

## Jurisprudencia penal

1974

(2.<sup>a</sup> parte)

PEDRO.LUIS YAÑEZ ROMAN

Dr. en Derecho

Profesor Adjunto en la Universidad Autónoma de Madrid

y  
Vicesecretario del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»

§ 1. Artículo 9: 4.<sup>a</sup>, **Atenuante de Preterintencionalidad**.—La preterintencionalidad no es sólo una circunstancia atenuante, sino una especial situación de discordancia o distonía entre la intención y el resultado, un “**ultra propositum**”. Para su apreciación, la jurisprudencia y la doctrina requieren:

- 1.º Intención o dolo inicial.
- 2.º Producción de un daño material.
- 3.º Que el resultado obtenido o el daño causado excedan del realmente querido por el agente, es decir, que haya un “**plus in effectu**”, ya que el resultado va más allá de la intención.

Al pertenecer la verdadera intención del agente al mundo de los pensamientos, la jurisprudencia y la doctrina, para inquirir si el resultado excedió o fue más allá de la intención del sujeto, fijan su atención en:

- a) **La inadecuación de los medios respecto al resultado**, idoneidad o idoneidad de los medios empleados.
- b) **El arma o armas, o instrumentos utilizados**.
- c) **El carácter más o menos vital de la región corporal atacada**.
- d) **La multiplicidad o reiteración o en la no repetición de los golpes**.
- f) **Las palabras proferidas por el agresor, antes, coetáneamente o con posterioridad al suceso**.

g) **Cualquier otra circunstancia concomitante** que pueda traslucir el verdadero pensamiento criminoso del agente (S. 14 mayo 1974).

Casa el T. S. la sentencia del Tribunal “**a quo**”, condenatoria de homicidio por imprudencia en un supuesto de riña provocada, en el que la víctima, a consecuencia del puñetazo propinado por el autor, cayó al suelo sobre una piedra redonda que sobresalía aproximadamente en el centro de la calle..., apreciando homicidio con atenuante de preterintencionalidad muy cualificada. Las

argumentaciones dogmático-jurídicas en que se basa la sentencia son las siguientes:

**La preterintencionalidad homogénea o de grado menor**, prevista en el artículo 9: 4.<sup>a</sup>, requiere como componentes:

a) Que **los bienes finalmente lesionados y el que se quiere lesionar inicialmente sea homogéneos**.

b) Que el quehacer inicial doloso **se sobrepase** en cuanto a la intención que lo anime.

c) Que exista **una relación de causalidad** entre la conducta inicial querida y la desorbitada consecuencia alcanzada.

d) Que tal figura se halle **en la línea de la progresión delictiva**, siendo **los bienes ofendidos de similar valor**, a pesar de ser mayor gravedad el bien lesionado que el propuesto lesionar dolosa e inicialmente. Es decir, en **relación cuantitativa** que rebase el fin criminal deseado, como desarrollo no querido, pero de la misma índole que el buscado.

Por el contrario, los supuestos de **preterintencionalidad heterogénea o de grado mayor** implican **"delitos más allá de la intención"** en los que se da una **total desviación o desvinculación del evento en relación con la intención primaria del agente**. (art. 1.º, párrafo 3.º en relación con el art. 50 del C. p.).

**No existirá preterintencionalidad**, viniendo en aplicación el delito culposos, cuando la intención estuvo radicalmente ausente en el delito-consecuencia, aunque sí haya estado presente en el delito-base (S. 21 mayo 1974).

§ 2. Artículo 9: 10.<sup>a</sup>, **Atenuantes por analogía**.—"...La **total reparación del perjuicio en la fase sumarial**, dando lugar a que se extinga el juicio universal de quiebra, debe tener una valoración penal, de acuerdo con el paralelismo que liga tan íntimamente ambos procesos (el civil y el penal); ...tratándose de procesos concursales, de antiguo mirados con recelo y temor, dada su prolongada y costosa y fatigosa marcha, su arcaica regulación y menguados resultados para el derecho de los acreedores, cobra superlativo relieve la reparación en la fase sumarial, muy afín con el llamado en Derecho penal **arrepentimiento post delictum**, para distinguirlo del eficaz y activo, que no sólo elimina el resultado delictivo sino el delito mismo (S. 19 enero 1974).

§ 3. Artículo 71, **Concurso ideal de delitos (delito continuado)**.—Aprecia el T. S. concurso ideal, con arreglo al art. 71, de delitos, calificando el supuesto de hecho contemplado como **delito de falsedad continuado para cometer estafa**, reiterando los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la apreciación del **delito continuado**:

- 1.º **Unidad de sujeto activo y pasivo.**
- 2.º **Unidad de resolución en el agente.**
- 3.º **Unidad de bien jurídico lesionado.**
- 4.º **Unidad de ley penal violada.**
- 5.º **Imposibilidad de indiferenciar temporal y espacialmente los diversos actos constitutivos de la infracción** (S. 24 mayo 1974).

§ 4. Artículo 112: 4.º, **Indulto**. El indulto es una manifestación del **derecho de gracia**, acogido como **causa extintiva de la responsabilidad penal** en el número cuarto del artículo 112 del Código penal. Este precepto sustantivo imprime carácter de tal a la mencionada institución liberatoria de la condena [Sentencia de 20 de febrero de 1973], y la misma tiene importantes **consecuencias de orden procesal**, sobre todo en los llamados **indultos generales** que, separándose del **indulto particular** o propiamente dicho, regulado por Ley de 18 de junio de 1870 y Decreto de 22 de abril de 1938 —**normativa que siempre supone una pena impuesta por sentencia firme** [artículo primero, número primero de dicha Ley]—, autorizan, **en clara afinidad con la amnistía**, el llamado **indulto anticipado** —que, desde el punto de vista institucional, no deja de entrañar una contradicción en los términos— como ocurre con los **indultos decretados en 31 de octubre de 1958 y el último de 23 de septiembre de 1971** que permiten tratar por la vía del **sobreseimiento libre**, sin celebración, por tanto, del juicio oral, ni de previa sentencia condenatoria, los casos de penalidad más benigna invocada por las acusaciones, concretamente, y por lo que hace al último de los referidos Decretos, cuando se hayan pedido penas de privación de libertad hasta seis meses o penas pecuniarias de cualesquiera cuantía; **si bien, antes de dictarse la aludida resolución, debe preceder dictamen del Ministerio Fiscal en garantía de la previa observancia de los requisitos legales; desviación anómala y excepcional del indulto que exige, por lo mismo, en lo procesal, ya que no en lo sustantivo, una interpretación estricta de la misma**, tal como ya viene postulando la Sala 2.ª del T. S. cuando **a la pena privativa de libertad se agregan otras penas que no son las pecuniarias** [Sentencia de 15 de junio de 1973], como, asimismo, en el caso de que cualquiera de las acusaciones pida **pena superior** a la que permite el indulto anticipado, aunque luego se apliquen por la sentencia preceptos que supongan penalidad incluida en el mismo; por lo que **no es dable absolver con base en el derecho de gracia, sin proferir la condena, sin perjuicio de aplicar posteriormente el indulto total correspondiente** [Sentencia de 29 de marzo de 1973], siendo el único caso exceptuado de esta doctrina aquel en que hubo manifiesto **error de calificación** —más bien material— por parte de las acusaciones, pues en tal hipótesis es dable dar paso al fallo absolutorio, equivalente del frustrado sobreseimiento libre, para no hacer al reo de peor condición que la querida por el legislador [S. de 9 de octubre de 1973] (SS. 10 y 28 mayo 1974).

§ 5. Artículos 172-175, **Asociaciones ilícitas**.—“La asociación **Juventudes Comunistas, enmarcada en el P. C. E., se halla también declarada ilícita por obedecer a las mismas consignas y perseguir idénticos fines**, consistentes en la destrucción subversiva por medio de la violencia de la organización estatal e instituciones existentes para sustituirlas por la denominada dictadura del proletariado...”.

Por tanto, el comportamiento del procesado, **cooperador en unión de los demás miembros de dicha célula, en funciones de asesoramiento, propaganda y captación, cae dentro del número 3.º del art. 172 en concordancia con idéntico párrafo del artículo 173, cuya sanción viene establecida en el art. 174 del Código penal.**

Por tratarse de un **delito de mero peligro, y no de resultado**, lo que se

castiga es el hecho de asociarse, no siendo preciso haber realizado actos de subversión violenta para ser considerado autor del mismo, sino que es suficiente que la asociación a la que pertenece persiga tales objetivos (S. 14 junio 1974).

No cabe aplicar la atenuación de la pena prevista en el párrafo 4.º del número 1.º del art. 174, cuando se trata de mera afiliada, pero con suficiente gravedad..., al unirse la procesada a una organización separatista, de modo libre y voluntario, con pleno conocimiento de sus objetivos, con los que se identificó" (S. 8 junio 1974).

Cooperación a una asociación ilícita (art. 174: 2.º).—Se da tal figura, cuando los procesados —no afiliados a la organización o asociación ilícita— procuraron a una afiliada a la misma una información por ella solicitada sobre las empresas en las cuales trabajaban (número de obreros, sueldo, horas de trabajo, pabellones donde se alojaban, direcciones, teléfonos, etc...), habida cuenta de la utilidad de dicha información para la organización aludida; con lo que se constata el carácter objetivo y no subjetivo que debe revestir dicha cooperación (S. 8 junio 1974).

§ 6. Artículo 231-237, Atentados contra la autoridad, resistencia y desobediencia.—El bien jurídico protegido en esta clase de delito es el "derecho-deber de supremacía y correlativo imperio que corresponde desempeñar a la Autoridad y sus agentes en el ejercicio de sus funciones, y actuando legítimamente, a fin de alcanzar la paz pública, el orden social y la adecuada convivencia" (S. 7 junio 1974).

Son exponente de la "necesidad de subordinación y respeto que los ciudadanos deben a las personas que representan la autoridad o el mando, legalmente ejercidos, para que la convivencia social pueda desarrollarse, acatando el principio de autoridad, base de la convivencia comunitaria"; por tanto, el autor del delito tiende a atacar, menospreciar o desprestigiar el principio de autoridad que aquéllos encarnan" (S. 20 febrero 1974). El bien jurídico protegido es la supremacía o imperio de los agentes de la autoridad, cuando ejercen su cargo o son molestados con ocasión de sus funciones, porque su poder legítimo de coerción en defensa de la legalidad y el orden público exige acatamiento del principio de autoridad que representan" (S. 28 febrero 1974).

En todo caso, se quebranta el respeto debido a las personas que encarnan la autoridad o la representan (S. 29 abril 1974).

Sujeto pasivo de este tipo de delito han de ser: La autoridad, un agente de la misma o funcionario público, sin que, en relación con el art. 119 del Código penal, pueda afirmarse que existe diferencia alguna entre agente y funcionario público, ya que no la hay ni teórica ni práctica. Ambos supuestos identifican a "la persona que, por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de la autoridad, tiene por misión mantener el orden público y proteger la seguridad de las personas y de sus propiedades" (S. 11 junio 1974). Tales personas han de hallarse en el ejercicio de sus funciones o el ataque a las mismas debe ser realizado in contemplatione officii. Así, cae dentro del supuesto contemplado el caso del policía de tráfico, vestido de uniforme y de servicio (S. 11 junio 1974).

Por el contrario, pierde la calidad privilegiada de autoridad y se convierte en **simple particular**:

— Si no se halla en funciones, si comete exceso o abusa de sus funciones, si se extralimita en su cometido, si recurre a violencias innecesarias, si no obra con prudencia, mesura y corrección propias del ejercicio de la **misión pública** (SS. 31 marzo 1900, 5 octubre 1907, 15 septiembre 1913, 28 junio 1922, 30 marzo 1927, 22 septiembre 1945, 11 junio 1974).

La **acción** que constituye el núcleo del tipo de delito de atentado se caracteriza, en relación con el artículo 231:2.º, por:

— El **acometimiento**, entendido éste en un sentido **físico-material, activo, de agresión** (S. 19 abril 1974), o como embestida, arrojarse con ímpetu sobre una persona, etc...

— Dentro de la casuística jurisprudencial son actos constitutivos de tal conducta: el empujón, el sacar a empujones a un agente judicial (S. 5 junio 1974), la bofetada, el disparo de arma de fuego, el golpear con los puños y el luchar a brazo partido.

La **culpabilidad** de este delito requiere que el **dolo del autor** abarque o conozca la **calidad** (de autoridad, agente o funcionario) del **sujeto pasivo** y de que éste se halle en el **ejercicio de sus funciones** (S. 11 junio 1974).

Pero, además, esta figura delictiva precisa de un **elemento subjetivo de lo injusto**, encarnado en:

— La **intención de ofender a la autoridad o a sus agentes como tales**, es decir, la **intención de ofender en ellos el principio de autoridad** (S. 11 junio 1974).

— Propósito de inferir agravio al principio de autoridad (S. 30 noviembre 1901).

— Intención de menospreciar y agraviar con su acto a la autoridad o a sus agentes (SS. 25 mayo 1929, 11 mayo 1963, 28 febrero 1974).

— O, en suma, por el "**animus**" especial de atacar el principio de autoridad, según declaran las SS. 7 junio y 11 junio 1974.

Las diferencias existentes entre los artículos 231:2, 236 y 237 (**atentado, resistencia y desobediencia**) se encuentran en el alcance y significación de la conducta en los verbos que determinan el quehacer **activo o pasivo** del delincuente.

Así, mientras el 231:2.º precisa acometimiento con agresión física, directa, aunque no se cause lesión alguna, el empleo de fuerza material, el intimidarles intensamente, perturbando su sentimiento de seguridad, en síntesis, **una resistencia activa y grave**, oponiéndose a la actuación de la legítima fuerza de la autoridad, sus agentes o funcionarios; el 236 tipifica una **resistencia no tan grave o menos grave**, que, en lugar de ser activa como la del atentado, **será pasiva, inerte, pero inequívoca y manifiesta** (S. 28 febrero 1974). En tal sentido, **la resistencia grave es no de mera pasividad inerte, sino de oposición que**, sin llegar a forma directa de ataque o acometida, **participa en cierto modo de una agresividad espiritual o anímica con la misma eficacia ofensiva**, a veces, **que el ataque violento** (SS. 18 febrero, 29 abril, 30 abril y 7 junio 1974).

Por último, el precepto previsto en el artículo 237 acoge la **resistencia**

**pasiva y no grave**, de menor importancia **por sus efectos**. Supone un actuar en **desobediencia intensa** de la orden legítima dada por la autoridad o sus agentes". La dinámica de la acción del sujeto activo no sobrepasa los límites de una pasividad oponente, resuelta o tenaz (S. 29 abril 1974). Entre esta resistencia y la referida en el artículo 231:2.º, la diferencia existente es tan sólo **de grado en la fuerza física**. De ahí que el art. 231:2.º sea norma especial —y más grave— respecto a la tipificada en el art. 237, a la cual consume. De modo que **si la acción comienza por resistencia o desobediencia al mandato legítimo de la autoridad y en la progresión psicológica, voluntarista, de la acción, se desemboca en el acometimiento material lesivo** (S. 5 junio 1974), **el resultado de mayor gravedad consume al de menor gravedad** (S. 7 junio 1974). En cualquier caso, la **resistencia pasiva** tipificada en el 237 se traspasa por la "franca, decidida y enérgica actitud de rebeldía", como amenazar con una banqueta y expulsar a empujones de un bar o una comisión judicial de embargo, de modo que puede decirse sólo en el primer momento hubo desobediencia y resistencia pasiva (S. 7 junio 1974).

§ 7. Artículo 254-5, **Tenencia ilícita de armas**.—El delito previsto en el artículo 255 es una figura **agravada** de la figura regulada en el art. 254 del Código penal. Los elementos que lo integran son:

1.º Una **tenencia de armas de fuego**.

2.º **Sin las pertinentes autorizaciones administrativas o gubernativas**. Este elemento posee un doble matiz: **fuera del domicilio, sin la guía oportuna; o en el propio domicilio, sin guía de pertenencia**.

A tales requisitos, el art. 255 agrega en su número primero:

— **Que el arma carezca de marca de fábrica o de número**.

— **O que, aun teniéndolos, estuvieren alterados o borrados**.

Se trata de un delito de **simple actividad o formal, de riesgo o peligro, que no exige intención determinada**. Se consuma cuando concurren los elementos antes enumerados.

El **bien jurídico protegido** en este tipo delictivo es la **defensa social y el orden público**.

Se **presume**, por consiguiente, el **conocimiento de la situación del arma por el sujeto, en virtud de la presunción general de voluntariedad establecida en el art. 1.º del C. p.** Esta presunción posee eficacia, aun cuando se demostrara que el autor del delito **no intervino** en la alteración o desaparición de los números, puesto que dicha presunción se extiende a la conciencia y voluntad de poseer el arma en la forma indicada por el precepto; presunción que puede ser destruida por el autor del delito haciendo constar lo contrario, mediante la oportuna prueba (SS. 16 marzo 1973, 27 julio 1974).

§ 8. Artículo 306, **Falsedad en documento privado**.—El **bien jurídico protegido** en esta modalidad delictiva es "la **fe particular y certeza en las relaciones intersubjetivas con agravio para el tráfico jurídico**". (S. 31 mayo 1974).

El delito contemplado requiere, para su existencia:

— Un **elemento objetivo o material**: consiste éste en la **mutatio veritatis** efectuada en documento privado, tanto material como ideológicamente. Dicha alteración de la verdad ha de ser **trascendente, esencial, no inocua**. Debe ser

plasmada en el mundo real por alguno de los **medios comisivos** enumerados en el art. 302. Tal acción lleva implícita en sí misma la potencia de engañar o dañar, es decir: **el daño o perjuicio potencial se presume "ex lege"**, sin que sea menester que se produzca efectivamente (S. 4 abril 1974).

— Un **elemento subjetivo, psicológico o espiritual**: constituido por un **doble dolo**:

a) El **dolo genérico** de mudar o cambiar la verdad, característico de toda falsedad y designado como **dolo falsario**.

b) Y de otro lado, el **dolo específico**, denominado **elemento subjetivo de lo injusto**, encarnado en la intención de dañar y designado como **"in alterius prejuditium"** o **"animus laedendi"** (S. 21 mayo 1974).

La **consumación** de este delito precisa una **disyuntiva**: la de querer causar un daño o la de causarlo efectivamente. Por tanto, basta producir un **"perjuicio efectivo o daño a tercero o, en su defecto, el ánimo de causárselo"**. En todo caso, el daño o la voluntariedad intencional de causarlo han de probarse y no bastan meras presunciones (SS. 7 marzo, 4 abril y 31 mayo 1974). **Sin la finalidad de producir el daño o de causarlo efectivamente, los documentos privados carecerían de protección penal "per se", a diferencia de lo que sucede con los documentos públicos** (SS. 7 abril 1973 y 7 marzo 1974).

§ 9. Artículo 410, **Infanticidio**.—El delito de infanticidio, previsto y penado en el párrafo 1.º del artículo 410 del Código Penal, constituye y es un **parricidio privilegiado** en cuanto a su punición, viniendo integrado: por el elemento personal de que el **sujeto activo sea la madre, cualquiera que sea su estado (soltera, casada o viuda)**, así como que **la relación parental sea legítima o ilegítima**, y que el sujeto pasivo sea el hijo **"recién" nacido**, expresión legal significativa de que **la muerte se produzca poco tiempo después del nacimiento, pero desde luego tras de haber concluido el parto**; siendo requisito indispensable por constituir elemento subjetivo de lo injusto, que el propósito que impulse a la madre a la comisión del delito sea **el de ocultar la deshonra, es decir, evitar que trascienda su deshonra sexual en la proyección social, ambiental o familiar que la rodea**, al tener conocimiento del nacimiento de su hijo (S. 6 julio 1974).

§ 10. Artículo 429, **Violación**.—El **bien jurídico protegido** en este delito es **la moral sexual individual**, es decir, aquella parte del orden moral que limita, por razones éticas, las manifestaciones del instinto sexual en la comunidad (S. 28 mayo 1974).

"La fórmula **privada de razón** que emplea el artículo 429-2.º, abarca tanto las psicosis como las oligofrenias (idiocia e imbecilidad), mientras que **privada de sentido** comprende a la mujer en estado de inconsciencia (embriagada, narcotizada, hipnotizada o desmayada), situaciones en las que **no existe la fuerza** (en sentido lato), **ni incluso la resistencia al coito**, bien por encontrarse anulada la voluntad de la ofendida por carecer de sentido, o bien porque el consentimiento prestado presume el legislador que es irrelevante —salvo prueba en contrario—" (S. 28 mayo 1974).

§ 11. Artículo 431, **Escándalo público. Homosexualismo**.—En nuestro actual ordenamiento jurídico **el vicio nefando no es per se constitutivo de**

delito —a diferencia de lo que se acontecía en el derecho histórico y sucede actualmente en **no pocas** legislaciones foráneas—, de modo que, aparte de poder ser declarados en **estado peligroso los que realicen actos de homosexualidad** [artículo segundo, apartado tercero de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970], **tales conductas de erotismo desviado son atípicas en tanto en cuanto no constituyan un atentado al pudor individual conforme al artículo con alguna de las circunstancias del artículo 429 del Código penal, o bien afecten a la moral sexual colectiva por su publicidad o por su trascendencia a terceros**, en particular si éstos son menores de veintiún años, cuya protección penal, en orden a su recta formación educativa, ha sido especialmente asumida por el artículo 431 del mismo Código punitivo desde su reforma por Decreto de **24 de enero de 1963**. Sin olvidar que, en este tema del “**pudor o buenas costumbres**”, tal “**standard**” jurídico, expresamente aludido por dicho último precepto penal **está fuertemente influido por la valoración social dominante**, a cuyo respecto la doctrina de esta Sala, en verdadera opinión catalizadora del difuso sentir comunitario, ha declarado que “**la homosexualidad es práctica obscena especialmente rechazada por nuestra cultura, más tolerante y abierta en las relaciones de sexos distintos**” [Sentencia 28 abril 1969]; **criterio rector de hermenéutica judicial que explica la dominante repulsa por la doctrina jurisprudencial de las prácticas homosexuales, aún realizadas entre adultos y en privado, a poco que las mismas hayan podido trascender a la colectividad y por pequeño que sea el núcleo comunitario afectado** [Sentencias 12 noviembre 1943, 13 octubre 1947, 15 octubre 1951, 30 abril 1953, 2 abril 1964, entre otras], o dicho de otro modo, **sin que los autores de tan reprobables actos adopten las máximas garantías de absoluta clandestinidad** [Sentencia 20 diciembre 1966] **a cubierto de miradas ajenas** [Sentencia 3 mayo 1965], por lo que los actos de pederastía o sodomíticos sólo quedan a salvo de la represión penal **si manifiestamente carecieron de publicidad o divulgación** [Sentencia 19 de noviembre de 1956] **o no pudo adquirirse noticia fundada de que existieron** (Sentencia 5 noviembre 1958) **o se prueba que nadie tuvo conocimiento de ellos** (Sentencia 31 diciembre 1958).

En consecuencia, condena el T. S. por delito de escándalo público los actos de homosexualismo practicados por los procesados y que fueron conocidos o “trascendieron” a la población; “sin que tal conocimiento de los hechos perpetrados en la ocasión de autos pueda ser paliado con la alegación del primer recurrente de que los autores de la escandalosa conducta hubieron forzosamente de buscar la intimidad para quedar a cubierto de la inquisición ajena y que fueron los vecinos afectados quienes de propósito trataron de sorprender a los procesados a través de rendijas o agujeros de las ventanas cerradas por aquéllos o que se enteraron de lo que acontecía —como quiere el segundo recurrente— **por medio de un espejo que se percibía por una pequeña ventana**; pues dicho se está que tales extremos no constan en el *factum* y, en todo caso, siempre serían los procesados los que no tomaron todas las precauciones adecuadas para evitar la trascendencia de su conducta, lo que, con arreglo a la doctrina antes expuesta les es imputable; aparte también de que la curiosidad malsana que quiere gratuitamente atri-

buirse a los espectadores en cuestión es incompatible con el escándalo que sintieron a tenor de los mismos hechos probados" (S. 29 abril 1974).

§ 12. Artículo 436, párrafo 1.º, **Estupro común, de engaño o seducción.** Nuestro Tribunal Supremo fundamenta la punición del delito de estupro en base al siguiente razonamiento plural:

"Como ya declaró este Tribunal en Sentencia 13 marzo 1974, en estos tiempos de emancipación femenina, de equiparación casi completa del hombre con la mujer en el orden familiar, en el laboral y en el social, de igualdad de derechos cívicos, políticos y oportunidades, de educación sexual abierta y sincera sin velos o disimulos de ancestral hipocresía, y de carga ambiental de acusado, cuando no agobiante, erotismo, puede parecer, a primera vista, anacrónica y desfasada la figura del estupro de seducción establecida en el párrafo primero del artículo 436 del Código Penal, cuya figura supone que hasta los veintitrés años la mujer es un ser frágil, quebradizo, débil, inexperto, inmaduro e irreflexivo, que puede ser, sin auténtica voluntad y libre consentimiento, seducida por el artificio varonil hasta el punto de decidirse a entablar relaciones inter y heterosexuales, rompiendo así las trabas, inhibiciones y reservas que el pudor, la moral, la religión y la sociedad imponen respecto a la vida sexual extramatrimonial.

Pero si esto podría sostenerse desde el punto de vida del derecho constituyente, de "lege data" el precepto existe y se halla en pleno vigor, y aún cuando la edad tope se mantiene en un límite máximo quizá exagerado y abiertamente reñido con la mayoría de edad civil y con el derecho comparado, y aunque se reconozca que el acto sexual, yacimiento o coito tiene dos protagonistas igualmente importantes y normalmente complacidos que nada tienen que reprocharse recíprocamente si obraron con libertad y pleno discernimiento, el legislador, al castigar las conductas definidas en el precepto mencionado, ha tenido en cuenta: por una parte, que la mujer, más pasiva y de sexualidad más adormecida y aquiescente que la del hombre, cede a veces gracias a los apremios varoniles más vivos y acuciantes que los de ella, y persuadida de que la petición del hombre es como un adelanto o anticipo de lo que será legítimo, lícito y natural una vez casados y que no se halla inspirada en nada malsano ni protervo, sino que obedece a las exigencias eróticas nacidas del amor que, iniciándose puro, espiritual e impregnado de platónico romanticismo, adquiere, con el tiempo y la familiaridad, el calor lascivo y el ímpetu carnal y corporal que la recíproca atracción de sexos impone en pro de la conservación de la especie; y, por otra, que si el pecado en definitiva es común y la responsabilidad compartida, de no intervenir el correctivo punitivo, sobre la mujer recaería la peor parte de las consecuencias del deshonor y del reproche social que todavía acarrearán estos hechos, así como el vejamen y el menosprecio y la pesada carga de la crianza, mantenimiento y educación de la prole habida, mientras que el seductor, merced a la extraña reacción social en esos casos, se vería aureolado de mayor prestigio varonil y quedaría exento de toda carga respecto al hijo que engendró a menos que se entablara un largo y costoso proceso de reconocimiento forzoso de la paternidad, de dudoso éxito, dada la casi prohibición absoluta de la investigación de la misma por vía civil; es decir, y dicho de otro modo,

que las consecuencias de una "delicta carnis" cometido por dos personas no serían compartidas, sino que recaerían exclusivamente sobre la mujer que: accediendo a los halagos, insistencia pertinaz y apremios varoniles, revestidos de todas las apariencias atractivas la resistencia a las pretensiones de su seductor que imponen el pudor y el decoro nacidos de la doncellez y de la decencia" (S. 31 mayo 1974).

**Engaño.**—El engaño característico de este delito se encarna en el que "presupone y constituye un proceso de captación psíquica de la voluntad de la mujer, que generalmente exige un cierto tiempo de maduración a través de relaciones serias y formales de noviazgo..., hasta culminar en la promesa de matrimonio por parte del seductor: ya de forma expresa o ya deducida, tácitamente de relaciones mantenidas con repercusión social y familiar, máxime si revisten carácter duradero y público, entre personas que no tienen impedimento natural o jurídico para unirse en matrimonio; siempre que la mujer sea reputada por sus cualidades morales y honestidad (S. 31 mayo, 8 junio 1974).

El engaño ha de ser eficaz, racionalmente lógico para producir y provocar la falsa representación en la destinataria, normalmente creíble.

En él cabe toda la extensa gama de maniobras engañosas que pueden conducir a la seducción..., si bien la forma más usual es la "promesa matrimonial incumplida", la cual puede ser expresa ("explícita, seria y creíble con amplios visos de verosimilitud") y tácita ("seriamente deducible de unas relaciones amorosas prolongadas, públicas, familiarmente consentidas y con notoria finalidad matrimonial") (S. 27 junio 1974).

No son factores o elementos decisivos, al efecto de valorar debidamente: la entidad del engaño —que impide fijar condiciones en términos absolutos, ni cualitativos ni cuantitativos—: ni la prontitud en iniciarse las relaciones amorosas, ni la cortedad del plazo que medió entre el inicio de las mismas y su conversión en íntimas, ni incluso que no se formalizaran familiar y públicamente, ni que la promesa fuera hecha con fijación de inmediato matrimonio (S. 27 junio 1974).

**Honestidad.**—El legislador —declara la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S., en S. 24 junio 1974— no exige expresamente en el párrafo 1.º del artículo 436, entre los requisitos del estupro de seducción, la doncellez u honestidad de la estuprada, limitándose a reclamar la concurrencia de la mayor edad de dieciséis y menor de veintitrés, el acceso carnal y el engaño. Pero, aunque algún sector doctrinal entiende que, ante el silencio del legislador, cualquier mujer, honesta o no, puede ser sujeto pasivo de este delito si se dan los restantes requisitos, el resto de la doctrina y la jurisprudencia con unanimidad (SS. 29 septiembre 1909, 23 febrero 1913, 7 mayo 1918 y 14 marzo, entre otras) exigen que la mujer, para que pueda ser sujeto pasivo de este delito, sea honesta o de buenas costumbres, aunque no demandan que sea doncella y menos la prueba de su virginidad. Asimismo, respecto al requisito de la doncellez exigida en la mujer por el artículo 434 (estupro doméstico o autoritario), la jurisprudencia hace tiempo que dejó de exigir la prueba de la virginidad de la mujer o de la integridad nativa de la misma o existencia anterior del himen, equiparando, además, de presumirla "iuris tantum", doncellez a honestidad o buena

conducta moral y sexual. Basta, por consiguiente, que la mujer sea “concep-  
tuada públicamente como joven de vida honesta” (S. 24 junio 1974).

**Delito continuado.**—Con la sola excepción de la sentencia de 12 de no-  
viembre de 1953, las de 18 de agosto de 1921, 12 de mayo, 12 de noviembre  
y 19 de diciembre de 1962, 16 de marzo de 1964, 25 de junio de 1965 y 6  
de mayo y 18 de noviembre de 1967, 22 de septiembre de 1969 y 10 de  
marzo de 1972, declaran que “aunque haya varios yacimientos sólo puede  
punirse un delito de estupro, porque el primer acceso proyectó su antijuridi-  
cidad sobre los posteriores fundiéndose todos en uno solo; porque, dadas  
la unidad de propósito y de víctima los hechos posteriores al primero no  
añaden nada en el aspecto penal y sólo significan la insistencia y perseve-  
rancia en el mismo delito y no la comisión de nuevos delitos (S. 27 mayo  
1974).

**Indulto en delitos “semipúblicos”.**—“En los casos de los delitos “semi-  
públicos” —tal el de estupro—, en los que a la penalidad propiamente dicha  
acompaña una cohorte de medidas reparatorias —tales las del artículo 444  
del Código Penal— o protectoras o de interdicción —como las previstas en  
los artículos 445 y siguientes— que, sin llegar a ser penas propiamente  
dichas, tampoco caben holgadamente en el marco de la mera responsabilidad  
civil, medidas que no podrían acordarse si en función de la pena privativa  
de libertad se decretase, bien el indulto anticipado, bien la absolución indis-  
criminada, remitiendo a la parte ofendida a la vía civil para la obtención  
de las reparaciones pertinentes, con evidente atentado a la economía procesal  
y consiguiente dilación de medidas tuitivas encaminadas a la protección de  
personas especialmente tenidas en cuenta por la Ley, tal como expuso la  
Fiscalía de este Tribunal en su Circular de 25 de noviembre de 1958, con  
ocasión del Decreto de Indulto de aquel año y se ha reiterado por Circular  
de la misma Fiscalía de 9 de octubre de 1971 coetánea del Decreto de In-  
dulto de dicho año. Esta doctrina concuerda con la de este Tribunal [Sen-  
tencia de 30 de enero de 1974], que ya había sido declarada anteriormente  
en base a que, si bien el delito de estupro no es, rigurosamente, de los per-  
seguidos a instancia de parte, a los efectos señalados en el artículo 2.º, apar-  
tado tres del Decreto de Indulto de 1971 antes citado, no es menos cierto  
que los ofendidos tienen en los delitos mencionados por el artículo 443  
—llamados por ello “semipúblicos”— facultades especiales, como más desta-  
cada la de otorgar el perdón, en equivalencia absoluta con los estrictos de-  
litos “privados”, por lo que, en sentido inverso, su oposición al indulto —que,  
en definitiva, no es sino perdón más o menos amplio concedido por el  
poder soberano— debe tener la misma resonancia, tal como estatuye la Ley  
general en la materia de 1870 al prescribir —en su artículo 15— que se-  
ciga a la parte ofendida en la aplicación de la gracia (S. 14 noviembre 1973).

Haciendo aplicación de la anterior doctrina al recurso interpuesto por el  
condenado en la instancia por un delito de estupro o pena de arresto mayor  
—aparte de la indemnización en concepto de dote, reconocimiento del hijo-  
habido con la ofendida y mantenimiento del mismo— con base en la inapli-  
cación del número cuarto del artículo 112 del Código Penal en relación con  
el Decreto de Indulto de 23 de septiembre de 1971 —cuestión a la que, por  
cierto, no hizo alusión alguna en la instancia, lo que ya le impediría plan-

tearla *ex novo* en casación, según doctrina conocida de esta Sala—; no puede por menos de advertirse la **implícita oposición de la parte ofendida** —menor representada en juicio por su padre— **al solicitado indulto anticipado y ahora pretendido en este recurso con la equivalente sentencia absolutoria**, toda vez que dicha parte sostuvo su acusación en el juicio oral y ha comparecido en este recurso —cuya única materia de recurrir es la atinente al citado indulto— para oponerse al mismo; lo que de acuerdo con todo lo antes dicho y vistas, además, las especiales medidas de reparación adoptadas en la sentencia, lleva a desestimar el único motivo del recurso interpuesto, **sin perjuicio de aplicar en su día el pertinente indulto a la pena privativa de libertad**, tal como también viene acordado por la sentencia de instancia” (S. 10 mayo 1974).

Teniendo el delito de estupro la **naturaleza de semipúblico** y llevando aparejadas su comisión una serie de **medidas de resarcimiento**, señaladas expresamente en el artículo 444 del Código Penal, **sólo podrá anticiparse la aplicación del indulto al procesado por dicho delito, mediante el correspondiente auto de sobreseimiento** —y no por sentencia como sin duda equivocadamente se consigna en el recurso— **en aquellos casos en que no hubiera sido hecha por las acusaciones ninguna petición respecto a tales medidas**, pues en caso contrario, como tiene declarado la Fiscalía del Tribunal Supremo en sus Circulares de 25 de noviembre de 1958 y 9 de octubre de 1971, **debe ser proseguida la causa hasta pronunciar sentencia en la que se declare si existe o no el hecho que pueda ser constitutivo del expresado delito**, del que se derivan los efectos indemnizatorios, **que no podrían ser declarados más que en la sentencia penal correspondiente**; **puesto que aunque la responsabilidad penal se extinga por amnistía o indulto, la responsabilidad civil ejercitada conexamente subsiste y debe ser objeto de pronunciamiento judicial** (S. 28 mayo 1974).

§ 13. Artículo 436, párrafo 3.º, **Estupro de prevalimiento de edad de la ofendida**.—El estupro, comprendido en el **párrafo tercero del artículo 436 del Código Penal**, al que un sector doctrinal denomina **estupro de prevalimiento** y otros conocen con el nombre de **estupro ficticio o fornicación pura y simple**, fue introducido en la legislación española por la Ley de 6 de noviembre de 1942, que lo incardinó en el artículo 439 del Código Penal de 1932, como una protección especial de la mujer de corta edad, en la que **no estando sincronizados y coordinados el desarrollo mental y la madurez sexual**, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que, careciendo la mujer, entre los doce y los dieciséis años, de la experiencia y reflexión necesarias y de los conocimientos imprescindibles sobre la trascendencia e importancia del acto sexual, sea presa fácil de la concupiscencia varonil, mucho más despierta, acuciante y apremiante que la de la mujer, la que, joven, frágil e inexperta, **cede finalmente a esas apetencias sin darse cuenta cabal de la grave significación y de las consecuencias perniciosas de su complaciente conducta**.

Según reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, SS. 1 noviembre y 6 diciembre 1972), los **elementos que integran este delito** son:

- 1.º) El presupuesto **objetivo y dinámico** constituido por el yacimiento o entrega carnal de la mujer al hombre;
- 2.º) El **elemento personal normativo de la edad de la hembra**, comprendida entre los doce y los dieciséis años;

3.º) El requisito subjetivo de la honestidad en la mujer, el que se presume siempre en tan corta edad;

4.º) Que la mujer acceda a la petición del implícito seductor por su falta de madurez psicobiológica en tan temprana como ingenua e inocente edad, así como por su falta de conocimiento pleno de la significación y trascendencia del acto sexual preciso para defenderse eficazmente de los apremios varoniles ante los que es fácil la cesión de la intimidad sexual. (S. 27 mayo 1974).

§ 14. Artículo 449, **Adulterio**.—El delito de adulterio impone una necesaria y adecuada limitación a la libertad sexual, coerción dimanante en la tradición jurídica española del sentido moral y religioso de que se dota a la vida personal de los cónyuges y a la familiar nacida del matrimonio, como consecuencia del recíproco deber de fidelidad conyugal exigido por el artículo 56 del Código Civil en las dos formas matrimoniales reconocidas: **canónica o sacramental, y, civil o contractual**. Por tanto, su quebrantamiento atenta de una parte a la fe jurada y al orden peculiar del derecho entre los esposos, con trascendencia al conjunto de la familia, a su legitimidad y necesaria conservación, por el indudable relajamiento moral y social que representa; y de otra parte, implica una ofensa y transgresión a los sentimientos de pública honestidad y buenas costumbres compartidos por la colectividad nacional; aspecto este último, que por la forma inexcusable sexual en que el delito se materializa determina su incardinación entre los que atentan contra la honestidad, comprendidos en el Título IX, del Libro 2.º del Código Penal, habiéndose tenido y considerado el adulterio como infracción punible en nuestra secular ordenación legislativa, desde su introducción por el Código de las Partidas (Ley 1.ª, Título XVII, Partida II) hasta el momento actual, sin otra interrupción que la dispuesta en la reforma del Código Penal de 1932, que lo suprimió, para reaparecer por la Ley de 11 de mayo de 1942 y ser incorporado al Texto refundido de aquél de 1944. (S. 4 abril 1974).

Los elementos exigidos por el C. p. y la doctrina jurisprudencial para la existencia del delito tipificado en el artículo 542 son:

1.º Un matrimonio preexistente, válido y subsistente en el que el sujeto activo del delito es el marido.

2.º Que el marido tenga manceba, esto es, mujer no legítima con la que se mantiene trato carnal de forma habitual y continuado, teniéndola a su disposición con fines sexuales.

3.º Conocimiento por parte de la mujer del estado de casado del varón.

4.º Tales relaciones ilícitas pueden tener lugar: o dentro de la casa conyugal, con el agravio y la vejación del cónyuge inocente, o notoriamente fuera de ella, que equivale a que las relaciones ilícitas sean conocidas por todos, por gran número de personas, por el círculo de familiares, amigos, conocidos, ámbito social o laboral donde los hechos tengan lugar, lo que supone afrenta injusta e inmoral que a la esposa inocente se le hace por el público o generalizado conocimiento de la infidelidad del marido. (SS. 19 octubre 1972, 12 enero y 21 diciembre 1973, 21 junio 1974).

El adulterio es un delito de resultado y no de tendencia [SS. 8 abril 1953, 30 junio 1955, 5 octubre 1970]; de suerte que el mismo no se perfecciona, sino

se llega al yacimiento, que, más que requisito es **elemento constitutivo del tipo penal**, su verbo nuclear, que viene a condensar la acción de la figura delictiva descrita en el artículo 449 del Código Penal; por lo que el mismo debe estar designado de manera inequívoca, o deducirse sin ninguna incertidumbre del conjunto narrativo del "factum". Por lo que, a fin de evitar el vicio procesal de predeterminación, la praxis viene designado **ayuntamiento carnal o coito de la mujer casada con varón que no sea su marido**, con palabras, frases o locuciones que le equivalen en el lenguaje vulgar, tales como "trato carnal" [Sentencia de 4 de julio de 1925], "contacto carnal" [SS 14 octubre 1947], "cohabitación" o "vida marital" [SS. 28 mayo 1954, 13 febrero 1964, 14 diciembre 1965, 21 mayo 1969], como, en fin, "unión ilícita carnal" [22 octubre 1924] y análogas; máxime cuando tal designación del núcleo del tipo está en perfecta concordancia con los demás elementos de hecho que con todo detalle se exponen en la narrativa probatoria [SS. 28 noviembre 1890, 23 abril 1902, 19 mayo 1911, 4 abril 1974 y 28 junio 1974].

§ 15. Artículo 452, Amancebamiento.—Los **bienes jurídicos protegidos** en este delito son: la **honestidad colectiva o social** y la **valoración** que de ella hace el medio ambiente, según las reglas del orden sexual colectivo; y la **injuria y escarnio a la dignidad de la esposa**. (S. 30 mayo 1974).

En el Código Penal subsiste, en orden a la infidelidad conyugal, la **desigualdad de trato desaparecida ya en el artículo 105 del Código Civil y en el Código canónico**, pues, rindiendo tributo a la **diferente valoración social** en la conciencia colectiva de **ambos adulterios**—el del hombre y el de la mujer— y a la posibilidad de que medianae el de ésta se introduzca clandestinamente en el ámbito familiar un hijo engendrado y concebido extramatrimonialmente, se castiga, en el artículo 449, el adulterio de la mujer en todo caso, y, en el artículo 452, el del marido sólo cuando tuviere manceba en el domicilio conyugal o, fuera de él, **con notoriedad, lo que equivale a establecer un injusto trato discriminatorio**, según el cual **un solo yacimiento fuera del matrimonio hace a la mujer rea de delito**, y, sin embargo, **para que el marido delinca se precisa una relación carnal sostenida y continuada con mujer que no es la propia**, exigiéndose además que concurren alternativamente las circunstancias ya mencionadas. Siendo de destacar que la figura delictiva de **amancebamiento** aparece en el artículo 362 del Código de 1850, en el 452 del de 1870 y en el 623 del de 1928, habiendo desaparecido esta figura delictiva en el Código Penal de 1932, restableciéndose su castigo mediante la Ley de 11 de febrero de 1942, que incorporó la figura al Código citado en último lugar, integrando el artículo 446 bis, hasta pasar al artículo 452 del Código de 1944, **con la novedad**, en los dos textos más recientes de **sustituir el inciso "con escándalo" por el adverbio "notoriamente"**, con lo que se quiso **objetivar la expresión legal—"notorio" equivale a "público y sabido de todos"**—por reputar **demasiado equívoco y subjetivo el concepto del Código de 1870**, propicio además a valoraciones diferentes dependientes de la sensibilidad del juzgador y de la del ambiente social y moral de las personas que constituyen el mundo circundante de los presuntos amancebados, personas que, al compás de su educación, cultura y moralidad sexual, sentirían, respecto a idénticas conductas, indignación, repulsa, simple indiferencia o aprobación

y complacencia, dejando así en la mayor inseguridad y falta de firmeza el enjuiciamiento de tales conductas.

Así, pues, el delito de amancebamiento supone **continuidad y permanencia de trato sexual con una mujer distinta de la propia, convivencia de "more uxorio" con la misma**, no de modo efímero u ocasional, sino de la manera persistente propia del concubinato. Pero, además, esa continuada convivencia debe realizarse teniendo a la marceba **dentro de la casa conyugal**, entendiéndose por tal aquella en la que moran habitualmente o hayan morado o residido los cónyuges, aunque la mujer circunstancialmente, por ausencia o separación de hecho, no se halle allí [SS. de este Tribunal de 29 de enero de 1892 y 16 de febrero de 1912], o, fuera de ella notoriamente, esto es, **"independientemente de la reacción social, con condena o repulsa o sin ella"**, pero de modo público y conocido, que trascienda, se divulgue o sepa, por todos, si se trata de una localidad pequeña, o, **"en su ambiente"**, si sucede en un gran núcleo de población [S. de 26 de octubre de 1970]; habiendo, a este propósito, el Tribunal Supremo, enjuiciado de diverso modo y a efectos de notoriedad, el haber tenido hijos comunes, pues, mientras la sentencia de 17 de febrero de 1965, lo reputó indiferente si se procede con cautela y recato y sin agravar la ofensa al cónyuge inocente con una desenfadada exhibición de sus amoríos, las de 3 de abril de 1882, 2 de mayo de 1969 y 4 de octubre de 1969, aunque con la suma o adición de otros datos concurrentes y generativos de publicidad, lo reputan manifestación o indicio seguro de notoriedad de las carnales relaciones extramatrimoniales persistentes y continuadas. (S. 20 marzo 1974).

Aunque gramaticalmente el adjetivo notorio signifique lo que es público y sabido de todos, ha de estimarse dentro del delito de amancebamiento que tal expresión—que actúa como elemento objetivo ambiental—, se utiliza para exigir la trascendencia del delito al cuerpo social con escándalo, por hacerse pública manifestación de la situación de infidelidad, ultraje y afrenta, que rechaza la moral colectiva en su valoración social; habiéndose sabido no por todo el mundo, sino por las personas que normalmente mantenían relación más o menos cercana con los esposos, habiendo entrado el hecho del amancebamiento o convivencia cuasi conyugal en el conocimiento de los mismos, lo que aún es más cierto en las grandes poblaciones, en que ha de bastar el conocimiento por los pequeños círculos de amistades de los esposos legítimos, sin una trascendencia superior, pues como expone, entre otras, la Sentencia de 22 de diciembre de 1971, de resultar oculto al círculo social en que viven la ilegítima relación que les liga, aparentando una ordenada convivencia marital oseudomatrimonial, por faltar la ofensa a la mujer legítima y a la sociedad, el hecho es atípico; debiendo, en definitiva, estarse a la apreciación de esa esencial notoriedad y sus dimensiones para que acaezca la segunda de las fórmulas de manifestación del amancebamiento, o sea, la realizada fuera del domicilio conyugal, a la apreciación circunstancial, y siempre relativista, que haga el Juez Penal de los elementos de hecho concurrentes, dentro del caso concreto sometido a su juicio axiológico funcional, sin atender a reglas fijas por su rigidez e inflexibilidad, siempre repudiables en este ámbito. (S. 30 mayo 1974).

Por consiguiente, absuelve el T. S. del delito de amancebamiento, por estimar que el lugar donde se había trasladado el procesado "nunca había

sido visitado por la mujer legítima”; de donde se infiere que no existió notoriedad. Máxime, si la ciudad en cuestión “es, como parece, localidad veraniega y turística, con heterogénea y nada sedentaria población, a la que difícilmente podría llegar el eco de la ilegítima unión y del nacimiento de su fruto adulterino”. (S. 20 marzo 1974).

**Consentimiento tácito.**—Absuelve el T. S. del delito de amancebamiento al procesado, por estimar que en sus relaciones extramatrimoniales **no hubo escándalo, ni notoriedad**, aparte de que “desde el momento de la separación al del nacimiento de la niña pasaron al menos **ocho años** sin reclamación alguna por parte de la esposa; y ocurrido el nacimiento transcurrieron también varios años (de 1965 a 1971), sin que la querellante formulase reclamación o queja alguna, **lo que indica conformidad o abandono de la situación legal sobre su marido**” (S. 18 mayo 1974). Por cuanto ello equivale a **consentimiento tácito**, en el sentido de que “la actitud de pasividad prolongada en el tiempo equivale al consentimiento” (S. 27 febrero 1926).

Por el contrario, aun pasando un lapsó de tiempo, si procuró descubrir a la esposa, **sorprendiendo el caso**, tal sorpresa **excluye “per se” toda suposición de consentimiento en el adulterio**; el cual exige muy prolongada separación y signos inequívocos de aquietamiento. (S. 23 abril 1902 y 28 mayo 1974).

§16. Artículo 471, **Matrimonios ilegales.**—Aunque normalmente este delito de bigamia se **comete dolosamente con conciencia y voluntad de contraer nuevo matrimonio, teniendo conciencia de hallarse vinculado por ligamen matrimonial anterior, que no se encuentre disuelto jurídicamente, no por ello no ha de admitirse técnicamente, en singulares supuestos, la comisión de la misma infracción a medio de culpa criminal**, de acuerdo con la efectividad de la muy amplia fórmula abierta del artículo 565 del Código Penal, que actúa en todos los tipos punitivos catalogados como delitos, que **no exijan la presencia de un dolo reduplicado, como no la exige el de bigamia, y también de conformidad a la posición de la más justificada y mayoritaria doctrina científica**, que atiende a las posibles manifestaciones prácticas y ordinarias del error y la “bona fides”, debido a realizar sólo algunas gestiones, pero sin agotar las normas de adecuada prudencia y cautela, para cerciorarse o asegurarse el dúplice contrayente, si se hallaba libre del vínculo anterior, obrando con error de hecho o incluso de derecho, **por darse en definitiva, la omisión del cumplimiento de todos los normales deberes objetivos de cuidado que le venían impuestos, para el pleno aseguramiento de la disolución o invalidez del matrimonio previo**,

Esta posibilidad de que se dé la **culpa penal en la bigamia**, la admitió ya la vieja sentencia de 1.º abril 1882, **como forma de culpabilidad intermedia entre el dolo y el “casus”**, cuando la situación de hecho se resolvió sólo a medio de la práctica de algunas diligencias, para indagar el contrayente su libertad, pero sin agotar todas las que con arreglo a las circunstancias eran debidas, rechazándose sin embargo en las sentencias de 19 abril 1913 y 14 diciembre 1918, por ausencia de elementos fácticos que pudieran constituirla, pues como dijeron las resoluciones de 16 de abril de 1905, 16 de enero de 1909, 31 de octubre de 1925, 24 de noviembre de 1943 y 5 de julio de 1944, **la mera alegación de ignorancia de que el matrimonio anterior estuviera**

disuelto, sin realizar las oportunas y exahustivas gestiones para comprobarlo, **no impide el delito dólolo de bigamia**, pues la duda no elimina la malicia, por bastar para que surja ésta el dolo eventual (S. 4 julio 1974).

§ 17. Artículo 519, Alzamiento de bienes.—El bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva no es otro que el **derecho del acreedor o de los acreedores a que se les satisfagan sus créditos y el consiguiente perjuicio patrimonial que se les causa**, si, una vez vencidos y líquidos, no les son abonados (S. 20 marzo 1974).

Para la existencia del delito de alzamiento de bienes, según reiterada jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. (SS. 21 y 26 junio, 18 octubre y 10 noviembre 1972), es menester que se den los requisitos siguientes:

1.<sup>o</sup> La existencia de **uno o varios acreedores**, titulares de créditos o créditos legítimos, irrevocables, exigibles y preexistentes.

2.<sup>o</sup> Un **deudor**, que, deseando eludir el pago o cumplimiento de sus obligaciones, **oculta o malbarata sus bienes, los enajena real o fingidamente, simula créditos o, en general, realiza actos de desposesión fraudulenta** de sus bienes o derechos con el fin de sustraerlos subrepticamente y, de modo falaz y mendaz, a las legítimas pretensiones de sus acreedores.

3.<sup>o</sup> Como consecuencia de tales maniobras dolosas, **debe caer en total —y generalmente aparente— o parcial insolvencia**.

4.<sup>o</sup> Finalmente ha de darse un **perjuicio patrimonial de los acreedores**, los cuales, burlados, se encuentren en la imposibilidad total o parcial de percibir o cobrar sus créditos (S. 11 enero 1974). Asimismo, la S. 14 marzo 1974, declara que el referido tipo de delito requiere:

1.<sup>o</sup> La existencia de **acreedores con créditos reales, legítimos y exigibles frente a un deudor determinado**.

2.<sup>o</sup> El **propósito deliberado por parte del deudor de burlar o defraudar los derechos de aquéllos**, ocultando sus bienes, haciéndolos desaparecer, sustrayéndolos de las responsabilidades a las que, por imperio legal, están sujetos con arreglo al artículo 1.911 del C. c.: bien **enajenándolos**, sin destinar su importe a la extinción de la deuda; bien **simulando créditos inexistentes**, con idéntica finalidad, o realizando cualquier tipo de maniobras sobre su patrimonio conducentes a quedar ineficaces los derechos de los deudores.

3.<sup>o</sup> Como **resultado o consecuencia de tales maniobras, el deudor ha de quedar total o parcialmente insolvente**, de modo que los acreedores no puedan conseguir la efectividad de sus derechos en todo o en parte, debido a la acción dolosa del deudor dirigida finalmente a perjudicar a sus acreedores (SS. 19 mayo, 3 octubre, 10 noviembre 1972, 2 y 4 junio 1973, 14 marzo 1974).

El precepto previsto en el artículo 519 tipifica un **delito de tendencia**, por ser necesario que **el ánimo del culpable se dirija finalísticamente a defraudar el derecho del acreedor**. Por tanto, precisa: de un **elemento subjetivo**, de índole maliciosa, radicado en el propósito de eludir el cumplimiento de las obligaciones contraídas en perjuicio del acreedor real, legítimo y actual; de otro **elemento objetivo**, consistente en la ocultación, destrucción, o enajenación de los bienes propios del deudor puesto al servicio de aquella finalidad, haciendo así ineficaces las acciones que contra él pudieran ejercer para el cobro de la deuda. Finalmente, entre el alzamiento y la defraudación ha de darse **una relación de**

causalidad, de modo que el artículo 519 no comprende toda clase de insolvencia real, sino tan sólo la dimanante de maquinaciones torticeras encaminadas a provocar tal situación de insolvencia total o parcial en perjuicio de los acreedores (SS. 20 diciembre 1956, 27 octubre 1959, 5 octubre 1962 y 20 marzo 1974).

En lo tocante al “modus operandi” del deudor para hacer disminuir su patrimonio fraudulentamente, el T. S. ha señalado que ha de interpretarse el precepto como “*numerus apertus*”, en el sentido de que el “modus operandi” no tiene más límites que la fecunda creación o capacidad de invención de los mismos. Se alza, por consiguiente, con sus bienes no sólo el que se fuga con ellos, sino también el que los oculta, enajena o sustrae fraudulentamente (S. 13 marzo 1882), comprendiendo tanto la venta real como la fingida de los bienes, la hipoteca, el traspaso, la donación en pago, la ocultación y la destrucción (SS. 27 junio 1933 y 8 mayo 1944). Uno de los medios más idóneos y frecuentes estriba en la simulación de créditos, acompañada por lo general, además, del indispensable “*consilium fraudis*”, por el embargo judicial de los bienes del deudor y, a veces, por el trance, remate y adjudicación de los mismos al fingido acreedor o a un tercero irresponsable (SS. 14 febrero 1953, 3 febrero 1954, 8 junio 1964, 16 febrero 1968, 12 junio 1969, 18 febrero 1970 y 11 enero 1974). Existe simulación de crédito cuando la desaparición de los bienes se logra mediante el juicio ejecutivo seguido contra el deudor por el otro procesado para la efectución de una deuda simulada, obedeciendo al previo y doloso acuerdo de defraudar el derecho del acreedor del primero, con arreglo a la última sentencia citada.

§ 18. Artículo 520, **Quiebra fraudulenta**.—Dentro de los denominados delitos concursales, el de quiebra es una especie de la genérica insolvencia punible, caracterizada porque viene doblemente vinculada a su antecedente regulación jurídico-mercantil: de un lado, un vínculo sustantivo, en lo que respecta a la acción típicamente antijurídica —es decir, la denominada acción de bancarrota—, le viene dado por el C. de c., en sus artículos 888, 892, de forma que el reenvío que el C. p. hace a dichos preceptos en sus artículos 520 y 521 constituyen el ejemplo más característico de los llamados tipos penales en blanco; de otro, la quiebra, exige, para ser punible un vínculo de índole procesal, por cuanto sólo una vez declarada judicialmente en el correlativo juicio universal y calificada en el subsiguiente ramo o sección de dicho juicio, puede ser perseguida criminalmente. Por consiguiente, esa declaración judicial se erige, así, en una verdadera *conditio juris*, en cuanto da relevancia de hecho jurídico al hecho de la insolvencia, como elemento constitutivo del delito, operando en la esfera delictiva como presupuesto procesal de perseguibilidad. Como tal presupuesto es exigido por el tipo de delito para su punición, por lo que se trasmuta en una verdadera condición objetiva de punibilidad.

En consecuencia, la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. declara que la previa calificación civil de la quiebra no impone automáticamente su aceptación en la vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria, que puede ser desvirtuada en el proceso penal. Por el contrario, la jurisdicción de lo penal posee soberanía plena para calificar penalmente a la quiebra; de modo que

la realizada por vía civil equivale tan sólo a la declaración de méritos para proceder penalmente (S. de la Sala 1.<sup>a</sup>, 18 febrero 1911). En consecuencia, si bien el **juicio de antijuricidad**—el tipo de lo injusto sobre el que versa ese juicio—viene ya formulado con el **substratum** de la acción por la ley mercantil, con la singularidad de que la conexión causal entre el hecho tipificado y la insolvencia se **presume “iuris et de iure”** para la quiebra (con la excepción de los artículos 891 y 892 del C. c.), por el contrario, el **juicio de culpabilidad** viene reservado exclusivamente a los tribunales penales, por lo que una quiebra calificada civilmente de fraudulenta puede ser en la vía penal reputada como **meramente culpable** (S. 13 junio 1959) y aún como **inculpable**, como **fortuita** (S. 2 junio 1973).

En lo relativo a la naturaleza jurídico-penal de este delito, si a la quiebra punible se la considera como un **delito que ataca fundamentalmente la fe pública mercantil, el crédito y la confianza en las transacciones mercantiles**, prevalecerá entonces su consideración de delito de **simple actividad o formal**, o, desde otro ángulo, de **delito de peligro**, ya **abstracto** (en base a una presunción **ex lege**), ya **concreto** (necesitado de prueba en cada caso); **no así**, si se considera como **delito de lesión o resultado externo** (material), por cuanto será entonces preciso demostrar que “con el abuso del propio patrimonio que presupone todo delito concursal, se origina un **verdadero perjuicio al derecho persecución expectante** o activo de los acreedores, los cuales ven eliminadas o disminuidas las garantías del patrimonio de su deudor común, consagradas por el artículo 1.911 del C. c. Aunque la **colocación sistemática** del precepto confiere a estos delitos (entre los que están los que atacan a la propiedad) un **significado económico indudable de delitos patrimoniales**, lo cierto es que el perjuicio de los acreedores **no posee el mismo significado en cada una de tales especies delictivas**; ya que, mientras en el alzamiento—modalidad desgajada de la quiebra fraudulenta con persecución independiente y de oficio—, la **acción debe estar directamente conectada con dicho perjuicio, exigiendo un elemento constitutivo de lo injusto imprescindible para que exista el delito**; cuando, en cambio, se trata del **concurso o de la quiebra punibles**, el significado **antijurídico se traslada a la insolvencia en conexión causal con la acción de bancarrota** (simulación o exageración del pasivo, ocultación o reducción del activo, falta de contabilidad e irregularidades en la misma en perjuicio de tercero, abusos de confianza, de crédito, etc...); **relación causal** que ha de ser aprobada en el concurso y que se presume en la quiebra, de modo que **el perjuicio opera en esta última figura delictiva como consecuencia o complemento de penalidad**, según se deduce del artículo 527, es decir: el perjuicio aparece ya ínsito en la insolvencia patrimonial propia de la quiebra, por lo que, declarada la quiebra y advenida con ella la condición objetiva de punibilidad, el delito queda completo y, por ende, **consumado**, a efectos jurídico-penales.

En consecuencia, si no llega a conocerse o cifrarse la cuantía de dicha pérdida económica ocasionada a los acreedores, a los efectos del artículo 527, se entenderá, en habitual interpretación **pro reo** como pérdida mínima, es decir, inferior al 10 por 100 de los respectivos créditos (SS. 21 febrero y 12 diciembre 1963, 24 abril 1966, 26 noviembre 1968). Esta doctrina no aparece contradicha por la S. 2 junio 1973, la cual contempla propiamente más

un problema de culpabilidad que de anticipación por ausencia de quebranto económico a los acreedores (S. 19 enero 1974).

**Responsabilidad criminal de las personas jurídicas.**—De nuevo insiste la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. en “la lamentable laguna normativa que en el Derecho español existe en torno a la quiebra de sociedades, sólo fugazmente prevista por el C. P. de 1928, lo que, de una parte, obliga a recurrir a los principios generales que demandan la responsabilidad penal de las personas individuales, pero no de las jurídicas como tales; por lo que habrá de concretarse y personalizar la sanción en los directivos de la sociedad y demás personas que hayan tomado parte o dado lugar con su acción —u omisión decisiva y eficiente— a los supuestos de bancarrota originadores de la falencia patrimonial, salvo que se demuestre ser totalmente ignorantes o ajenos a la conducta fraudulenta o culposa, como se deduce de otros casos de personas jurídicas contemplados expresamente por el C. p. (arts. 238 y 265) (S. 19 enero 1974).

En relación con el delito de quiebra fraudulenta, la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. declara que “**la presunción de culpa establecida en el artículo 1.º del C. p. se torna en este caso particularmente aguda**”, en base a que las circunstancias originadoras de la insolvencia punible han de tener una perdurabilidad en el tiempo hasta hacer de ellas verdaderos delitos permanentes o, al menos continuados, por cuanto, una vez recaída la declaración de quiebra, ésta se retrotrae por imperativo civil hasta el momento en que se inició la acción punible, cubriendo el denominado período sospechoso, de modo que cuantos cooperaron al manejo y administración del ente social hubieron de percatarse, si es que no los llevaron a cabo directamente, de los actos de fraude o negligencia originadores de la insolvencia (S. 19 enero 1974).

Aunque el artículo 522 establece la punición como **cómplices** en el delito de insolvencia fraudulenta de los que ejecutaren cualquiera de los actos que se determinan en el artículo 893 del C. de c., ello no quiere decir que sólo pueden existir tales cómplices, por cuanto basta para persuadirse de ello que, pensado tal precepto para el comerciante individual —al igual que los demás generales de la quiebra— y ausentes, tales previsiones de complicidad para las quiebras de las sociedades (arts. 923 y ss. del C. de c.), se reconocen **de jure** dos clases de partícipes: **los partícipes específicos**, distintos del quebrado, a los cuales se refiere el art. 893 del C. de c. y que el art. 522 del C. p. considera como si fueran cómplices, y **los partícipes genéricos** que coadyuvan al quebrado individual o con los autores directos del ente social a la acción de bancarrota, rigiéndose estos últimos por las normas comunes de la participación, y asumiendo, por ende, la cualidad de coautores por cooperación necesaria conforme al artículo 14:3 del C. p. o la más secundaria de cómplices conforme al artículo 16 del mismo cuerpo legal (S. 19 enero 1974).

§ 19. Artículo 535, **Apropiación indebida.**—Los elementos esenciales de este tipo de delito son, según reiterada doctrina jurisprudencial:

1.º Que el sujeto activo del delito reciba dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble.

2.º Que esa recepción tenga lugar mediante contrato, depósito, comisión,

**administración o cualquier otro título que le impongan determinadas obligaciones.**

3.º Esta **posesión es legítima, nacida de título jurídico**, recibida del dueño de la cosa o de sus representantes legales o del titular simple de la posesión, que concede al beneficiario de los mismos ciertas facultades de disposición autónoma. Si bien el título de entrega obliga a cumplir determinadas obligaciones con los efectos, cosas o dinero, bien con tal destino o vocación de la cosa, bien de entregarla a determinada persona o entidad, o devolverlas al donante.

4.º En tal situación de **tenencia material legítima**, el sujeto activo del delito puede cometerlo de tres maneras distintas:

a) **Apropiándose de los efectos**, cosas, etc..., incorporándolo a su patrimonio.

b) **Distrayéndolos del destino** para el que se las entregaron, o hacer uso distinto de aquel para el que las recibió.

c) **Negar el haberlos recibido**, faceta ésta que puede abarcar las otras dos apropiaciones.

5.º **Perjuicio patrimonial o detrimento económico o perjuicio de "otro"**, ocasionado al dueño de los bienes o efectos.

6.º **Animo de lucro** por parte del autor.

Sobre todos estos elementos se proyecta la sombra del **abuso de la confianza** que el sujeto activo del delito recibe del pasivo, defraudada al no dar a los efectos la finalidad material y jurídica convenida entre ambos (S. 28 mayo 1974).

§ 20. Artículo 563 bis b), **Cheque en descubierto**.—Esta figura delictiva se comete por el hecho de **librar, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que, en la fecha consignada en el documento, exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.**

No se da la **causa de exención de la responsabilidad** prevista en el párrafo 2.º del núm. 3.º del referido precepto, cuando, sabiendo el procesado que el talón no había sido pagado, no realizó gestión alguna para subsanar la falta de fondos, ni para abonar su importe (S. 13 mayo 1974).

