el párrafo 3.º del artículo 1.º en relación con el 50 del Código penal, pese a los escrúpulos manifestados por un sector de la doctrina; pues cualquiera que fuere el origen histórico del controvertido párrafo, es lo cierto que a partir del Código penal de 1870 se le dio tal amplitud de redacción que ya no sólo sirve para cobijar casos de error in persona y aún de aberratio ictus, sino para englobar también los referidos supuestos de preterintencionalidad heterogénea.*

Distinguidas las dos especies de preterintención, la doctrina jurisprudencial ha mostrado también *los elementos estructurales de la misma* que no son otros que, desde *el lado objetivo*, una *relación causal* entre la inicial conducta del agente y le resultado, pues dicho se está que *de no darse esta conexión objetiva mínima entre el hecho-base y el hecho-consecuencia no puede hablarse ni de preterintención, ni siquiera de delito calificado por el resultado, subsistiendo tan sólo el delito propuesto por el culpable*; y, desde *el lado subjetivo*, una *intención o dolo* que cubra aquella preliminar actuación del sujeto agente, pero, que, sin embargo, *no se extiende al resultado más grave*, de suerte que dicha consecuencia última desborda, a modo de *plus effectum*, lo realmente querido por el causante; o, lo que es lo mismo, que *el dolo del culpable sólo se extiende al delito base pero no al delito-consecuencia, que le será imputable a título de culpa o de caso fortuito*, por lo que *si se obtiene la convicción de que la intención estuvo ausente en todo el decurso del hecho, no habrá preterintencionalidad de ninguna especie*, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológico y normativo— en que encarna la culpa, y *sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que, si bien exigida en la noción legal del casus por el número 8 del artículo 8.º del Código penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible*, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del *versari in re illicita*, cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal.

Pero, en el caso debatido, debe, ante todo, examinarse si se da o no la *conexión causal* entre el acto agresivo del proceso —puñetazo propinado en la nariz de su antagonista, con fractura de los huesos propios y la muerte del lesionado, sobrevenida siete días después, como consecuencia de la anemia aguda producida por la hemorragia que se mantuvo durante ese tiempo por el trastorno de la crisis sanguínea inherente a la cirrosis hepática avanzada que padecía la víctima, serie

causal puesta de manifiesto por el dictamen de autopsia, recogido en parte por el *factum*, y en la que de inmediato destacan *dos concausas* asimismo enunciadas por aquella relación facultativa, a saber: el *traumatismo* que, *por sí sólo*, no hubiera producido la muerte en persona normal, sino tan sólo lesiones de pronóstico menos grave, curables en unos veinticinco días, y la *cirrosis hepática* que tampoco *por sí sola* habría dado lugar a la muerte, aunque sí se hubiera producido en el transcurso de unos cuantos meses. De forma que, al coligarse dichos dos factores causales, precipitaron extemporáneamente el óbito del agredido, por lo que bien puede decirse que *si la agresión desencadenó el proceso causal que condujo al fallecimiento del lesionado, su peculiar condición patológica actuó de coadyuvante* destacado dentro de la constelación de *condiciones preexistentes*, situación ya típica en la problemática causalista, resuelta tanto doctrinal como jurisprudencialmente en el sentido de que *tales condiciones previas o simultáneas no excluyen la relación de causalidad*, del mismo modo que *las condiciones sobrevenidas* —y en cierto sentido lo fue la hemorragia incoercible de la víctima aunque ligada a la enfermedad crónica y avanzada que padecía— *la eliminan cuando han sido suficiente por sí solas para determinar el resultado*, cosa que hemos visto no sucedió con la condición morbosa del interfecto que necesitó aliarse y combinarse con el acto lesivo para producir el resultado letal; por lo que la muerte del agredido ha de reputarse «*consecuencia natural*» de aquella violenta acción del recurrente.

Pero, aunque en el *plano de la causalidad material*, ha de imputarse al procesado el resultado mortal sobrevenido como consecuencia de su acción agresiva, no puede decirse lo mismo en el *plano de la culpabilidad*, ni siquiera acudiendo al correctivo de la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9.<sup>o</sup> del Código penal, estimada como muy calificada en la instancia en orden a imponer la pena inferior en dos grados, pues si cabe hablar de un delito-consecuencia de homicidio previsto en el artículo 407 del Código penal en el aspecto puramente objetivo del resultado, es indudable que hay datos fácticos más que suficientes para poder estimar un *delito-base de lesiones menos graves* del artículo 422 del mismo Código como único delito verdaderamente *propuesto* por el culpable, en cuanto que el dictamen facultativo de autopsia específica que la conducta del procesado, por sí sola, hubiera originado unas lesiones de aquella índole menos grave, con curación inferior a los veinticinco días, con lo que se da la situación de *contraste entre el delito propuesto y el ejecutado*, que es precisamente la que describe el párrafo tercero del artículo 1.<sup>o</sup> del Código penal y que pena con autonomía el artículo 50 del mismo texto punitivo, imponiendo la pena correspondiente al delito de menor gravedad —en este caso el de lesiones— en su grado máximo, dando así cobijo a la especie de *preterintencionalidad heterogénea* antes aludida, puesto que se trata de *tipos delictivos* —lesiones y homicidio— *distintos y autónomos* por más que estén situados en la misma trayectoria de ofensa a las personas (S. 30 marzo 1973).

§ 26. Artículo 430, *Abusos deshonestos*.—Los abusos deshonestos como delito, se tipifican y sancionan en el Código penal vigente, en dos preceptos encuadrados en dos lugares del Libro 2.<sup>o</sup>, del Título IX, que comprende los delitos contra la honestidad, y así lo hace en el artículo 430 del Capítulo I, equiparados a la violación, y en el párrafo final del artículo 436 del Capítulo III, equiparados al estupro, radicando su *diferenciación* en que en aquéllos es indispensable la

conurrencia de uno de los tres supuestos del artículo 429, o sea, cuando *la efectividad o el valor del consentimiento del ofendido están anulados*, mientras en los segundos el medio elegido para captar la voluntad de la víctima, está representado por *el engaño o el prevalimiento, siendo los calificados en el caso contemplado correspondientes al tipo de violación, es decir del artículo 430, cuya perpetración requiere*, de una parte, el *elemento psicológico o subjetivo* de la intención libidinosa del agente, y de otra, *la realidad objetiva del acto deshonesto y la formal de la coacción o estado de inconsciencia real o presunta* (S. 5 julio 1973).

*Diferencia entre el delito y la falta de abusos deshonestos.*—La diferencia entre el delito previsto en el artículo 430 del Código penal y la falta correlativa del número 3.º del artículo 567 del mismo Cuerpo legal, se establece, en principio, con arreglo a un *criterio cuantitativo de gravedad*, explícitamente impuesto por la base novena de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 que, en referencia a dicha falta, ordenó su modificación «de modo que la ofensa a la moral y buenas costumbres que prevé sea leve», como así lo hizo al incorporar a la redacción de tal precepto el calificativo de *levedad* que la Reforma de 1944 había suprimido, siquiera permaneciera implícito y subyacente, tal como venía destacando la jurisprudencia, la cual, en sus últimas resoluciones viene ensayando el distinguo, ya no sólo con arreglo a dicho criterio cuantitativo —que sigue siendo el central y básico (SS. 21 diciembre 1964, 28 mayo 1965, 14 octubre 1967, 25 febrero 1969, 8 mayo y 17 diciembre 1971)— sino también conforme a *otros módulos cualitativos deducidos del bien jurídico protegido en cada una de dichas infracciones*. De modo que, así como en el delito se ataca primordialmente la libertad sexual individual, en la *falta*, la mayor nimiedad de los embates a la pudicia ajena, viene compensada por su mayor trascendencia a *las buenas costumbres o a la decencia pública*, citadas expresamente en el precepto, en línea equivalente a *la moral*. Dando así a entender el legislador, que *castiga la liviana infracción en tanto en cuanto afecta a la moralidad sexual colectiva, a los hábitos morales públicos* —lo que explica el encuadramiento de la falta entre las que atacan el orden público— *con todo el relativismo que comportan tales criterios axiológicos en orden a su vigencia cultural en la sociedad y con arreglo a lugares y tiempos, es decir, «hic et nunc»* (SS. 8 marzo, 8 mayo, 8 octubre, 17 diciembre 1971, 15 febrero 1972 y 19 enero 1973).

Por consiguiente, no se trata, en el caso debatido, de la falta contra el orden público en que pretende encuadrar su conducta el recurrente, *puesto que no se trata ya de concluir la mayor o menor trascendencia sexual del beso que, aisladamente entendido, puede ofrecer una valoración de mera contravención contra el pudor o buenas costumbres, según ha firmado en ocasiones la doctrina de la Sala 2.ª (ad exemplum entre las modernas, S. de 1 de julio de 1966)*, sino de poner en relación dicha manifestación más o menos erótica con todo el resto de actividad desplegada por el agente, de modo que los actos que la precedan y subsigan ofrezcan el sello indeleble del *ataque sexual*, con todo el impacto ético-psicológico que el mismo ha de producir en la desprevenida víctima, tal como ya se dice en la sentencia de esta Sala acabada de citar y en otras concordantes con la misma en la que se plantea el problema aquí tratado (SS. 9 noviembre 1965, 18 marzo 1966, 28 mayo 1966, 22 enero 1968 y 2 diciembre 1970), resuelto en el sentido de dar categoría delictual al beso violentamente impuesto, máxime si le acompañan otro

cortejo de concomitantes circunstancias impúdicas, tal como sucedió en el caso *sub iudice* con la consiguiente desestimación del primer motivo del recurso que ello impone (S. 5 diciembre 1973).

§ 27. Artículo 452 bis, *Delito relativo a la prostitución*.—El artículo 452 bis del Código penal establece distintos tipos de diversa gravedad del delito de prostitución.

1.º) En el apartado *a*) se castiga con las más severas sanciones de las establecidas en este artículo: *La cooperación, protección o recluta de la prostitución; el determinar a mayores de 23 años a satisfacer deseos deshonestos de un tercero o retener a una persona en prostitución o tráfico inmoral.*

2.º) En el *b*), descendiendo la cuantía de la pena, se sanciona: *el promover, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción de menores de 23 años o inducirlos a satisfacer deseos deshonestos de un tercero; realizar la inducción por pactos o promesas aparentemente lícitos o sostener la continuación o corrupción de estos menores en casas o lugares de vicio.*

3.º) El *c*) tipifica a los que *vivieran a expensas de la persona o personas cuya prostitución explota (rufianismo).*

4.º) El *d*) considera punibles a los *dueños, gerentes, administradores, encargados de local en el que se ejerza la prostitución o cualquiera forma de corrupción, se financie, o sirva a los mencionados fines en los locales; y a los que dicen o tomaran en arriendo un local para explotar la prostitución o corrupción.*

5.º) El *e*) configura la prostitución o «*corrupción omisiva*».

Esta tipología, que, en cierto modo, provoca confusión y da lugar a supuestos fácticos de difícil diferenciación, aparte algún anómalo contrasentido en la extensión de la pena, suele encuadrarse doctrinalmente: Los apartados *a*) y *b*) en la *prostitución punible verdaderamente dicha*, subdivisible en: *prostitución de mayores de 23 años* el primero y de *menores de 23 años* el segundo, en facetas de *prostitución o corrupción*; los del *c*) en la configuración del «*rufianismo*»; los del *d*) en facetas de «*mero favorecimiento*» y los del *e*) en supuestos de «*prostitución por omisión*». (S. 10 octubre 1973).

§ 28. Artículo 452 bis, *b*, 2.º, *Delito relativo a la prostitución*.—Los elementos constitutivos de este delito son los siguientes: *a) facilitar medios o ejercer inducción; b) sobre menores de veintitrés años; c) para satisfacer deseos deshonestos de tercero; d) con independencia de la voluntad de la mujer*, puesto que su consentimiento sólo podría tener valor liberatorio de la responsabilidad del que ejercitare los actos previstos en el precepto a partir de los veintitrés años cumplidos.

Se pena, por tanto, el *proxenetismo de menores de la edad indicada*. Los dos factores constitutivos del primer requisito revisten gran amplitud, pues *por facilitar medios* ha de entenderse *cualesquiera que éstos sean*, tales como proporcionar casa-habitación, apartamento, u otros idóneos con la finalidad que el precepto expresa. En la *inducción*, la expresión del Código es de gran extensión: «*cualquier género*», comprendiendo por tanto el *consejo, mandato, inspiración, persuasión*, en suma, la *influencia intencional sobre el ánimo de la menor*, para satisfacer los deseos deshonestos de persona ajena a ambos, esto es, del proxeneta y de la menor. El sujeto pasivo queda descrito con la suficiente claridad en el

precepto. Y añade el artículo un *elemento subjetivo* muy delimitado: *los medios o la inducción han de ir encaminados a satisfacer deseos deshonestos de terceros con independencia de que tales deseos se hayan conseguido o no, de que la menor se prostituya o no, o de que el yacimiento se logre o se quede en actos meramente lúbricos, pues la figura delictiva, tiene un marcado cariz subjetivo o intencional, bastando que conociendo el proxeneta los deseos deshonestos de otro, tienda a satisfacerlos, realizando por su parte bien actos materiales o espirituales de inductiva, recayendo todo en personas menores de veintitrés años (S. 17 diciembre 1973).*

§ 29. Artículo 452 bis, d): 1.º, *Delito relativo a la prostitución.*—Por el *Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956* se prohibió en todo el territorio nacional las manebías y casas de tolerancia, cualesquiera que fuera su denominación y los fines aparentemente lícitos a que pudieran dedicarse para encubrir su verdadero objeto.

Este régimen abolicionista de la prostitución de la mujer, con la supresión de las casas de lenocinio, condujo a la criminalización de las *terceras localistas*, en la Reforma penal de 1963, creando el artículo 452 bis *d)* del Código penal, que protege a la mujer y a la comunidad *contra el ejercicio de la prostitución o corrupción clandestina, en locales enmascarados, so capa de actividades lícitas*, de manera que realmente se coopere o facilite la *explotación* por logreros intermediarios, favoreciendo tan indigno tráfico, fuente de repudiables beneficios, utilizándolos como lugares de acuartelamiento permanente o de uso accidental, pero siempre ocultos e ilícitos.

En consecuencia, el número 1.º del artículo 452 bis *d)* del Código penal recoge, en sus dos párrafos, *tres distintas modalidades delictivas de terciaria-localista*: 1.º) *La aportación de locales por el dueño, o la actuación en ellos de persona con gerente, administrador o encargado, estén o no abiertos al público, en que se ejerza la prostitución u otra forma de corrupción*; 2.º) *La participación en el financiamiento, o aportación de medios económicos, a sabiendas de que se destinan a crear locales, o para que puedan realizarse los tráficos carnales venales*; 3.º) *La prestación de otros servicios en tales locales*, trabajando para las finalidades dichas, *conociéndolas*; estableciéndose, consecuentemente, en orden a la penalidad *una diferencia cuantitativa apreciable*, pues mientras las penas de prisión menor multa e inhabilitación, en los dos primeros supuestos típicos, pueden ser impuestos por los Tribunales de lo criminal en toda la extensión que juzguen conveniente de sus tres grados, en el último, sólo podrán decretarse dentro de su *grado mínimo*, en atención a la menor entidad de las prácticas inmorales, efectuadas por el mero servidor, *que, de no ser tipificadas directamente como autoría, hubieran podido, en muchos casos, constituir mera complicidad, con superior rebaja en la punición.*

Para diferenciar los cometidos acogidos en los párrafos 1.º y 2.º del número 1.º del artículo 452 bis *d)* del Código penal, ha de estarse a los *conceptos jurídicos* coincidentes con los vulgares en que son empleados, por lo que debe estimarse: como *dueño*, al que tiene el dominio y señorío de la cosa o negocio; como *gerente*, al que dirige la empresa localista, perteneciendo éste a otra persona; como *administrador*, al que sirve y gobierna el quehacer representando a distinto sujeto a quien pertenece; como *encargado*, al que tiene a su cargo la casa o negocio, pero representando también a su dueño o interesado; y como *servidor*, el que actúa

como mero criado en trabajos serviles de condición manual, generalmente en el local destinado a la prostitución (S. 17 diciembre 1973).

§ 30. Artículo 489 bis, *Omisión de socorro*.—«Los requisitos objetivos del tipo básico contenidos en el párrafo primero del artículo 489 bis del Código penal, el ser trasladados al subtipo agravado, recogido en el párrafo último del mismo precepto, sufren una peculiar transmutación, ya que el *sujeto pasivo* ya no es simplemente la *persona ballada* por el omitente, sino la *víctima* ocasionada por el mismo, con las transformaciones que ello comporta en el plano de la antijuridicidad, de tal manera que *el deber de asistencia se convierte en carga personal e intransferible del sujeto que causó el accidente*, el cuál no puede escudarse en la problemática asistencia de otras personas ni dilatar la propia más allá del tiempo hábil para prestarla (S. 6 octubre 1970)» (S. 15 octubre 1973).

El último párrafo del artículo 489 bis del Código penal, si bien formalmente está estructurado como una agravación del tipo básico contenido en el párrafo primero del mismo, su descripción asume más bien *la cualidad de un subtipo con características propias que le dotan de cierta autonomía*, si, comenzando por el substrato de *acción* en la que el *sujeto pasivo* ya no es simplemente una *persona ballada* por el culpable afectado por un genérico deber de solidaridad, cual acontece en el tipo primario, sino que se trata de *víctima* de accidente ocasionado por el que omitió el *auxilio debido*, deber de auxilio que en el caso de conductor de un vehículo mecánico adquiere acentos de una especial *antijuridicidad* a él personalmente dirigida y configurada ya en el ámbito normativo-administrativo por el artículo 49 del Código de la Circulación, que impone a tales conductores obligaciones de inmediato socorro a las personas lesionadas en el accidente que ocasionaron, todo lo cual explica el *especial reproche de la conducta omisiva en el ámbito penal a virtud de aquel deber jurídico de actuación* —y ya no simplemente *moral y filantrópico*— que pesa sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de penalidad (S. 6 octubre 1970) y que se convierte en *carga personal* e ineludible de todo conductor de un vehículo automóvil que cause una víctima con el mismo. La problemática de la *esperada asistencia* que puedan prestar otras personas presentes *no exime al especialmente obligado por el deber de socorro* (SS. 11 y 26 diciembre 1969, 16 octubre 1970), por lo que el concepto de «*persona desamparada*» que se exige en el tipo básico, ha de entenderse, transplantada al subtipo, en el sentido relativo acabado de expresar. Todo lo cual lleva a la conclusión de que, aun cuando en la narración fáctica de la sentencia recurrida se admita «la existencia de personas en las proximidades del lugar del accidente» y aún se tome en cuenta tal extremo fáctico para moderar la pena imponible al recurrente, *tal circunstancia no puede servir en modo alguno de pretexto a la flagrante actuación omisiva del inculpado* quien, a pesar de advertir lo ocurrido e incluso ver que el otro turismo se había incendiado —de suerte que fueron las quemaduras las que produjeron la muerte del matrimonio ocupante— sólo paró un momento y decidió marcharse sin ofrecerse a prestar auxilio alguno, ni siquiera facilitar su identidad, *con menosprecio del destino de las posibles víctimas* y a fin de *evitarse complicaciones* por no tener el permiso de conducir adecuado (conducía un taxi y sólo poseía permiso de la clase B). Extremos estos últimos que sirven también elocuentemente para afirmar el *dolo* que animaba al procesado, puesto que estamos ante un caso típico en que el *móvil*, bajo y egoísta,

lejos de desnaturalizar el dolo—para lo cual tendría que ser, en todo caso, de signo opuesto— lo viene a confirmar y agravar, pues si el deber de solidaridad se impone intuitivamente a toda persona bien nacida en un trance ajeno a su actuación, ya se ha dicho que tal deber cobra especiales acentos de perentoriedad cuando es el propio agente quien causa la víctima, por lo que si tan específica obligación se incorpora a un tipo penal, no puede decirse seriamente que falta en el agente la conciencia de la antijuridicidad en su conducta abandonista. (S. 5 octubre 1973).

§ 31. Artículo 516 bis, *Hurto de uso de vehículos de motor*.—El concepto de *vehículo de motor* no es un concepto vulgar, sino jurídico y que ha de estimarse como un *elemento normativo del tipo*, con la significación concreta que el legislador le ha otorgado en otras áreas del derecho. Quedan, pues, fuera del ámbito de esta figura delictiva las sustracciones de *ciclomotores*, que podrán castigarse como faltas de hurto encuadradas en el número 1.º del artículo 587 y, en su caso, en el artículo 515:1.º del Código penal, (S. 9 marzo 1973). En sentido similar, Sentencias 22 junio 1968 y 23 noviembre 1968.

§ 32. Artículo 519, *Alzamiento de bienes*.—El delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 519 del Código penal precisa, para que exista, los siguientes elementos:

1.º Un *elemento normativo*, constituido por una titularidad obligacional crediticia, que, a su vez, se concreta en la existencia de uno o varios vínculos personales obligatorios entre el sujeto activo, deudor, y el pasivo, acreedor o acreedores; titularidad que ha de estar manifestada en un título jurídico de crédito exigible, legítimo, preexistente y actual.

2.º Un *elemento subjetivo de lo injusto*, concretado en el ánimo del deudor de tender finalísticamente con su conducta a defraudar a su acreedor o acreedores actuales, con deliberado propósito de perjudicarles con su quehacer delictivo, propósito que no puede presumirse, sino que debe probarse.

3.º Un *tercer elemento de carácter objetivo* integrado por el empleo de medios directa o indirectamente encaminados a sustraer el activo o a aumentar aparentemente el pasivo patrimonial, mediante la ocultación o enajenación simulada o fraudulenta de sus bienes del deudor, mediante la creación de obligaciones ficticias en pro de supuestos acreedores y, en general, operando con tal fin de cualquier manera posible en el ámbito del derecho.

4.º La *causación, por el mal quehacer del deudor, del estado o situación de insolvencia*, total o parcial, elemento denominado «estado de insolvencia».

5.º Y, por último, un *elemento negativo* constituido por el hecho de que, a causa de este comportamiento maquinado, el acreedor simple o plural no pueda conseguir, en todo o en parte, la satisfacción de sus créditos, por eliminar o dificultar de manera ostensible la agresión material judicial de la pretensión procesal, para la realización del valor de los bienes patrimoniales del deudor y sujeto activo del delito (SS. 22 enero, 6 febrero, 2 junio, 4 junio, 31 octubre y 21 diciembre 1973).

Para que concurra delito de alzamiento de bienes, según doctrina reiterada del T. S. (S. 10 noviembre 1972), es preciso que se den los requisitos siguientes:

1.º La existencia de crédito o créditos a favor de tercero, válidos, legítimos, lícitos, exigibles y preexistentes.

2.º Que el deudor, con el decidido propósito de burlar los derechos de sus acreedores, se esconda o fugue, oculte o malbarate sus bienes, simule créditos, enajene fingida y fraudulentamente los referidos bienes o, en general, realice actos de desposesión de los mismos que, con infracción de los artículos 1.111 y 1.911 del Código civil, disminuyan o disipen su patrimonio.

3.º Como consecuencia de tales actos debe resultar total o parcialmente insolvente, perjudicando a sus acreedores, que se ven así imposibilitados para percibir total o parcialmente sus créditos, (S. 17 diciembre 1973).

El delito de alzamiento de bienes posee una naturaleza de *delito de peligro o de mera actividad* y, por tanto, *no requiere quebranto o perjuicio económico efectivo*, ya que, para su existencia, basta la conducta del deudor que, dolosamente, provoca un estado real de insolvencia con el deliberado deseo de burlar a los acreedores, privando de eficacia a las acciones judiciales de éstos para hacer efectivos sus créditos (S. 2 junio 1973).

El delito contemplado es una *infracción penal de tendencia*, por cuanto requiere que el ánimo impulsor de la actuación del culpable se dirija a defraudar los derechos de sus acreedores (S. 31 octubre 1973).

La especial configuración de esta figura delictiva requiere que la titularidad crediticia sea anterior, legítima y cierta, al comportamiento del deudor obligado, consistente en alzarse directa o indirectamente con sus bienes. *El crédito obligacional ha de tener realidad cronológica como un «prius» y el alzamiento ha de operar como un «posterius»*. El delito no puede darse si los actos de enajenación u ocultación o fingimiento, que son el efecto, son anteriores al crédito o titularidad obligacional, por cuanto *no puede alzarse quien no es deudor contra quien todavía no es acreedor, sin perjuicio de que este comportamiento pueda ser constitutivo del delito de estafa*, si media engaño, insolvencia y perjuicio (S. 2 junio 1973).

La *desposesión de sus bienes propios por parte del deudor es requisito indispensable del alzamiento realizado por autor directo del artículo 14.1.º del Código penal*. Por consiguiente, absuelve el T. S. al procesado por el referido delito, en base a considerar que el recurrente *no enajenó fraudulentamente bienes propios*, ya que, si bien, al dar su licencia marital contribuyó de modo relevante o indispensable a que su consorte enajenare simuladamente bienes inmuebles de la exclusiva propiedad de ésta, que aquél había exhibido como señuelo al banco para que éste le renovara la póliza de crédito, tampoco cooperó a la realización del delito de alzamiento, pues para ello sería preciso que su cónyuge hubiera avalado efectivamente la póliza, convirtiéndose así en deudora de banco. Firma que, en este caso, era apócrifa, al ser imitada por el marido, con lo cual no contrajo la mujer obligación alguna. Por consiguiente, no cabe imputar tal delito al procesado, *ya que no se le incrimina en este caso por la enajenación de sus bienes propios, sino por su cooperación a la de los bienes parafernales de su cónyuge*. Ello no no impide, gracias al instituto de la participación y no tratándose de delitos de propia mano, que una persona distinta del titular de los bienes ocultados o fraudulentamente enajenados contribuya a la realización del delito, bien como inductor o cooperador (14:2.º y 3.º), bien como cómplice del artículo 16 o, finalmente, como encubridor del artículo 17 del Código penal (S. 17 diciembre 1973).

El delito de alzamiento de bienes *no comprende toda clase de insolvencia real*, aunque el perjuicio se acredite, sino solamente la *dimanante de maniobras torticeras encaminadas a provocar tal situación en perjuicio de los acreedores* (SS 20 diciembre 1956, 27 octubre 1959, 5 octubre 1962, 31 octubre 1973)

La calidad de *comerciante* en el sujeto activo, causa de agravación de la pena en este delito, no viene definida por el artículo 519 del Código penal, sino que remite la apreciación de dicha cualidad al Código de comercio y a la estimación que los juzgadores deduzcan de los elementos de juicio y prueba aportados a las actuaciones. Según el Código de comercio, son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (S. 4 mayo 1973).

El *dolo específico* de este delito está constituido por *el propósito del sujeto activo de no pagar* (S. 4 junio 1973).

§ 33. Artículo 535, *Apropiación indebida*.—El delito de apropiación indebida otorga *protección pública al derecho de propiedad* contra el injusto enriquecimiento que, a costa ajena, se logra por la persona a quien aquel hubiera transferido dinero o cosa mueble en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo (S. 23 junio 1973).

El delito de apropiación indebida entraña un «*substratus*» *jurídico-civil* en virtud de los títulos fiduciarios expresados por vía enumerativa en el artículo 535 del Código penal y que confieren al «*accipiens*» la posesión de las cosas, pero no la propiedad que el «*tradens*» sigue ostentando sobre tales cosas confiadas («*res commendata*») (S. 28 marzo 1973). Dicha enumeración no es taxativa (S. 22 octubre 1973).

Según doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S., el delito de apropiación indebida no se aplica cuando las relaciones sociales son complejas o existe entre los interesados «*un estado de iliquidación de cuentas*», que impide conocer quién es la parte perjudicada y el *quantum* del perjuicio, *siempre* que no sea la conducta obstativa de una de tales partes la causante de esa situación de pendencia patrimonial, según reiterada doctrina sentada en SS. de 25 noviembre 1951, 12 febrero 1971 y 28 septiembre 1973.

El verbo «*distraer*» no es sinónimo del de «*apropiar*» —ambos integrantes del núcleo del tipo—, ya que acoge el mero apartamiento del dinero del fin determinado, aunque se confunden, si a ello se agrega el apoderamiento por el administrador... (S. 23 junio 1973).

El delito de apropiación indebida, si bien exige que el agente se arrogue poderes de dueño definitivo, de la cosa antes poseída, deja indudablemente *fuera* de su contenido las denominadas *apropiaciones de mero uso*, por simple utilización ilícita no dominical de los objetos confiados, si el poseedor los utiliza para sí, sin deseo de retención definitiva, al margen de las facultades u obligaciones pactadas (Sentencias 13 noviembre 1970 28 septiembre 1971, 14 enero y 13 marzo 1973).

Siendo el título posesorio constitutivo del elemento objetivo de tal delito el denominado *comisión*, su contenido acoge tanto el *contrato mercantil* de dicho nombre como *cuantas situaciones encajen en la «comisio» romana* y sean posibles dentro de las relaciones sociales jurídicas: meros encargos, entregas de dinero con finalidad determinada, de gestión crediticia, en intermediación legal, etc... (S. 23 junio 1973).

La *comisión mercantil* es uno de los más típicos títulos contractuales aludidos en el artículo 535 del Código penal, aceptando el punto de vista jurídico-privado en el sentido de que tanto si la comisión es de venta como si es de compra, la propiedad de las cosas recibidas pertenece en todo caso al comitente, lo que engendra en el comisionista un correlativo deber de depósito y conservación (artículo 266 del Código de comercio) con el complemento del constituto posesorio (artículo 909:4.º del Código de comercio) si las hubiere recibido de terceros en virtud de la comisión. Lo cual tiene la consecuencia jurídico-penal de que si el mandatario mercantil infringe tales deberes específicos de conservación o de entrega al principal (artículo 263 del Código de comercio) habrá quebrantado la facultad dominical de disposición que sigue perteneciendo a su mandante y, en consecuencia, habrá incurrido en el delito de apropiación indebida (SS. 9 junio 1971, 23 marzo 1973).

Uno de los títulos fiduciarios frecuentes que nutren la transferencia posesoria primaria es el de *administración*, señalado por el artículo 535, entre otros, en una *enumeración exhaustiva*, no concretándose dicho título a la institución contractual del derecho privado, ya que *abarca situaciones jurídicas de cualquier condición, incluso las públicas, debiendo acogerse tanto el cuidado de intereses y bienes ajenos como toda gestión, gerencia, dirección, gobierno, regencia para otro, gobernando, rigiendo, cuidando, sirviendo o tutelando derechos ajenos por su encargo o delegación*. Por consiguiente, entra dentro de tan amplio concepto el desempeño de la organización comercial de una empresa ajena y la tutela de sus intereses, rindiendo cuentas de la gestión (S. 24 abril 1973).

Aunque el *depósito irregular* y el *préstamo mutuo* no engendran el delito de apropiación indebida, *no pueden calificarse como tales negocios la entrega de dinero que hacen a los bancos los depositarios o cuentacorrentistas*, porque, más que efectuarse a título de transferencia de uso y propiedad limitada, «quedando aquellos obligados como deudor de género» a devolver no la misma cantidad, sino otro tanto de la misma especie y calidad, *se realiza a título de amplia, pero exclusiva comisión*, de acuerdo con la expresiva dicción del artículo 309 del Código de comercio, que niega la existencia del depósito irregular porque las cantidades se entregan con la condición y finalidad implícitas de que se usen por la entidad en otras operaciones serias de crédito, con diversas personas, que permitan mantener su existencia y su valor... (S. 23 junio 1973).

La Ley de 27 de julio de 1968, reguladora de *la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, limita su ámbito normativo a las viviendas a construir que no sean de protección oficial y que pretendan ser destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente, o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancialmente. Dicha Ley exige a las personas físicas o jurídicas promotoras de su construcción cuando pretendan obtener entregas de dinero de los cesionarios, antes de iniciar la construcción o durante la misma, el cumplimiento de las condiciones siguientes: 1.ª Garantizar la devolución de las cantidades entregadas, más el seis por ciento anual, mediante contrato de seguro con entidad oficial, o por aval solidario de Banco o Cajas de ahorro reconocidas; 2.ª Garantizar las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una cuenta especial exclusiva a tal fin.

El artículo 6.º de dicha Ley estima como *delito* —o falta, en su caso— de

*apropiación indebida* del artículo 535 del Código penal *la no devolución* por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la referida Ley, imponiendo en su grado máximo las penas fijadas en el artículo 528. Por consiguiente, ha de estimarse que la dación del dinero es en mera posesión y con destino impuesto y a la vez condicionada al buen uso y adecuada finalidad, sin admitirse siquiera la inejecución de la vivienda de manera parcial, pues califica como injusto enriquecimiento, abuso de confianza y ausencia de lealtad debida la transmutación de la entrega del dinero en posesión por título fiduciario de comisión en propiedad ilegítima. A este respecto, la expresión *vivienda* ha de estimarse como la morada o la habitación de la personas o familias (S. 11 octubre 1973).

### *Consumación.*

Aprécia el T. S. delito —y no falta del artículo 587:3.º— de apropiación indebida en un supuesto en que el procesado recibió un décimo de lotería con el encargo de entregarlo a tercera persona y decidió apropiarse del mismo, antes del sorteo, cambiándolo por otro con un amigo suyo, resultando agraciado el décimo con un premio de 150.000 pesetas .

La Sala 2.ª resuelve, en primer término, el problema relativo al *momento de la consumación del delito*, afirmando que *el delito se consumó en el momento en que el procesado decide adueñarse del billete y efectivamente lo lleva a cabo*, porque es cuando su posesión legítima, con condición de entrega, se convierte en disposición antijurídica, incorporándolo a su patrimonio y disponiendo del billete de lotería como si fuera propio. En tal instante el abuso de confianza y el lucro ilícito quedan perfilados de manera manifiesta, y con ellos la infracción penal.

En segundo, respecto al problema de cuál es el *objeto y el valor de la apropiación*, declara el T. S. que *el importe de un billete de lotería antes del sorteo*, pero con algo más: *una esperanza de que sea agraciado con el premio*. En tal instante la *acción del agente*, como comportamiento dirigido a fin concreto, *no produce el resultado previsto y querido*. Es una *actividad* que queda *interrumpida hasta el sorteo*, porque entre el acto y el resultado hay un aplazamiento. El ciclo causal de la acción demora, debiendo complementarse la acción, con otros factores de carácter objetivo, que añadidos a aquellos producen el *resultado*. esto es, el sorteo. *Desde el punto de vista de la culpabilidad del agente*, no solamente prevé el sorteo y el premio, sino que lo quiere y lo acepta. Por tanto, *el resultado* (el premio) *sustraído a su legítimo propietario, queda cubierto y aceptado por el dolo del autor, surgiendo así un dolo eventual muy cualificado en el mismo, porque en el genuino y auténtico eventual, se prevé, no se quiere, pero en último término se acepta, en este especial, más que eventual o cualificado, se prevé, se quiere y se acepta*. Por tanto, la apropiación versa sobre el *valor del décimo y la expectativa de premio*, aceptada y querida y al completarse la acción, con el resultado aleatorio del sorteo, en el que el décimo resultó premiado, hay que concluir en que *la intención del agente fue la de apropiarse del importe de uno y otro y, por tanto, la cuantía se medirá por la del premio con el que fue agraciado*. A este respecto, *no importa que el lucro se desplazara a tercero*, porque existiendo tal ánimo, es indiferente que recayera en el autor

del delito o favoreciera el lucro injusto a otro, por cuanto existió y fue paralelo al perjuicio patrimonial determinado del destinatario del billete o susceptible de determinarse, como ocurrió, tras el sorteo (S. 26 diciembre 1973).

*Diferencia entre hurto con abuso de confianza y apropiación indebida.*—El delito de *hurto* supone:

- La toma por el agente de una cosa mueble ajena («res furtiva»).
- Sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas (elementos objetivos).
- Sin la voluntad de su dueño (elemento normativo).
- Con ánimo de lucro (elemento subjetivo de lo injusto).
- Y el *plus* del quebrantamiento del deber de lealtad hacia el perjudicado, dadas las superiores facultades comisivas.

El delito de *apropiación indebida* requiere:

- Una transferencia previa de la cosa, efecto o dinero («res commendata») por el «dominus» en posesión legítima al sujeto pasivo.
- Con determinadas facultades de disposición autónoma, en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla.
- Deber que se quebranta cuando se traslada o cambia la posesión jurídica legítima en posesión antijurídica del delincuente (S. 9 febrero 1973).

A tenor de la S. 14 abril 1973:

En el delito de *apropiación indebida*:

- Los efectos, dinero o muebles son poseídos legítimamente por título suficiente por quien posteriormente, con abuso de confianza, se apropia antijurídicamente de ellos. Hay una relación jurídica preexistente.
- La apropiación indebida supone, pues, una posesión legítima que se transforma abusivamente en antijurídica.
- El autor de la apropiación hay un momento en que es poseedor legítimo.
- En la apropiación indebida, el abuso de confianza es el origen del delito.

En el delito de *hurto*:

- Las cosas muebles, por el contrario, no se poseen, sino que se toman con ánimo de lucro y sin voluntad del dueño. Respecto a la posesión, el autor del hurto nunca ha poseído debidamente lo ajeno, ni lo ha recibido legítimamente, ni lo posee en nombre de otro.
- Cuando lo aprehende es cuando nace la posesión, viciada por el delito. Hay pues una falta absoluta de posesión, y, al tomar y poseer la cosa, nace el delito.
- El autor del hurto nunca tiene legitimada la posesión.
- El abuso de confianza es causa de agravación. (SS. 11 mayo 1967, 16 junio 1969 y 15 junio 1970, en sentido idéntico).

*Responsabilidad criminal de las personas jurídicas.*—En nuestro Derecho, las responsabilidades penales se individualizan y no pueden ser, en términos generales, sujetos activos de los antijurídicos penales típicos las personas jurídicas o sociales.

Pero esta imposibilidad no significa que puedan eludirse las responsabilidades criminales contraídas por el solo hecho de tratarse de una sociedad. Frente a la tesis de «práctico impunismo» mantenida por la Audiencia, el T. S. declara que *sólo muy excepcionalmente se admite con especialísimas peculiaridades y limitación de efectos la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujetos activos del delito y responsables criminalmente*. En líneas generales sólo se admite en nuestro Derecho las responsabilidades individuales y personalizadas en sujetos naturales, punto de vista que, bien se acepte la *teoría de la «ficción»* de las personas jurídicas o de la «*realidad*» de su existencia distinta y autónoma de la de sus socios, lo que no se discute es que *estos entes incorporales, precisamente por serlo, actúan por medio de sus órganos de gestión*, que son los únicos susceptibles de ser criminalmente responsabilizados por actividades criminosas verificadas con motivo y ocasión del desenvolvimiento social, según doctrina sentada ya por la S. de 16 de abril de 1914, la cual declaró *«que la responsabilidad criminal es personalísima e individual, sólo imputable a las personas naturales; no pudiendo ser sujeto activo de delito las entidades o personas jurídicas o colectivas, sino los individuos que en su nombre y representación realizaron los actos delictivos»*. Criterio que debe mantenerse en el sentido de que *de los delitos cometidos utilizando las actividades sociales deben responder los gestores, representantes o encargados de su tráfico y dirección*.

Por consiguiente, las penas fijadas por la Ley de 27 de julio de 1968 para los casos tipificados como delito o falta de apropiación indebida han de entenderse referidas a los gestores, representantes o apoderados que actuaran en nombre de las sociedades, sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria preceptuada en el artículo 21 del Código penal..., pues, de otra forma, vendría a consagrarse por los tribunales que por el fácil expediente y artificio de crear real o parentemente un ente social, se podría defraudar impunemente a los que pretendieran adquirir una vivienda, soslayando la responsabilidad penal de los gestores, bastando aducir para conseguirlo que la promoción era una actividad social no individualizada y que no cabría, por consiguiente, ni incriminar a la sociedad, porque dicho queda que *no es legalmente posible, ni a sus gestores por no ser promotores, aunque como órganos de ejercicio promovieran...* Este singular criterio, aceptado por el Tribunal *a quo* haría impracticable o inefectiva la Ley especial antes citada y su *ratio legis* —artículo 6.º, ratificado por el Decreto complementario de 12 de diciembre de 1968, artículos 2.º y 5.º—, según los cuales, las sanciones deben imponerse a la persona, gestor o representante de la empresa y a las demás personas integradas en su junta rectora (S. 31 enero 1973).

§ 34. Artículo 528:1.º, *Estafa propia mediante un título obligatorio* (Venta de miel adulterada).—El viejo problema de la *distinción entre fraude penal e ilícito civil*, como este Alto Tribunal declaró en S. 3 febrero 1964, es ya *«desacreditada distinción»*, pues la doctrina afirma tajantemente que *la frontera, lindero o línea divisoria entre ambas figuras se halla en la tipicidad* (S. 16 octubre 1973), de tal forma que *cualquier engaño rebasa el mero ámbito civil y encuentra adecuado cobijo en el campo penal cuando puede situarse o encuadrar en algunas de las figuras delictivas enumeradas en el Código penal*. Lo que, en definitiva, sucede en el caso presente: pues el artículo 528 contempla una

*hipótesis de delito de estafa propia, típica y real o «in rebus», caracterizada por la defraudación perpetrada al entregar cosas de calidad, cantidad o sustancia diferentes de las pactadas, siendo en tal figura perfectamente presumible el caso debatido en el que, pactada la compra de miel pura, y creyendo el comprador que la iba a recibir conforme a lo convenido (S. 10 junio 1963), se le entregó una sustancia que no podía merecer el calificativo de miel por haber sido adulterada y mixtificada con la adición de dextrina y glucosa, defraudándose con ello a los dos compradores, causándose el perjuicio que la sentencia de instancia detalla y logrando el lucro considerable, también especificado.*

Deniega, en suma, el T. S. que ese comportamiento pueda encuadrarse en el artículo 573:4.º del Código penal, precepto de naturaleza bien distinta a la de los delitos de estafa o defraudación, como lo demuestra su incardinación dentro de *las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones*, en el título II del libro III del Código, constituyendo una *infracción meramente potencial y estática*. Y que adquiere mayor rango cuando esas sustancias alimenticias, antes quiescentes y no inmersas en el tráfico, *se enajenan ocultando al comprador su verdadera calidad o cantidad, pues en tal caso ya hay un sujeto pasivo concreto al que se defrauda y engaña, perjudicándole en cuantía* que determinará la gravedad específica de la infracción, y su inclusión en el artículo 528 del Código penal, si esta cuantía excede de 2.500 pesetas. Dicho de otro modo: *la distinción radica en que los géneros adulterados permanezcan en poder del vendedor, en cuyo caso se aplicaría el número 4 del artículo 573, o que se vendan, engañando al comprador en cuanto a su verdadera sustancia o calidad, en cuyo supuesto se aplicarían o el artículo 528 o el artículo 587, número 3.º, según la cuantía* (S. 18 diciembre 1973).

§ 35. Artículo 529:1.º, *Estafa mediante engaños distintos de los expresados*. El delito de estafa previsto en el número 1.º del artículo 529 del Código penal exige para constituirse que concurren los siguientes elementos: 1.º) El *engaño*, en su dimensión de dolo de la culpabilidad que genera la equivocación ajena; 2.º) El *ánimo de beneficio económico, logrado o intentado*, a que se tiende con el mal quehacer finalísticamente, como elemento subjetivo de lo injusto, incardinado en el ámbito de la antijuridicidad; 3.º) el *daño y perjuicio económico*, que integran los presupuestos objetivos, correlativos al enriquecimiento injusto alcanzado por el sujeto activo; 4.º) *La relación causal entre el ardid primario*, que vició el consentimiento y que generó el indebido desplazamiento patrimonial, y *este resultado* (S. 2 enero 1973).

El delito de estafa se integra por un quehacer artificial y engañoso del sujeto activo que, con ánimo de lucro injusto, origina un error en otra persona y el consiguiente acto de desplazamiento patrimonial perjudicial que beneficia al agente. Esta infracción requiere: 1.º) el *engaño*; 2.º) el *ánimo de lucro*; 3.º) *daño y perjuicio*; 4.º) y finalmente, una *relación causal* entre el ardid primario que, determinando el error, vicia el consentimiento y produce como consecuencia el desplazamiento patrimonial indebido (S. 23 junio 1973).

«La estafa penal se integra por la utilización de un *engaño* de cualquier condición que alcanza, en *adecuada relación causal*, por el *error* que genera un *lucro*, en *ajeno perjuicio*, pues su mejor concepto doctrinal estima constituye este de-

lito la conducta engañosa, ejecutada con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error, en otra o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición a consecuencia del que surge un perjuicio patrimonial, propio o de tercero» (S. 29 octubre 1973).

*Ilicito civil e ilícito penal.*—El delito en cuestión no es incompatible con los negocios jurídicos civiles o mercantiles que se dice convenir como señuelo o «artificio». Lo que sucede en estos casos es que se trata de «meros contratos o negocios jurídicos criminalizados». Pues, siendo coincidentes el delito civil y el delito penal, en las notas constituyentes de la antijuridicidad o ilicitud, culpabilidad y lesividad originada, difieren, no obstante, en las de la tipicidad, que es abstracta y general en el ámbito privado, y concreta y particular en el criminal, y en la punibilidad, porque sólo pueden ser objeto de sanción las conductas tipificadas que originen un peligro o lesión de un bien jurídicamente protegido, perteneciente a persona distinta del agente, que supere el mero Derecho civil a la indemnización de daños y perjuicios. El delito penal es un acto antijurídico que, por su mayor gravedad y carácter decididamente antisocial, viola derechos subjetivos públicos, y al que, por ello, se sanciona criminalmente, con el agregado o no, de consecuencias restitutorias patrimoniales, desbordando la simple lesión de derechos subjetivos particulares, que sólo ocasionan la indemnización de dichos daños y perjuicios, y que es peculiar del simple delito civil, cualitativamente inferior, por su mismo contenido. Poco importa, por tanto, que el recibo del dinero se hiciera figurar como un título de préstamo, si en realidad, encubría una voluntad delictiva (S. 28 mayo 1973).

#### *Engaño. Formas.*

*Engaño.*—El tipo delictivo contemplado exige una defraudación que equivale a perjuicio con engaño. De modo que el engaño por sí sólo, si no va seguido de perjuicio patrimonial logrado o intentado, no integra el delito. Y el perjuicio, si no va precedido de un engaño, tampoco lo constituye (S. 10 diciembre 1973).

El engaño se integra en abstracto por la utilización de cualquier falta de verdad, por simulación o disimulación entre lo que se piensa y se dice, o se hace creer, provocando o incluso manteniendo una inadecuación frente a la realidad, que posee su misma esencia, adecuada idoneidad final, y que suponga una inducción, instigación o persuasión inauténtica, sobre el consentimiento y voluntad decisoria, al que se desvía de su normal y lógico raciocinio, sorprendiendo la buena fe y credulidad del sujeto pasivo, y consiguiendo el perjuicio patrimonial empobrecedor para él mismo (S. 2 enero 1973).

Una de las formas más frecuentes del vario engaño que configura la estafa, es «la ficción de solvencia o crédito» unida a la experiencia de empresa y a la que entre otras formas de manifestación se refiere expresamente el artículo 529, número 1.º del Código penal y que supone la apariencia de bienes o crédito personal, y de negocios o actividades empresariales, de las que se carece (S. 2 enero 1973).

El engaño, como elemento típico y culpabilista de la estafa ha de contener idoneidad abstracta para defraudar... Y puede utilizarse a medio de aparentes contratos civiles o mercantiles o también de manera tácita, cuando no se declara

la situación de insolvencia que eludiría el negocio y se aparenta posesión de bienes de que se carece, para celebrar el mismo. Ha de valorarse como *engaño implícito suficiente* para originar el delito tipificado en el número 1.º del artículo 529 —modalidad de ficción de crédito o solvencia— *la utilización de los servicios de alojamiento de un hotel o pensión, sin el posterior pago de lo debido; porque la petición del alojamiento lleva aparejada la presunción racional y fundada, de poseer medios suficientes para abonarlos, ya que de esta manera se produce una unilateral simulación económica y hasta jurídica, que opera como ardid suficiente de la prestación onerosa del hospedaje, y que sin la ocultación no se hubiera logrado, a cuyo fin esta situación debe eludir, de un lado, el repudiable y mero objetivismo del impago, por deberse de atender a su imposibilidad desde el momento de la petición del alojamiento, y de otro, deja sin virtualidad al dolo «subsequens», pues el engaño implícito de la ficción de solvencia ha de estar recogido, en todos sus elementos constituyentes, en las actividades tácitas que se emplearon precisamente al solicitar el alojamiento para alcanzar la situación denominada expresivamente de «gorronería», ya que la impostura se emplea para conseguir, con previsión anticipada, el lucro propio y el quebranto patrimonial ajeno, que se manifiesta finalmente con la fuga del hotel o pensión, sin proporcionar explicaciones de ninguna clase sobre el proceder (S. 29 octubre 1973).*

*Dolo «in contrabando» y dolo «subsequens».* La frecuencia con que los delitos de estafa suelen encubrirse bajo la forma de lícitas convenciones civiles obliga a discriminar en cada caso si hubo *dolo inicial* o *«in contrabando»* o, por el contrario, *engaño posterior* o *«subsequens»*. De tal modo *«que sólo la voluntad de no pagar en el momento de contraer la deuda integrará el delito de estafa, pero no la voluntad de insolvencia posteriormente sobrevenida, que se trata de ocultar después de celebrado el contrato»*; siendo problema distinto, de índole procesal, el de averiguar la existencia o no de aquel engaño antecedente y causal en orden al perjuicio constitutivo de defraudación, que puede estar paladinamente declarado o desprenderse indirectamente de la misma relación fáctica probatoria (S. 13 noviembre 1973).

Por consiguiente, si bien la Sala 2.ª del T. S. ha estimado que no existía el delito previsto en el artículo 529:1.º del Código penal en el caso del mero incumplimiento de un contrato de arrendamiento de automóviles, fundada en que el alquiler se había estipulado por un tiempo indeterminado y fue precedido por otras convenciones análogas cumplidas (S. 15 junio 1970), en cambio en otros muchos casos *sostiene la existencia del delito de estafa, en tanto en cuanto el engaño consistió en ocultar la intención inicial de disfrutar el automóvil por mucho más tiempo sin pagar el precio del alquiler* (SS. 7 marzo 1969, 19 septiembre 1969, 2 junio 1970 y 18 octubre 1970), todo lo cual implica la ficción, al contratar, de *atribuirse una «holgada solvencia» de la que, en realidad, se carece*, lo que subsume la conducta en la atribución de bienes a crédito que expresamente se mienta en el número 1.º del artículo 529 del Código penal (S. 13 noviembre 1973).

*«Estafa de Seguro».*—«Aunque en nuestro Derecho no está específicamente castigada la llamada *estafa de seguro*, punible como tal en otras legislaciones, ya en su forma de autolesiones, ya en la de autodaños del propio patrimonio con o sin la cooperación ajena, no por ello está huérfana de protección legal; pues

aparte de la figura del incendio en bienes propios con propósito de defraudar o perjudicar a otro, prevista en el artículo 556 del Código penal, se hace perfectamente subsumible dentro de la estafa común descrita en el número 1.º del artículo 529 de dicho código punitivo, «la maquinación tendente a simular la realización del siniestro previsto en determinado contrato de seguro para conseguir el cobro de la indemnización o de la suma asegurada, según sea el tipo de seguro concertado —contra daños de personas—, subsunción que bien puede hacerse según la fórmula legal de atribución de cualidad supuesta, en tanto en cuanto se hace figurar la de perjudicado, sin serlo, dentro del contrato de seguro de que se trate, bien a tenor del pasaje, igualmente típico, que hace reposar el engaño en aparentar un crédito, en este caso contra el asegurador, crédito que, de ser cierto, dimanaría del cumplimiento propio del aleas del contrato en examen, a saber, la realización —fingida— del siniestro tipificada tal como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala» (SS. 12 diciembre 1924 y 30 noviembre 1963, entre otras). En el caso debatido concurren, por tanto, los elementos definidores del delito de estafa del número 1.º del artículo 529: 1.º el engaño representado por la maquinación simuladora del siniestro; 2.º el error a que fue inducida la entidad aseguradora en virtud de aquel dolo antecedente; 3.º el acto de disposición patrimonial provocado por dicho engaño y error, y que no fue otra cosa que la entrega de la supuesta indemnización al beneficiario de la misma; 4.º el perjuicio al asegurador causado por la indebida entrega; 5.º defraudación, en fin, causada por los mentados factores subjetivos con el consiguiente lucro para el perceptor de la cantidad indebida (S. 14 noviembre 1973).

*Consumación.*—El delito de estafa se consuma desde el momento en que el sujeto activo dispone en su provecho, distrayéndolas del patrimonio ajeno, las cosas o dinero que el sujeto pasivo le haya entregado, como resultado de artificios o maquinaciones engañosas (SS. 20 abril 1948 y 4 junio 1952), con la doble secuela de la responsabilidad criminal y civil, reparable esta última en cualquier tiempo por el pago o reintegro, pero irreparable la primera si no es por la sanción penal establecida (SS. 11 diciembre 1942, 2 marzo 1948), ya que es jurisprudencia constante que el reintegro posterior de la cantidad defraudada no influye en su consumación (S. 16 noviembre 1973).

*Diferencia entre «consumación» y «agotamiento».*—Frente a la tesis del recurso, en el sentido de que, pagada, finalmente la cambial por el procesado, no existió defraudación, opone el T. S. que se desconoce totalmente la doctrina de la consumación jurídica del delito de estafa que, como todos los de apropiación o enriquecimiento, se satisface en su perfección ejecutiva con el ingreso de la cosa ajena expropiada en el patrimonio del depredador, ya sea temporal o definitivamente y aún se alcanza con la mera posibilidad de disponer fugazmente de la misma. Queda así señalada la frontera entre la «consumación» propuesta en el tipo penal aplicado y el «agotamiento» del delito que queda ya extramuros de dicha tipicidad; Por consiguiente, si el infractor se despoja de nuevo de la cosa, tras aquel preciso momento consumativo, para reintegrarla a su originario patrimonio, esta tardía reacción pertenecerá ya al resarcimiento de la responsabilidad civil y aún en determinadas condiciones legales, dará vida a un arrepentimiento eficaz y activo tan sólo atenuante de la responsabilidad, precisamente por ser posterior a la consuma-

*ción del delito, pues de ser anterior determinaría la impunidad de la acción, a salvo siempre, como es lógico, que los actos de parcial ejecución practicados sean en sí mismos delictivos (17 mayo 1973).*

Artículo 529:8.º.—Esta modalidad de estafa precisa dos elementos esenciales: uno subjetivo, ánimo o propósito deliberado de perjudicar o defraudar bienes o derechos legítimos ajenos (S. 5 mayo 1960), otro objetivo, la exteriorización de la conducta delictiva en sus formas de sustraer, ocultar, inutilizar, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento o papel de cualquier clase. Expresión amplia que implica que el perjuicio causado a la víctima ha de ser ocasionado por *privar a un acreedor de los títulos de su crédito* entregados momentáneamente al deudor para fines distintos de la cancelación, (S. 28 abril 1966); por el apoderamiento, sustracción o destrucción de los títulos que encarnan un crédito, contra el que realiza tales acciones, bien sean juicios, recibos, autos, letras de cambio y demás medios escritos justificativos de la obligación (SS. 13 enero 1951, 27 junio 1957, 5 marzo 1918, 7 noviembre 1934, 1.º junio 1962, 14 marzo y 12 mayo 1973).

En esta figura de estafa *no se precisa la concurrencia del engaño* (S. 3 diciembre 1964), si bien *tampoco se excluye*, de modo que si interviene engaño, se refuerza aún más la acción defraudatoria (SS. 6 abril 1961, 14 marzo y 12 mayo 1973).

§ 36. Artículo 531:2.º, *Estafa impropia*.—Esta modalidad de estafa exige, a tenor del texto legal:

- 1.º *La existencia previa de un gravamen sobre cosa determinada.*
- 2.º *La ocultación maliciosa de este gravamen, que es aquí la esencia del engaño.*
- 3.º *El ánimo de lucro.*
- 4.º *Y el perjuicio patrimonial logrado o intentado* (S. 22 mayo 1973).

*El concepto de gravamen* a que alude el precepto *es de gran amplitud*, debiendo, pues, entenderse en el orden penal, como tal: *las limitaciones de cualquier índole que afecten a las facultades dominicales del que dispone, abarcando cargas, obligaciones personales, peligro para el libre uso y disfrute de la misma, embargos y demás impuestos en forma legal para garantizar el cumplimiento de una obligación jurídica anterior, y, por tanto, los pleitos pendientes que afectan a las propiedades y disposición de la cosa, entran dentro del concepto jurídico penal del gravamen* (S. 17 enero 1973). Y, según antigua doctrina de la Sala 2.ª, *la obligación de satisfacer cierta cantidad, dando al acreedor garantía de bienes que el acusado dijo que estaban libres y pasado el plazo, sin abonar la cantidad debida, resulta que los bienes estaban empeñados con anterioridad, en favor de otro acreedor, hace nacer el delito que ahora se contempla* (S. 25 octubre 1880) (S. 22 mayo 1973).

Casa el T. S. la sentencia pronunciada por el Tribunal «a quo» en sentido absoluto, en base a estimar que esta figura de estafa requiere que *el reo dispusiere de una cosa libre sabiendo que estaba gravada. En este tipo de intracción no es menester que el supuesto culpable se valga de engaño, bastará el simple hecho de ocultar la existencia de un gravamen que pese sobre el bien a cuya enajenación procede*, con manifestación de que no lo hay de clase alguna, *deliberada ocultación que en realidad entraña ya en sí un engaño enteramente suficiente a los*

*finés que se discuten.* Respecto del perjuicio causado mediante la actuación del procesado, la Sala 2.<sup>a</sup> *tiene declarado que la simple constitución de una carga sobre un inmueble devalúa el mismo* (S. 2 febrero 1972), *siendo indiferente que el perjuicio no se halle total y absolutamente determinado en su cuantía* (SS. 30 junio y 31 diciembre 1971); puesto que realmente tanto el valor en venta de la finca, como a efectos de servir como garantía utilizable por su titular dominical, quedan efectiva y realmente mermados (S. 25 enero 1973).

§ 37. Artículo 546 bis a), *Receptación*.—Al ser la receptación del artículo 546 bis a) accesoria del delito patrimonial antecedente, *el elemento subjetivo de lo injusto típico*, determinante de la culpabilidad y de la antijuridicidad de la conducta receptadora y representado por «*el conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes*», a tenor del citado precepto, ha de suponer que el encubridor lucrativo posea un *estado anímico de certeza de la realidad anterior de un delito patrimonial y de que se aprovecha de los bienes conseguidos*, con la conciencia de hallarse plenamente prohibidos los actos beneficiosos, conciencia que debe implicar un *saber superior* a las meras sospechas o presunciones, que serían insuficientes; e *inferior* a un exhaustivo conocimiento detallado o pormenorizado de la infracción precedente, no exigible por ser suficiente el parcial y genérico del origen ilícito de los efectos (S. 9 febrero 1973).

Frente al recurso articulado por el procesado que impugna su condena como «*encubridor económico*», por estimar que no basta conocer la ilegítima procedencia de los deceptados, sino que es preciso un conocimiento concreto del delito del que proceden los objetos que se reciben del ilícito adquirente, el T. S. declara que, según reiterada doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup>, en glosa del artículo 546 bis a), *no es necesario conocer concreta y determinadamente el delito que por la receptación se encubre, bastando que conste la ilegítima y delictual procedencia*. Ya que la «*mens legis*» y la razón teleológica del precepto radican en reaccionar contra los adquirentes de cosas procedentes de delitos, contra los «*peristas*»; finalidad legislativa y motivación de alta política criminal, que se frustraría con la ilógica exigencia de conocer el delito encubierto en todas sus particularidades y concreciones (S. 15 diciembre 1973).

*Diferencia entre el encubrimiento del artículo 17:1.º y el encubrimiento autónomo*.—El primero posee naturaleza de *encubrimiento por participación; prolongando* el delito con actos que suponen auxilio al autor; *lesionando* encubridor y autor *los mismos bienes jurídicos protegidos*.

El segundo —encubrimiento con ánimo de lucro— tiene carácter de delito subordinado a otro principal. Ha de partirse de un delito contra los bienes consumados y realizado por otra persona, cuya comisión se conoce por el receptor, cuya actuación debe perseguir un beneficio económico propio, actuando con ánimo de lucro, atacando el bien jurídico de la propiedad y sin tratar de favorecer directamente la seguridad del agente del delito principal (S. 14 diciembre 1973).

§ 38. Artículo 547:3.º, *Incendio (diferencia con falta del artículo 595)*.—Deniega el T. S. la degradación de delito de incendio a falta, en base a estimar que «*el delito de incendio que nuestro ordenamiento punitivo configura en los artículos 547 a 556 del Código penal es un delito sui generis, de lesión de la pro-*

*piedad* con el aditamento de *un peligro constitutivo o inherente al mismo*, de carácter potencial al no precisar la constatación en cada caso concreto de la existencia real del peligro, llevado a efecto por la acción del culpable de quemar o producir la combustión de un objeto mediante el fuego. Al no contener nuestra legislación ninguna limitación en orden a la extensión del incendio hay que entenderlo consumado por la *simple causación de la combustión*, dándose en el abundante casuismo seguido por el Código penal un *tipo básico* representado por el incendio previsto y penado en el artículo 552 y varios *tipos cualificados agravatorios*, entre estos, los que especialmente protegen determinados edificios, como los almacenes de materias inflamables situados en poblado, que señala el número 3.º del artículo 547, que ha sido el calificado por el Tribunal de Instancia como derivado del Resultando de hechos probados».

Por consiguiente, «el delito calificado por el Tribunal «a quo» no es susceptible de ser degradado a falta, a tenor del vigente Código penal, texto revisado de 1963, en razón a que el artículo 595 se contrae a los que «ejecutaren incendio de cosas, a que se refiere el artículo 552 cuando el daño causado no exceda de 2.500 pesetas». Este precepto específicamente tipifica tan sólo *el incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores*, o sea, cuando el incendio afecta a los edificios especialmente protegidos en los cuatro apartados del artículo 547, a los medios de transporte que se señalan en el artículo 548 y a edificios públicos u otros privados y habitados que se precisan en los artículos 549 y 550 del referido cuerpo legal punitivo, razones que conducen a desestimar por improcedente el recurso formulado» (S. 21 marzo 1973).