

## Jurisprudencia penal 1974

(Primera 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 3, párrafo 2.º, **Frustración (violación).**

La **consumación** del delito de violación con mujer menor de doce años cumplidos (artículo 429:3.º) se produce, cuando atendiendo al desarrollo del pene y al escaso desarrollo de los órganos genitales de la niña violada, esto impedía que la eyaculación se produjera en el interior de ésta (S. 31 diciembre 1884). Para la **consumación** basta la introducción del pene en los órganos genitales de una niña de diez años, pues lo que califica este delito no son los efectos sobre el himen de la ofendida, sino la propia acción culpable: el yacimiento carnal y la edad de ofendida (SS. 31 marzo 1891; 24 noviembre 1923 y 24 noviembre 1953, 26 noviembre 1953, 6 febrero 1956). Aquí, yacimiento equivalente a introducción (más o menos profunda, más o menos perfecta) del órgano sexual masculino en el femenino, de manera violenta, forzada o intimidante, contra la voluntad o sin la voluntad de la mujer (S. 19 enero 1974).

Sin embargo, al no constar, dada la edad de la ofendida, el dato positivo de la desfloración, pero apareciendo indudable que el procesado practicó todos los actos idóneos y necesarios para lograr el propósito de yacimiento (intentando introducir el pene) con la menor, que si no llegó a producirse fue por causa independiente a la voluntad de aquél (a causa de la desproporción de los órganos y la natural inhibición fisiológica de la víctima por el dolor o molestias de la conjunción intentada), **existe frustración y no violación consumada** (SS. 3 mayo 1881, 28 febrero 1894, 17 noviembre 1922, 17 noviembre 1926, 24 abril 1950, 14 diciembre 1961, 21 enero 1967, 21 octubre 1967 y 13 mayo 1974).

### § 2. Artículo 9:1.º, en relación con artículo 8:1.º, **Eximente incompleta..**

No se aprecia en un delito de escándalo público la eximente incompleta de enajenación mental, porque **“la ligera perturbación aneja al comienzo de**

**una involución senil— no afecta de manera apreciable a la conciencia de la antijuricidad del procesado, tanto más si... la infravaloración de los propios actos, además de ser inocua, puede ser debida también a la falta de normas educativas, en suma, a una subestimación cultural..., la cual, ni en términos de clínica psiquiátrica, ni aún menos con arreglo a patrones jurídicos, puede servir de base a una disminución de la imputabilidad”** (S. 10 mayo 1974).

### § 3. Artículo 10:1.º, **Alevosía.**

Si bien esta circunstancia es de **carácter predominantemente objetivo** (bifurcada en dos supuestos fáctivos: el **aseguramiento propio** y la **indefensión de la víctima**), se inserta en ella un **elemento subjetivo** o ánimo tendencial (voluntad consciente de que se emplean tales medios asegurativos de un lado, y eliminación del riesgo defensivo, por otro). De forma que, según la doctrina jurisprudencial, ya no es menester reducir la agravante al ataque traicionero y por la espalda, por cuanto caben en ella los **acometimientos frontales y laterales**, quedando excluidos, en cambio, los supuestos en que no se cumplan las mentadas exigencias del texto legal, **bien porque no exista posible riesgo para la persona del reo** (S. 27 junio 1-63), **bien porque estando la víctima prevenida no puede ya hablarse de indefensión de la misma** (S. 15 noviembre 1907 y 27 mayo 1947). Por consiguiente, el que ilegítimamente acomete a otro, por más que quepa calificar la agresión de súbita e inesperada, **no hay alevosía si la víctima estaba advertida, de algún modo, de las intenciones del culpable** (SS. 21 mayo 1960, 4 julio 1961, 18 diciembre 1962, 27 septiembre 1963, 10 marzo 1965 y 30 marzo 1974).

### § 4. Artículo 10:14.º, **Reiteración.**

La reiteración o reincidencia genérica requiere para su apreciación tres supuestos: 1.º Que el agente, precisamente antes de la comisión del delito posterior, haya sido firmemente condenado en causa criminal; 2.º Que la condena o condenas precedentes sean debidas a delitos, al no poder estimarse las debidas a meras faltas; 3.º Que la infracción o infracciones penales anteriores fueran por delitos no comprendidos en el mismo título del C. p. y castigadas con pena igual o mayor a la señalada para el delito ulterior que se haya de aplicar, o con pena menor, si el culpable hubiese sido penado por dos o más delitos (S. 15 enero 1974).

### § 5. Artículo 112:4.º, **Causas de extinción de la responsabilidad criminal: Indulto.**

En los delitos semi-públicos, como el de estupro, si las acusaciones solicitan una pena superior a la que permite el Decreto de **indulto anticipado**, aunque luego se apliquen en la sentencia penas incluidas en el mismo, no es dable absolver sobre esta base, sino que debe proferirse la condena, con independencia de que ulteriormente a la misma pueda hacerse efectivo el indulto total (SS. 15 junio 1973, 29 marzo 1973 y 30 mayo 1974).

§ 6. Artículos 172-175, **Asociaciones ilícitas.**

El delito de asociaciones ilícitas se estructura en función de dos criterios: 1.º, uno, **puramente formal**, al tener solamente en cuenta la infracción de los **requisitos constitutivos del ente** (art. 172:4.º), atrayendo **únicamente pena sobre los directivos** (art. 175:1.º), en cuanto éstos son los responsables de la irregularidad de la fundación, 2.º, otro, **axiológico**, por cuanto se entra ya a considerar el objeto perseguido por la asociación, que puede ser **inmoral o delictiva por su misma naturaleza**, o por haber sido **prohibida expresamente** por la autoridad competente (artículo 172:2.º, 3.º y 4.º), surgiendo, de este modo, la **asociación ilícita propiamente dicha**. Esta admite, frente a su **tipo básico**, integrado por los meros individuos, **tipos calificados por la específica finalidad perseguida**, por la **jerarquía del sujeto activo** y por la **índole de la cooperación prestada** (artículo 174:1.º y 2.º).

En contra, reiterada doctrina del T. S. declara que el **fundamento de la calificación jurídico-penal no radica en las actividades de los elementos pertinentes a las asociaciones ilícitas, sino en el carácter, objeto o métodos programados por ellas para la consecución de sus fines** (S. 22 enero 1972).

**Derecho limitado de asociación.**

“**Reconocido un derecho limitado a la asociación por el Fuero de los Españoles, en su artículo 16, a los ciudadanos, siempre que reúnan la doble condición de asociarse para fines lícitos y de acuerdo con las formalidades y exigencias establecidas por las leyes que lo desarrollan, entre las cuales es esencial la Ley de 24 de diciembre de 1964, que repite la exigencia de un fin lícito e impone, además, la de ser determinado y ordena imperativamente el cumplimiento de detallados requisitos formales para poder constituirse asociaciones permitidas, se produce la consecuencia de que, si se incumplen dichas exigencias, actúa el artículo 172 del C. p., cuando la sociedad se estructura como un puro hecho, incumpliendo trámites, exigencias legales y controles gubernativos, y aún atrayendo la punición de todas las organizaciones que sean contrarias a la moral pública, las que se integran para cometer algún delito y las prohibidas por la autoridad competente, que se especifican en el artículo 173, en cuyo número 3.º se incluyen las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley y cualesquiera otras de tendencia análoga, aun cuando su constitución tuviera lugar bajo nombre y forma diverso**” (SS. 8 junio 1973 y 20 marzo 1974).

Por consiguiente, si bien es cierto que, en el ámbito penal, es un principio dogmático la prohibición de la aplicación analógica o interpretación extensiva en contra del reo por parte del Juez..., “**este principio puede derogarlo la voluntad legislativa cuando expresamente, en el orden de las atenuaciones, le concede al Tribunal tal facultad hermenéutica o cuando en el contenido de los tipos y en sus elementos normativos delega en el Juez la misión analógica para interpretarlos, porque entonces es excepcional tal dogmatismo, y el Juez debe ejercer su misión de acuerdo al mandato legislativo, ya que si lo desobedeciera podría incurrir en responsabilidad grave**”.

Así pues, el Tribunal debe hacer uso de ese mandato legislativo cuando se trata de concretar el tenor del artículo 173:3.º (son asociaciones ilícitas las asociaciones; organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley y cualesquiera otra de tendencias análogas, aun cuando su constitución...), sin infringir el artículo 1.º y el artículo 23 del C. p., encajando dentro de las asociaciones ilícitas las de tendencia análoga a las declaradas "nominatim" fuera de la Ley, como sucede en el caso debatido con la Oposición Sindical Obrera, por ser filial del Partido Comunista, expresamente fuera de la Ley (Ley 1 marzo 1940). En caso contrario, bastaría cambiar el nombre de la organización para eludir la tipicidad penal (SS. 8 junio 1973 y 20 marzo 1974).

Bajo la rúbrica "... y cualesquiera otras de tendencia análoga a las anteriores...", empleada por el número 3.º del artículo 173, se comprenden las Comisiones Obreras, en cuanto son análogas a las declaradas fuera de la Ley, aunque su reconstitución tiene lugar bajo forma, apariencia y denominación diversas a las del Partido Comunista, del cual es una entidad filial (SS. 4 octubre 1968, 21 enero, 26 abril, 9 junio, 25 y 27 octubre y 20 diciembre 1969, 9 febrero, 30 junio, 23 y 26 noviembre 1970, 5 febrero y 24 marzo 1971, 4 y 29 febrero, 3 y 9 mayo y 12 junio 1972, 10 octubre 1972 y 16 abril 1974).

El artículo 174, número 1.º, establece dos sistemas de punición:

— Si las asociaciones a que alude el artículo 172 —contrarias a la moral pública, que tenga por objeto cometer algún delito o estén prohibidas por la autoridad competente— o las comprendidas en cualquiera de los cinco apartados del artículo 173, **actúan pacíficamente**, se impondrá a los fundadores, directores y presidentes la pena de prisión menor, inhabilitación absoluta y multa.

— Si **actúan violentamente o tienden a la subversión violenta o destrucción del Estado**, en su orden político-social, económico-jurídico, **atacan a la integridad de su territorio, etc...**, los fundadores y directores son castigados con reclusión menor, y los meros partícipes con prisión menor (S. 17 enero 1974).

La calificación operada por la finalidad de subversión violenta o destructiva de la organización estatal en cualquiera de sus facetas, perseguida por la asociación, distingue dos criterios de punición: Uno, **imperativo**, según la posición directiva o meramente partícipe de los componentes del grupo subversivo. Otro, **facultativo**, que permite moderar la pena en atención a la menor gravedad de la asociación, por no haber llegado aún a constituirse (artículo 174, número 1.º, párrafos 3.º y 4.º), discrecionalidad introducida por la Ley de 8 de abril de 1967 y, por tanto, facultad potestativa del Tribunal de Instancia, no recurrible en casación. Esta gravedad que se predica en el tipo penal alude al objeto de la asociación, y no a los hechos que puedan realizar dentro de aquélla sus componentes, puesto que, respecto a éstos, ya se tiene en cuenta su distinta función —de mando o subalterna— a efectos de punición (S. 29 octubre 1973).

En contra de tal argumentación, reiterada doctrina del T. S. sostiene que la menor gravedad a que hace alusión el párrafo 4.º del número 1.º del artículo 174, no va referida a la asociación, descrita como **figura delictiva en**

el párrafo 3.º del mismo artículo, la cual siempre será grave por calificación legal expresa, sino, antes bien, a la menor gravedad de los hechos realizados por los partícipes o elementos asociados en el seno de aquélla. De no ser así, carecería de sentido y función el párrafo 4.º de dicho precepto, ni tendría sentido dejar a los Tribunales la apreciación de tal gravedad. SS. 19 febrero, 9 abril, 14 mayo, 8 junio y 30 noviembre 1973, según las cuales, **dadas las actividades desplegadas por el sujeto dentro de la asociación** —aparte de que la rebaja de pena que autoriza el párrafo 4.º del 174 no sea recurrible en casación—, no es posible considerar que los hechos carecían de gravedad. Más explícita todavía es la S. 22 enero 1973, según la cual **no puede considerarse al recurrente como mero asociado, pues los hechos no lo presentan así, al desempeñar cometidos de socio destacado por la captación de adeptos**. En sentido idéntico, S. 9 noviembre 1973, que desestima la rebaja de pena prevista en el párrafo 4.º del 1.874, por considerar que, si existe afiliación o participación, la calificación corresponde al Tribunal de Instancia, sin posible revisión en casación, que sólo podría operar de inexistir el tipo delictivo en sí mismo, y **nunca cuando a la integración como simples partícipes en la entidad colectiva se sumen actividades que desbordan la mera adscripción**.

El arbitrio judicial, en la aplicación del párrafo 4.º del número 1.º del 174, abarca dos facetas: una, referida a la gravedad, que el Tribunal puede apreciar libremente; otra, referida al grado de la pena, siendo potestativa la rebaja de la misma, facultad judicial no recurrible en casación (SS. 17 junio 1971, 4 y 9 febrero 1972, 2 marzo 1972, 14 abril 1972, 4 mayo 1972, 21 noviembre 1972, 17 enero, 22 febrero, 6 y 9 marzo 1974). En idéntico sentido, 6 noviembre 1972, 19 noviembre 1973, 19 octubre, 9 y 30 noviembre 1973. La posibilidad de degradar la pena se circunscribe a los **meros participantes**, contraponiéndose éstos en el propio artículo a los **“fundadores, organizadores o directores”** (SS. 8 junio y 4 diciembre 1973). Si los actos realizados por el procesado no son de mera afiliación, sino trascendentes y eficaces, no cabe aplicar la rebaja de la pena prevista en el párrafo 4.º del 174 (S. 6 marzo 1973).

El Partido Comunista está, en nuestro país, terminantemente declarado fuera de la Ley en virtud de “una normativa terminante y persistente, empezando por el Decreto de 13 septiembre 1936 y pasando por las Leyes 9 febrero 1939 y 9 marzo 1940, se cierra con la genérica proscripción contenida en la Declaración VIII de los Principios del Movimiento Nacional, de 17 mayo 1958, refundida en 20 abril 1967”. Por consiguiente, la tesis de carecer actualmente el comunismo organizado de tal nota instrumental de violencia pugna con la terminante afirmación de los hechos probados..., de modo que, aun para el supuesto de concebirse tal dato, como juicio de valor, y no como dato fáctico, es bien patente que, al margen de cualquier circunstancial postura puramente tácita, adoptable por el comunismo nacional o interraccional, lo cierto es que la valoración llevada a cabo por el Tribunal de Instancia, en cuanto a la consustancial violencia del movimiento comunista, es plenamente correcta y razonable, atendida a notoria experiencia acerca de esta indeble violencia, esencial, potencial y actual, propia del comunismo militante, tanto para la conquista del poder como para su dictatorial ejercicio e incondicional conservación, una vez alcanzado...” (SS. 20 diciembre 1973, 6 marzo

y 5 abril 1974). En idéntico sentido, S. 28 mayo 1973, que condena a miembros del Partido Comunista Internacional, integrantes de su facción Oposición Sindical Obrera.

Las Comisiones Obreras son entidades filiales del P. C. de España, que persiguen el derrocamiento por la violencia de la organización política. Su ilicitud penal y su identidad con el P. C. han sido reiteradamente proclamadas por la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. en SS. 16 febrero 1967, 24 abril 1970, etc..., viniendo declaradas fuera de la Ley con arreglo a lo dispuesto en el D. 13 septiembre 1936 y Leyes 9 febrero 1939, 1 marzo 1940 y 17 mayo 1958 (S. 10 febrero 1973). Su descripción típica viene configurada en los artículos 172:3.º, 173:3.º y 174:1.º, página 3 del C. p. (S. 22 enero 1973).

La **Liga Comunista Revolucionaria**, de inspiración trotskista, cae dentro del párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174, del C. P. (SS. 19 noviembre 1973 y 26 enero y 23 marzo 1974).

La **simple adscripción al P. C., declarado fuera de la Ley, consuma el delito** previsto en los artículos 172:3.º, 173:3.º y 174:1.º, párrafo 3.º (S. 6 marzo 1973).

La **tipificación de la conducta del procesado —miembro de la ETA— en el párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174, se desprende del objeto y la finalidad de la asociación en la que estaba integrado, con independencia de los actos realizados por él en la misma** (SS. 7 febrero 1973 y 23 marzo 1974).

El **ostentar cargo directivo** en la asociación ilegal de tendencia a la subversión violenta, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174, es **“una agravación específica de la penalidad”** (S. 20 diciembre 1973). En sentido idéntico, S. 4 diciembre 1972, pues se trata de miembros del Comité Ejecutivo del P. C.

La calidad de **rango directivo** del procesado viene determinada inconcusamente por su calidad de miembro del Comité Provincial del Partido Comunista en Madrid (S. 20 diciembre 1973).

Los meros individuos del número 1.º del artículo 175 son **afiliados pasivos**, sin especial actividad dentro de la asociación (S. 9 julio 1973).

Según declara el T. S., no cabe apreciar la circunstancia 7.<sup>a</sup> del artículo 8.º del C. p., **atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos**, en un delito de asociaciones ilícitas, por cuanto “el móvil político parece fuera del ámbito de dicha atenuante, por su naturaleza y por estar absorbido por los delitos políticos, en que se manifiesta como **elemento integrante del tipo**” (S. 23 octubre 1973).

### **Cooperación.**

Tras la reforma de la ley de 15 noviembre 1971, el número 2.º del artículo 174 quedó redactado del modo siguiente: “Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieran la actividad (entre otras cosas) de las organizaciones declaradas ilícitas legalmente, incurrirán en el delito de asociación ilícita”; precepto en el que cabe incardinar la conducta del procesado —miembro de la ETA—, el cual contribuyó con su quehacer, colaboración y ayuda (labor de propaganda, declaraciones políticas al pueblo vasco,

libro de teoría sobre explosivos, conocimiento exacto de alguno de los fines de la organización, etc...) a la labor de la asociación (S. 5 marzo 1974).

“**Tempus commissi delicti**” (en orden a aplicar la agravante de reincidencia).

La determinación del “tempus commissi delicti”, con vistas a la aplicación de la agravante de reincidencia, no genera problemas en los **delitos de comisión instantánea**, pero sí los produce en los casos de **delitos permanentes**, en los cuales la ejecución se prolonga en el tiempo, sin solución de continuidad o con pluralidad de acciones, debiendo atenderse para su resolución a la “ratio” o fundamento de la institución penal que se utilice, al no poder utilizarse fórmulas generales válidas. De ahí que en los delitos permanentes, caracterizados por la prolongación voluntaria y antijurídica del momento consumativo, al darse en ellos un período consumativo más o menos dilatado, pero actual, “desde que comienza la realización plena de los elementos que lo integran hasta aquel que concluye por cesar su permanencia”, se aplicará la reincidencia si durante el espacio temporal de su vigencia se produce la sentencia ejecutoria antecedente y, después de recaída, subsiste el comportamiento o situación delictiva posterior que el delincuente no concluye calificando aquella circunstancia todo el delito, aunque sólo se produjera materialmente en la parte final del mismo.

Por consiguiente, dado el carácter de **delito permanente** que encierra el delito de **asociación ilegal** previsto en los artículos 172 y siguientes —especialmente cuando se trata de **meros partícipes o afiliados**, a que alude el párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174 del C. p., por cuanto la **adscripción operativa o la mera inscripción a la organización ilegal, mientras subsista por la voluntad antijurídica del miembro personal, representa una prolongación voluntaria del momento consumativo**—, la **agravante de reincidencia se apreciará, si la condena firme anterior se produce en cualquier momento del “tempus commissi delicti” y antes de cesar voluntariamente el sujeto en la activa comisión** (S. 12 diciembre 1973).

#### § 7. Artículo 251, **Propagandas ilegales.**

El delito tipificado en este precepto es un **delito de tendencia** constituido por dos elementos: uno, **objetivo o material**, concretado en la acción de distribución de publicaciones o la mera tenencia para repartir, ya que se trata de un delito de **resultado cortado o de consumación anticipada**. Otro, subjetivo o interno, constituido por el **animus diffundendi** imbuido por la finalidad de lograr alguno de los objetivos concretos incorporados a la tipicidad en el artículo 251 del C. p., con independencia de que tales fines sean alcanzados o no. Es preciso, además, que los actos tengan entidad suficiente para conseguir esos objetivos, con independencia de que se produzca o no el efecto apetecido (SS. 24 octubre, 2 noviembre, 7 noviembre, 12 noviembre, 5 diciembre, 10 diciembre, 16 diciembre 1973, 1 febrero, 12 febrero, 18 marzo y 14 mayo 1974).

La voluntad de propagar lo prohibido con los fines descritos en el artícu-

lo 251 es bastante para consumir el delito de propagandas ilegales, sin necesidad de que se produzca el resultado perseguido (S. 27 enero 1973).

Los dos elementos de que se integra este delito son: uno, de carácter **objetivo-normativo**, constituido por la propaganda subversiva en sus modalidades de acción de distribuir, de impresión del material propagandístico y de simple tenencia para ser repartido aquél; otro,  **subjetivo**, constituido por el ánimo difusor de la propaganda con conocimiento del sentido atentatorio contra la seguridad interior del Estado que detenta el material propagandístico (S. 10 diciembre 1973 y 12 febrero 1974).

La **intención difusora** se caracteriza por el conocimiento del contenido ilegal de importante número de ejemplares poseídos para su subsiguiente distribución, no para su lectura y posterior destrucción, sin pasarlos a otras personas. Esta intención limitada a fines de curiosidad o de estudio no existe, cuando es múltiple el número de ejemplares que se tienen, lo que indica la intención de repartir (S. 21 diciembre 1973). El material **debe poseerse con propósito decidido de ulterior reparto** y circulación, lo que, al ser el núcleo de la acción, ha de deducirse de las circunstancias de hecho, para inferir el ánimo interno. **El elemento interno, en la simple tenencia**, se caracteriza por el perfecto conocimiento por parte del agente del carácter ilegal del contenido del material propagandístico y su retención para ser difundido..., no para su particular lectura y subsiguiente destrucción o inutilización (S. 16 diciembre 1972 12 noviembre 1973, 1 y 12 febrero 1974).

El delito de tendencia o de mero riesgo tipificado en el artículo 251 del Código penal exige, como elemento subjetivo de lo injusto, el "**animus diffundendi**" del material impreso, distribuido o que se posee para repartirlo por parte del autor. Pero ese "animus" y el contenido material de la propaganda deben venir enmarcados en la tendencia finalista que se persigue de lograr uno de los objetivos expresados en los cuatro números del artículo 251 (Sentencia 17 marzo 1973, 1 febrero 1974).

El menoscabo del Estado a que hace referencia el número 4.º del citado precepto no es sólo un desprestigio o menoscabo real, sino también moral. La expresión **Nación y Estado**, empleada por dicho artículo, lo son no en el sentido abstracto de incluir sólo al cuerpo o conjunto de habitantes de un país regidos por un mismo Gobierno, o al cuerpo político de una nación, sino que acoge un sentido más concreto y específico como la estructura política que integra, conforma o constituye el Estado y la Nación, por ser inseparable de ellos, por no poder existir Nación, ni Estado sin Gobierno o régimen que los dirija y represente. Por tanto, a efectos de protección jurídico-penal, no cabe distinguir entre los conceptos de Nación, Estado, Régimen y Gobierno, porque todos ellos se acogen dentro de tal tipo de propaganda ilegal (S. 17 marzo 1973). Así pues, señala las Sentencias de 26 octubre y 17 diciembre 1973, aunque deben distinguirse, a efectos de su adecuada protección penal, entre los conceptos de Estado, Nación, Régimen y Gobierno, aquí se toman en un sentido concreto de ataque a la idea estatal en su acepción real, no en su acepción abstracta. Por cuanto el delito político, al atacar al Estado, en sus estructuras o en su funcionalismo, vulnera también todos los demás elementos políticos que le están subordinados (S. 6 diciembre 1971).

Reducir, pues, el marco de este delito, como en general de toda delincuencia política, al ataque al Estado, entendido éste como pura abstracción condenadora de la organización política, sería tanto como minorar en la misma media la acción delictiva a las doctrinas ácratas, únicas que niegan radicalmente la entidad estatal. La "mens legis" considera fuera de la Ley no sólo a dichas doctrinas, sino a todas las que por perseguir la subversión violenta del Estado, buscar barrer los cimientos de toda la organización política imperante (SS. 26 octubre y 17 diciembre 1973), que considera al Régimen como "la exteriorización concreta del Estado".

La voluntad de propagar lo prohibido con fines de subversión violenta de la organización estatal o de perjudicar su crédito, etc..., es suficiente para que se consuma la figura delictiva prevista en los números 1.º y 4.º del artículo 251 del C. p. (S. 12 noviembre 1973 y 15 enero 1974).

El T. S. rechaza las **teorías subjetivas y objetivas** al efecto de deslindar **los actos preparatorios externos impunes de los actos iniciales de la ejecución** (tentativa), basándose en **criterios o teorías mixtas**, decidiendo en un supuesto en que el procesado fue aprehendido con dos clichés escritos a máquina dispuestos para ser multicopiados y repartidos..., que los actos ejecutivos del artículo 251 comprenden: no sólo el **realizar o hacer real y efectiva la propaganda**, sino también **la impresión** de todo género de publicaciones (estampar, editar o grabar las mismas); **la tenencia para ser repartidas**, en la cual la propaganda, ya impresa, se posee con **animus diffundendi**, sin necesidad de llegar al reparto material, y la **distribución**, el proporcionar, entregar o repartir la propaganda.

Mientras **las conductas de tenencia para la difusión no admiten estadios imperfectos de tentativa o frustración**, pues el legislador utiliza en este tipo de delito la fórmula de **delito de resultado cortado o de consumación anticipada**, con lo que precisamente los actos iniciales de ejecución se elevan a la categoría de delito consumado..., no sucede, en cambio, lo mismo con la conducta de la "impresión", ya que en ella los actos ejecutivos vienen constituidos ya **por la reproducción de la publicación tipográfica o por otro procedimiento especial distinto...**, por lo que existe un camino que recorrer, pudiendo, en consecuencia, darse actos externos atípicos y actos que significan un principio de ejecución y que, en este caso, generan la mera tentativa (S. 26 junio 1972, 9 noviembre 1973, 1 febrero 1974 y 14 mayo 1974).

La limitación de la responsabilidad penal a los meros autores con exclusión de los partícipes —cómplices y encubridores—, tal y como estatuyen los artículos 13 y 15 del C. p., afecta estrictamente a los que suponen ideación y formulación por medio de la imprenta de los delictivos consignados en los impresos delictivos en cuestión, pero sin llegar a extenderse a conductas distintas, como la de propagandas ilegales, en que la criminalidad estriba en el reparto o difusión de los llamamientos o dictiones subversivos, cualquiera que fuera su redactor y abstracción hecha de los medios empleados o de la materia en que se plasme. Lo que implica un ente delictivo con sustantividad propia y autónoma en cuanto al régimen de ejecución y en cuanto a las normas genéricas sobre participación, diversas de las privilegiadas referidas a los delitos cometidos por medio de la imprenta, que tan sólo generan res-

ponsabilidad criminal en concepto de autoría y no de complicidad ni encubrimiento (S. 20 febrero 1973).

El delito tipificado en el artículo 251 del C. p. es un delito de **consumación anticipada o de resultado cortado que no precisa de la difusión para su consumación**, bastando la **mera tenencia con "animus diffundendi"** (SS. 6 diciembre 1971, 5 mayo 1973, 1 febrero y 24 abril 1974).

§ 8. Artículo 254, **Tenencia ilícita de arma de fuego.**—El artículo 254 del C. p. requiere para que pueda apreciarse el delito previsto en el mismo dos requisitos: uno positivo, integrado por la **tenencia del arma por el agente**. (mera posesión, sin necesidad de propiedad, con tal de que se manifieste un "animus rem sibi habendi"); otro negativo, **determinado por carecer de las oportunas guía y licencia fuera de su domicilio, o sólo de la guía si la guarda dentro de él.**

Se trata, por tanto, de un **delito de riesgo o peligro remoto, que no precisa de daño cierto**, ni de intención determinada por finalidades ulteriores, siendo, por consiguiente, un **delito formal o de simple actividad**, integrado por la desobediencia administrativa del agente hacia normas reglamentarias sobre tráfico y régimen de autorizaciones, contenidas en el Rgto. de Armas y Explosivos de 27 diciembre 1944. Es preciso, además, que el sujeto **tenga conciencia de la ilicitud de su acto**, de tenencia, aunque dicha conciencia se presuma "iuris tantum", según el párrafo 2.º del precepto, no desplazándose la presunción por no haberse demostrado propósitos ulteriores de cometer con el arma delito o de usar el arma poseída (S. 16 abril 1974).

La determinación del "**valor artístico-histórico**" de las armas exceptuadas de este delito por el artículo 259, deberá ser apreciada mediante un **juicio hipotético, lleno de relativismo y circunstancialidad**, por el Juez de lo penal, valorando "ex post facto" una situación acaecida "ex ante", a cuyo fin ha de apreciarse este destino ulterior, más que por estimaciones subjetivas, por **las objetivas: que se derivan de las armas mismas**, al manifestar en su contenido material un valor cierto por su arte indudable, o ser piezas de colección por pertenecer a la historia de la artesanía o de la fabricación, así como a su posible eficacia para el destino malo o bueno, conforme a reglas de experiencia, usos sociales, etcétera... Pero **siendo tales armas útiles para disparar, la prueba de su carácter artístico incumbe al inculpado**, no bastando alegar este carácter histórico o artístico, cuando el arma sea de actual creación, de fuego, hábil para su utilización e incluso de construcción común (S. 16 abril 1974). En idéntico sentido, S. 31 marzo 1954.

§ 9. Artículo 263, **Terrorismo.**—Casa el T. S. la sentencia del Tribunal: "a quo", condenatoria por el delito de terrorismo, y aprecia desórdenes públicos del artículo 248, en base a considerar "que la extraordinaria proliferación experimentada en estos últimos tiempos en todo el mundo por los delitos llamados de terrorismo, entendiéndose bajo tal denominación **aquellos que por medio de actos de extraordinaria violencia o grave intimidación, secuestros, daños, etc., tratan de infundir el terror en la población para coseguir determinados fines subversivos, políticos o sociales**, han inducido a los Gobiernos:

a celebrar reuniones a escala internacional como el Convenio de la Organización de Estados Americanos y el Convenio Internacional de París, celebrados ambos en el año 1971, y a introducir en sus Códigos una serie de medidas profilácticas y represivas, que han tenido reflejo en nuestra Patria a través de la Ley de reforma del Código penal, de 15 de diciembre de 1971, en la que se ha dado nueva redacción a algunos preceptos y creado otros, construyendo, en el **nuevo artículo 263, una figura de delito intermedia entre los tipos contenidos en los artículos 260 y 261 y aquellos otros contemplados en los artículos 245 y siguientes, denominados desórdenes públicos o delitos contra el orden público, de menor gravedad, que pudiéramos llamar de terrorismo impropio o pequeño terrorismo**, en el que las acciones realizadas son de menor gravedad y originan menor alarma que las señaladas en los artículos anteriores, pero van más allá que lo que supone la alteración objetiva del orden público, en tanto en cuanto **que si no necesitan producir terror, sí son suficientes para perturbar la paz pública**, que constituye el bien jurídico atacado en esta figura (S. 5 abril 1974).

Por el contrario, se aplica el artículo 263 en base a considerar:

A) “que dentro de la figura de la codelincuencia o de la pluralidad de partícipes existen formas de exacerbación de la misma consistentes en el elevado número de intervinientes en el delito de que se trate, dándose esa exacerbación de un modo discreto y casi normal en el caso de la cuadrilla —número 13, párrafo 2.º, del artículo 10 y artículo 502, ambos del Código penal— o de manera amplia como, v. g., en los artículos 149 a 151, 163, 164, 166 y siguientes, 172 y posteriores, 214 y siguientes, 218 y los que vienen a continuación, 246 y posteriores y 513 del mismo cuerpo legal; **distinguendo** la doctrina, en cuanto a este último supuesto, entre la llamada **delincuencia de las multitudes** o de las muchedumbres, singularizada por su carácter heterogéneo e inorgánico, formándose de modo instantáneo o al menos rápido y sin acuerdo previo, y la **asociación de malhechores o delincuencia asociada**, llamada también **delincuencia sectaria o delincuencia de grupo**, modalidad de participación caracterizada por la reunión de sus elementos componentes mediante previo acuerdo, y porque todos ellos actúan por una misma fe, por un mismo ideal y por un fin común. Correspondiendo a este término de la anterior clasificación el tipo de codelincuencia plasmado o definido en el artículo 263 del Código penal, el cual constituyó innovación de la reforma de 15 de noviembre de 1971, **respondiendo, según ciertos sectores doctrinales, a necesidades ficticias**, porque las conductas en dicho precepto criminalizadas podían incardinarse en otros artículos del dicho Código vigentes antes de la reforma, pero otros sectores doctrinales les denominan “**delitos contra el orden público equiparados al terrorismo**”, y alaban la previsión, siquiera sea “a posteriori”, del legislador, porque, en los últimos años, una de las tácticas o “modus operandi” de quienes en la clandestinidad combaten el sistema político imperante en España y desean perturbar no sólo el orden público, sino la paz, la tranquilidad y el sosiego ciudadanos, o anhelar mostrar de algún modo su protesta o disconformidad con las instituciones o la legislación vigentes, consiste en, obediendo las órdenes o consignas de sus generalmente anónimos dirigentes, concentrarse en un lugar periférico o a veces céntrico,

de una ciudad, acudiendo al lugar señalado individualmente, sin llamar la atención y desde diversas procedencias, y una vez integrado rápidamente el grupo, romper escaparates o cristalerías (preferentemente de entidades bancarias), volcar, dañar o incendiar vehículos automóviles, lanzar o arrojar piedras o artefactos explosivos, emitir gritos subversivos, atacar a las personas, poner obstáculos a la circulación rodada o ejecutar otros actos parecidos de vandalismo callejero, y una vez producida la alarma, sembrados el desasosiego y la intranquilidad y alterada la normal vida ciudadana, al acudir la fuerza pública, con estrategia guerrillera urbana planeada anticipadamente, previo ligero, breve y hasta aparente enfrentamiento con dicha fuerza o sin él, disolver el grupo inmediatamente, huyendo todos en diversas direcciones, hasta que, el mismo o sucesivos días, reaparezcan en otro lugar para realizar los mismos hechos u otros análogos.

B) A la luz de los principios enunciados, de la Exposición de Motivos de la reforma penal de 1971, donde se dice que el artículo 263 comprende la represión penal por parte del Código de los actos terroristas realizados individualmente y por grupos no organizados—**con mayor motivo si lo estuvieran—ni estables y la simple pertenencia a éstos**, y de las sentencias de este Tribunal de 12 y 19 de diciembre de 1973, es claro que, **sin necesidad de quebrantar el principio de personalidad de la pena—de todos modos no siempre imperante en la legislación española, donde hay bastantes excepciones—**, los requisitos de aplicación del citado artículo 263 son los siguientes:

1.º Actuación de varios formando grupo organizado o no y sin carácter estable;

2.º lesiones o vejaciones a las personas, desperfectos en las propiedades, obstaculización de las vías públicas u ocupación de edificios;

3.º finalidad conseguida de alteración del orden y perseguida o apetecida de atentar contra la paz pública, y

4.º subsidiariedad, pues de corresponder pena más grave en otro precepto del Código se aplica éste. Requisitos, objetivos y subjetivos que concurren en el presente caso, pues el relato de hechos de la sentencia recurrida—inatacado en casación—destaca que el 31 de octubre de 1972, y en Valencia, se reunieron unas veinticinco personas, de ambos sexos, convocados por el llamado **FRAP** (Frente Revolucionario Antifascista y Patriótico), entre las cuales se hallaba el procesado, las que ondeando banderas rojas y republicanas, realizaron a continuación los actos vandálicos que se detallan, entre los cuales figuran lanzamiento de piedras y de quince artefactos explosivos, interrupción del tráfico y heridas a un miembro de la Policía Armada, actos con los cuales se perturbó la paz social y se alteró el orden, siendo la actuación del procesado, como destaca el subrayado, plural y conjuntamente con los componentes del grupo, que contribuyó con su presencia a formar e integrar, cooperando a la antijurídica actividad de modo individual y personal, con esfuerzo propio y obediencia a la convocatoria realizada por el Frente Revolucionario antes consignado” (S. 16 abril 1974).

· § 10. Artículo 279 bis, **Alteración de placa de matrícula legítima de vehículo de motor.**

El delito previsto en el artículo 279 bis, párrafo 1.º, del C. p., como infracción formal de la obligación impuesta en los artículos 230 y siguientes del C. de la Circulación sobre matriculación de vehículos de motor, se ejecuta mediante la **conducta de falsificar, sustituir, alterar u omitir la placa de matrícula legítima de un automóvil, impidiendo su individualización y la determinación de su legítimo propietario**, a los efectos de control administrativo, jurídico-privado, social, penal y hasta de orden público.

El párrafo 2.º del mismo precepto establece un subtipo de penalidad agravada, constitutivo de un **delito de tendencia o de mera actividad ulterior, por cuanto a la conducta anteriormente delimitada debe agregarse la irregularidad como medio instrumental de un quehacer delictual diferente**, o sea, **para cometer algún delito o para lograr la impunidad, aunque no se consiga su propósito**, debiendo interpretarse dicha fórmula legal poniendo de medio en relación de la falsedad de la matrícula con el delito a realizar o a ocultar, tanto para el caso de ejecución como de encubrimiento, comprendiéndose en su contenido tanto las infracciones penales futuras como los delitos ya cometidos y también los encubrimientos de actos criminales de otra persona como los propios del falsificador o autoencubrimiento. Por consiguiente, se encuadra en tal figura legal **el comportamiento tendente a facilitar la impunidad del delito realizado de hurto de uso o común del mismo vehículo de motor, por no ser inherente al mismo el cambio de la matrícula del carruaje** (S. 28 febrero 1974).

§ 11. Artículo 303, **Falsedad en documento público** (302 : 4.º).

La existencia de este delito requiere:

1.º **Una representación gráfica del pensamiento** plasmada, con arreglo al sistema latino imperante en España, generalmente por escrito y en papel, destinada a tener consecuencias en el mundo exterior y a, con carácter preconstituido, acreditar algo, y que, a tenor de los artículos 596 de la LEC y 1.216 del C. c. merezca el calificativo de **público**, merced a la conjunción de los tres elementos de: **oficialidad** (intervención de Notario, funcionario o empleado público), **competencia de éste y formalidad** ("revestido de las solemnidades requeridas por la Ley").

2.º Que en dicho documento se cometa **inveracidad, incerteza, mendacidad, "mutatio veritatis", mudamiento o alteración esencial de la verdad, o falta de genuidad material, o ideológica, en cualquiera de las formas enumeradas en el artículo 302 del C. p.**

3.º Aun interviniendo un funcionario público, la inveracidad debe cometerse por un particular.

4.º **Voluntariedad de tales mudamientos o alteraciones, según lo dispuesto en el artículo 1.º del C. p., e integrada, como todas las manifestaciones dolosas, por la adición del elemento intelectual o cognoscitivo al volitivo** (S. 3 mayo 1974).

§ 12. Artículo 320, **Usurpación de funciones.**

El hecho de llamar el procesado la atención a un Guardia Municipal, cuando éste trataba de detener a un individuo como autor de un delito de abusos deshonestos, diciéndole que no eran modales y añadiendo mendazmente que era Inspector de Policía y que le iba a quitar la ropa cuando el Guardia le pidió que se identificara, es constitutivo del delito previsto en el artículo 320 del C. p., **al atribuirse el procesado carácter oficial y realizar actos propios de la profesión de tal carácter que dijo tener** (S. 8 febrero 1974).

§ 13. Artículo 344, **Delito contra la salud pública.**

“Sin afirmarse que el procesado se dedicase al tráfico de estupefacientes y sí tan sólo que se tenían sospechas de emplearse en él, el hecho de que, al ser registrado, le fuera ocupado en un bolsillo **un gramo aproximadamente de “griffa”**, sin que se diga que fuera consciente de llevarla consigo, ni el destino que se proponía dar a tan exigua cantidad, dentro del cual podría **cabere el propio consumo, exento de punición**, no cabe aplicar al caso de autos el artículo 344 del C. p. en la redacción de la Ley de 15 de noviembre de 1971”, por la que la Sala 2.<sup>a</sup> casa la sentencia del Tribunal “a quo” y absuelve del delito imputado (S. 29 marzo 1974).

§ 14. Artículos 394-399, **Malversaciones.**

Los delitos del título VII, del Libro II, del C. p., son **delitos funcionariales**, es decir, cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Lo que prima es, por consiguiente, **el carácter de funcionario público** en el sujeto activo y la condición de **públicos de los fondos** (SS. 31 diciembre 1973 y 25 febrero 1974).

La **esencia** de los delitos de malversación (regulados en el capítulo X del título VII, del Libro II del C. p.) viene constituida por la **apropiación o distracción** de bienes muebles llevada a cabo por aquel o aquellos a quienes incumbe **el deber público de su custodia**. La gestión desleal del sujeto con los fondos públicos es la que determina un perjuicio patrimonial cierto (SS. 17 diciembre 1973 y 25 febrero 1974).

El **objeto de ataque** en este delito, en sus diversas modalidades, son bienes o intereses patrimoniales del Estado, Provincia o Municipio y en general los bienes de los entes públicos, tenga o no autonomía administrativa. El carácter de tales bienes es lo que determina la punición más grave de estos delitos que los relativos al patrimonio de los simples particulares (S. 17 diciembre 1973).

El **bien jurídico protegido** en el delito de malversación es el patrimonio estatal frente a sus custodios oficiales. Se ampara, por consiguiente, el derecho de propiedad del Estado contra la innoble y desleal apatencia de sus servidores, al burlar la **confianza** en ellos depositada, por quebrantar el deber de probidad exigido en la custodia de bienes públicos (SS. 10 abril 1973 y 25 febrero 1974).

**Malversación propia (art. 394).**

La configuración típica de este delito exige: un **elemento subjetivo** constituido por la calidad de funcionario público; otro **objetivo**, concretado por el hecho de que el sujeto activo tenga a su cargo o disposiciones caudales o efectos públicos; un **elemento normativo de lo injusto**, que posea estos caudales o efectos en relación de sus funciones materiales, y, finalmente, la **acción real de sustraer él mismo o consentir que otro sustraiga** tales bienes patrimoniales del Estado (SS. 10 abril 1973 y 15 enero 1974).

**Malversación impropia (art. 399)**

La **distracción** de los efectos puestos a su cargo en virtud de **depósito necesario** y la **falta de reintegro total de los mismos o de su valor, dentro de los diez días siguientes al de la incoación del sumario**, configura el delito tipificado en el art. 399 del C. p., al ser **funcionario público** el sujeto activo y **públicos también los caudales o efectos** (S. 27 febrero 1973).

La configuración de los elementos constitutivos del delito de **malversación impropia**, previsto en el artículo 399 del C. p., exige considerar este precepto como de carácter "**remisorio y extensivo**" a los preceptos anteriores (394 ss.) que regulan la malversaciones que la doctrina denomina "**propias**".

La **malversación impropia** atribuye, en forzada equiparación, pero legalmente impuesta, el **carácter de funcionario público de hecho al depositario de caudales embargados; asigna a los bienes embargados el carácter de fondos públicos** por su afectación a las resultas de un proceso y requiere:

- que **los bienes embargados hayan sido depositados** en el malversador que aceptara tenerlos, guardarlos y custodiarlos, sin reservas ni condicionamientos de ninguna clase.
- que **el sujeto disponga para sí o permita que otro disponga de los bienes embargados**, sustrayéndolos así de las responsabilidades a que habían quedado adscritos.
- es **indiferente** que el depositario judicial de los bienes embargados sea el dueño de los mismos o lo sea un tercero, pues lo que prevalece es el carácter de depositario y lo que se sanciona no es que se disponga como dueño, sino que se **quebrante el depósito judicial**, al disponer de aquellos bienes retenidos para responder en juicio del incumplimiento de obligaciones (SS. 31 diciembre 1973 y 25 febrero 1974).

El delito de **malversación impropia** previsto en el artículo 399 del C. p., se integra por los elementos siguientes:

- 1.º La **existencia de un embargo, secuestro o depósito de caudales efectuado por autoridad pública**, aunque aquellos bienes pertenezcan a particulares.
- 2.º El **nombramiento y la aceptación consiguiente y ejercicio del cargo de administrador o depositario de tales caudales** en favor de persona cierta y determinada.
- 3.º Un **acto de disposición de los bienes por parte de los administradores o depositarios, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que trabó el embargo**.

El acto de disposición puede consistir en:

- **sustraer** los bienes o dar consentimiento para que sean sustraídos (artículo 394).
- **negligencia o abandono inexcusable** que dé ocasión a que se efectúe la sustracción por otra persona (art. 395).
- **aplicación a usos propios** de los caudales embargados (art. 396).
- **aplicación de los bienes a carga, destino o fin distinto del que resulta del embargo** (art. 397).
- **negativa a entregar la cosa a la autoridad** que la embargó y depositó (artículo 398).
- **y cuantas formas de tipo más concreto** puedan imaginarse para sustraer aquellos bienes a los fines que se destinan, por razón del procedimiento donde se acordó el embargo, secuestro o depósito (SS. 28 noviembre 1972, 20 noviembre 1973 y 9 marzo 1974).

El **depositario de los bienes embargados** queda equiparado legalmente a **funcionario público de mero hecho, de forma temporal y transitoria** (S. 20 noviembre 1973).

Es **funcionario público** (con arreglo al artículo 119) todo el que se hallare por cualquier concepto **encargado de fondos públicos o establecimientos de instrucción o beneficencia**, y comprende a todos los que tengan la misión de atender servicios que afectan más o menos a la colectividad del bien común (SS. 23 diciembre 1967, 26 febrero 1971 y 7 abril 1973).

El **Jefe de Silo o de Almacén del Servicio Nacional del Trigo** ostenta la condición de **funcionario público**, con arreglo al artículo 119 del C. p. (S. 10 abril 1973).

El concepto de **caudales públicos** es un concepto amplio, entendiéndose aquéllos como **sinónimo de bienes embargados** y, como criterios orientadores, entendiéndose por públicos los referidos en el artículo 1.409 de la LEC toda clase de bienes muebles y semovientes, los del artículo 1.447 de la LEC y los que, según disposiciones civiles o penales, sean objeto de secuestro o depósito a disposiciones de la autoridad pública (S. 20 noviembre 1972).

En este sentido, han sido considerados **caudales públicos**: una motocicleta. (SS. 4 noviembre 1964, 8 octubre 1965); camiones (S. 17 octubre 1961); tractores (S. 30 abril 1970) y los bienes embargados en general por razón de su afectación judicial (S. 26 junio y 20 noviembre 1972).

Son **fondos públicos** los del Estado y de los entes públicos, los de la Administración Institucional, entidades públicas autónomas y de cualquier persona cuyo patrimonio venga fiscalizado públicamente en razón de la finalidad general que cumpla y de la naturaleza de los bienes de que se nutra (S. 7 abril 1973).

La expresión "**sustraer**" equivale a una "**amotio**" realizada por un extraño y equivale a **extraer, quitar o hurtar** (SS. 13 febrero 1973 y 7 febrero 1974).

El verbo "**distraer**" se utiliza en un sentido **más amplio** que el meramente semántico o gramatical, como comprensivo de separar, quitar, extraer o despojar los caudales o efectos estatales el funcionario público, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos suyos:

o de otro, en apropiación definitiva, con deseo de no restituir. De lo que resulta la incardinación definitiva de las cosas al patrimonio del agente de modo antijurídico, siendo irrelevante se conozca o no la manera en que se realizó la sustracción apropiativa o la finalidad remota con que se hizo (SS. 10 abril 1973 y 7 febrero 1974).

Basta el **ataque consumado** para que surja el delito, con independencia del uso o aplicación dado a lo sustraído (S. 10 abril 1973).

(Art. 395) **Malversación culposa.**

La malversación propia se desvirtúa en la forma impropia del 395, pues su objetivo principal no es el lucro definitivo, sino que resulta una figura culposa, al ser cometida por el funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales públicos en cantidad superior a 2.500 ptas.

Este tipo delictivo se integra por los siguientes elementos:

- el abandono o negligencia inexcusable, es decir, que haya incidido de modo indiscutible en una situación jurídica rayana con el dolo y malicia. Requisito que ha de interpretarse en el sentido de que la imprudencia ha de ser notoria, expresa y de evidente gravedad, quedando excluida la simple o negligente, que únicamente permite aplicar al funcionario descuidado sanciones disciplinarias (SS. 31 enero 1894, 13 febrero y 7 abril 1973).
- No siendo, por tanto, punible el abandono o negligencia corriente y explicable (S. 7 abril 1973, en sentido absolutorio).
- la sustracción de caudales o efectos de forma astuta y solapada, sin conocimiento ni connivencia con quien los custodia (SS. 4 marzo 1942, 24 noviembre 1954 y 15 junio 1957).
- si falta alguno de estos requisitos no existe delito (S. 13 febrero 1973).

**Diferencia con la apropiación indebida.**

La diferencia existente entre el delito de malversación y el de apropiación indebida estriba en que en el último la **apropiación no la realiza un funcionario público, sino un particular, y los fondos sustraídos son de naturaleza privada** (S. 12 junio 1973).

§ 15. Artículo 430, **Abusos deshonestos.**

Para este delito se requiere la concurrencia de uno de los tres supuestos que taxativamente se enumeran en el artículo 429: consentimiento del ofendido anulado por el uso de la fuerza o intimidación; por carencia de razón o de sentido; o por ser menor de doce años (S. 25 marzo 1974).

Los elementos constitutivos de este delito son: 1.º Acto o actos impúdicos u obscenos, contacto corporal con otra persona del mismo o diverso sexo; 2.º Ausencia del propósito de yacer; 3.º Conciencia de obrar en contra de, o sin la voluntad, del ofendido y propósito o intención maliciosa de emplear violencia o intimidación, o de aprovechar la indefensión o la corta edad de la víctima (dolo); 4.º Propósito lúbrico, libidinoso o ánimo específico de ex-

·citar o apagar la sexualidad (S. 16 abril 1974). En sentido idéntico 18 febrero y 18 abril 1974.

Frente a la teoría objetiva, para la cual basta el ejercitar actos obscenos y la voluntad de realizar actos deshonestos con la conciencia de que se ejecutan en contra de la voluntad de la víctima, la teoría subjetiva imperante exige el móvil lúbrico o libidinoso como el elemento subjetivo de lo injusto que da sentido antijurídico y culpable al tipo de los abusos deshonestos (SS. 3 octubre 1917, 19 octubre 1923, 20 marzo 1923, 29 mayo 1964, 7 diciembre 1965, 30 junio 1967, 25 febrero 1969, 7 febrero 1974 y 29 marzo 1974).

#### **Diferencia entre este delito y el 429.**

El delito de abusos deshonestos requiere que esté ausente el propósito de yacer (art. 430). El fin primordial de la violación es el yacimiento (S. 15 marzo 1974). Además, los abusos deshonestos encierran una gravedad menor, y tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser indistintamente varón o mujer, lo que no sucede en la violación (SS. 16 abril y 18 febrero 1974).

#### **Diferencia entre los abusos deshonestos del artículo 430 y del artículo 436, párrafo 4.º**

En el delito de abusos deshonestos del artículo 436, párrafo 4.º, aunque existe consentimiento del agraviado, está viciado por la ascendencia o prevalimiento del ofensor o por el engaño (S. 25 marzo 1974).

#### **Diferencia entre el delito de abusos deshonestos y la falta del artículo 567:3.º**

Aparte del criterio de la gravedad o levedad de la ofensa (expuesto en Ley de Bases de 23 diciembre 1961), en el delito se ataca principalmente la libertad sexual del individuo, ya de manera real, ya presunta: en la falta se atacan las buenas costumbres o la decencia pública o moralidad sexual colectiva (hábitos morales públicos), lo que explica el encuadramiento de la falta entre las que atacan el orden público (SS. 8 marzo, 8 y 18 octubre 1971, 15 febrero 1972, 19 enero 1973, 29 marzo, 18 marzo y 18 abril 1974). Mientras el delito ataca a persona o personas determinadas, la falta implica una leve ofensa a la moral (S. 30 junio 1967, 7 febrero 1974). En criterios cuantitativos, pero no cualitativos se basa la S. 25 febrero 1969.

#### **§ 16. Artículo 431, Escándalo público.**

El artículo 431 protege la moral individual de personas concretas y determinadas y la moral colectiva de la sociedad.

El delito se integra por:

- Un ataque al pudor o a las buenas costumbres.
- Hechos de grave escándalo en la moral personal del que los sufre presenciándolos, o de trascendencia que mira a la moral de otros, heridos

por el hecho escandaloso de conocer o presenciar los actos que hieren tales buenas costumbres.

- La expresión legal “de cualquier modo” revela el propósito del legislador de abarcar **todos los medios que reúnan los dos requisitos** antes expuestos: **ofensa al pudor y buenas costumbres y hechos de grave escándalo y trascendencia** (SS. 12 febrero 1973, 27 mayo 1972 y 5 marzo 1974).

**Los actos de exhibicionismo sexual son constitutivos del delito previsto en el artículo 431, no de la falta penada en el número 3.º del 567. La línea diferencial entre el delito y la falta se establece en base al criterio de gravedad de los actos de impudicia pública, por el daño que causa a la recta formación moral de la juventud, por la grosera exhibición, etc...** (SS. 16 septiembre 1969, 21 mayo 1970, 10 octubre 1972 y 5 marzo 1974).

#### § 17. Artículos 434 y siguientes, **Estupro**.

Dejando a un lado el supuesto del denominado **estupro-incesto**, previsto en el artículo 435 del C. p., los artículos 434 y siguientes distinguen entre varias **moralidades** de estupro: a) El denominado **estupro simple, común, de seducción o engaño** (artículo 436, párrafo 1.º). b) El **estupro de prevalimiento**, que, a su vez, puede ser de: 1.º **Prevalimiento autoritario y doméstico** (artículo 434). 2.º **Prevalimiento de la edad de la ofendida** (artículo 436, párrafo 3.º). 3.º **Prevalimiento o abuso de la situación de angustiosa necesidad de la ofendida** (artículo 436, párrafo 2.º). 4.º **Prevalimiento patronal o laboral** (artículo 437) (S. 7 febrero 1974).

#### § 18. Artículo 434, **Estupro autoritario y doméstico**.

En esta modalidad de estupro, el **engaño** típico del estupro común **viene sustituido por un abuso de superioridad moral o de respeto reverencial inherente a la condición de autoridad, ministerio sacerdotal** (como en el caso debatido en la Sentencia) **o posición familiar o educativa del sujeto activo del delito**, o por una especie de **coacción psicológica** que el ambiente puede ejercer sobre la menor en la relación de domesticidad que la misma soporta (SS. 30 junio y 28 septiembre 1959, 1 junio 1966, 27 junio 1967 y 7 febrero 1974).

Cuando el agente ejerce **ministerio sacerdotal** que lo relaciona con la estuprada, existe la presunción **iuris et de iure** de que la entrega de la mujer obedeció al sumiso respeto a la condición del varón. A diferencia de otros requisitos típicos del delito que, como **la honestidad o doncellez de la mujer**, se presumen en calidad de presunción **iuris tantum** (SS. 30 diciembre 1926, 22 febrero 1947, 2 enero 1951, 7 marzo 1955, 30 octubre 1960, 21 febrero 1961, 12 mayo 1962 y 7 febrero 1974).

#### § 19. Artículo 436, párrafo 1.º, **Estupro común o de seducción**.

El **denominador común o genérico** del estupro viene configurado por el **acceso carnal con mujer honesta y libre (no casada) conseguido por seducción real o presunta** (S. 29 marzo 1974).

Los elementos del delito configurado en el artículo 436, párrafo 1.º, son: uno de carácter normativo, que la **mujer sea de edad comprendida entre los dieciséis y los veintitrés años; honesta** (a título de presunción *iuris tantum*); que haya un **yacimiento carnal consentido entre el varón y la mujer**, y tal yacimiento sea debido a **engaño o seducción por parte del último** (SS. 21 febrero 1974 y 11 marzo 1974).

La **edad límite de la mujer (veintitrés años)** se mantiene en un límite máximo quizá exagerado y abiertamente reñido con la mayoría de edad civil, declara la Sentencia de 13 de marzo de 1974.

### **Engaño.**

La Sala 2.ª del T. S. casa la Sentencia de la Audiencia y absuelve del delito imputado, por considerar que **“la promesa de matrimonio condicionada a la circunstancia de quedar embarazada, la mujer no configura el engaño que requiere el estupro”** (SS. 24 mayo 1955; 7 abril 1964. 24 mayo 1970, 2 febrero 1971, 6 junio y 11 noviembre, 15 enero 1973 y 16 mayo 1974).

Reiterada doctrina del T. S. reputa engaño capaz de seducir a mujer menor de veintitrés años: **la promesa expresa de matrimonio, o tácita**, consistente en sostener relaciones matrimoniales o de noviazgo formal, públicas, consentidas por los progenitores y de cierta duración (SS. 20 abril 1894, 13 marzo 1902, 6 julio 1931, 20 septiembre 1959, 10 octubre 1972, 5 marzo 1974, 16 mayo 1974). La **promesa tácita** está representada por relaciones amorosas con joven de buena conducta y acreditada honestidad (S. 15 febrero 1974).

La **promesa de matrimonio**, para que integre este delito, ha de ser siempre **incondicionada**; en ningún caso puede hacerse depender de la realización de eventos extraños a la voluntad de los sujetos (S. 3 enero 1974).

El engaño es tan esencial al estupro simple o de seducción, que determina que parte de la doctrina denomine a esta modalidad delictiva **“estafa carnal”**, por su semejanza estructural en el fraudulento con el engaño empleado para apoderarse ilícitamente de los bienes patrimoniales ajenos que constituyen este delito (S. 3 enero 1974).

**No existe estupro de seducción por faltar el engaño** determinante de la entrega carnal, por cuanto **la promesa realizada por el procesado no lo fue para lograr la entrega de la mujer, ya convenida, sino para paliar o cubrir las posibles consecuencias de la misma** (S. 3 enero 1974).

A partir de la reforma de 6 de noviembre de 1942, **el engaño no precisa ser grave, bastando que revista cierta entidad capaz de mover la voluntad de la mujer honesta** (S. 11 marzo 1974).

El engaño viene identificado por una larga tradición jurídica, cristalizada incluso en el C. p. de 1928, con la promesa de matrimonio luego incumplida, sin razón plausible por parte del promitente. El engaño ha de ser, por consiguiente, **causante** (no subsiguiente = *dolus subsequens*) o determinante del yacimiento (S. 11 marzo 1974).

El elemento del engaño o queda destruido por el hecho de que el procesado, tras romper con la ofendida, se case en la misma aldea con una antigua novia, con la que también había tenido un hijo, pues esto significa o implica que la ofendida conociese necesariamente la existencia del otro no-

viazgo —que muy bien pudo ser oculto o clandestino—, ni es obstáculo que las relaciones se desarrollaron simultáneamente en el tiempo con aquel noviazgo (SS. 16 febrero 1970, 25 noviembre 1973 y 6 marzo 1974).

### Honestidad.

La **honestidad** de la mujer de edad comprendida entre los dieciséis y los veintitrés y el engaño son elementos indispensables para el estupro de seducción, aunque la honestidad no esté expresada en la descripción típica, por cuanto viene siendo exigida por reiterada jurisprudencia (S. 11 marzo 1974).

La honestidad hace referencia a la **moralidad de la ofendida en el orden sexual**. Pero la honestidad que importa aquí es la **honestidad trascendente, la que observa y mantiene la mujer antes de la realización de los hechos, y no la que pierde a consecuencia de los mismos** (SS. 30 enero 1965, 7 abril 1970, 22 febrero 1974, 23 mayo 1974).

### § 20. Artículo 436, párrafo 3.º, Estupro de prevalimiento de la edad de la ofendida.

La ley de 6 de noviembre de 1942 y el párrafo 3.º del artículo 436 del C. p. de 1944, desnaturalizaron el concepto antiguo de estupro simple —“**goce de una doncella conseguido por seducción**”— creando una figura de fornicación pura y simple, de ayuntamiento carnal incondicionado, **de estupro ficticio, pues ni siquiera es preciso presumir el engaño cuando falta**. Basta el yacimiento carnal con mujer de edad comprendida entre los doce y los dieciséis años, honesta y dolo (S. 26 mayo 1964, 22 febrero 1974). Si concurre el engaño funciona como causa de agravación.

Esta modalidad es un **estupro ficticio o impropio**, pues **no** requiere para su consumación **engaño o prevalimiento personal** en el sujeto activo, sino simplemente yacer con mujer honesta mayor de doce y menor de dieciséis años, sin ninguna otra circunstancia (S. 29 marzo 1974).

En Sentencia que casa la de la Audiencia y absuelve por el delito imputado, la Sala 2.ª del T. S. declara que los elementos constitutivos de este delito son:

- 1.º **Un elemento objetivo de la acción:** el acceso carnal entre hombre y mujer.
- 2.º **Un elemento normativo personal:** mujer de edad comprendida entre los doce y los dieciséis años.
- 3.º **Un elemento subjetivo subyacente en la mujer:** que sea honesta, bien por su doncellerz, bien por su vida ordenada o buenas costumbres.
- 4.º **No requiere el elemento psicológico del engaño** (que es, en cambio, una condición modal en otras especies de estupro), **que, si concurre, agrava la punición** (S. 28 enero 1974).

Por consiguiente, existe el delito, a pesar de que la entrega carnal entre el procesado y la ofendida (de catorce años) se hizo **de mutuo acuerdo**, conociendo ésta el estado casado de aquél, y abandonando su domicilio a la bús-

queda del mismo, quien le hizo reflexionar sobre tal hecho, instándola a volver de tal decisión, pues ni el hombre, casado y de muy superior edad, debió promover dichas relaciones amorosas ilícitas, ni debió crear el clima de rebeldía de la muchacha con su madre, ni mucho menos aprovecharse de la salida de ésta de su casa..., pues su superioridad en edad, inteligencia y voluntad supone el prevalimiento característico de esta modalidad del estupro (S. 28 enero 1974).

§ 21. Artículo 437, **Estupro de prevalimiento laboral o patronal.**

Esta modalidad del estupro protege la moralidad de la mujer menor de veintitrés años, estando al servicio o a las órdenes del patrono de quien depende, no goza de la libertad indispensable para resistir las pretensiones lascivas del mismo; por lo que accede al acto sexual con consentimiento viciado por dicha relación de subordinación, sea ésta de orden económico, de servicio, etcétera... (S. 12 marzo 1974).

§ 22. Artículo 441, **Rapto impropio o consentido.**

El rapto previsto en el artículo 441, frente al rapto violento del artículo 440, se produce cuando el hombre sustrae a mujer, mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, contando con su anuencia, trasladándola fuera del domicilio familiar, de sus tutores o guardadores o de cualquier lugar donde se halle legalmente protegida o amparada, llevándola a otro sitio distinto, por tiempo más o menos dilatado, en que su libertad sexual se encuentre desprovista de protección tutelar y al margen de toda seducción, que puede, sin embargo, concurrir, por ser suficiente la mera intención o ánimo del agente de actuar deshonestamente, consiga o no su propósito (S. 10 mayo 1974).

§ 23. Artículo 444:2.º, **Reconocimiento de prole (delito de estupro).**

No procede la imposición de esta medida, por cuanto el delito de estupro, de comisión instantánea y de efectos permanentes, tiene fijado en el párrafo 1.º del artículo 436 unos límites temporales como elemento normativo: edad de la mujer entre los dieciséis y los veintitrés años; por lo que, después de los veintitrés años, resulta imposible apreciar este delito aunque persista el engaño que lo determinó, pues falta la tutela legal. Por consiguiente, los nacimientos posteriores a los veintitrés años son atípicos y no están tutelados criminalmente. Así pues, si después de los veintitrés años se origina el embarazo y nacimiento de un hijo, no cabe imponer penalmente el reconocimiento de la prole, porque fue engendrado fuera de los límites cronológicos marcados legalmente, y al faltar entonces, aunque existiese antes, el estupro, se halla ausente la razón que impone tal reconocimiento judicial de la paternidad, trasladándose entonces la cuestión al Derecho privado (artículos 135 y concordantes del Código civil) (S. 21 febrero 1974).

§ 24. Artículo 492:2.º, **Amenazas.**

De naturaleza jurídica controvertida, el delito de amenazas se configura en nuestro derecho positivo como un **delito contra la libertad y la seguridad**, independiente de los ulteriores propósitos del agente en orden al ataque de otros bienes jurídicos (vida, integridad física, propiedad), o al menos ofreciendo de manera mediata y alejada tales objetivos. De ahí que la doctrina de la Sala 2.ª del T. S. configure la regulación prevista en los artículos 493 y 494 del C. p., por un lado, y en el artículo 585:1.º, 2.º y 3.º, por otro, como **“el anuncio de un mal futuro, injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el amenazado”**. Este último requisito debe entenderse como **ideoneidad de la amenaza en sí misma, sin necesidad de que la perturbación anímica haya tenido lugar efectivamente; debiendo, asimismo, el ofensor perseverar en la idea significada con su amenaza, pues si tal perseverancia no concurre, estaremos en presencia de la mera contravención, la cual precisa sólo la amenaza de un mal delictivo, hecha de modo simple (no condicional) y verbal (de palabra y en el calor de la ira), y como elemento negativo: la ausencia de perseverancia en la idea entrañada en la amenaza** (S. 13 febrero 1974).

§ 25. Artículo 546 bis a), **Receptación.**

Los elementos indispensables para la existencia de este tipo delictivo son los siguientes:

1.º **Comisión de un delito contra los bienes en el que el receptor no haya intervenido de ninguna de las formas de participación** necesaria o auxiliadora previstas en los artículos 12, 14 y 16 del C. p.

2.º **Conocimiento por parte del receptor de la infracción cometida contra la propiedad ajena por otros sujetos y que los bienes recibidos de éstos procedan de tal infracción.** Tal conocimiento no ha de ser pormenorizado de la clase de delito de que se trate (siempre que sea contra la propiedad), bastando el conocimiento expresado en la frase de uso corriente por la Sala 2.ª: **“Conociendo su ilícita procedencia”**.

3.º **Aprovechamiento para sí de los efectos de ése o esos delitos contra la propiedad por parte del receptor, con un enriquecimiento injusto, sin necesidad de fijar la cuantía del beneficio económico** (S. 26 abril 1974).

