

Jurisprudencia penal 1975

(Segunda parte)

Por

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Doctor en Derecho

Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
y Vicesecretario del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

§ 1. Artículo 8:1.º, **Trastorno mental transitorio.**

El trastorno mental transitorio supone, según la S. 26 de diciembre de 1973, **una reacción vivencial anormal generada por causa directa, inmediata y evidenciable, que bruscamente se manifiesta durante un espacio corto de tiempo y que, sin huellas, se agota rápidamente por una curación completa sin secuelas ni posibilidades de repetición, y que haya surgido en el sujeto sobre una base constitucional morbosa o patológica y, más rara vez, sobre estímulos psíquicos intensos que la hagan actuar de forma irreprimible, incontrolada o delirantemente con tal intensidad que la respuesta reaccional al choque psíquico o físico que es la causa exógena que lo origine genere una perturbación mental pasajera que con la alteración profunda de la capacidad de conocer el alcance antijurídico de su conducta produzca total ausencia de voluntad e inteligencia y por tanto de libre albedrío y conciencia humana.** El trastorno mental transitorio exige una **absoluta perturbación de las facultades mentales**, con verdadera y total inconsciencia y abolición de la voluntad que prive al que la sufre de su libre albedrío. (S. 18 junio 1975.)

Con arreglo a las SS. de 26 diciembre 1973, 6 noviembre 1974, 15 marzo 1932; 26, 31 enero y 13 marzo 1934, 19 diciembre 1935 y 18 diciembre 1964, la exigente de trastorno mental transitorio exige los siguientes elementos:

1.º Aparición brusca y fulgurante repentina e inesperada, aunque desencadenada por algún estímulo, bien sea éste **patológico o de origen pasional o emocional exacerbado.**

2.º Fugacidad o brevedad de duración.

3.º De tal intensidad que, por virtud de la ofuscación sobrevinida, produzca pérdida, siquiera sea momentánea, de las facultades cognoscitivas o volitivas del agente.

4.º Curación sin secuela, es decir, desaparición rápida de la explosiva situación anímica, sin huella ni residuo, restableciéndose el equilibrio psíquico en toda su plenitud.

5.º Que el trastorno no haya sido provocado intencionadamente por el sujeto, pues en este caso, por virtud de la teoría de las “**acciones liberae in causa**”, el problema de la imputabilidad retrocedería o se desplazaría desde el momento de la perpetración hasta el de la ideación, y el sujeto sería plenamente responsable del delito cometido si lo era en el momento de la dicha ideación.

Difieren la doctrina y la jurisprudencia a la hora de exigir o no exigir un **fondo patológico en el agente**, aunque la **posición dominante**, representada por las SS. del Tribunal Supremo 13 marzo 1934, 19 diciembre 1935, 14 octubre 1944, 15 abril 1948, 27 enero 1954, 28 diciembre 1964, 4 abril y 30 mayo 1968 y 25 septiembre 1970, **prescinde de tal exigencia**, si bien alguna de dichas resoluciones, y ésta puede ser la posición más acertada, requiere si no un estado precedente y permanente morboso y patológico, sí **una reacción de situación que en sí misma sea anómala, desmesurada o anormal**. (S. 18 junio 1975.)

Trastorno y arrebató u obcecación.

El trastorno mental transitorio y la atenuante de arrebató u obcecación **son incompatibles** siempre que la perturbación psíquica proceda del mismo hecho, de los mismos estímulos o de idéntica causa desencadenante. (SS. 5 julio 1956 y 18 junio 1975.)

§ 2. Artículo 8:4ª, Legítima defensa.

La legítima defensa que con prosa ciceroniana se reputó “**non scripta sed nata lex**”, habiendo sido proclamada su legitimidad en el Derecho romano con la conocida frase “**vim vi repellere licet**”, a base de unos u otros fundamentos, se admite universalmente como causa de exención y como causa de exclusión del injusto por razón del interés preponderante. Unos la reputan acto ilícito, pero impune; otros encuentran su explicación en la perturbación psicológica producida en el que se defiende por la agresión ilegítima que alarma su instinto de conservación, mientras que doctrinas más modernas y convincentes la funden en una necesidad o delegación hipotética del Estado, el cual reconoce que la misión de mantener el orden jurídico y de restablecerlo cuando ya ha sido perturbado corresponde exclusivamente a él, pero que, dada su *no omnipresencia*, ha facultar al súbdito a hacer sus veces defendiéndose de ataques injustos, y, finalmente, otros hacen radicar la “**ratio**” de exoneración de la responsabilidad en la manifiesta temibilidad del agresor y en la no peligrosidad del defensor. (S. 18 junio 1975.)

Por **agresión ilegítima** ha de entenderse todo **acto de fuerza, con propósito lesivo**, que cree un riesgo actual y que sea contrario a Derecho, es decir, que se produzca sin causa, motivo o razón que le justifique; equivaliendo de ordinario a **acometimiento, consistiendo en la acción ofensiva, en el amago o empleo de fuerza material para causar un mal que comprometa o ponga en peligro la persona o derechos del agredido**, debiendo reunir las **notas de actual, inminente y directo**.

En lo que el primer requisito se refiere, es cierto que el T. S., en SS. 25 enero 1912, 7 marzo 1917, 27 enero 1963, 3 marzo 1964, 8 febrero 1968 y 29 abril 1970, ha declarado que, cuando ha mediado una situación anterior de **riña**,

pendencia, reyerta o pelea, mutuamente aceptada, no puede reputarse concurrente el requisito de la agresión ilegítima, verdadera piedra angular o elemento capital de la legítima defensa, sin el cual no se puede estimar favorablemente esta circunstancia, ni como eximente ni siquiera como eximente incompleta.

Sin embargo, una situación de **“incorrecciones verbales por ambas partes, entablándose también una acalorada discusión”, dista mucho de constituir la situación de riña mutuamente aceptada**, pues no se ha pasado del terreno de las palabras ni iniciado el de los hechos violentos que caracteriza a la riña, ni siquiera los futuros contendientes se habían puesto de expreso o tácito acuerdo para convertir la acalorada discusión en vías hecho, con lo cual el obstáculo que encontró el Tribunal **“a quo”** para la apreciación del primero y más fundamental requisito de la legítima defensa, se desvanece y no constituye obstáculo para la dicha apreciación. (S. 18 junio 1975.)

Diferencias entre la “riña mutua y libremente aceptada” y la “riña impuesta u obligada”.

Aprécia el T. S. legítima defensa incompleta—por faltar el requisito de la necesidad racional del medio empleado—, en un supuesto en que los sujetos intervinientes **“discutieron, dirigiéndose ambas malas palabras y pasando a las manos”**, considerando debe hacerse una clara distinción entre **“la riña mutua y libremente aceptada”** y **“la riña impuesta u obligada”**.

Declara, por tanto, que el requisito de la agresión ilegítima se ha venido estimando ausente por la doctrina de la Sala 2.^a, en los supuestos de **riña mutua y libremente aceptada**, ya que **desconociéndose de quién partió la agresión**, si es por lo común de manifestación conjunta, cada uno de los contendientes resulta **agresor recíproco del otro; pero ésta posición no debe generalizarse, ni hacerse automática, sino que admite precisiones y excepciones**, debidas a la determinación y concreción de las situaciones prácticas, y muy esencialmente, **de la iniciación que generalmente desemboca en reyerta necesaria**. Por lo que, de un lado, **no pueden estimarse como riñas**, a efectos de eludir la legítima defensa, **las meras discusiones verbales, incluso con cambio de insultos o injurias entre los contendientes orales**, por no contener las indispensables situaciones de fuerza material o violencia agresiva, **aunque luego conduzcan a la material agresión, que se tomará como ilegítima** para quien la inicie y contra la que puede caber la defensa, y de otro, **los supuestos en que la riña no es causa de la agresión, sino efecto de la misma, e impuesta por la actitud de acometimiento del agresor**, a la que replica necesariamente el agredido, para defender su vida o integridad corporal.

Es preciso distinguir entre: **“la riña mutua y libremente aceptada”** y **“la riña impuesta u obligada”**, pues en aquélla existe voluntad de acometimiento y **recíproca agresión simultánea**, mientras que en esta última se decanta y manifiesta un **primer acto agresivo peligroso, al que se responde defensiva y obligadamente, surgiendo la riña en la réplica necesaria, pero como efecto de la prohibida agresión**, supuesto que no puede privarse de los beneficios efectos de la legítima defensa completa o incompleta, por hallarse amparados por la misma, en su mismo contenido, como ya entendieron las sentencias de la Sala 2.^a de 28 mayo de 1969 y 14 octubre 1971. (S. 21 mayo 1975.)

§ 3. Artículo 9:9.^a, **Arrepentimiento espontáneo.**

Tratándose del arrepentimiento espontáneo, como causa de atenuación de la responsabilidad penal, no desconoce la Sala 2.^a que existe un cierto contraste entre la doctrina y exégesis científica y la praxis judicial, a la que se acusa de introducir una interpretación excesivamente ética o espiritualista del elemento subjetivo de la atenuante y de ampliar contra reo los elementos objetivos consignados en el número nueve del art. 9.^o del Código Penal para dar vida a la misma; por lo que en tal trance interpretativo se hace preciso recordar que, por mucho que se postule la neta separación entre Ética y Derecho, ya es harto sabido que el ordenamiento punitivo trata de salvaguardar el mínimo ético subyacente en todos los tipos penales, al menos en los que definan delitos "mala in se", cuando no hace llamadas directas a "standards" morales, como ocurre en no pocos pasajes del Código, entre ellos, y ad exemplum, el artículo 432, la atenuante séptima del artículo 9.^o y la propia del concepto de **arrepentimiento**, comporta un ineludible sentido moral o de pesar, por el mal realizado, ya se atienda al puro significado semántico del término, ya se entienda que basta el temor al castigo, en sentido paralelo a la simple **atrición** de los teólogos, sin perjuicio de que el Derecho utilice para sus propios fines de sano pragmatismo tan noble sentimiento; versión la que se defiende que ya está expresa en nuestro primer texto codificado cuando ponía el acento de la atenuante en la "**sinceridad**" del arrepentimiento o en la **confesión igualmente "sincera"**; concepto análogo, en definitiva, a la **espontaneidad** exigido en el texto vigente y que no es otra cosa que "**la voluntariedad del arrepentimiento**", en cuanto salido de la propia convicción y conciencia del que así se ve impulsado. Por tanto, **la confesión interesada y que trata de desfigurar los hechos en beneficio del reo o la hecha por sugerencia extraña o constreñido por las circunstancias** [SS. 21 noviembre y 11 diciembre 1947, 17 febrero 1950, 6 marzo 1962, 12 noviembre 1963, 10 marzo 1970] **no** es arrepentimiento espontáneo. Es una cuestión distinta, de índole procesal probatoria, la de que se presuma el arrepentimiento, a no ser que conste lo contrario, por analogía con la presunción **iuris tantum** de culpabilidad establecida en el párrafo segundo del artículo 1.^o del Código Penal [SS. 16 enero, 20 junio y 10 octubre 1935].

Asimismo, es precisa la observancia de los **requisitos objetivos** a través de los cuales se manifiesta o canaliza el arrepentimiento: **reparación o disminución** de los efectos del delito; **satisfacción al ofendido** o **confesión** a las Autoridades y todo ello en **tiempo hábil** para que pueda surtir efectos la atenuación, esto es, antes de que el culpable conozca la apertura del procedimiento judicial; lo que no hace sino reforzar aquella sinceridad o espontaneidad del arrepentimiento y que explica que **la jurisprudencia haya denegado la atenuante si, descubierto y perseguido el autor, había dado comienzo el atestado policial con conocimiento del culpable** [S. 11 enero 1947], ya que aparte de que tales diligencias en cuanto incorporadas al proceso judicial forman parte del mismo, es lo cierto que ya no se cumple aquel requisito de espontaneidad, por haber obrado el reo presionado o cercado por las pruebas que evidencian su culpabilidad [SS. 10 marzo 1951, 6 marzo 1962, 21 mayo 1968]. Y si, en verdad, tales requisitos pueden parecer excesivos **de lege ferenda**, es inexcusable darles cumplimiento **de lege data**, bien entendido que **pueden ser mitigados por aplicación de la circunstancia**

análoga prevista en el número décimo del artículo 9 del Código Penal, analogía que por ser *in bonam partem* permite una mayor generosidad en su apreciación. (S. 28 mayo 1975).

§ 4. Artículo 10:1.^a, **Alevosía.**

La alevosía se identificó en un principio con la **traición**, equivaliendo a actuar de modo solapado, encubierto, ocultando el ánimo hostil al sujeto pasivo del delito que aparece confiado, de tal modo que la violación del vínculo o deber de lealtad, si era para el rey constituía **traición**, y para los demás hombres, **alevosía**; por eso se llamó "**homicidium proditorum**" y también "**homicidio moral**", pues se simula la amistad y se disimula la enemistad, realizándose una ocultación sinuosa del ánimo hostil. Más tarde, la alevosía se consideró equivalente a **aseguramiento** del hecho, como es de ver en la Ley segunda, Título XXI, Libro XII de la Novísima Recopilación: "el que mate a otro a **traición o aleve** y del que hiciese **muerte segura**", en el Código de 1822, donde se habla de "**a traición y sobre seguro**" y donde, al poner ejemplos, se remite siempre a hechos constitutivos de **aseguranza**; y en el Código de 1848, donde también se formula la alevosía como "**traición y sobre seguro**". Finalmente, la alevosía se reputa término equivalente a **cobardía**, es decir, a falta de riesgo en el ejecutor. Discutiéndose modernamente sobre si dicha circunstancia constituye un plus de **culpabilidad** o algo atinente a la **antijuricidad**, hasta el punto de que ciertas sentencias del Tribunal Supremo como las del 27 de mayo y 23 de noviembre de 1949, 15 de junio de 1950, 15 de noviembre de 1956 y 11 de diciembre de 1957 y amplios sectores doctrinales se inclinaron por la teoría **subjetiva**, apoyándose en la palabra "**tiendan**", empleada por el legislador, y exigiendo que el agente realice una previa escogitación o selección de medios comisivos, eligiendo finalmente, de modo deliberado, aquel más idóneo para asegurar la ejecución sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; mientras que otras muchas sentencias, como las de 4 de agosto de 1884, 17 de marzo de 1914, 7 de mayo, 10 de junio de 1953, 18 de marzo y 27 de diciembre de 1954, 7 de julio de 1955, 9 de noviembre del mismo año y **2 de marzo, 24 de abril y 29 de octubre de 1973**, la consideran **circunstancia objetiva**, que no requiere una preordenación ideal sino un comportamiento momentáneo en el acto, agregando que no es necesario que la ocasión aleve sea buscada de propósito, bastando su consciente aprovechamiento y terminando por afirmar que la alevosía supone un plus de antijuricidad en cuanto se realiza su aspecto objetivo, fundado en el empleo de medios que **tienden** al aseguramiento del golpe con la consiguiente eliminación de la defensa de la víctima; aspecto éste de tendencia que actúa a modo de elemento **subjetivo del injusto**. (S. 16 junio 1975.)

§ 5. Artículos 231:2.º, 236 y 237, **Atentado, resistencia y desobediencia.**

El delito de atentado a los agentes de la Autoridad, que se tipifica en el artículo 231, número 2.º, en relación con el 236 del Código Penal, protege **la posición amparadora del orden público comunitario y paz ciudadana**, que aquéllas tutelan con su quehacer personal, y requiere **material y objetivamente** que se **actúe** por el agente contra ellos, por la **fuerza, acometimiento, intimi-**

dación o resistencia grave, cuando actuaran en su cometido oficial y como consecuencia del mismo, originando quebrantamiento de su condición particular o humana, y funcional legítima.

En el atentado, a ese requisito real y dinámico ha de agregarse un doble presupuesto de condición **ideal**: de un lado, el **conocimiento por el sujeto activo, del carácter de agente de la Autoridad del pasivo**, que haga surgir la indispensable culpabilidad, integrando el elemento **constitutivo del dolo**, al poseer la debida conciencia de la condición de la persona atacada, y de la **antijuricidad de su conducta**, pues no puede realizar el delito, por ausencia de un elemento subjetivo del injusto, quien desconozca tal carácter y condición, y de otro, el **deseo** de menospreciar u ofender el principio de Autoridad, que representan las personas ofendidas, y que exige un segundo móvil e intención que ha de entenderse existente, si conoce el carácter de la víctima y actúa, en la forma indicada, objetivamente, contra ella. (S. 19 junio 1975.)

Los conceptos de **resistencia** y **desobediencia**, empleados por el legislador con **diferente entidad cuantitativa** en los artículos 231-2.º, 237 y 570-5.º y 6.º del Código Penal, sirven para jerarquizar estas distintas especies delictivas y contravencionales, de suerte que la **resistencia grave** queda tipificada en el superior delito de atentado con las demás modalidades recogidas en el mismo. A su vez la **desobediencia grave** queda equiparada con el delito de resistencia, propiamente dicho, quedando la **desobediencia leve**, ya a la Autoridad, ya a su agente, como meras faltas contra el orden público.

Del distinto grado en la fuerza física del delito se deduce que la resistencia no puede considerarse en ningún caso como falta, a diferencia de la desobediencia que admite tal bifurcación; por lo que ya se comprende que, así como la distinción entre la **resistencia grave o simple** es eminentemente circunstancial y sólo puede sentarse a la vista del **casus datus** con la consiguiente estimación del artículo 231-2.º o del artículo 237, la diferencia entre el delito de resistencia y las aludidas faltas es mucho más radical y conceptual, persistiendo una diferencia apriorística que las separe, pues en la mente de todos está lo que es la **noción de resistencia, de índole eminentemente física**, teniendo como tal la dinámica del acto que no es otro que el de **oponente pasividad, resuelta y tenaz al cumplimiento de aquello que la Autoridad o sus agentes conceptúan necesario en cada caso para el buen desempeño de sus funciones**; en tanto que el concepto de desobediencia es más bien omisión espiritual, pura inercia ante el mandato autoritario, pero sin llegar a oposición material o física, de **contrafuerza**, que lo neutralice, siendo ya otra vez criterio-circunstancial el de distinguir el **quantum** grave o leve de la desobediencia, para lo que jugará de modo decisivo la **trascendencia de la orden y la perentoriedad de su cumplimiento en orden a salvaguardar la paz pública** más o menos alterada por la conducta levantisca del sujeto activo de la infracción. (SS. 12 febrero 1972, 29 abril 1974 y 23 mayo 1975.)

§ 6. Artículo 337, **Realización arbitraria del propio derecho.**

Afinidades y diferencias con el delito de coacciones (art. 496).

La **realización arbitraria del propio derecho** (o de las propias razones que dijeron los clásicos) encuadra con mayor especificidad los hechos debatidos, y ello por la razón que ya adujera la reciente sentencia de la Sala 2.ª, de 1.

de febrero de 1971: de que si bien dicho último delito fue trasplantado por la reforma penal de 1944 al título IV del libro II del Código Penal, es decir, integrado entre los que **atacan la Administración de Justicia, tal traslado fue más nominal que real**, pues la redacción del tipo, idéntica a la que tenía antes de ser extraído del delito de coacciones, del que era figura especial, sigue acusando en primer término esa nota de **violencia o intimidación contra las personas** que es el alma de la coacción, por lo que bien puede decirse, con la citada sentencia, que **más que atacar la Administración de Justicia** (según exige la partícula adversativa **contra**) **se prescinde de ella**; razón de especialidad, invocada para deslindar dicho delito del de amenazas, que ahora vuelve a **funcionar para delimitarlo** del de coacciones **in genere**. Concurren, por lo demás, todos los requisitos exigidos por la doctrina de esta Sala para que se dé el tipo que se prefiere, a saber:

— un **elemento objetivo o material**, de **apoderamiento** que efectúa el acreedor de cosas —en dinero o especie— pertenecientes a su deudor, hecho con **violencia o intimidación**, esto es, con **vis física o compulsiva**, material o moral, anterior coetánea a la acción, no posterior, con lo que dicho se está que la violencia, a diferencia de la intimidación que sólo sobre las personas puede ejercitarse, puede recaer también sobre las cosas, paralela a la **vis in re** que caracteriza al robo;

— y un **elemento subjetivo** que decide lo injusto típico, como se ha dicho, integrado por el **ánimo de obtener el pago de su crédito el agente** [SS. 15 octubre 1947, 16 marzo 1962, 16 marzo 1964, 8 marzo 1968 y otras].

Y si aún cupiera duda de la prevalencia del específico artículo 337 sobre el genérico 496, por entenderse que con la retención (u ocultación) del dinero ajeno no se buscaba directamente para **hacerse pago**, tal como exige el primero de dichos tipos penales, sino para **obligar o compeler al deudor** a la extinción de la deuda, lo que parece más propio del segundo de tales tipos; entonces cabría argüir que ambas conductas se muestran equivalentes o unificadas por la **común finalidad** perseguida por el agente y que ya se ha visto sirve de fundamento a este tipo de **“coacción específica”**, encuadrada entre los delitos que atacan directa o indirectamente la Administración de Justicia, razonamiento que se comprueba con sólo comparar las respectivas penalidades que se imponen en dichos artículos. De suerte que sería paradójico que se castigara más severamente el mero compeler a pagar que el directo **apoderamiento de cosa del deudor para hacerse pago**.

Todo lo cual viene a descubrir la verdadera **ratio legis** del precepto especial, basado en la **interferencia de una relación crediticia con la consiguiente singularidad de sujetos activo y pasivo junto al ánimo de hacerse pago**, igualmente específico respecto del dolo general que comporta cualquier otro tipo de coacción, ingredientes adventicios que incrustados en la figura coactiva han merecido un trato de favor en forma de **lex specialis** que no cabe ignorar; como tampoco debe ser obstáculo que en el supuesto de autos no se hiciera pago el procesado **con la misma cosa**, puesto que teniendo el control o disposición del dinero sustraído siempre hubiera podido hacerse pago con él subsidiariamente, es decir, para el caso de que la empresa deudora de sus jornales no procediera a satisfacerlos, como se desprende claramente de su anunciado propósito de no restitución, si por acaso no se satis-

facía su deuda. Todo ello sin contar que la doctrina de la Sala 2.^a, en lógica equiparación de conductas, ha entendido que el precepto no sólo engloba lo que cabría calificar de **autodación en pago**, sino también, siguiendo **pari passu** la nomenclatura y acepción civilistas, lo que podría llamarse **retención en prenda**, siempre que se cumpla la buscada finalidad de **lograr por su través el pago, verdadera alma del delito** [SS. 29 noviembre 1970 y 16 marzo 1962].

Tampoco puede ser obstáculo a la aplicación del tipo propugnado el hecho de que **la cantidad retenida excediera del importe de la deuda**, puesto que **no existiendo ánimo de lucro, sino el de hacerse pago**, ya se entiende que lo apetecido por la actuación violenta del acreedor se limita a la cuantía de su crédito, que es lo que justamente acontece en el caso **sub iudice** en que el procesado **tomó una cantidad de dinero que ni siquiera contó, condicionando su restitución al abono de los jornales impagados**, lo que pone bien de manifiesto que si la cantidad retenida alcanzó la suma de 25.350 pesetas, el procesado **sólo buscaba conseguir la satisfacción de su crédito laboral**, siendo por lo demás muy difícil que la cosa tomada —sobre todo si es en especie— alcance precisamente la cuantía del débito, como lo demuestra que **el valor de la misma funcione en el tipo tan sólo para señalar el importe de la pena pecuniaria**. (S. 12 junio 1975.)

Cualquiera que sea la concepción sustentada del **ánimo de lucro** —propósito de procurarse cualquier beneficio material o moral, provecho económico o **animus lucrí faciendí gratia**—, en el tipo de delito contemplado, pese a darse el **animus capiendí, no existe empero el de lucro**, desplazado totalmente por el **ánimo de procurarse el pago fuera de las vías legales**. (S. 12 junio 1975.)

§ 7. Artículo 344, **Delito contra la salud pública (tráfico de drogas).**
Agente provocador.

En un supuesto en que “a fin de descubrir el tráfico ilegal de drogas..., unos funcionarios del Cuerpo General de Policía comenzaron a visitar un bar como **simples clientes**..., llegando por su asiduidad al establecimiento a ganarse su conocimiento con otros parroquianos”, entre ellos A., quien ofreció a uno de los funcionarios la venta de griffa, dando éste su conformidad, quedando citados en un lugar; yendo al cual los tres procesados, fueron detenidos por funcionarios policiales, el T. S. desestima la aplicación a este supuesto de la tesis del agente provocador, en base a considerar que: si bien la doctrina de esta Sala ha declarado la irresponsabilidad por hechos aparentemente punibles, pero en realidad causados por **agente provocador** de los mismos, sea este agente un particular (S. 22 junio 1950), sea la propia autoridad policial (S. 27 junio 1967), por entender, conforme a cánones ortodoxamente aceptados por la doctrina científica y aún explícitamente declarados por alguna legislación foránea, que la susodicha actividad provocadora, al inducir a error al sujeto activo de la supuesta infracción, menoscaba su libre **iniciativa y con ello la voluntariedad de la acción proclamada dogmáticamente en el artículo 1.º del Código Penal**, o bien por entender, con criterio acaso más técnico que la errónea actuación del sedicente culpable, constituiría un supuesto de **tentativa inidónea, de delito putativo**, entendido en amplio

sentido o, en fin, de delito aparente, pero en todo caso impune, dado que la imposibilidad de realización es inicial y preconstituida, estando descartado desde el principio al fin el peligro para el bien jurídico protegido, dado que tanto la actuación del provocador como la del procesado han de reputarse absolutamente ineficaces. No obstante todo ello, no es menos cierto que también de acuerdo con la mejor doctrina, la Sala 2.^a ha extraído de la anterior consideración aquellos casos en que **no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir el ya cometido** [SS. 18 abril 1972 y 20 febrero 1973], importante matización especialmente aplicable a los **delitos de tracto sucesivo**, cual acontece con los de tráfico de estupefacientes, cuya comisión implica **una vasta red**, de ámbito incluso internacional, con multitud de agentes o intermediarios, escogidos no pocas veces entre los propios adictos a la droga, cuando no iniciados en tan fatal consumo para así atraerlos con mayor eficacia y asociarlos al tráfico preconcebido y perfectamente planeado, ante cuya realidad criminógena, **la actividad policial**, consciente de la existencia de tan activa y plural conducta delictiva, al ponerse **en fingido contacto con conocidos o presuntos agentes**, aun los más externos y secundarios de la organización, **no busca propiamente provocar la comisión del delito correspondiente contra la salud pública, sino poner al descubierto los canales por los que ya venía fluyendo el tráfico con anterioridad a fin de cegarlos en lo posible**, única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia colectiva de nuestro tiempo; de cuya reflexión jurídica, en alianza con una pragmática consideración de política criminal, se deduce **la posibilidad y conveniencia de sancionar éstas últimas conductas**, aparte de que **deberán castigarse en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuesto**—a semejanza de lo que puede ocurrir con el inducido—era un **omnimodo facturus**, es decir, **estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente**.

Se desestima, por tanto, el único motivo del recurso, según el cual el Derecho penal, como protector de bienes jurídicos, no podía entrar en juego en el caso **sub iudice**, ya que “dichos bienes no han sido lesionados ni puestos en peligro por haber existido un agente provocador del delito, **no habiéndose producido daño alguno, ni material ni formal para la causa pública**”. (S. 14 junio 1975.)

§ 8. Artículo 346, **Delito contra la salud pública.**

Condena nuestro T. S. por delito contra la salud pública la venta para el consumo de ganado porcino afectado por la enfermedad denominada “mal rojo”.

El artículo 346 del Código penal tutela la **salud pública, la sanidad colectiva**, que puede quebrantarse por cualquiera de los modos de actuar que el precepto recoge.

Estas conductas son tres fundamentales:

- 1.º **Alterar bebidas o comestibles destinados al consumo público, con mezclas nocivas a la salud.**
- 2.º **Vender géneros corrompidos, esto es, podridos, estropeados, rancios o pasados.**

3.º Fabricar o vender objetos cuyo uso sea nocivo o dañoso para la salud.

Respecto de esta tercera conducta, que tiene su propia sustantividad, ha de estimarse cometido el delito, cuando **“conociendo el agente que lo que fabrica o lo que venda es nocivo para la salud, se le añade la voluntad de su fabricación o venta, aunque el daño para la salud no se produzca, ya que, al ser un delito de riesgo, se consuma con la mera actividad delictual, sin precisión absoluta del resultado dañoso (SS. 26 febrero 1973 y 17 junio 1975.)**

§ 9. Artículo 405, Parricidio.

Condena el T. S. por **parricidio**, en un supuesto en que una mujer soltera, **“de irregular conducta, que desde que tuvo edad para alternar con hombres, observó una vida bastante libre e inmoral”**, habiendo quedado de nuevo embarazada, **ocultó su estado** durante el período de su gestación a sus padres y compañeras de trabajo, **dando a luz clandestinamente** y matando después a la criatura, **“con vida por haber respirado y con constitución fisiológica normal para sobrevivir”**, rompiendo el **cordón umbilical dejándolo sin anudar y golpeando la cabeza de la criatura contra el suelo, ocultando posteriormente el cadáver en un cobertizo.**

Deniega la Sala 2.ª del T. S. la apreciación del artículo 410 —**infanticidio**—, por estimar que:

Si se examinan los hechos probados y su clara redacción, se advierte que se habla de **criatura hembra que tenía vida por haber respirado y con constitución fisiológica para vivir**, que fue lo que impulsó a la madre a actuar en términos concretos para suprimir la vida, por lo que se trata simplemente de una **madre que, de estado soltera, tenía un hijo natural** y que suprime voluntariamente la vida del nuevo ser acabado de nacer, de la manera más eficaz, cortando el cordón umbilical y quebrando la cabeza de la nacida, que ha respirado, a golpes que ocasionaron la fractura del cráneo, tratándose por tanto de un **parricidio, que no puede confundirse con un infanticidio a causa de ocultar la deshonra ante el padraastro de persona ya deshonrada con anterioridad y de muy mala conducta social, que justifica el rigor de la Ley para imposición de la pena adecuada de reclusión mayor, impuesta aquí precisamente en el tope mínimo de la misma, por efecto de la apreciación por el Tribunal de Instancia, de una causa de atenuación como la del núm. 8.º del artículo 9.º del Código punitivo”**. (S. 20 mayo 1975.)

§ 10. Artículo 407, Homicidio.

Distinción entre homicidio frustrado y lesiones graves consumadas.

Para dilucidar la alternativa homicidio frustrado y lesiones consumadas, ha de atenderse a la **intención** del sujeto agente, de modo que: **si hubo**, por su parte, **“animus necandi”** el hecho se reputará delito de **homicidio en grado de frustración**, y si sólo concurrió **“animus laedendi”** o **“vulnerandi”**, la calificación correcta será la de lesiones de mayor o menor gravedad, según puedan incardinarse en uno u otro de los preceptos contenidos en el Capítulo IV del Título VIII, del Libro II del Código penal.

Pero como la intención verdadera del agente se encuentra en lo más recóndito del intelecto humano, por más clarividencia que se pretenda tener, es.

imposible penetrar en ese arcano insondable, y por tanto el juzgador, de conformidad a una doctrina jurisprudencial constante, de la que son ejemplo las sentencias de 21 de marzo, 28 de junio y 15 de diciembre de 1974, 8 y 12 de abril de 1975, deberá atribuir al referido agente una u otra intención **induciéndola de los actos exteriorizativos del indicado propósito**, y muy especialmente:

a) De las circunstancias anteriores al hecho, coetáneas con el mismo o posteriores a él;

b) De las palabras proferidas por el sujeto agente durante el curso comisivo o en las épocas crepusculares del mismo;

c) De la conducta de dicho sujeto y de su personalidad, así como de su carácter pacífico e inofensivo o, por el contrario, agresivo o pendenciero;

d) De la índole y características del arma o instrumento empleado, así como de su eficacia vulnerante o de su normal letalidad;

e) De la región corporal atacada y de su carácter o condición más o menos vital;

f) De la índole, extensión, profundidad y descripción de las heridas causadas y del pronóstico de ellas;

g) Del vigor, saña o fuerza con que se administraron los golpes.

h) Del número y repetición de los golpes, disparos o actos agresivos:

i) De, en general, cualquier dato o pormenor que permita esclarecer el suceso en orden a ilustrar al Tribunal acerca de la verdadera intención que animaga al culpable. (S. 4 junio 1975.)

§ 11. Artículo 452 bis b): 1.º, **Corrupción de menores.**

El delito de corrupción de menores venía castigado en el artículo 367 del Código penal de 1850, en el núm. 1.º del artículo 440 del Código penal de 1932 y en el artículo 438 del Código de 1944, hasta que la reforma 1961-1963, al unificar, con acierto, los delitos relativos a la prostitución en el Capítulo VII del Título IX del Libro II, donde reunió los atinentes a mayores y los que afectan a menores de veintitrés años, destinó a estos últimos el artículo 452 bis b), en cuyo número primero se alberga o puede albergarse la conducta castigada en esta causa. Se requiere para la concurrencia del citado delito la corrupción de menores, en la modalidad del núm. 1:

a) En cuanto al **sujeto activo**, puede ser hombre o mujer con tal de que sea imputable;

b) El **sujeto pasivo**, ha de ser también hombre o mujer, menor de veintitrés años, dato que debe ser abarcado por el dolo del agente, pero que, generalmente, este Tribunal, salvo casos excepcionales, presume era conocido por el agente;

c) En cuanto a la **acción**, consiste en **promover**, lo que vale tanto como **instigar, inducir, determinar, impulsar, lanzar o iniciar**, en **favorecer**: lo que significa, allanar obstáculos, tutelar, amparar, proteger, propiciar, estimular o fomentar; o en **facilitar**: lo que equivalía a auxiliar, ayudar, brindar oportunidades, hacerlo más asequible, proporcionar medios, local, ocasión o circunstancias favorables, o aunar voluntades, **debiendo dirigirse esas conductas a la prostitución —entrega carnal mediante precio o interés— o corrupción —cualquier clase de tráfico inmoral o de actos concupiscentes u obscenos, aberr-**

ciones sexuales o vida deshonesta o infamante— de los citados menores de veintitrés años;

d) **Voluntad delictual**, que se presume “*iuris tantum*” conforme al párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal. (S. 26 mayo 1975.)

Problemática de los sujetos activos y pasivos.

Ahondando sobre la problemática del **sujeto activo**, es sabido que mientras no se produjo la reforma 1961-1963, al subsistir en los textos anteriores la exigencia de la **habitualidad**, la doctrina unánimemente y la jurisprudencia, en sentencias, entre otras, de 29 de marzo de 1887, 26 de junio de 1889, 17 de febrero de 1917, 29 de octubre de 1926, 3 de febrero de 1928, 17 de mayo de 1929 y 10 de enero de 1951, estimaron que la figura debatida castigaba las **conductas de tercería, intermediación, proxenetismo o celestinaje de quienes, para satisfacer los deseos deshonestos de otros y la concupiscencia ajena, promovían, facilitaban o favorecían la prostitución o corrupción de menores de veintitrés años**, pero que dicha figura no se refería a los que realizaban con dichos menores **actos impúdicos con precio o sin él**; es decir, que se trataba de **conductas tendentes a satisfacer las apetencias sexuales ajenas y no las propias**. Pero, efectuada la aludida reforma 1961-1963 y **suprimida del texto legal la exigencia de la habitualidad**, la doctrina cambió de parecer, relativizando su monolítica posición anterior, entendiendo que **las acciones tanto pueden realizarse en provecho propio como en el de un tercero**, y análoga postura adoptó el T. S. en SS. 1 marzo 1958, 5 marzo y 20 noviembre 1971, 27 marzo, 2 mayo y 21 noviembre 1972, y 5 y 11 octubre 1973 y 18 enero 1974, en las cuales, y en otras varias, admitió: que **los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, y especialmente los primeros podían perpetrarse en beneficio y provecho de terceros o en el del mismo corruptor**, es decir, en el de idéntica persona que sostenía relaciones sexuales con el menor.

Esta nueva postura crea dificultades de deslinde y diferenciación con otros delitos contra la honestidad, especialmente con los **abusos deshonestos no violentos o similares al estupro**, penados en el párrafo 4.º del artículo 436 del Código penal, siendo la línea distintiva sinuosa, no rectilínea y sometida a criterios de relatividad, casuismo y arbitrio judicial, que **no conforme con la drástica solución del artículo 68 del Código penal** (principio de la gravedad). Se propugna que, para diferenciar o distinguir ambas figuras, se debe acudir principalmente a la **continuidad** o persistencia de los actos impúdicos realizados con menores y a la **intensidad y trascendencia de los mismos**, pues, si se trata de un **hecho esporádico y fugaz y sin demasiada relevancia o recreo lascivo**, no cabe duda de que no dejará apenas huella, impronta o vestigio, ni de valor ético en el menor o la menor afectados cuya moralidad queda intacta o inviolada; pero si se trata de una **actitud perseverante e insistente y los actos realizados son gravemente inmorales y acompañados de circunstancias especiales**, como el **precio u otras análogas**, el impacto psíquico y físico depravante, vicioso o perverso sobre el menor será considerable y supondrá una iniciación anticipada, precoz y prematura de vida activa sexual que le pondrá, en temprana edad, en camino irreversible de corrupción y envilecimiento, del que difícilmente retrocederá, retornando a su vida moralmente, irreprochable anterior. (S. 26 mayo 1975.)

§ 12. Artículo 457-8, **Injurias.**

Los improprios de “cabrón” lanzados verbalmente contra el querellante y los de “puta” **contra su mujer**, proferidos **reiteradamente y en público en diversas ocasiones**, constituyen, no sólo por su gravedad, sino también por su reiteración dolosa que implica una **continua, premeditada e intolerable ofensa**, un **ánimo constante de injuriar, buscando el desprestigio y deshonra de los ofendidos en el medio en que viven**, uno o varios delitos de injurias graves, previsto en el artículo **458 del Código penal.** (S. 17 mayo 1975.)

Legitimación para el ejercicio de la acción penal.

El delito de injurias, como privado que es, necesita efectivamente para su perfección y enjuiciamiento del ejercicio de la acción penal a medio de la indispensable querrela, ejercitada por el ofendido o sus representantes legales, en el caso de que aquél careciere de la necesaria capacidad legal para comparecer en juicio; incapacidad que ha de suplirse en el proceso penal de acuerdo con las mismas normas que rigen en el proceso civil, como reconoce la doctrina procesal más autorizada. Así, **con respecto a la mujer casada, cuando ésta no comparezca con licencia marital, la representación de la misma corresponde al marido** (art. 60 del Código civil), quien, incluso, puede hallarse **legitimado por sí mismo** y no solamente como representante de ella, en aquellos casos en los que la injuria proferida **contra su mujer implica deshonra, descrédito o menosprecio para su persona o en cuanto con ello se le atribuye un vicio o falta de moralidad que le convierte en sujeto pasivo**; correspondiéndole también ejercitar la acción penal en supuestos de injuria **contra sus hijos menores de edad** (art. 155 del Código civil). Por lo que en el caso enjuiciado hay que estimar la capacidad procesal del querellante para ejercitar la acción penal no sólo por las injurias a él dirigidas, sino por las inferidas a su mujer, aunque no se mencione expresamente en la querrela que ostenta la representación de ésta; sin que pueda serle atribuida sin embargo la de sus citadas hijas, también injuriadas, al no constar acreditado en autos que éstas fueran menores de edad, pero sin que ello implique de manera alguna la falta del requisito de procedibilidad más que en lo que se refiere a las injurias proferidas contra estos últimos, por las que no puede ser castigado, pero no a las vertidas contra el matrimonio, por lo que debe desestimarse el segundo de los motivos formulados. (S. 17 mayo 1975.)

§ 13. Artículo 487, **Abandono de familia.**

“Siendo el **poder paterno, la tutela y la autoridad marital** —conforme a la concepción moderna— **funciones y no potestades**, es claro que los derechos que les caracterizan van acompañados o correspondidos por correlativos deberes, establecidos, para el matrimonio, en los artículos 56, 57 y 58 del Código civil, para los padres, en el núm. 1.º del artículo 55 y para los tutores, en los artículos 264 y concordantes del mismo cuerpo legal; pero teniendo estos deberes más **carácter ético o moral** que naturaleza propiamente jurídica, el incumplimiento de los mismos, o carecía de sanción o, teniéndola, en la mayoría de las ocasiones, devenía insuficiente o inútil, pues en el terreno del

afecto y de los lazos familiares o se cumplen, complaciente y gustosamente, las obligaciones de esa índole y entonces la institución llega a cometido a la perfección, o no se cumplen en absoluto o sólo a regañadientes o coactivamente, en cuyos supuestos **el Derecho se revela insuficiente, cuando no ineficaz o impotente**, para lograr por la fuerza lo que no se otorga de grado, y el resultado suele ser un remedo o caricatura mezquinos y entecos del ideal ejemplarmente querido sin fruto perceptible ni utilidad práctica. Pero no pudiendo, de todos modos y sea cual sea su eficacia, permanecer el Derecho inactivo o inoperante frente a la flagrante vulneración de los deberes familiares causante de la desintegración y fallo de la institución familiar con todos los males consecutivos e inherentes y su repercusión en la sociedad y en el Estado, de los cuales es la familia célula primaria y piedra angular, ya la **Ley de 12 marzo de 1942** criminalizó las conductas de abandono de familia, castigando las transgresiones más patentes de los deberes familiares y, por tanto la abdicación, renuncia, abstención o dejación de las obligaciones que imponen el matrimonio, la paternidad y la tutela, incorporándose la figura al texto refundido del Código penal de 1944, el cual le dedicó el artículo 487, perfilándose definitivamente la referida figura delictiva mediante la reforma 1961-1963, la que agregó un párrafo al artículo 487, le atribuyó la condición y naturaleza de **delito semipúblico** exigiendo el requisito de procedibilidad o de perseguibilidad de la **previa denuncia del agraviado o del Ministerio Fiscal**, en su caso, y estableciendo la extinción de la responsabilidad criminal por **perdón expreso o presunto**.

Dicho delito exige para su constatación la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) **La previa existencia del matrimonio, filiación o constitución del organismo tutelar que generen los correspondientes deberes inherentes a la posición familiar de que se trate;**
- b) **Que cualquiera de los cónyuges, el padre, la madre o el tutor [es dudosa la posibilidad de extender el precepto al preceptor y a los integrantes del consejo de familia], dejen de cumplir los deberes legales de asistencia correspondientes y propios del matrimonio, de la patria potestad o de la tutela;** siendo destacable que, aunque ciertos sectores doctrinales entienden por deberes de asistencia sólo **los económicos o materiales**, tales como alimentos y entienden recusable lo que reputan interpretación analógica proscrita por el Derecho penal, la jurisprudencia, representada por numerosas SS., entre las cuales figuran las de 4 de junio de 1945, 25 de marzo de 1947, 9 de febrero y 12, 19 y 22 de abril de 1965, ha entendido que el mencionado incumplimiento puede referirse a **cualquier clase de deberes u obligaciones, sean materiales o económicos, o éticos, espirituales o morales, con tal de que estén declarados e impuestos por la Ley;** y que, por tanto, se comete el delito no sólo dejando de alimentar al cónyuge, a los hijos o al pupilo, sino **no teniendo en la propia compañía, no intruyéndoles o educándoles en su caso, no cumpliendo el deber de fidelidad incluso**, como sostuvo la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1965, y **rompiendo**, en fin, de un modo u otro, **la convivencia e interdependencia familiar;**
- c) **Que el cumplimiento de los deberes asistenciales sea posible para el agente.** Habiendo declarado el Tribunal reiteradamente que se **presume dicha**

posibilidad en quien ha contraído matrimonio, procreado hijos o aceptado el cargo de tutor, mientras no conste lo contrario;

d) Que esa dejación, abdicación, renuncia o abstención de los deberes familiares tenga como motor generador, origen o causa [y con mayor motivo si operan conjuntamente], bien la **conducta desordenada**, bien el **abandono malicioso** del domicilio familiar; entendiéndose por **aquella**, sucintamente hablando, “**el modo de conducirse que no se ajusta al orden social y moral, tal como se entienden en una sociedad cristiana y civilizada**”, y por éste, la **ruptura permanente de la convivencia familiar por ausencia, fuga o desaparición del hogar**, residencia habitual o sede de la familia, realizada con “**animus derelinquendi**”, es decir, de modo intencional o volitivo que tanto vale como injustificado o sin motivo conocido que pudiera servir de excusa, explicación o paliativo al elemento de la malicia, lo que sirve de apoyo al recurrente para, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 487 del Código Penal, entender infringido el último precepto citado. Pero el recurso con esos sola base y sustentáculo no puede prosperar no sólo porque la palabra “**maliciosamente**” tiene una naturaleza subjetiva y valorativa poco idónea para figurar en la necesariamente objetiva declaración de hechos probados de una sentencia penal, sino porque dicha narración histórica ya emplea el vocablo “**deliberadamente**”, que evoca la idea de dolo, malicia, intención o propósito persistentes y permanentes de ausentarse del domicilio familiar y de incumplir los deberes matrimoniales y paternos, y porque, según ha declarado el T. S. en SS. 26 septiembre 1960, 27 mayo 1968, 8 octubre 1970, 28 enero y 3 abril 1971, 7 marzo, 18 mayo, 23 abril, 13 y 25 septiembre 1973 y 14 febrero 1974, obra en contra del reo la **presunción de voluntariedad** establecida en el párrafo segundo del artículo 1.º del Código Penal. En consecuencia, **todo abandono permanente y duradero del domicilio familiar se reputará malicioso, a menos que pudiera justificarse y motivarse de modo plausible y convincente** aportando una explicación legitimadora o exonerativa apoyada en **desavenencias o inarmonías familiares, altercados o reyertas constantes, mal trato, presencia de familiares de grado más lejano indeseables o incómodos**, u otras razones diferentes al mero deseo o intención de sustraerse, con la ausencia, al cumplimiento de los deberes legales ya mencionados; sin que, por lo demás, en el caso presente se constate, relate o demuestre, la concurrencia en el caso de ninguna de esas circunstancias justificativas o legitimadoras. (S. 9 mayo 1975).

El delito de abandono de familia puede cometerse ya sea abandonando el domicilio familiar o bien sin necesidad de ausentarse de éste, haciendo dejación de aquellos deberes a causa de la conducta desordenada del culpable. (S. 9 mayo 1975). En idéntico sentido: SS. 5 diciembre 1946, 30 marzo 1950, 6 octubre 1953 y 25 octubre 1960.

§ 14. Artículo 496, **Coacciones**.

Casa el T. S. la sentencia de la Audiencia, condenatoria por delito de coacciones y castiga por falta de coacción leve (artículo 585:5.º), en base a considerar: que el delito de **coacción del artículo 496** del Código penal **protege la libertad de obrar y de autodeterminarse la persona humana, contra**

la ilícita compulsión, prevalimiento o constreñimiento ajeno, porque se oponen dos voluntades adversas e irreconciliables, en la que triunfa la del agente. Exigiéndose para que exista tal infracción criminal la concurrencia de tres indispensables requisitos:

a) Una acción antijurídica, concretada en el empleo de violencia, por el sujeto activo, de naturaleza material —“vis física”— o intimidatoria con presión moral —“vis compulsiva”— o incluso realizada por la “vis in rebus”, como imposición inmediata sobre las cosas que se refleje en el sujeto pasivo, que es equivalente a la violencia personal y que con la finalidad próxima siempre de que este último no haga lo que quiera, o efectúe lo que no desea, sea justo o injusto.

b) Un resultado consistente en que el compelido tenga que dejar de hacer lo que quiere realizar, o efectuar lo que no quisiera.

c) Una relación de causalidad entre la acción compulsiva ilícita y el resultado generado por la misma.

Requiere como requisito culpabilístico únicamente la presencia del dolo genérico, que es la malicia del agente, empleada para violar la ajena libertad, sin exigir la concurrencia de un dolo específico, no requerido típicamente, y, por consiguiente, tampoco albergar ulteriores tendencias, propósitos o finalidades el ánimo de aquél, que de darse resultan irrelevantes por lo general y a salvo su valoración para determinar la entidad cuantitativa de la infracción o de sus circunstancias modificativas de la responsabilidad.

No es una infracción de mera actividad, sino caracterizada por un resultado material, porque el sujeto-agente impone al sujeto-paciente un hacer o un omitir que no desea, constreñiendo su voluntad y libertad que se doblega, por lo que la consumación delictiva se genera, cuando el último se inhiba de hacer lo que quisiera, o no pueda realizar lo que desea, sin necesidad además de que el culpable delincuente consiga la efectividad de las finalidades ulteriores, que con su mal comportamiento pretendiera alcanzar, pues ello supondría un agotamiento de la infracción, que rebasaría la estricta consumación, y que el tipo no toma en cuenta para que ésta se produzca, al no contener normativamente elementos subjetivos del injusto.

La diferencia entre el delito de coacción del artículo 496 y la falta del mismo carácter del artículo 585, número 5.º, del Código penal, no se halla en módulos cualitativos, finalistas, objetivos o subjetivos, ni siquiera en el uso dinámico de la violencia, común a las dos infracciones, sino en la gravedad o levedad de esta vis física o moral. (S. 23 mayo 1975.)

§ 15. Artículo 500, Robo.

Si bien para que se dé el robo descrito en el artículo 500 del Código penal es menester que la fuerza genérica aludida en dicho precepto se concrete en alguno de los medios comisivos descritos en el artículo 504 del mismo Código para que surja la fuerza típica y cualificadora que, de otra suerte, y aun existiendo vis in re, daría lugar al simple delito de hurto, no es menos cierto que el concepto de fractura —sometido a examen en este recurso— y enunciado como segundo medio de comisión del robo, puede ser aludido de muy diversos modos, tantos como su amplio espectro semántico permite.

y del que vienen a ser núcleo central —del latín *frangere*— las acepciones de **romper, quebrantar, cortar**, en definitiva: **desbaratar las defensas** —puertas, ventanas, cerraduras, cierres— **puestas por el propietario o poseedor para proteger el acceso a las cosas** —muebles o inmuebles— **de que es titular** [S. 13 enero 1975], **careciendo de relevancia penal la contingente existencia o inexistencia de un daño patrimonial como secuencia del uso de la fuerza** [S. 1.º abril 1965], pues ya se comprende que del combinado empleo de fuerza y habilidad sobre aquellos obstáculos defensivos depende la mayor o menor entidad de los daños que se causen o incluso que los mismos sean irrelevantes, siempre que sea la fuerza la que prepondera y dé sentido de tal a la acción emprendida para lograr la apertura de la cosa o el ingreso en la misma. (S. 12 mayo 1975.)

§ 16. Artículo 501:1.º, **Robo con homicidio.**

El delito de robo con homicidio es un **delito complejo** integrado por la infracción de bienes jurídicos diferentes: **la vida y la propiedad**, realizado **mediante hechos diversos** cada uno de los cuales podría constituir, sin la actividad aglutinadora del legislador, por sí un delito, pero que, pese a su **estructura compleja**, constituye una **figura indivisible**, en la que, como ya se ha dicho, existen dos gérmenes de criminalidad en relación simbiótica, mutua y complementaria. Tiene este delito sus remotos, aunque dudosos y no exactos, precedentes en la “rapina”, el “crimen intersicarios” y el latrocinio romanos, encontrándose manifestaciones del mismo, si bien siempre referidas al robo en caminos y reputándose delito contra las personas en la Ley 18 del título IV, del libro IV del Fuero Real y en la Ley 18 del título XIV de la séptima de las Partidas; mientras que el Código penal de 1822, en su artículo 611, disponía que “los salteadores y ladrones que de cualquier modo maten para robar y hurtar, o después para encubrirlo y salvarse, serán castigados como asesinos”. Se halla una fórmula muy semejante a la del actual número primero del artículo 501 del Código vigente en el número primero del artículo 415 del Código de 1848, que definía al robo con homicidio del siguiente modo, “cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio”.

Desde ese mismo instante ha surgido una **polémica** que ha permanecido viva a través de las reformas penales posteriores, hasta los tiempos actuales, en torno a si con las palabras “**motivo**” y “**ocasión**” quiso y quiere significar el legislador **conductas idénticas** o, por el contrario, **diversas y diferentes**, es decir, si dichos términos tienen un sentido **homónimo o sinónimo**, equivaliendo a mero adorno del estilo del legislador, o si, a la inversa, lo tienen **heterónimo**, correspondiendo a ideas distintas y desigual valoración, **habiendo prevalecido** y predominado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, **la segunda interpretación**, la que atribuye a las palabras citadas un sentido distinto, cobijando, en consecuencia, en el precepto, **tanto el robo planeado y concebido con el propósito de matar o, al menos, representándose el agente y aceptando la posibilidad de que se produzca tal desenlace**, como aquel en que **la muerte surge súbita e incidentalmente sin ser siquiera prevista por el ladrón, pudiéndose dar la hipótesis como incidencia surgida en la dinámica conativa de un robo que inicialmente se planeó como un delito contra la**

propiedad con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas o como incidencia surgida posteriormente a su perpetración, durante la fuga o la persecución, pudiendo recaer tanto en la persona del titular de los objetos aparecidos como en la de sus parientes o criados, en la de terceros que se hallasen casualmente en el lugar del suceso, en la de los integrantes de las fuerzas policiales de cualquier índole, como, finalmente, en la de quienes acudieren en auxilio de las víctimas o en el de la Autoridad o coadyuvaren con esta última en la persecución o intento de captura de los delincentes.

Siendo de destacar finalmente:

a) que es esencial que **la idea primaria o primitiva sea el atentado a lo patrimonial**, con lo que, si concebida únicamente la idea de matar, después de la ejecución surge el designio de robar o de hurtar, designio que se lleva a efecto, no es aplicable la figura debatida;

b) que en la realización de homicidio tiene que concurrir una **culpabilidad**, siquiera sea súbita o repentina, pues no cabe hiperbolizar tanto la objetividad de la figura, con lo que quedarían fuera del precepto las muertes fortuitas y posiblemente hasta las culposas;

c) que es indiferente que **la muerte preceda, acompañe o subsiga al robo, con tal de que el propósito inicial fuera el de robar** [SS. 3 junio 1898, 13 noviembre 1899, 17 diciembre 1902, 14 julio 1934, 12 junio 1950, 31 octubre 1952, 10 abril 1955 y 29 octubre 1959], pero es preciso que **no se produzca una disociación entre ambos**, un alejamiento, ruptura o solución de continuidad que distancie de tal modo al homicidio del robo que deje de constituir, por lo menos, un modo de impedir el descubrimiento de éste o de lograr la impunidad, pues en tal caso, ausente el **propósito de cobertura** y la temporalidad próxima y continuada, se rompería en nexo o lazo de unión que justifica la complejidad y el homicidio recobraría su independencia y sustantividad frente al robo que le precedió. (S. 16 junio 1975.)

En el caso de autos, el homicidio no ha surgido **con ocasión del robo** como un episodio no deseado inicialmente y hasta no previsto por el agente, sino **con motivo**, es decir, concibiendo el agente simultáneamente la idea de robar y, como medio de conseguirlo, la de matar al titular de los bienes muebles apetecidos. (S. 16 junio 1975.)

§ 17. Artículo 516 bis, **Utilización indebida de vehículo de motor ajeno.**

Consentimiento del ofendido.

El **consentimiento del ofendido** juega de muy distinta manera, como causa de justificación, según se trate de delitos que atacan bienes personales indisponibles como la vida e integridad física (artículos 409 y 428 del Código Penal) en los que **no tiene ningún poderío**, o se trate de delitos patrimoniales, de los que son prototipo el hurto común (artículo 514-1.º) y el hurto de uso (artículo 516 bis), en los cuales **el consentimiento del titular de los bienes elimina la antijuricidad del hecho**; si bien es preciso partir —como es lo normal en la vida y en el Derecho— de la **presunción de la falta de autorización para el ataque al propio patrimonio** [S. 24 marzo 1962], mientras no conste aquel consenso de manera expresa o a través de hechos concluyentes (**facta concludentia**) que lo revelen [SS. 27 febrero 1963 y 17 febrero 1974]; de

manera que es preciso probar tanto el abandono o renuncia de la propiedad —o de alguna de sus facultades, entre ellas la **facultas utendi**— como el **ánimo de abdicar la misma** [SS. 3 febrero 1971, 22 mayo 1974]; del mismo modo que el orden normal de las cosas lleva a presumir el **ánimo de lucro** en todo apoderamiento de cosa ajena, según se refleja en la doctrina de la Sala 2.^a, asimismo, y en sentido inverso, **quien se apodera de la cosa ajena o dispone de la misma como si fuera el dueño de ella, debe probar que contaba con el consentimiento de aquél, tanto más si todas las circunstancias del caso revelan que ni expresa ni tácitamente se otorgó la licencia necesaria para la disposición o uso de la res aliena.** (S. 11 junio 1975).

§ 18. Artículo 519, **Alzamiento de bienes.**

El delito previsto en el artículo 519 del Código Penal gravita, en su descripción típica, sobre la locución finalista en **perjuicio de los acreedores**, lo que confiere a esta infracción punitiva un indubitado carácter de **delito de tendencia** o, mejor aún, de los que en dogmática se conocen como de **resultado cortado**, porque aquel **elemento subjetivo** inserto en el tipo, dotando a la conducta de inequívoca antijuricidad, anticipa el resultado, que ya no es tanto el **efectivo perjuicio a los acreedores como el peligro de causarlo**; de suerte que bien puede calificarse a este delito en examen como de **actividad o de riesgo**, que si bien encuadrado entre los patrimoniales, **no exige la lesión patrimonial que, de producirse, agotaría el delito que ya se había consumado jurídicamente con aquella puesta en peligro que la conducta del deudor representa para la efectividad de los créditos.** Dicho en otros términos, **bastará que se produzca la insolvencia del deudor, buscada con su peculiar acción de alzamiento, para que se perfeccione el delito**; insolvencia que, si puede conducir al **perjuicio** de los acreedores —en cuanto privados de la garantía universal que les concede el artículo 1.911 del Código Civil—, no se identifica ya con el mismo, por más que, de ordinario, una y otro se confundan, dada la conexión causal entre ambas situaciones [SS. 12 junio 1969, 18 febrero 1970, 5 octubre 1970, 8 febrero 1972, por lo que respecta al **elemento subjetivo del delito**, y 17 noviembre 1960, 31 mayo 1961 y 20 mayo 1964, respecto del **elemento objetivo de la insolvencia**, la cual puede ser **real o aparente**, como **tampoco es necesario que sea judicialmente declarada y constatada a tenor de las SS.** 18 mayo 1935, 18 noviembre 1950, 27 marzo 1954, 18 enero 1961, 5 noviembre 1963 y 31 mayo 1975].

§ 19. Artículos 528 y 529, **Estafa.**

En una sentencia absolutoria de estafa nuestro Tribunal Supremo declara que:

“Según la doctrina científica y jurisprudencial en torno al **delito de estafa**, se exigen como elementos estructurales: el fundamental del **engaño antecedente** —ínsito en el ámbito de la culpabilidad— que, provocando en el sujeto receptor del mismo un error sobre la situación real, le induce a realizar un **acto dispositivo** sobre el propio patrimonio, consecuencia de lo cual se produce un **perjuicio** patrimonial en el propio sujeto pasivo o en un tercero, con correlativo lucro para el sujeto activo, lo que implica que éste se mueva

—con requisito atinente a la antijuricidad— por **ánimo de lucro**, de cuyo enunciado ya se desprende que es el engaño dirigido sobre la propia víctima de la defraudación o sobre otra persona que comunica su error a la primera, el motor del delito, el antecedente inexcusable del perjuicio con potencia causal para producirlo. Lo cual quiere decir que de este elemento característico del delito de estafa **se elimina**: de una parte, el **dolus subsequens** o sobrevenido y, de otra, la **simple promesa contractual luego incumplida**, bien carente de dolo **in contrahendo**, bien **sin la suficiente eficacia causal** para, por sí sola, determinar a contratar a la otra parte, de suerte que los estipulantes de la convención buscaron en el trato recíprocas y mayores ventajas, ponderando el valor de sus respectivas prestaciones, incluso llegando en la propuesta meta contractual a un cierto engaño que al no ser decisivo, conforme a lo antes dicho, integraría tan sólo un **dolo civil**". (S. 20 mayo 1975).

§ 20. Artículo 535, **Apropiación indebida.**

El delito de apropiación indebida descrito en el artículo 535, que tradicionalmente ha venido figurando en el ordenamiento jurídico-penal español desde el Código de 1822, como una modalidad de la estafa, **a la que pertenece por su naturaleza genérica**, pero de la que el legislador del texto refundido del Código penal de 1944 lo segregó, configurándolo como delito autónomo e independiente en razón a su propia naturaleza específica, viene a delimitar con perfiles más ostensibles, la línea separatoria existente entre lo ilícito civil y lo antijurídico penal, constituyendo su **dolo peculiar o cualificativo el abuso de confianza en que el culpable incide y del que se prevale para hacer suyas las cosas muebles o efectos que recibe de ajena pertenencia a título de depósito, comisión, administración o cualquier otro, no traslativo de dominio, que consiguientemente obliga a devolver, entregar o destinar lo recibido a un fin preordenado, pero de las que aquél se apropia, distrae o niega haberlas recibido, disponiendo de ellas o reteniéndolas con "animus rem sibi habendi"**, en beneficio propio o ajeno; transformando la simple tenencia o posesión, ciertamente lícita, pero precaria y accidental de los bienes muebles recibidos, en propiedad ilegítima, con correlativo y cierto perjuicio patrimonial del auténtico dueño, cuyo interés y derecho constituye el bien jurídico penalmente protegido por este delito.

El delito de apropiación indebida es, por tanto, **de resultado y enriquecimiento**, cuya **consumación se logra con el simultáneo perjuicio material ajeno**, o sea, acrecentando el patrimonio del sujeto activo en detrimento y a costa del sujeto pasivo. (S. 23 junio 1975.)

§ 21. Artículo 540-541, **Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.**

Castiga nuestro T. S. el cobro de **primas ilegales en concepto de alquileres de viviendas**, por estimar que:

Del tenor literal del artículo 540 del Código penal se desprende que el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas se integra por los siguientes elementos esenciales:

1.º **Un intento de alterar los precios**, con lo que el Código considera consumado el delito, y como delito denominado de **resultado cortado**, esto es,

que la mera tentativa integra el delito, con independencia de que el sujeto consiga los fines propuestos por su acción.

2.º Tales alteraciones de precios se refieren a los que de modo normal y natural habrían de resultar de la "libre concurrencia" de la oferta y la demanda.

3.º Puede recaer tal intento sobre **productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas tanto muebles como inmuebles.**

4.º El medio de exteriorizar la intención puede ser variadísimo, tanto **difundiendo noticias falsas o tendenciosas, como amenazas o engaño o cualquiera otra maquinación,** con lo que tales **medios son ilimitados,** la numeración del Código es a **título de ejemplo** y abarca todos aquellos medios físicos, morales o engañosos y de presión mediante creación de ambientes enrarecidos por noticias insidiosas y ardidés que conduzcan adecuadamente al intento de alterar los precios, que es la esencia del delito.

5.º Todos los **objetos, mercancías y bienes han de ser objeto de contratación, estar dentro del comercio de los hombres, y tal intento tiene su correspondiente reflejo en el contrato,** a virtud del cual aquéllos se trafican o son objeto de la relación jurídica.

6.º El artículo 541 **agrava las penas,** cuando las conductas del artículo anterior recaen en **objetos de primera necesidad,** entre los que cita de manera expresa las **viviendas,** por más que aquí haya **precios políticos.**

A este respecto, la doctrina de esta Sala ha establecido que los mismos preceptos amparan la **ley natural de la oferta y de la demanda,** determinante del libre cambio económico; destacando en el delito; **un elemento subjetivo o ideal,** que es esparcir falsos rumores, noticias o cualquier otro artificio, actuación falaz y engañosa, con la finalidad de realizar **el elemento objetivo,** que es intentar alterar los precios naturales de los productos, mercancías o bienes mediante la aceptación contractual del sujeto pasivo que determina el abono de un precio indebido superior al de la libre concurrencia. En tal sentido, puede hablarse de una especie de **estafa contractual** que, al desbordar los límites privados, altera los precios, con proyección, pues, netamente social. De otra parte, también se ha recogido expresamente en tal figura delictiva las **primas obtenidas por arriendos de viviendas a que se refería la Ley de 27 de abril de 1946, en cuanto implica una superposición a los alquileres que alteran la libertad contractual,** que supone, **no un precio abusivo en aquéllos, sino un añadido al alquiler,** debiendo entenderse por tales **toda cantidad de dinero o de otra clase de bienes recibida por el arrendador, con independencia y al margen de la renta legal contractual propia del alquiler de viviendas.** (SS. 11 junio 1970, 7 mayo 1971 y 14 mayo 1975.)

§ 22. Artículo 546 bis a) **Encubrimiento autónomo.**

Para este peculiar injusto penal se ha requerido en su construcción legislativa: de una parte, **el conocimiento de una adquisición delictual y patrimonial;** y de otra, **el propósito por el injusto adquirente de lucrarse de los efectos depredados.** Ahora bien, racional y lógicamente, este conocimiento no exige y requiere que el torticero comprador sepa y le conste con absoluta precisión de las características del delito origen de la ilícita adquisición de la que obtiene

para su personal lucro y beneficio. En este sentido, son reiterativas las decisiones jurisprudenciales de la Sala 2.^a que, en glosa e interpretación judicial del precepto base de la condena impugnada, han declarado:

a) Es doctrina reiterada que **bastaba con el conocimiento de la existencia de un delito, aunque no se conociera su figura**, habida cuenta de la finalidad que inspiró la Ley de 9 de mayo de 1950, tendente a extinguir, o cuando menos a menguar esta plaga social dificultando la salida, en los delitos contra la propiedad de los efectos sustraídos. (S. 4 abril 1962.)

b) **Basta conocer su ilícita procedencia.** (S. 27 septiembre 1963.)

c) Basta que **el comprador o adquirente sepan que la cosa es de origen ilícito.** (S. 18 junio 1963.)

d) Tiene como **dolo específico** conocer la ilícita procedencia y aprovecharse. (S. 7 marzo 1964.)

e) No es preciso que el conocimiento del previo delito sea perfecto, de modo que haga ilusoria la aplicación de la Ley, bastando el conocimiento de una actividad dolosa contra la propiedad. (S. 26 abril 1965.)

f) La "praxis viene expresando tal exigencia subjetiva al acuñar expresiones del "conocimiento de la procedencia delictiva ajena" o simplemente ilícita de los efectos receptados. (S. 27 abril 1972.)

g) Es suficiente que el encubridor lucrativo posea un estado anímico de certeza de la realidad anterior de un delito patrimonial (S. 9 febrero 1973.)

h) Se refiere a conocer que su origen inmediato fue un quehacer delictual. (SS. 3 mayo 1973 y 27 mayo 1975.)