

Jurisprudencia penal

1976

(2.^a parte)

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal

Artículo 8.º, 12. Obediencia debida.

La circunstancia de ce del artículo 8.º del Código penal, "obrar en virtud de obediencia debida", exige fundamentalmente una subordinación del que obedece al que manda, hecho que, evidentemente, concurre en el presente caso, dada la condición de empleado del recurrente; que tal subordinación sea ordenada o reconocida por la ley, un mandato legítimo según la normativa legal, una orden emanada desde el campo de las atribuciones del que manda; una obligación del subordinado de examinar si la orden es justa o injusta, porque a éste no se le puede obligar a un acatamiento ciego de toda clase de órdenes. Habiendo aclarado la doctrina de esta Sala que si la orden es delictiva no vincula al trabajador o empleado (Sentencias de 23 de mayo de 1969, 23 de junio de 1973, 22 de mayo de 1974, entre otras).

Examinado a la luz de esta doctrina las indicaciones, órdenes u autorizaciones del ctro procesado, que quebrar respecto del recurrente, en cuanto exceden del campo de sus atribuciones, no son legítimas, no son justas, eran delictivas y no vinculaban al recurrente, porque emitir talones contra la cuenta corriente a sabiendas de la falta de la provisión de fondos, entraba en lo delictivo y no obligaba al empleado, al que, por tanto si obedeció, cooperó necesariamente a la prosecución del hecho delictivo. (S. 30 abril 1976.)

Artículo 9, 9.º. Arrepentimiento espontáneo.

La apreciación de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo consignada en el número 9, del artículo 9.º, del Código penal, tiene que demostrarse o presumirse el haberse producido en la psique del autor del delito, un sentimiento de pesar y desagrado por haber quebrantado la ley, unido a la voluntad de restaurar la situación jurídica por él perturbada

y que se manifiesta externamente en la realización espontánea, o sea, en base a motivos exclusivamente internos o de autodeterminación; de todas o de alguna de las conductas enunciadas al final de dicho precepto, dirigidas a reparar o disminuir los efectos del delito; atenuación basada sin duda en la experiencia general de que quien así obra, revela una menor persistencia en sus instintos criminosos y por tanto un mayor grado de socialización que es índice de su menor peligrosidad y demuestra como innecesaria la imposición de la totalidad de la pena señalada. (S. 10 mayo 1976.)

Artículo 10, 6.^a. Premeditación (en robo con homicidio).

En el robo con homicidio, al mantener ambos delitos componentes del complejo su peculiar autonomía y poder operar la premeditación en muchos casos sin inherencia en el robo, y sobre todo en el homicidio, la doctrina de esta Sala viene admitiendo con reiteración la operatividad de tal circunstancia agravante cuando en el plan preordenado se incluyese el uso de medios violentos cara a las personas, operando con los mismos, en contra de éstas, con "animus necandi" o aceptando tener que emplearlos, de oponerse a la sustracción, para matar y negando la posibilidad de aceptar la premeditación, si abarcó sólo el hecho del robo, surgiendo ocasional y accidentalmente la muerte homicida no querida ni prevista anticipadamente—Sentencias de 18 de marzo de 1948, 1 de marzo de 1952, 7 de julio de 1955 y 18 de mayo de 1959, entre otras. (S. 16 junio 1976.)

Artículo 10, 7.^a. Disfraz (compatibilidad con premeditación).

La circunstancia agravante de disfraz, del número 7.^o, del artículo 10, del Código penal, de condición objetiva y referida a lo modal e instrumental, tiende prácticamente a imposibilitar el agente su identificación, por la víctima, u otras personas, para dificultar el riesgo eventual y futuro, de su persecución por la administración de justicia, y opera, cuando el culpable se vale de cualquier artificio, con el fin de alterar y desfigurar sus rasgos fisionómicos o personales característicos, con tendencia a eludir o evitar su reconocimiento, debiendo de agregarse a su carácter objetivo la intención de buscar de propósito el disfraz, o de utilizarlo conscientemente para delinquir; agravante la indicada que por tener distinto fundamento es compatible con la premeditación—Sentencias de 11 de julio de 1894 y 3 de junio de 1900—, no es inherente al delito de robo—Sentencia de 17 de mayo de 1955— y opera en el robo con homicidio preordenado, cuando el hecho de cubrirse la cara con un pañuelo, con deseo impunista, se dirige tanto a la realización de la sustracción querida, como al eventual y posible homicidio aceptado, a diferencia de lo que sucedería de ser ocasional el homicidio, como estableció la resolución de esta Sala de 14 de junio de 1961. (S. 16 junio 1976)

Artículo 10, 13. Nocturnidad.

La "ratio essendi" de la agravación se encuentra en las facilidades comitivas que el delincuente halla cuando se ampara en las sombras de la noche,

en la dificultad, cuando no imposibilidad, de su identificación, en la impunidad consiguiente, en la ausencia de otras personas que puedan acudir en auxilio del ofendido o estorbar la perpetración del hecho, y, finalmente, en lo desprevenido y desvalido que se encuentra dicho ofendido cuando el delito se comete en horas dedicadas, de ordinario, al descanso nocturno, y, en cuanto a los segundos, con reiterar que la circunstancia analizada consta de los siguientes elementos: 1.º) requisito **objetivo**, compuesto, a su vez, por dos factores: a) la **oscuridad** o ausencia de luz solar, concepto **no coincidente** con el del antiguo artículo 7 del Código civil—derogado por la reforma de 17 de marzo de 1973, texto articulado de 31 de mayo de 1974—, el que afirmaba que debía entenderse por noche “desde que se pone hasta que sale el Sol”, y que por consiguiente incluía dentro del concepto los crepúsculos vespertino y matutino, durante los cuales, aunque no brille el Sol, hay claridad procedente de dicho astro, epílogo de su ocaso o prólogo de su salida, habiendo sido rechazado, por razones obvias, por este Tribunal, a efectos penales, y que se acomoda exactamente con el significado gramatical de la palabra “noche”, “tiempo en que después de puesto el Sol cesa la claridad que de él procede”, y de la expresión “de noche”, “después del crepúsculo vespertino”; y b) **soledad**, que de ordinario acompaña a la oscuridad y que es indispensable, pues, aunque sea de noche, no podrá apreciarse la agravante si el lugar del suceso se halla muy concurrido de gentes; 2.º) requisito **subjetivo**, esto es, que las propicias circunstancias que aureolan a la noche, hayan sido buscadas de propósito o aprovechadas por los agentes para la mejor consecución de sus antijurídicos fines; y 3.º) requisito **procesal**, pues los demás requisitos han de figurar en la declaración de hechos probados de la sentencia penal; es decir, que han de estar tan acreditados, desde el punto de vista fáctico, como el delito mismo de que se trate. S. 11 mayo 1976.)

Artículo 10, 15. Reincidencia.

Del resultado de hechos probados se desprende que el procesado había sido ejecutoriamente condenado por delito de estafa en fecha 12-3-71, por delito de emisión de cheque en descubierto por Sentencia de fecha 24-1-72, por Sentencia de fecha 19-6-70 por delito de estafa, por Sentencia de 22-12-70 por dos delitos de emisión de cheque en descubierto, por Sentencia de 13-12-1972 por delito de cheque en descubierto y por Sentencias de fechas 7-6-72 y 26-6-72 por sendos delitos de estafa, es claro, que como en ninguna de ellas se aprecia la reincidencia, se debe entender infringida la regla 6.ª del artículo 61 del Código penal en relación con la circunstancia 15 del artículo 10, por lo que procede estimar el motivo del recurso que invocando la aplicación indebida de dichos preceptos, pues como repetidamente ha venido declarando esta Sala a partir de la Sentencia de 24 de enero de 1972, sólo puede imponerse la pena superior en uno o dos grados, o sea, la multirreincidencia a partir de la segunda reincidencia, lo que supone el que el delincuente haya sido declarado reincidente o hubiera podido ser declarado por segunda vez en sentencia anterior, lo que no consta en el caso de autos, doctrina que es aplicable no obstante la vigente redacción del párrafo 6.º, del artículo 61. en relación con la circunstancia 15 del artículo 10, porque los hechos

ocurrieron en diciembre de 1972 y la reforma de los mentados preceptos se llevó a cabo en noviembre de 1974. (S. 20 abril 1976.)

El concepto de reincidencia, del artículo 10, número quince, ha variado con la nueva redacción dada al Código penal en 28 de noviembre de 1974, que en contraste con la anterior destacan las siguientes diferencias: En la redacción anterior a noviembre de 1974 no se hablaba para nada de doble reincidencia, sino de lo que era reincidencia consistente en que al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del Código penal. En el artículo 61, número sexto, se dejaba la apreciación de la segunda reincidencia, sin definir y, por tanto, poniéndola en manos de la facultad interpretativa de los Tribunales que vinieron aplicándola en la forma indicada. La medida legislativa de 1974 reaccionó contra la templada interpretación jurisprudencial, incidiendo por vía de interpretación normativa en lo que de ordinario queda como facultad de los Tribunales y restringiendo el beneficio pro-reo que viene campeando en el actual Derecho penal, vino a formular su definición de la segunda reincidencia diciendo que existe —por ministerio legal— doble reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado en una o varias sentencias por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título del Código penal. Nueva fórmula a cuyo tenor cabe llegar a que con una sola sentencia, que abarque varios delitos, un culpable puede ser reincidente o que sin previa primera reincidencia, venga a encontrarse incurso en segunda o doble reincidencia en sentido legal, dispar del que para la básica reincidencia simple sigue dando el párrafo segundo, del número quince, del artículo 10 del vigente Código penal, equiparando, así, a este peculiar efecto, multidelincuencia con multirreincidencia. (S. 21 mayo 1976.)

Artículo 28. Límite inferior de la pena de multa.

El problema relativo a si por razón de delito se puede imponer o no multa inferior a la mínima establecida en el artículo 28 del Código penal, cuando venga impuesta al delito de que se trate como principal y único, en atención a los supuestos de imperfección ejecutiva, grados de participación o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ha sido resuelto en sentido negativo por esta Sala en multitud de sentencias y, entre ellas, en las de 2 de noviembre de 1966, 5 de diciembre de 1968, 10 de febrero de 1969, 4 de junio de 1970 y 17 de mayo de 1976. (S. 16 junio 1976.)

Artículo 61, 3.^a. Compensación de circunstancias.

La compensación a que alude la regla tercera del artículo 61 se refiere a atenuantes y agravantes genéricas o comunes; no cuando una de ellas es de esta índole y la otra de rango privilegiado (como atenuante) o de rango extraordinario (como sucede con la superagravante de multirreincidencia); pues en tales casos entra primeramente en juego la atenuante o agravante de carácter excepcional y regidas por reglas de propia aplicación—cual acontece con la multirreincidencia, gobernada especialmente por la regla sexta del artículo 61—, para que después desplieguen su eficacia las atenuantes o

agravantes comunes o genéricas a las que van destinadas las reglas primera y segunda de dicho precepto, de modo que sólo ellas pueden ser susceptibles de compensación en la forma prevista en la regla tercera. (S. 14 mayo 1976.)

Artículo 68. Concurso de leyes.

Los hechos descritos en la sentencia de instancia pueden ser comprendidos indistintamente en el citado artículo 452 bis b), primer inciso, o en el artículo 430 del mismo Cuerpo legal, puesto que han sido cometidos por medio de actos corruptores sobre menores de doce años, con ánimo lúbrico o libidinoso, y contra la honestidad y el pudor individual de los mismos, por lo que en la imposibilidad de castigar dos veces los mismos hechos, quebrantando el fundamental principio penal del "non bis in idem", el juzgador deberá decidir su subsanación en uno u otro tipo legal, acudiendo para ello en nuestro Derecho a lo preceptuado en el artículo 68 del mentado Cuerpo legal punitivo que le ordena encuadrar o incardinar los hechos en aquel al que venga señalada mayor sanción, en este caso a la corrupción del artículo 452 bis b), que lleva aparejada la pena de prisión menor en sus grados medio o máximo, multa de 5.000 a 25.000 pesetas e inhabilitación especial, mientras que el delito de abusos deshonestos del artículo 430 del mismo Cuerpo legal sólo figura castigado con la de prisión menor en toda su extensión, por lo que ésta tiene un mínimo más reducido y no va acompañada de la de multa, lo que en este concreto supuesto coincide con una mayor justicia, ya que la ofensa a la primera de las normas citadas contiene un más profundo ataque a los sentimientos de honestidad poseídos por nuestra comunidad nacional, que aparecen quebrantados en mucho mayor grado por quien para satisfacer sus aberraciones sexuales ejerce una acción corruptora continuada durante casi dos años sobre las víctimas, capaz de crear hábitos viciosos y depravados en éstos con trascendencia para su futuro, que quien se limita a realizar esporádicamente un acto deshonesto sobre un menor, producto de un impulso momentáneo lascivo. (S. 20 abril 1976.)

Artículo 231, 2.º, y 422, p. 1.º: Atentado y lesiones.

Entre el delito de atentado y el de resistencia existe la diferencia de la actitud del sujeto frente al principio de autoridad, pues mientras en la resistencia el agente adopta una actitud pasiva, negándose a cumplir un mandato, en el atentado su posición es activa en cuanto que realiza un acto de acometimiento o agresión física y como tal ha reputado esta Sala el hecho de lanzar un vehículo contra un agente de tráfico (Sentencias de 20 de octubre de 1965, 18 de noviembre de 1969, 1 de julio de 1970 y 20 de febrero de 1974), por lo que, al aparecer del resultando de hechos probados que el procesado al ser denunciado porque había cometido una infracción de tráfico por el guardia municipal que se hallaba de servicio y vistiendo el uniforme de su cargo, puso el coche en marcha y arremetió contra el guardia, causándole lesiones de las que tardó en curar veinticinco días, es claro, que lo que cometió fue un delito de atentado. (S. 18 mayo 1976.)

Artículo 306. Falsedad.

A diferencia del delito de falsificación de documentos públicos, oficiales o de comercio, en el que sólo se exige que la inveracidad o mixtificación sea perpetrada con dolo falsario, el delito de falsedad de documento privado incardinado en el artículo 306 del Código penal, y como ya destacaron las Sentencias de este Tribunal de 6 de abril de 1933, 7 de julio de 1934 y 18 de mayo de 1935, además de la "mutatio veritatis" cometida con dolo falsario, requiere la presencia del llamado "animus damnosus", el que se traduce en dos exigencias típicas alternativas, una de ellas de carácter **objetivo**, y que algunos sectores califican de condición objetiva de la punibilidad —con perjuicio de tercero—, y otra de naturaleza **subjetiva**, reputada, por la generalidad, elemento subjetivo del injusto típico —con ánimo de causárselo—; debiéndose subrayar, y con ello se rebate la opinión del recurrente que, **por una parte** este perjuicio es requisito indispensable o "ad substantiam", como declararon las Sentencias de 31 de enero y 15 de febrero de 1883, 22 de junio de 1893, 5 de enero de 1928, 8 de noviembre de 1934, 17 de julio de 1940 y 2 de octubre de 1943, pero para entenderlo cumplido basta con que exista o se proponga causarlo el agente, sin que sea indispensable su exacta fijación ni la obtención de un lucro por parte del sujeto activo, máxime cuando no se exige, según opinión doctrinal y jurisprudencial constantes —véanse Sentencias de este Tribunal de 5 de enero de 1876, 5 de enero de 1878, 14 de febrero de 1944, 1 de febrero de 1945, 24 de marzo de 1960, 4 de junio de 1963, 3 de abril de 1964 y 24 de diciembre de 1974, que ese perjuicio, logrado o simplemente querido, se cause en los intereses materiales de un tercero, pudiendo, por tanto, ser patrimonial o moral y siendo innecesaria de todo punto su exacta o aproximada valoración crematística; y, **por otra**, el término "tercero", como destacó la Sentencia de este Tribunal de 6 de octubre de 1975, no se refiere al llamado **tercero simple** —persona que no ha intervenido en el acto o contrato de que se trate ni es causahabiente de cualquiera de los otorgantes—, **ni al tercero civil** —persona que, sin haber intervenido en el acto o contrato referido, se relaciona, jurídica y posteriormente, con alguno de los primitivos intervinientes, sobre el mismo objeto del acto o contrato mencionados—, sino que dicho término, tal como lo indica la clásica frase "alterum prejudicium", equivale a la expresión "a otro", es decir, que basta con que el perjuicio se cause o intente causar a persona o personas distintas del propio agente falsario. (S. 15 junio 1976.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones.

El artículo 420, número tercero, del Código penal, sobre el delito de lesiones abarca varios supuestos que el Código separa con la disyuntiva, o y que suficientemente recogidos son los siguientes: 1.º, Que el ofendido quede deforme. 2.º, Que hubiera perdido miembro no principal. 3.º, Que hubiere quedado inutilizado de él. 4.º, Que hubiere estado enfermo—consecuencia de las mismas—por más de noventa días. 5.º, Que hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual por más de noventa días. Limitándonos—porque así interesa a los fines del recurso—al número tercero de los supuestos

contemplados, inutilización de miembro no principal, es constante doctrina de esta Sala que la anquilosis interfalángica de un dedo—el pulgar—de la mano derecha, es inutilización de miembro no principal (Sentencias de 6 de mayo de 1926 y 16 de febrero de 1952). Que la inutilidad no es preciso que sea total, basta que sea parcial (Sentencia de 14 de diciembre de 1922), que no es precisa la inutilidad absoluta y sí sólo deficiencia funcional (Sentencia de 11 de abril de 1955), la de los dedos de la mano (Sentencia de 14 de febrero de 1902), ligera anquilosis del codo, que dificulta en parte la función del mismo y del brazo (Sentencia de 30 de diciembre de 1960), la seudo artrosis del antebrazo izquierdo constituye incapacidad parcial y permanente, para el oficio de labrador. (S. 3 noviembre 1962.)

En el supuesto que nos ocupa, uno de los lesionados le quedó como secuela definitiva una parcial anquilosis interfalángica, en la mano derecha y movilidad de los dedos, excepto el pulgar, disminuida en un ochenta por ciento, es indudable que el precepto aplicado por la Sala de instancia, artículo 420, número tercero, del Código penal, lo fue con toda corrección. (S. 25 junio 1976.)

Artículo 431. Escándalo público.

Esta Sala, ha declarado a través de numerosas sentencias y, entre ellas, en las de 18 de enero de 1965, 7 de abril del mismo año, 27 de junio de 1966, 21 de diciembre de 1966, 6 de junio de 1968 y 6 de febrero de 1969, que el exhibicionismo, para que sea delictivo, no precisa que se realice ante una multitud, sino que basta que con los actos inmorales se ofenda el pudor de quien no lo consiente, aunque sea una sola persona y, asimismo, que mientras el “escándalo” se proyecta a terceros la “trascendencia” atiende a la importancia, gravedad y consecuencia del acto realizado, cuyos efectos, en orden al daño moral que pudo causar a las ofendidas, se ponen de relieve por sí mismas. (S. 21 junio 1976.)

Artículo 436. Estupro (Promesa de matrimonio).

Conforme al texto literal del párrafo primero del artículo 436 del Código penal, el delito de estupro simple o común se configura por la concurrencia del yacimiento carnal entre varón y mujer, que ésta sea mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, y que intervenga engaño. Centrándose la cuestión sobre el engaño y siendo de matizar que aunque exigido para la perfección del tipo punible en el precepto penal mencionado, dicho engaño no es definitivo, descrito o determinado por el legislador cualificativa o cuantitativamente, prescindiendo el texto penal vigente incluso del calificativo de “grave”, que aun siendo de relativa imprecisión figurara en Códigos Penales precedentes al actual, lo que ha motivado la abundante doctrina de esta Sala en su función jurisdiccional interpretativa en el sentido, de que tal requisito viene constituido por el proceso de captación psíquica de la voluntad de la ofendida a que consienta en el acceso carnal propuesto, que generalmente precisa el transcurso de un lapso de tiempo de maduración a través de relaciones de noviazgo que culminan en promesa matrimonial explícita o deducida racional y lógicamente de tales relaciones, mantenidas públicamente con

conocimiento familiar, social y ambiental, entre personas que no tienen impedimento natural o jurídico para llegar al matrimonio, relaciones a las que los usos, costumbres y opinión común atribuyen un propósito de ulterior casamiento, por no tener virtualmente otra finalidad o razón de sostenimiento, y siendo así que los hechos probados de la sentencia recurrida acreditan sustancialmente que el procesado inició las relaciones en marzo de 1974 con la menor con el carácter de formalidad y notoriedad general antes indicado, requiriendo a ésta para que accediese a realizar el acto carnal, a lo que se opuso, hasta que prometiéndole reiteradamente que contraerían matrimonio logró satisfacer sus apetencias lúbricas el 21 de julio de 1974 y en otras tres o cuatro veces consecutivas y posteriores, tras de lo cual rompió las mismas, una vez logrados sus torpes propósitos sexuales, de lo que se desprende inequívocamente el requisito engañoso indispensable para la integración del delito estimado, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva en la que se sustenta el motivo exclusivamente basada en el escaso tiempo que duraron tales relaciones, lo que denotaba una apetencia sexual recíproca, determinante en todo caso de una conducta en el recurrente censurable en el orden moral, pero en forma alguna reprochable penalmente, argumentación desprovista de convicción suasoria al no ser el tiempo factor prevalente en la configuración del engaño, aunque pueda reconocérsele efectos en conjunción con otros elementos que contribuyen a su causación, y que en el caso enjuiciado los tuvo al ser el transcurrido desde el 3 de marzo al 21 de julio de 1974, superior a los cuatro meses y medio, bastante y suficiente para que unido a que la ofendida contaba dieciséis años al ocurrir los hechos enjuiciados y que tenía reducida su capacidad mental y volitiva, como así mismo constata el párrafo final del relato probatorio, hizo mucho más eficiente y sugestiva la maliciosa labor captatoria psíquica desplegada por el recurrente y de mayor intensidad el engaño a que sometió a su víctima por las expresadas circunstancias concurrentes en ella. (S. 22 junio 1976.)

Artículo 452 bis b): 1.º. Corrupción de menores.

Aunque la definición de la corrupción presenta dificultades que no ofrece la de la prostitución, dada la amplitud del precepto consignado en el artículo 452 bis b) y su finalidad, deben entenderse comprendidas en el mismo toda la gama de posibles actividades impúdicas que sean susceptibles de depravar, dañar o viciar a una de las personas designadas en la norma (Sentencias de 20 de noviembre y 13 de diciembre de 1971, entre otras muchas); que tratándose de una tipicidad de tendencias y no de resultado material, el delito se consuma desde el momento en el que se inicia al menor en el camino de su perdición por el vicio (Sentencias de 8-3-1929, 21-12-1954, 9-12-1970); que suprimido el requisito de la habitualidad por la reforma del Código penal de 1963, es punible cualquier acción esporádica que promueva, favorezca o facilite la corrupción (Sentencias de 15-2-64, 9-2-1970 y 5 de marzo de 1971); que tanto pueden ser sujetos activos del delito de corrupción los intermedarios que promuevan, favorezcan o faciliten la corrupción de los menores como quienes lo hagan en provecho propio (Sentencias de 1-3-68, 5-3-1971, 2-3-1972, 21-11-1972. (S. 29 abril 1976.)

Artículo 487, 2.º. Abandono de familia.

Lo sancionado en el número segundo del artículo 487 del Código penal es el abandono de los deberes inherentes a la patria potestad y al vínculo contraído a causa de conducta desordenada, y como el procesado desde hacía unas seis años abandonó el domicilio familiar dejando a su esposa y a cuatro hijos en edades comprendidas entre los siete y diecisiete años, yéndose a vivir maritalmente con otra mujer, con la que comparte negocios y una cuenta corriente en el Banco, visitando sólo esporádicamente su hogar, desatendiendo el cuidado de todos los suyos, el incumplimiento de los deberes inherentes al vínculo matrimonial y a las relaciones paterno filiales, resulta claro y manifiesto dejó de cumplir dichos deberes, pudiendo hacerlo si hubiera prescindido de su desordenada conducta viviendo maritalmente con otra mujer, reservando el producto de su trabajo a satisfacer las necesidades más perentorias de sus familiares y al cumplimiento de sus deberes ético-morales y naturales respecto de sus hijos, en edad tan crítica, en que es absolutamente necesaria la autoridad paterna. (S. 18 mayo 1976.)

Artículos 500, 504-4.º y 279 bis. Robo y sustitución de placa matrícula.

El llamado **delito progresivo** debe ser distinguido cuidadosamente tanto del **concurso de normas** como del **concurso de delitos**, en tanto en cuanto el fenómeno de progresión delictiva implica el paso de un **minus** a un **plus** de actividad criminosa, es decir, el **tránsito** de un delito menos grave a un delito más grave cuya identidad de elementos constitutivos determina la absorción del primero por el segundo; mientras que en el concurso de normas se trata de **un mismo hecho delictivo** susceptible de ser subsumido en diversas disposiciones legales y en el concurso de delitos se da **pluralidad de delitos** que ora se penan cumulativamente (concurso real o material), ora se castigan unitariamente (concurso ideal o formal), caso este último el más próximo al delito progresivo, pero que sigue distinguiéndose del mismo, pues si bien tienen de común la aplicación de la pena correspondiente al delito más grave a virtud del sistema de absorción (artículo 71 del Código penal), no es menos cierto que los delitos en concurso siguen conservando su individualidad, sea que la misma acción constituya dos o más delitos, sea que uno de ellos devenga medio necesario para cometer otro, pues incluso en este supuesto de concurso instrumental o medial y por mucha que sea la conexidad necesaria, la absorción opera sobre las penas pero no sobre los delitos, que, en cambio, en el delito progresivo quedan refundidos en el más grave, supuesto éste que no necesita una extrema disposición legal, puesto que resulta de la naturaleza misma de las cosas y del principio siempre latente en Derecho punitivo del **non bis in idem**, al que repugna castigar dos veces los actos que por estar en la misma línea de ataque del bien jurídico protegido se refunden en la acción culminante y de más entidad penal.

A la luz de la anterior consideración, debe repelerse el único motivo del recurso que estima infringido por indebida aplicación el artículo 279 bis, párrafo segundo, del Código penal, por entender que los dos delitos de sustitución de matrícula son delitos secundarios que debieron quedar subsumidos

en el delito principal de robo del automóvil, en tanto en cuanto el ataque patrimonial que constituye esta última infracción no hubiera podido consumarse sin aquellas alteraciones de la matrícula de los dos vehículos: el propio del procesado y el ajeno sustraído, de suerte que el intercambio de las placas devino en medio imprescindible para la sustracción; argumento que en ningún modo puede admitirse, pues en primer lugar, cuando tuvo lugar el mencionado cambio de matrículas, ya estaba jurídicamente consumado el delito de robo y se había entrado por el recurrente en la fase de agotamiento del delito o efectividad del lucro; en segundo lugar, que la diversidad de bienes jurídicos tan dispares como la **fides pública** atacada por el delito falsario de sustitución de placa de matrícula en el artículo 279 bis y el patrimonio ajeno lesionado por el delito de robo del automóvil, sancionado por los artículos 500, 504, número cuarto, y 505, número segundo, del Código penal, impide toda unificación so capa de progresión delictiva; y, en fin, que ni siquiera cabe hablar de un supuesto de concurso ideal—el de conexidad teleológica de delitos—, puesto que la alteración o cambio de matrícula obró no como medio necesario para cometer el robo, sino para ocultarlo o encubrirlo según expresa declaración del **factum**. (S. 21 junio 1976.)

Artículo 501, 1.º. Robo con homicidio.

El delito de robo con homicidio es una infracción criminal compleja, integrada por la lesión de dos bienes jurídicos distintos —vida y propiedad— y efectuado por hechos diferentes, cada uno de los cuales constituye autónomamente un delito de homicidio y otro de robo, aunque éste sea la causa preponderante, principal o primaria en la idea del agente, operando la muerte como medio o como simple consecuencia o efecto del deseo ejecutado, de apoderamiento de los bienes ajenos, con ánimo de lucro, siendo irrelevante que la muerte homicida proceda, acompañe o subsiga a la sustracción, pero exigiéndose siempre en la realización de ésta elementos culpabilísticos que eliminan el criticable sentido objetivista del tipo del artículo 501, núm. 1.º, del Código penal y su indudable tono de causalismo material, rechazando las muertes debidas al azar, a lo fortuito o de condición casual y también las culposas, debiéndose de tener en esta singular figura criminal siempre presente, la distinción fundamental que realiza, con sumo acierto, la doctrina científica, entre “el robo con homicidio preordenado” y “el robo con homicidio episódico”, pues mientras aquél se integra por un robo planeado o concebido con propósito directo de matar o al menos aceptando el posible desenlace, previsto hipotéticamente, con dolo eventual, éste se constituye por la realización de un robo querido, en cuya ejecución o sin solución de continuidad, surge la muerte de una persona, esporádica, incidental o de manera ocasionalmente sobrevenida, sin resultar prevista por el ladrón, siendo más grave, indudablemente, la primera figura, de muerte preordenada, al robo, por la superior entidad culpabilística que posee y que previamente abraza los dos delitos del complejo, al concebirse el robo, matando o con posibilidad de matar, con doble ánimo, “lucrandi” y “recandi”, y cuya distinción, aunque na regulada en nuestra ley penal, ha servido para obtener consecuencias jurisprudenciales, beneficiosas para el reo, en la efectividad de las circunstancias

de agravación, al requerir, por regla general, para poder aplicarse, que abarquen a los dos delitos complejos, lo que muy difícil sucederá cuando la muerte sea ocasional. S. 16 junio 1976.)

Artículo 504, 3.ª. Robo con fuerza en las cosas.

El artículo 504 del Código penal determina cuándo un hecho ha de calificarse de robo con fuerza en las cosas, y en su número tercero contiene dos modalidades de ejecución: A) Fractura de armarios, arcas u otra clase de objetos cerrados o sellados o de las cerraduras de los mismos, lo que en concepto del legislador es equivalente, esto es fractura de los armarios o de sus cerraduras, por el atentado que el rompimiento de unas y otros supone contra las defensas que el propietario ha colocado en aquéllos. B) Su sustracción para fracturarlos o violentarlos, fuera del robo. En esta segunda modalidad se distinguen dos momentos perfectamente diferenciados: la sustracción de los armarios, arcas u objetos cerrados y sellados, con una finalidad. Y el remate de esta finalidad o cumplimiento de la voluntad del agente: fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo. Como ha sostenido la doctrina de esta Sala, el apoderamiento no es preciso que sea violento, la finalidad sobre el lucro, es la violencia ejercida sobre el objeto cerrado o sellado que va a producir aquel lucro, consumándose el delito con la aprehensión de la cosa, para fracturarla o violentarla fuera del lugar del robo, tanto si se ejerce esta segunda fase como si no se ejerce, pues el detalle de la conducta posterior, escapa de las previsiones legislativas. (S. 13 mayo 1976.)

Artículo 529, 1.º. Estafa.

Es doctrina declarada por esta Sala que al ser nota característica del delito de estafa la defraudación cometida mediante engaño, allí donde se utilice éste como medio para lograr un desplazamiento patrimonial que sin él no hubiera tenido lugar, surgirá esa tipicidad delictiva. (S. 10 mayo 1976.)

El delito de estafa se integra por los consabidos requisitos —engaño, perjuicio, relación de causalidad o nexo causal entre aquél y éste, y ánimo de lucro—, debiéndose destacar que el **engaño** es la verdadera espina dorsal de la infracción estudiada, consistiendo en la ficción, (apariencia, maniobra, maquinación, ardid, estratagema, treta, argucia, asechanza a la buena fe ajena o falta de verdad en lo que se piensa, dice o hace creer —Sentencia de 2 de marzo de 1936—, dirigido todo ello a viciar la voluntad o el consentimiento de la víctima, la cual, inducida a error, termina concediendo lo que de otro modo no hubiera dado o entrega una prestación o realiza la conducta patrimonialmente valuable apetecida por el infractor; debiendo dicho engaño, por regla general, tener la calidad de eficaz para el logro de los fines defraudatorios, si bien ciertos sectores doctrinales tratan de **objetivar** la entidad del mismo, atribuyéndole sólo tal calidad a los que fueron idóneos o aptos para inducir a error a personas de mediana cultura, a hombres de prudencia o sagacidad ordinarios, “al buen padre de familia”, “al ciudadano medio”, o, finalmente, “al que observa normal diligencia”, llegando a negar la eficacia y trascendencia del engaño cuando el sujeto pasivo demuestra una credulidad

rayana en la necesidad, añadiendo que una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de la entraña de la conducta ajena puede llegar a ser causa de que la defraudación más que producto de un engaño deba considerarse consecuencia de censurable abandono; mientras que otros, con más atinado y moderno criterio, estiman que la aptitud e idoneidad del engaño, así como su eficacia, deben **subjativarse**, reputándolo relevante en tanto en cuanto haya bastado para inducir a error al sujeto pasivo, siendo de tal índole que oculte al perjudicado el carácter nocivo de su acto de disposición, añadiendo que la entidad de dicho engaño ha de medirse no con cálculos objetivamente cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa real en el caso concreto, pues maniobras del más alto contenido pueden ser idóneas si producen el resultado deseado gracias a la rusticidad o mínima cultura del sujeto pasivo, terminando por proclamar que es un concepto pleno de relativismo que debe apreciarse "intuitu personae", toda vez que, como dice la Sentencia de este Tribunal de 4 de marzo de 1955, no impide la realidad de la estafa lo deleznable del subterfugio realizado por el culpable, habiendo agregado, las Sentencias de 24 de octubre de 1962 y 4 de abril de 1963, que no hay por qué fijar módulos cuantitativos de idoneidad y aptitud objetiva del engaño, sino que es preferible atenerse a la eficacia real frente al caso concreto: doctrina reiterada por la Sentencia de este Tribunal de 27 de junio de 1957, y especialmente por la de 13 de mayo del mismo año, la que destacó, a este respecto, que aunque la maniobra o falacia utilizada deben revestir apariencias de seriedad y realidad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia, no dejan de constituir antijurídica maquinación por el hecho de que hubiera podido descubrirse o desenmascarse el fraude con relativa facilidad, pues precisamente el terreno más propicio para la perpetración de estas defraudaciones se halla en los sujetos pasivos crédulos y confiados y que actúan de buena fe, mientras que de obrar todos los humanos con recelo recíproco, desconfianza, previsión, cautela y suma diligencia, exigiendo toda clase de garantías y adoptando precauciones, no sería posible cometer delitos de esa índole; es decir, y dicho de otra forma, que no importa para la concurrencia del delito, pues es lo normal, que el sujeto pasivo de haber sido menos crédulo y confiado hubiera averiguado la verdad e impedido el fraude, bastando con que haya precedido al desplazamiento patrimonial la ficción, la apariencia o la asechanza a la buena fe ajena que caracteriza a estos delitos, siempre, claro está, que no sean tan burdas y torpes que cualquiera pudiera descubrirlas o que no tengan el menor viso de verosimilitud o de credibilidad y pueda pensarse, con fundamento, que, en realidad, el presunto ofendido, aunque se diga engañado, efectuó la operación y entregó la prestación de que se trate porque lo creyó conveniente para sus intereses, pero de ningún modo inducido por las maniobras poco hábiles del agente. (S. 25 junio 1976.)

Artículo 529, 1.º. Estafa (diferencia con emisión de cheque en descubierto).

Entre las diferencias sustanciales existentes entre el delito de estafa y el delito de emisión de cheques en descubierto, además de aquella del bien jurídico protegido que para el primero se halla en la incolumidad del patri-

monio económico individual ajeno, mientras que en el segundo radica en la seguridad del tráfico jurídico mercantil, por lo que mientras éste es un delito de peligro abstracto el otro es un delito de resultado, aunque los dos necesitan de un engaño que en el primer caso, es más específico, ya que se centra en hacer creer a la víctima la existencia de una provisión de fondos o cuenta corriente existente en poder del librado a cargo del cual le será abonada la cantidad figurada en el cheque, con consciencia por parte del librador y a sabiendas de que tal provisión no existe o es insuficiente; en el de estafa el engaño es más polimorfo y puede consistir en múltiples maniobras, engaños o artificios defraudatorios tan variados como la inagotable imaginación humana, como puede ser la apariencia de bienes o crédito o la simulación de imaginarias negociaciones, por lo que cuando el engaño se limite al libramiento del cheque sin provisión el delito cometido será éste, pero cuando el cheque constituya solamente un elemento más de un complejo artificio defraudatorio maniobra engañosa o "mise in scène" entonces el delito será el más genérico de estafa que abarca todos aquellos proceder es engañosos dirigidos a conseguir un beneficio patrimonial injusto, por lo que en el presente caso figurando consignado en la resolución impugnada que el recurrente se presentó a su víctima como comerciante de amplia solvencia, propietario de un puesto determinado en el mercado de abastos y de dos camiones con chóferes y asalariados a su servicio, lo cual era incierto y estaba dirigido desde su inicio a defraudar a su víctima con el fin de dejar impagada gran parte de la mercancía comprada; tal apariencia engañosa no se limitó desde el principio a aparentar crédito en cuenta corriente, sino una solvencia general que no poseía, que constituyó el elemento esencial para que el vendedor le permitiese la retirada de gran parte de la mercancía, mediante pagos efectuados con los referidos cheques sin provisión, que no jugaron otro papel que hacer creer por una temporada al vendedor que había cobrado, puesto que la deuda preexistía al libramiento y había sido consecuencia de la apariencia de bienes y negocios imaginarios que integraba o completaba la simulación de solvencia general tan hábilmente creada por el recurrente, frente al perjudicado, de donde resulta evidente el encuadramiento de tal conducta en el núm. 1.º del artículo 529 del Código penal, cuya aplicación excluye el artículo 563 bis b) del mismo Código legal. (S. 22 junio 1976.)

Artículo 546 bis a). Receptación (ánimo de lucro).

No puede constituir óbice alguno para que se pueda llegar a la conclusión anteriormente sentada, como erróneamente pretende el recurrente, el hecho de que en la sentencia no se contenga o haga referencia expresa al ánimo de lucro y ello por las razones siguientes: a) Porque este Tribunal tiene declarado en multitud de sentencias, y entre ellas, en las de 15-XI-1894, 7-7-1902, 10-1-1928, 10-12-1943 y 27-5-48, que el ánimo de lucro, como elemento específico de la voluntad se halla comprendido dentro del ámbito de la presunción del artículo 1.º del Código penal, presunción que sólo cede ante la prueba en contrario, y b) Porque es de observar que mientras que el Código penal hace del ánimo de lucro uno de los elementos del tipo de ciertos delitos patrimoniales consignándolo o aludiéndolo expresamente al describir las res-

pectivas figuras, como acontece en las tipologías de apoderamiento más típicas, como son el robo y el hurto, o bien se halla comprendido implícitamente al describir otras figuras, al definir el delito de receptación, emplea como verbo núcleo del tipo, el de “aprovechar” dentro del cual, como ya ha declarado esta Sala, entre otras, en Sentencia de 19 de octubre de 1971, cabe una gama de posibilidades de aprovechamiento numéricamente indeterminada, que rebasan el “animus lucri faciendi” entendido en su acepción estricta de ganancia, enriquecimiento o ventaja económica, es una de las modalidades del dolo en esta figura delictiva, pero no la única o exclusivamente tipificadora, pues basta el ánimo de lucro en su acepción amplia o sinónima de aprovechamiento o utilidad, de forma que para la consumación del delito basta que concurra el “animus capiendi” en conexión bien con el “animus res sibi habendi” o bien simplemente con el “utendi” o el “fruendi” y en consecuencia, el móvil, propósito o elemento ideológicamente finalista no tiene otra trascendencia que la de constituir una de las circunstancias a ponderar por el Tribunal para la graduación de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 546 bis e) del propio Código.

Esta es la interpretación más consecuente con la “ratio essendi” del precepto, cual es, la de sancionar comportamientos que favorezcan o promuevan la comisión de los referidos delitos contra los bienes, a la vez que implican una continuidad en el ataque a los mismos, haciendo posible el agotamiento del delito precedente, pues este presupuesto se cumple aun cuando el receptor no haya sido impulsado por la codicia o no se haya propuesto lograr una ganancia o alcanzar un enriquecimiento o ventaja económica. (S. 30 junio 1976.)

Artículo 565, p. 1.º. Imprudencia temeraria.

Alcanza la categoría de imprudencia temeraria en sumo grado la conducta seguida por el procesado que, conduciendo un coche turismo por un tramo de carretera a velocidad superior a 80 kilómetros hora y no obstante ver que a unos 50 metros, y en su misma dirección, marchaba una motocicleta, vuelve la cabeza para ver cómo dormía un amigo que iba en el asiento posterior del turismo, descuidando totalmente la conducción de su coche —como dicen literalmente los hechos probados—, y con olvido de las más elementales reglas que la prudencia aconseja y los peligros que entraña la desatención en la conducción de vehículos de motor, así como las consecuencias dañosas que pueda originar, máxime habiendo visto, como vio, que a tan corta distancia marchaba la motocicleta por su derecha y escasa velocidad, a la que, como era previsible, alcanzó, colisionando con ella, dando varias vueltas de campana el turismo, que quedó en posición invertida, y produciendo la muerte a uno de los ocupantes de la moto, que quedó debajo del coche y causando al otro lesiones muy graves de las que ha quedado incapacitado para dedicarse a sus ocupaciones habituales, y lesiones de menor importancia los dos ocupantes del turismo. (S. 6 mayo 1976.)

La existencia de una infracción reglamentaria no solamente es compatible con la calificación de la imprudencia como temeraria, sino que en muchas ocasiones, la infracción reglamentaria, “per se” es de tal trascendencia, que

constituye ya un dato demostrativo de la gravedad de la culpa, lo que aconteció en el supuesto de autos, en el que la magnitud del deber de cuidado que el procesado dejó de observar, así como la previsibilidad del resultado aparece del hecho de que no sólo haya dejado de observar el deber de cautela que para la seguridad de la circulación viaria impone, con carácter genérico, el artículo 17 del Código de Circulación, sino que hizo caso omiso de las reiteradas señales de tráfico que le advertían del peligro próximo y le ordenaban la observancia de unos límites de velocidad con el fin de que al atemperarse a las condiciones topográficas del lugar quedase eliminado el riesgo de que se pudiesen producir resultados lesivos como el que se produjo de modo que su contumaz inobservancia de elementales normas de prudencia es reveladora de una conducta acreedora a la reprochabilidad inherente a la calificación hecha por la Sala de Instancia. (S. 30 junio 1976)