

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.  
Letrado del Estado

## ARTÍCULO 8.11. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. FUERZAS DE SEGURIDAD

*(STS de 23 de febrero de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

La exigente que se aduce, requiere para su estimación los siguientes requisitos: 1.º) que se trate necesariamente de Autoridad o de sus agentes; 2.º) que dicha Autoridad o sus agentes se hallen en el ejercicio de la función pública a ellos encomendada, es decir, cumpliendo unos deberes que su cargo le impone; 3.º) que su comportamiento violento y el uso de la fuerza sean necesarios, entendiéndose la necesidad para la acción, cuando sea racionalmente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la menor lesividad posible para conseguir el cumplimiento de la misión que le corresponde desempeñar, distinguiendo la doctrina entre la necesidad de la violencia en abstracto y en concreto, lo cual equivale a la idoneidad del medio, específicamente utilizado, de tal forma que si falta la necesidad abstracta del empleo de la fuerza, no podrá operar ni como exigente completa, ni como incompleta, y si falta la necesidad en concreto podrá aplicarse al amparo del número 1.º del artículo 9.º del Código penal; 4.º) gravedad intrínseca del hecho, de tal forma que si la transgresión no era especialmente trascendente, no se podrá calificar la actuación de la Autoridad o sus agentes como ajustada a Derecho, si bien no habiendo la debida proporción entre el mal producido o asegurado y el medio empleado para prevenirlo, cabe la aplicación de la exigente incompleta, y 5.º) que se produzca resistencia por parte de la víctima, por lo que **en los casos del transgresor que huye, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimidaciones, hacen uso de las armas de fuego, sólo cabe hablar de legitimación cuando concurre ausencia de otros medios y el delito cometido era de gravedad y capital importancia** —cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1960, 9 de marzo de 1963, 9 de mayo de 1969, 25 de abril de 1980, 13 de mayo de 1982, 24 de febrero de 1983, 9 de diciembre de 1986 y 23 de julio de 1987.

Es obvio, que haciendo aplicación de las consideraciones expuestas al caso

enjuiciado, si bien el recurrente, Policía Nacional, se hallaba de servicio el día de la comisión de los hechos y, por tanto, gozaba de la cualidad de Agente de la Autoridad, según el artículo 7.º de la Ley de 13 de marzo de 1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin embargo, ni el delito cometido era de tal gravedad intrínseca que hiciese necesario el uso de las armas de fuego, ni la víctima hizo resistencia alguna, sino que huía, existiendo, por tanto, una inadecuación de los medios empleados faltando la necesidad concreta de la violencia utilizada, por lo que si el exceso acontece por esa inadecuación cabría la eximente incompleta. En tal sentido, los apartados c) y d) del número 2.º del artículo 5.º de la Ley mentada, expresa que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sólo deberán utilizar las armas en las situaciones de riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, y ello es incuestionable que no concurría en la actuación del recurrente, por lo que fue correcta la decisión de la Audiencia procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo.

#### **ARTICULO 9.2.º. ATENUANTE DE EMBRIAGUEZ**

*(STS de 12 de febrero de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos).*

*Radiada del Código penal por la reforma de 1944, la explícita formulación de la embriaguez plena y fortuita como subeximente de la más general de trastorno mental transitorio, no puede entenderse, como ha estimado algún sector doctrinal, que con ello se trató de eliminar una larga tradición jurídica que atendía tanto al origen voluntario o involuntario de la ebriedad, como a la mayor o menor intensidad de sus efectos en el psiquismo, para afirmar de modo gradual, decreciente y sistemático la total exención o minoración de la responsabilidad del ebrio que delinque, sino que por ser todo ello evidente, en palabras de los mismo autores de la reforma, se consideró superflua una especial alusión a la causa de inimputabilidad por embriaguez, una vez que se contaba con la de trastorno mental transitorio en la que se estima embebida, pero sin que sea lícito aislar a estos efectos el número 1.º del artículo 8.º y su correlativo número 1.º del artículo 9.º del Código penal, de la específica atenuante 2.ª del artículo 9.º y de la cláusula general de la culpa del artículo 565 del mismo Código, de cuyos preceptos interpretados sistemática y teológicamente resulta que, en todo caso, queda eliminada la embriaguez preordenada al delito, esto es, «buscada de propósito para delinquir», en el lenguaje legal, ya como eximente o bien como atenuante o, dicho de otro modo, la embriaguez como «actio libera in causa dolosa»; que la embriaguez involuntaria o fortuita con totales efectos sobre el psiquismo de quien la sufre, es decir, sobre su capacidad de conocer la significación antijurídica del hecho y de orientar su voluntad en esa dirección, queda comprendida en la eximente 1.ª del artículo 8.º del Código penal; que la exención incompleta del artículo 8.1.º en relación con la 1.ª del 9.º postula lógicamente la misma pureza en cuanto al origen de la embriaguez, esto es, su fortuitud, pero con menor intensidad de efectos sobre las facultades intelectivas y volitivas del sujeto; y*

que, finalmente, la atenuante 2.ª del artículo 9.º, en cuanto ya recoge los casos de embriaguez culposa en su inicio, vale decir la «*actio libera in causa*» culposa, debe considerarse como precepto específico que sustituye a los generales de la culpa de los artículos 565 y 586.3.º del Código penal, únicamente desplazada por la embriaguez habitual exigencia un tanto anómala en el sistema culpabilístico que hemos visto subyace en la regulación legal y que puede reconocer como única explicación que el ebrio habitual puede llegar a equipararse con el alcohólico crónico, muy próximo, cuando no idéntico, al de base patológica originaria o sobrevenida, cuya repercusión en la imputabilidad quedaría abarcada más bien por la enajenación mental completa o incompleta a tenor de los casos, con la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad pertinentes; y, finalmente, la atenuante específica de que se trata podrá ser simple o muy calificada, en virtual paralelismo con la eximente, siquiera la reacción penológica se mida para la eximente incompleta con menor rigor en el artículo 66, que para la atenuación calificada en el artículo 61.5.º del Código penal; doctrina la expuesta que viene manteniéndose por esta Sala con unas u otras palabras en todas sus resoluciones posteriores a la mentada reforma de 1944 (sentencias de 29 de octubre de 1973, 16 de diciembre de 1980, 10 de febrero de 1982, 30 de septiembre de 1983, 8 de julio de 1985 y 8 de mayo de 1986, entre muchas).

#### ARTICULO 71. CONCURSO MEDIAL. NEXO SUBJETIVO

(STS de 25 de enero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego).

Establecida ya la dualidad de tipos aplicables, procede examinar la segunda cuestión planteada, es decir, la de si el robo y la tenencia ilícita de armas configuran el **concurso real** de los artículos 69 y 70 del Código penal o el **concurso medial**, instrumental o teleológico de su artículo 71 —real también para la doctrina moderna mayoritaria, aunque igualado en régimen al concurso ideal propiamente dicho—, y en este punto se ha de señalar: 1.º) Que no parece afortunado el proceder del Tribunal de instancia al acudir al repetido artículo 71, porque —dejando de lado el problema de la estimación de la necesidad medial en abstracto o en concreto— es lo cierto que, según reiterada jurisprudencia, **aquel nexo objetivo ha de ir acompañado por el correspondiente elemento subjetivo, entendido al menos como conocimiento y aceptación de la necesidad objetiva, ya que precisamente esa unidad de voluntad y el deseo de evitar su doble sanción constituyen las razones alegadas de antiguo para justificar el sometimiento de este concurso o igual trato que el ideal** (sentencias de 7 de abril de 1952, 13 de mayo de 1964 y 23 de octubre de 1965, sin olvidar las que, como la de 20 de mayo de 1984, con abundante jurisprudencia, rechazan el concurso medial entre un delito culposo y otro doloso); siendo así que en los hechos probados nada apunta siquiera a que los procesados tuvieran la menor noticia acerca de que el arma en cuestión se hallara o pudiera hallarse en el domicilio escogido para su rapiña. Y 2.º) Que, dicho lo anterior, y vista la previsión de los párrafos segundo y tercero del artículo 71 del Código penal, cuya aplicación se silencia, mal podrá

eludirse el escollo que para la tesis de los recurrentes significa aquí la doctrina de la pena justificada, puesto que la propia Ley rompe la normativa especial de este precepto cuando la pena computada a su tenor excede de las sumas imponibles por separado.

#### **ARTICULOS 231.2.º, 236 Y 237. ATENTADO Y RESISTENCIA GRAVE. DEFERENCIAS**

*(STS de 9 de febrero de 1988. Pte. Sr. Jiménez Villarejo)*

En el primer motivo que se formaliza en el recurso, acogido al cauce casacional del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del artículo 236 del Código penal al hecho realizado por el procesado, con el argumento de que, según se desprende del relato histórico de la sentencia recurrida, no era atentar contra la integridad física del Agente de la Autoridad, sino meramente escapar del calabozo, lo que aquél pretendía. Hay que oponer a dicha alegación que aunque liberarse del encierro era, en efecto, el móvil que inspiró la conducta del procesado, ello no es óbice para que se afirme la existencia en la acción enjuiciada del dolo característico del delito de atentado, por lo que no merece reproche alguno la calificación jurídica aplicada por el Tribunal de instancia. Si el procesado, según leemos en el resultado de hechos probados, llamó la atención del Cabo de la Policía Nacional con lamentos y quejidos, desde el calabozo de la comisaría donde estaba recluso, con la finalidad de atraer al Agente y que por el mismo se abriese la puerta, como efectivamente hizo, y acto seguido, empujándola violentamente con el pie lanzó la puerta contra quien acababa de descorrer el cerrojo para darse a la fuga, es claro que el acometimiento —pues acometimiento fue golpear con la puerta al Policía— debe ser conceptuado como doloso, con el **dolo que la doctrina denomina directo de segundo grado o de consecuencia necesaria**, puesto que la agresión y las lesiones de la misma derivadas, si bien no constituían el objetivo prioritariamente perseguido por el procesado —que antes que ninguna otra cosa quería huir—, sí estaban inevitablemente unidos a la consecución del logro deseado y de ese modo se le hubieron de representar a aquél, porque no era posible escapar sin abrir violentamente la puerta y ésta, por su parte, no podría ser impelida de la forma en que se hizo sin golpear y herir o contundir al desprevenido Agente que se encontraba detrás. Cierto es que el tipo delictivo descrito en el artículo 236 del Código penal, puesto en relación con el artículo 231.2 del mismo Cuerpo legal, no sólo requiere en quién lo realiza la representación del acometimiento —cuando de un atentado por acometimiento se trata— sino también la conciencia de quien lo sufre es un Agente de la Autoridad o funcionario público que se halla en el ejercicio de sus funciones, pero no lo es menos que, en el supuesto que da origen a este recurso, **sabía perfectamente el culpable que sólo un miembro de la Policía Nacional podía acudir a sus simulados lamentos y entrar en el calabozo para averiguar lo que ocurría, por lo que en su ánimo estaba lanzar la puerta contra un Agente de la Autoridad, en tanto esta violencia era medio imprescindible para quebrantar su detención**. No hubo, pues, indebida aplicación del artículo 236 del Código penal, por lo que este motivo de impugnación debe ser repelido.

Naturalmente, el rechazo del motivo anterior conlleva irremisiblemente el del segundo, igualmente amparado por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se denuncia por el recurrente la inaplicación indebida del artículo 237 del Código penal, pues obvio es que declarada correcta la calificación de atentado, carece de sentido debatir si debió prevalecer en la instancia la de resistencia. Conviene decir, no obstante, que la pretensión de que el hecho cometido por el procesado pudiera ser subsumido en el tipo penal de resistencia estaría, en todo caso, condenado al fracaso, porque así lo impondría la doctrina de esta Sala, expresada en innumerables sentencias, entre las que pueden citarse las de 20 de enero de 1986, 20 de mayo de 1986 y 4 de noviembre de 1986, a cuyo tenor la línea diferencial entre los delitos de atentado y resistencia, quebrantadores ambos del principio de autoridad representado por las personas en que se encarna, está en que la dinámica comisiva del primero es claramente activa, en tanto la del segundo no rebasa los límites de la oposición pasiva, obstativa o inerte, aunque, por supuesto, resuelta y tenaz, caracterización que es más que suficiente para resolver el problema de la tipificación del hecho enjuiciado incardinándolo en la figura de atentado y descartando la aplicabilidad de la de resistencia. También este motivo, en consecuencia, ha de ser repelido.

#### **ARTICULO 244. DESACATO A LA AUTORIDAD. LIBERTAD DE EXPRESION**

*(STS de 21 de enero de 1988. Pte. Sr. Ruiz Vadillo. Contiene un voto particular)*

**Cuarto.** El motivo cuarto formalizado bajo el apoyo procesal del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega aplicación indebida de los artículos 244 (aunque por error mecanográfico se diga 240) y 250 del Código penal, así como del artículo 20.1 a) y 4 de la Constitución.

El motivo ha de prosperar en virtud de las consideraciones jurídicas que a continuación se exponen, las primeras referidas a los principios generales que han de informar la materia y las siguientes en relación con la proyección que aquéllas han de tener en el caso al que se refiere este recurso.

Con carácter amplio y generalizador hay que indicar lo siguiente:

1. Existe una jerarquía intraconstitucional de los bienes o valores integrados en la Ley Fundamental, pero en su determinación no cabe establecer reglas absolutas e inflexibles, sino que éstas han de fijarse en función de las circunstancias concurrentes. El perfil de cada uno de los derechos, en principio, no es nunca absoluto ni ilimitado, sus notas y fronteras, cuando colisiona con otro u otros, vendrán determinados por razones de ponderación y en su caso de preferencia.

2. Estos factores, siempre variables, como corresponde al dinamismo de la propia vida social, han de actuar con distinta intensidad, según los casos, para equilibrar la protección plural y no siempre convergente ni paralela de los derechos fundamentales.

3. La libertad de expresión y de información, dentro de la cual se contiene el derecho a recibirla, de la que es destinatario el Pueblo, constituye uno de los ejes del pluralismo político y uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática; una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres (cfr. sentencia del Tribunal Supremo Europeo de Derechos

Humanos de 7 de diciembre de 1976. Caso Handyside 49). Una de sus expresiones más significativas es el derecho de los medios de comunicación a informar, sin el cual, como acaba de decirse, no existe sociedad democrática y también lo es el derecho-deber de quienes desempeñan funciones para las que fueron elegidos por los ciudadanos y en general de cuantas personas ocupan puestos de autoridad, de comunicar, dentro de los límites que en cada caso procedan, las vicisitudes de los asuntos encomendados y los problemas que su administración produce con análoga significación a la obligación que el mandatario tiene de dar cuenta al mandante o comitente de la gestión ejecutada.

4. Supesar, dentro de la realidad social, siempre compleja, los intereses que convergen en una determinada situación es tarea muy difícil, pero inevitable. El enfrentamiento, real o aparente, entre el derecho a la libre expresión y el derecho al honor en cualquiera de sus manifestaciones, comprendiendo el nivel de respeto y respetabilidad a que tienen derecho todas las personas físicas y jurídicas y las Instituciones, ha de encontrar vías de solución. Es por ello, por lo que corresponde a los Jueces ponderar la relación entre el derecho al honor (y dentro de él con los adecuados temperamentos, la idea de desacato) y las libertades del artículo 20.1 a) y d) de la Constitución. Aquél, no sólo es un límite a estas libertades, sino en sí mismo un derecho fundamental (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1986). Los conceptos necesidad social, así como la proporción al fin que se persigue si es legítimo han de estar presentes en esta decisión.

5. Cuando la doctrina científica se refiere al «efecto irradiante» del derecho fundamental a la libre expresión, lo hace de manera esencial para, dentro del campo de la protección jurídico-penal del honor, determinar su alcance a la luz de la significación del derecho básico a la libertad de expresión y de prensa que ha de fijarse en función de la imprescindibilidad de una información libre en un Estado de Derecho Democrático y Social como el nuestro. Las limitaciones que acompañan a este derecho han de ser por consiguiente interpretadas siempre de manera restrictiva (cfr. sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1979, caso «The Sunday Times» núm. 65).

6. Resulta también imprescindible examinar si concurre algún supuesto de justificación (cfr. artículo 8.11 del Código penal) y si existe el imprescindible elemento subjetivo o culpabilístico, situándose en sede constitucional bajo las ideas de que no hay derechos absolutos e ilimitados, de que cuando son varios los que concurren en un determinado supuesto hay que sopesarlos y finalmente que todo ello ha de ser contemplado bajo el prisma del principio de proporcionalidad.

7. Siendo la justicia un horizonte de equilibrio, la Constitución significa la armonía por excelencia y dentro de ella se integra la idea de proporción que obliga, en los casos de concurrencia de derechos, incompatibles entre sí, a fijar las preferencias, según el criterio constitucional aplicado al caso concreto debatido.

8. Como conclusión hay que señalar que el conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor de la persona perjudicada por aquélla, no puede resolverse dando preferencia al segundo, sino que se impone una adecuada ponderación, sin olvidar que el derecho a la información junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición absolutamente necesaria para el recto ejercicio de todos los demás derechos en los que se funda el sistema político democrático (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1986). Es obligado, en este sentido, como recuerda el Auto de esta Sala de 30 de octubre de 1987, replantearse la adecuación de

la calificación de determinadas frases y palabras, incluso cuando objetivamente parezcan ofensivas, de acuerdo con la índole eminentemente circunstancial de delito de injurias (y por extensión de los desacatos, salvando las distancias), en el contexto histórico en que las mismas fueron proferidas, como puede ser las contiendas entre los partidos políticos o la censura, que los representantes del Pueblo formulan en orden a determinadas decisiones legislativas, administrativas o judiciales.

**Quinto.** La aplicación de la doctrina acabada de exponer al caso del presente recurso conduce a las siguientes consideraciones:

1. El derecho a la crítica que el procesado, como cualquier persona, pudo ejercitar, está sometido a unas determinadas limitaciones y pautas jurídicas y sociales de comportamiento que vienen impuestas por la existencia de un conflicto con otros bienes jurídicos. Se trata, pues, de un problema de límites que ha de resolverse sopesando la naturaleza y caracteres de cada uno.

2. La condición de Alcalde de una ciudad a cuyos intereses afecta la resolución judicial censurada, con la finalidad esencial de darla a conocer a los ciudadanos, es precisamente, en este concreto caso, lo que destruye el «animus injuriandi» o intención de difamar, de las frases despectivas y de menosprecio por él pronunciadas, en los términos que enseguida se dirán, profundizando en su sentido y alcance y distinguiéndose así las apariencias de las realidades. En cualquier caso, en principio, el conflicto de los bienes en liza ha de resolverse en favor de aquél que tenga un mayor relieve constitucional.

3. Las expresiones proferidas por el procesado que constan en la sentencia de instancia y que no hay necesidad de repetir, han de ser examinadas en el contexto local y ambiental, muy específico en el que se produjeron, con todas las connotaciones que tal factor supone. La referencia del procesado a una conveniente investigación sobre las complacencias o connivencias que pudieran existir entre algunos magistrados y los abogados defensores, al no explicarse cómo el Auto referenciado se había conocido con una semana de antelación, demuestra, en cuanto esta idea es el centro del hilo argumental del inculpado, que la intencionalidad, aunque con evidente y censurable exceso, no era otra que la de informar a quienes eran, en definitiva, como ciudadanos, destinatarios directos de los efectos de la resolución criticada.

4. La ineludible tensión entre el bien jurídico de la libertad, en cualquiera de sus manifestaciones, y especialmente en cuanto afecta a la libertad de expresión e información, y el derecho al honor y al respecto debido a las Instituciones y a las personas que las encarnan, afectante al ejercicio de las funciones y competencias públicas, ha de situarse, en principio, en una preferencia del primero sobre el segundo, lo que no significa la preterición de este último que pervive siempre, aunque su precisa configuración haya de acomodarse a las importantes exigencias de la invocada libertad de expresión y con ella inseparablemente unida, al menos en potencia, del derecho a la crítica.

5. La idea central del comportamiento del procesado, indebido, desde luego, fue la crítica política, aunque como ya se dijo sujeta a límites que el inculpado desbordó de manera innecesaria. Quien ejercita la libertad de expresión debe tomar conciencia de la responsabilidad que contrae y de los obligados límites que impone una normal y recíprocamente respetuosa convivencia. El problema radica en si este exceso, en este caso concreto, porque son muy difíciles las generalizaciones, está o no incluido en el campo penal, y en este sentido hay que decir

que no existiendo desacato por lo que luego se dirá, sólo es atribuible una sanción social en cuanto a las inexactitudes, excesos verbales o escritos, radicalismos y descalificaciones improcedentes que pueden herir determinados sentimientos sociales en cuanto una comunidad ha de asentarse sobre unas normas de respeto y consideración, compatibles con la crítica, la oposición y el disentimiento.

6. El delito de desacato, objeto de condena, supone: a) una actividad injuriosa, calumniosa, insultante o amenazadora cuya existencia exige, como es obvio, la confrontación de los respectivos preceptos tipificadores de las referidas conductas; b) que el sujeto pasivo reúna los requisitos establecidos en la Ley, y c) el «animus infamandi» o intimidatorio, dolo especial sobre el que, como dice la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1986, gravita todo el peso del elemento subjetivo del injusto. Ninguno de estos supuestos específicos de este último número se dan en este caso: no hubo injurias, porque lo que se quiso, y esa es la razón de su comportamiento, fue informar y criticar, dentro de su consideración de político y menos aún de calumniar por la genericidad de las expresiones y, sobre todo, como ya se ha indicado, por el carácter condicional de su afirmación referida a la necesidad de investigar. La acción, en consecuencia, no fue típica, porque aunque las afirmaciones, directas o indirectas, pudiesen ser objetivamente injuriosas y subsumibles en los delitos de desacato (art. 240 y ss.), de injurias (art. 457 y ss.) o calumnia (art. 453 y ss.) si se hubiesen realizado con ánimo de desacatar, injuriar o calumniar, no hay infracción penal al faltar el elemento subjetivo del injusto, elemento anímico que, como ha dicho la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1984 ha de estar tan acreditado y probado como la acción o dinámica comisiva misma, de acuerdo con los principios en que se inspira la reforma penal realizada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983. Ese propósito no sólo ha de traslucirse de la integridad del relato fáctico y especialmente de los elementos objetivos y puramente descriptivos integrantes del mismo, sino que ha de sobreentenderse tras su lectura detenida de la que debe fluir, aflorar y transparentarse de modo meridiano.

7. El derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión se inspiran y cobran su fuerza legitimadora en dos diferentes fuentes o valores superiores (sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1986). Ambos son definitivamente importantes, pero atendida su naturaleza, a la luz de la Constitución, cuando entran en colisión, se impone, como ya se anticipó, fijar una preferencia que, en principio, corresponde a la libertad de expresión, porque sin ella no puede vivir una sociedad en democracia.

8. El ordenamiento jurídico no es un conjunto de compartimentos estancos, sino un sistema clasificado de valores para garantizar una convivencia en paz, construida sobre el valor justicia. Si en la conducta del procesado, irregular y censurable, atendida su doble condición de Alcalde y Abogado, que le obligaba a un comportamiento más de acuerdo con normas de obligada consideración a todas las personas y en mayor medida, si cabe, a quienes ejercen funciones de autoridad, como él, no se aprecia desacato es muy sencillamente porque no existió ánimo de deshonorar, desacreditar o menospreciar, ni hubo calumnia porque tampoco asumió el resultado positivo o negativo de la investigación que pretendía y en consecuencia no se da el tipo del injusto porque no se han realizado ninguna de las conductas que lo integran al tratarse de una figura penal en blanco, aunque lo sea con determinadas especificidades.

9. En resumen, corresponde a los órganos judiciales, como dice la sentencia



del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986, asumir la interpretación más favorable al derecho fundamental y a la producción de sus efectos (en orden a la libertad de expresión), incluso sobre las normas penales limitadoras del mismo. Todas las restricciones al mismo han de recibir una interpretación restrictiva. Así, pues, la contradicción y colisión entre ambos derechos en pugna conduce en este caso, llevada a cabo la correspondiente ponderación, sobre criterios constitucionales, a la solución ya señalada.

**Sexto.** En este sentido resulta innecesario examinar el motivo quinto que con el mismo apoyo procesal alega no aplicación indebida del último párrafo del artículo 6 bis en relación con el 8 apartado 11, ambos del Código penal, que se interpone con carácter subsidiario. Si no consta acreditado el ánimo de injuriar, en virtud de las precedentes consideraciones, en razón a la idea central que presidió la actuación del procesado, de acuerdo con el cargo de Alcalde que desempeñaba, y la finalidad esencial de informar, unida a un inequívoco deseo de criticar una decisión que a su personal juicio no tenía fácil explicación, no hay infracción penal. No habiendo delito porque la conducta carece de significación jurídico-penal en orden al delito de desacato, en atención al campo desde cuya perspectiva se examina, es decir, en sede constitucional, no hay necesidad de hacer nuevas y más extensas consideraciones en este sentido.

**Séptimo.** Por último, hay que resolver el problema que con carácter subsidiario y con amplias reservas plantea el recurrente sobre si los hechos constituyen la infracción prevista en el artículo 570.5 del Código penal, que se refiere a los que faltaren al respecto y consideración debido a la Autoridad.

Habiéndose eliminado el delito por razones de antijuridicidad y culpabilidad, en virtud de las especificidades que concurren en esta causa, ya descritas, teniendo en cuenta que en el desacato juega no sólo el contenido sustancial de la conducta, sino también las cualidades de la persona que realiza el delito, no puede haber tampoco falta.

Sólo dejando constancia expresa de estas circunstancias puede desaparecer la infracción delictiva. En orden a la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, merecedora siempre de respeto y consideración sin perjuicio de la discrepancia, del derecho a la impugnación por los cauces legales e incluso de la denuncia, se actuó con precipitación y desacierto inexplicables, pero no hubo ánimo de injuriar ni de calumniar, ni por consiguiente desacato, sino censurable comportamiento del procesado, como se ha insistido reiteradamente.

#### DEL VOTO PARTICULAR.

**Primero.** Esta Sala viene entendiendo que la «auctoritas» y «dignitas» que se funden en el bien jurídico atacado en el delito de desacato no excluyen el ejercicio del derecho de crítica y de libre información que forman parte esencial y nuclear del principio constitucional de libertad de expresión —artículo 20.1 a)—, pero la relación entre el derecho al honor —también constitucionalmente afirmado, artículo 20.4— y la libertad de expresión, provoca una tensa y difícil cuestión de límites que se resuelve a favor de la calificación delictiva en presencia de una intención preponderante de agravio, menosprecio o descrédito de la Autoridad y de la dignidad de la función desempeñada, luego de ponderar —a través de los hechos enjuiciados— el valor reconocido a la libertad de expresión en la formación de la opinión pública, de singular trascendencia en la vida comunitaria por estar ligada al pluralismo político imprescindible para el funcionamiento del

Estado social y democrático de Derecho que acepta y define el artículo 1.º de la Carta Constitucional.

En este marco de la libertad de expresión, nada debe oponerse al libre derecho a informar del contenido de las resoluciones judiciales que afectan a temas o problemas de interés general, que desde la perspectiva de quien ostenta una representación cívica es toda una exigencia, y nada puede objetarse a la crítica o censura que discorra en los términos objetivos o neutros que es norma habitual de la exégesis jurisprudencial, e incluso es admisible que trascienda o comprometa a instituciones o personas, con erosión o sacrificio de su imagen pública, dignidad o prestigio social, sólo en la medida de lo necesario para aquellos fines de crítica e información, reconociendo en estos términos el primer lugar que en la vida democrática ostenta la libertad de expresión como instrumento de formación de la opinión pública. En todo caso, la expresión oral o escrita guardará modos; formas o temperamentos, si se quiere que el juego de libertades sea armónico y sin estridencias.

Transportadas estas afirmaciones a la esfera penal, es obvio que deben tener relevancia dos órdenes de comportamientos: el de quienes rebasando toda medida en la libertad de crítica e información, no se detienen ante la dignidad judicial, e innecesariamente socavan el principio de Autoridad inherente a los órganos de la jurisdicción, también indispensable para el buen gobierno de la comunidad; y el de quienes sin traspasar aquella medida, no lo hacen dentro de las debidas coordenadas de consideración y respeto. Para los primeros, están previstos e indicados los artículos 240 y siguientes, y los segundos tienen su sede en el artículo 570.5.º, todos del Código penal ordinario, que han sido invocados — respectivamente— en los motivos cuarto y sexto del recurso.

**Segundo.** El relato de los hechos se refiere a la conversación telefónica mantenida con un locutor de radio en la que el acusado hacía alusión a los veintisiete concejales del Ayuntamiento «**burlados impunemente** por el Auto de la Audiencia de Sevilla», y al día siguiente, en la rueda de prensa convocada «para exponer con tranquilidad el tema a la opinión pública», instaba a investigar «**qué tipo de complacencias o connivencias pueden** existir entre algunos Magistrados y los Abogados defensores», lamentando «que otros señores no hubieran acudido a esa vía fácil, como es acudir en este caso a la Audiencia y conseguir **por arte de birlibirlique una sentencia favorable** o un acto favorable». En esta base o fundamento fáctico de la sentencia, inacatada e inacatable en la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prescindiendo y desdénando las abstractas y vulgares descalificaciones de la Justicia que hizo en la primera comparecencia ante los medios de comunicación, sugiere una investigación sobre las complacencias o connivencias que mediaron entre Magistrados y Abogados y hace una afirmación terminante sobre su existencia, que no pone en duda puesto que solamente se interroga sobre la clase o tipo de relaciones: «qué tipo de complacencias o connivencias...», poniendo el verbo en presente de indicativo y no en subjuntivo con lo que aleja toda idea de posibilidad; hubo, por ende, una imputación de parcialidad a los Jueces **directa y manifiesta**, corroborada a través de esa expresión de burla impune, de las alusiones a la vía fácil para conseguir por arte de birlibirlique una sentencia favorable, es decir, por medios ocultos o fuera de lo ordinario en más correcta traducción semántica, frases que en una consideración aislada pudieran ser tachadas de equívocas, aunque siempre operaría a favor de la imputación calumniosa los artículos 462 y 464 del Código penal.

Existe, en consecuencia, la realidad insoslayable de una imputación calumniosa —la de un delito de prevaricación— a los Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Sevilla, con patente intención difamatoria, que no puede explicarse, justificarse o desvirtuarse acudiendo al derecho de crítica y de libre información que se reconoce al acusado, como regidor y representante de una comunidad y en temas que afectaban a los intereses generales, porque el mensaje al pueblo y a los electores pudo limitarse a una circunstanciada relación de los hechos *sin necesidad* de comprometer la dignidad, el prestigio y la autoridad del órgano jurisdiccional, y no puede estrecharse el campo de la intencionalidad y del conocimiento de la antijuricidad de su conducta, en una persona, como el acusado, en quién concurría la plural condición de Alcalde, Diputado Regional y Abogado, y que se había tomado un tiempo de reflexión para tranquilizar su ánimo. No se trata con ello de mermar en lo más mínimo el derecho-deber de información o de crítica en orden a su dimensión y contenido, sino de revestirlo de aquellas estructuras y formas necesarias para una adecuada y pacífica convivencia. En un Estado de Derecho social y democrático no puede concluirse la existencia de derechos absolutos e ilimitados, debiendo estar afectados o restringidos en la medida en que sea necesario tutelar determinados bienes jurídicos, cuya generalizada puesta en peligro daría al traste con el propio sistema en el que se reconoce y resalta la libertad de expresión como valor fundamental.

La sentencia de Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986 advierte que tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente consideradas por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social»; produciéndose, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Las sentencias de esta Sala de 25 de junio de 1986 y 17 de noviembre de 1987, después de aludir, con matices diferenciales, a los derechos fundamentales activos y a los reaccionales, concluyen que el artículo 18.1 de la Constitución presta cobertura y garantía al derecho al honor, y el 20.1 contiene las libertades de expresión y difusión, ajustándolas a los límites derivados del respeto a los derechos reconocidos en el título, entre ellos el del honor.

En conclusión, el delito de desacato previsto en el artículo 244 del Código penal; en su modalidad calumniosa, ha de completarse —por tratarse de una norma en blanco— con la definición del artículo 453 del mismo Texto, y constituye la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio a la Autoridad, fuera de su presencia, hallándose en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas; subrayada la intención específica de agravio, menosprecio y descrédito de la Autoridad que inspira la conducta enjuiciada, y que se sobrepone —por las razones expuestas— al ánimo de crítica o de información, procede admitir la correcta subsunción de los hechos en el susodicho artículo 244 y, consecuentemente, la desestimación del **motivo cuarto** del recurso.

**ARTICULOS 319 (DEROGADO) Y 349. DELITO FISCAL O CONTRA LA HACIENDA PUBLICA. FALTA DE DECLARACION.**

*(STS de 19 de febrero de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)*

La conducta típica consiste en defraudar a la hacienda estatal —nos referimos a los hechos contemplados en el «factum»— mediante la elusión del pago de impuestos, que es una de las formas de comisión alternativa del artículo 319; y sobre el tema de la defraudación, las sentencias de esta Sala de 29 de junio de 1985 y las más próximas de 12 de marzo de 12 de mayo de 1986 han otorgado a las presunciones legales de este artículo una significación meramente ejemplificativa, aceptando paladinamente la posibilidad de otros comportamientos en que se halle presente el ánimo defraudatorio; y por esta vía se suscita como factible la construcción del concepto de defraudación partiendo de la simple omisión del sujeto tributario, sin la concurrencia de artificio, mecanismo engañoso o «mise en scène» que parecen ser consubstanciales, **comportamiento omisivo** que reviste singular importancia por ser cada vez mayor el número de tributos que exigen del contribuyente alguna declaración e, incluso, la liquidación. Sin desconocer que el tema no es pacífico en la doctrina, para que la guarda esta Sala su mayor atención y respeto, puede sostenerse que una conducta adquiera o pueda adquirir el valor de engaño cuando infringe el deber de verdad reconocido y sancionado por el ordenamiento jurídico; y falta al deber de verdad o de manifestar la realidad no sólo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para pagar insuficientemente, sino quienes, sabedores del deber de declarar, omiten la declaración, porque la Hacienda puede tomar este hecho —«facta concludentia»— como afirmación de que el sujeto obligado no tenía nada que declarar; aunque de algunas y recientes resoluciones de esta Sala pudiera inferirse que la defraudación corresponde a la ocultación o desfiguración de las bases tributarias, queda claro el **comportamiento omisivo como forma de comisión en la sentencia de 29 de junio de 1985 al expresar que «la ausencia de la declaración fiscal devendrá al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el erario público»,** y es patente —añadimos— que quien omite la declaración exigida con intención de eludir el impuesto **«totalmente» no debe ser de mejor condición de quien, en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar «menos de lo debido»,** en ambos casos se advierte una falta de verdad o actitud engañosa, sin que deba relacionarse causalmente el error, es decir, la falsa interpretación de la realidad por la Administración, a la inactividad o ineficacia de sus mecanismos inspectores, prescindiendo o desvalorizando la actitud omisiva del sujeto pasivo del impuesto, de suyo engañosa e idónea, para crear el error y arranque causal del mismo.

**ARTICULOS 319 (DEROGADO) Y 349. DELITO FISCAL O CONTRA LA HACIENDA PUBLICA. FALTA DE DECLARACION. CONSUMACION**

*(STS de 2 de marzo de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)*

La conducta típica consiste en defraudar a la Hacienda estatal —nos referimos a los hechos contemplados en el «factum»— **Mediante la alusión del pago de impuestos,** que es una de las formas de comisión alternativa del artículo 319;

y sobre el tema de la defraudación, las sentencias de esta Sala de 29 de junio de 1985 y las más próximas de 12 de marzo y 12 de mayo de 1986 han otorgado a las presunciones legales de este artículo una significación meramente ejemplificativa, aceptando paladinamente la posibilidad de otros comportamientos en que se halle presente el ánimo defraudatorio; y por esta vía se suscita como factible, la construcción del concepto de defraudación partiendo de la simple omisión del sujeto tributario, sin la concurrencia de artificio, mecanismo engañoso o «mise en scène» que parecen ser consubstanciales, comportamiento omisivo que reviste singular importancia por ser cada vez mayor el número de tributos que exigen del contribuyente alguna declaración e, incluso, la liquidación. Sin desconocer que el tema no es pacífico en la doctrina, para que la guarda esta Sala su mayor atención y respeto, puede sostenerse que una conducta adquiera o pueda adquirir el valor de engaño cuando infringe el deber de verdad reconocido y sancionado por el ordenamiento jurídico; y falta al deber de verdad o de manifestar la realidad no sólo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para pagar insuficientemente, sino quienes, sabedores del deber de declarar, omiten la declaración, porque la Hacienda puede tomar este hecho —«*facta concludentia*»— como afirmación de que el sujeto obligado no tenía nada que declarar; aunque de algunas y recientes resoluciones de esta Sala pudiera inferirse que la defraudación corresponde a la ocultación o desfiguración de las bases tributarias, queda claro el comportamiento omisivo como forma de comisión en la sentencia de 29 de junio de 1985 al expresar que «la ausencia de la declaración fiscal devendrá al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el erario público», y es patente —añadimos— que quien omite la declaración exigida con intención de eludir el impuesto «totalmente» no debe ser de mejor condición de quien, en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar «menos de lo debido», en ambos casos se advierte una falta de verdad o actitud engañosa, sin que deba relacionarse causalmente el error, es decir, la falsa interpretación de la realidad por la Administración, a la inactividad o ineficacia de sus mecanismos inspectores, prescindiendo o desvalorizando la actitud omisiva del sujeto pasivo del impuesto, de suyo engañosa e idónea para crear el error y arranque causal del mismo...

**El delito imputado se consumó o perfeccionó** —supuesto de elusión de pago de impuestos por omisión de la declaración— con la liquidación administrativa, y en este momento y desde el inicio de la efectiva administración de la empresa el acusado conocía la realidad de la deuda tributaria por el impuesto de tráfico de empresas correspondiente al año 1978 y la omisión de la declaración-liquidación del primer trimestre, y, por supuesto, la de los trimestres posteriores a su nombramiento, porque el balance de situación y el avance de la cuenta de explotación del primer semestre de dicho año —unidos al sumario— le habían informado cumplidamente de la deuda tributaria que arrastraba la sociedad a través del montante de las operaciones sujetas a gravamen efectuadas en el período; y, conocedor de estos hechos, había dejado transcurrir todos los plazos reglamentarios para la declaración del tributo, colmándose durante su gestión el nivel cuantitativo que transformaba la infracción administrativa en delito fiscal, dentro del plazo anual que da unidad a las cuotas parciales defraudadas.

**ARTICULO 344.2.º «IN FINE». TRAFICO DE DROGAS. CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA. ACEITE DE HACHIS**

*(STS de 5 de febrero de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos)*

Como ya es harto sabido, desde la reforma de 1983, el artículo 344 del Código penal contiene una dosimetría penal para el tráfico de drogas que parte inicialmente de que las sustancias causen grave daño a la salud, en cuyo caso se castiga el delito con prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas o que no lo causen, supuesto este último que atrae la pena de arresto mayor. Pero luego en estos tipos básicos se insertan una serie de agravantes específicas, entre ellas la de ser de **notoria importancia** la cantidad poseída para traficar, que obligan a imponer las penas superiores en grado. Dentro de este esquema penológico, la doctrina de esta Sala ha tenido que precisar los criterios para medir el alcance de dicha agravante específica, de modo que la «notoria importancia» de la droga puede concretarse no sólo con pautas de cantidad, sino también, dentro del tipo de droga de que se trate, atendiendo a la mayor o menor nocividad del producto (sentencia de 6 de noviembre de 1985, entre muchas), dadas su pureza o concentración de la sustancia tóxica. Así, y por lo que respecta al hachís, se viene estimando por la jurisprudencia de manera general que siendo aquel prototipo de «droga blanda», según terminología al uso, el exceso de un kilogramo atrae la agravación, si bien se exige mucha menor cantidad para el **aceite de hachís** de acuerdo con aquella idea de concentración del producto (sentencia de 29 de diciembre de 1984: considera de notoria importancia la cantidad de 140 gramos de aceite en cuanto representa más de un kilogramo de hachís; en el mismo sentido, sentencia de 13 de mayo de 1986).

**ARTICULO 407. HOMICIDIO. DOLO EVENTUAL**

*(STS de 6 de febrero de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

Como es comúnmente admitido en la doctrina científica y jurisprudencial, entre el concepto de dolo, que requiere el conocimiento y voluntariedad del sujeto en la producción de un resultado antijurídico, y el de «culpa lata o luxuria», también de creación romana, equiparada primero al dolo y luego a la culpa consciente, hay una zona limítrofe, de difícil diferenciación, principalmente cuando se trata del denominado **dolo eventual**, ya que ambas instituciones tienen una estructura común, pues en ninguna de ellas se desea el resultado, y en ambas el agente reconoce la posibilidad de que se produzca el mismo. Entre las **varias teorías** que se han formulado, para su distinción, dos de ellas son las que destacan: **la de probabilidad** y **la del consentimiento o de la aprobación**. La primera, hace depender la colocación de la conducta enjuiciada en el ámbito del dolo o la culpa, según la mayor o menor probabilidad de que ocurra el resultado que se representa el sujeto, dolo eventual, cuando el autor admitió una gran probabilidad y culpa consciente, cuando ésta era muy lejana. Para la segunda, hoy preponderante, lo que lo distingue es que el agente, en el dolo eventual, consienta en la posibilidad del resultado, en definitiva, lo apruebe, es decir, que hubiera seguido

actuando aunque se hubiera representado el resultado como segudo, haciéndolo suyo aquel resultado previsto, mientras en la culpa consciente dejaría enseguida de actuar. Y por último, en una **postura ecléctica**, propugnado por un sector doctrinal, se exige, en el dolo eventual, que el autor no descarte la posibilidad de que el delito se pueda producir, conformándose o resignándose con ella, mientras en la culpa consciente, aun no queriendo, se causa el daño, se advierte su posibilidad, pero se confía en que el resultado no se dará, y en cuanto se deje de confiar en ello, nacerá el dolo eventual. Ahora bien, como quiera que tal asentimiento, consentimiento o conformidad es de naturaleza interna o psíquica, que se halla en lo más profundo de la intimidad del sujeto, en donde para el juzgador es de muy difícil indagación, ello habrá que probarlo o deducirlo de la actuación externa y de las manifestaciones del acto, lo que implica la introducción de una difícil cuestión probatoria, cuando tal asentimiento no ha sido exteriorizado inequívocamente.

#### **ARTICULO 440. RAPTO. COMPONENTE TEMPORAL**

*(STS de 12 de febrero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

El único motivo del recurso de casación, canalizado por el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación indebida del **artículo 440 del Código penal**, por cuanto el ahora recurrente se habría limitado a coger por un brazo a la ofendida, cuando salía ésta del colegio, y, conminándola con una navaja, llevada por camino hasta alcanzar unos naranjos, ya fuera de la visión de otras personas, si bien los gritos de la menor alcanzaron a una mujer que se encontraba en las proximidades e hicieron huir al procesado antes de que consiguiese satisfacer sus propósitos lúbricos, de manera que, conforme a la tesis de la impugnación, toda la conducta enjuiciada quedaría enmarcada como tentativa del delito correspondiente a dicha atención final, sin que cupiera llevar a la figura delictiva de rapto una **privación de libertad carente de duración apreciable**.

Planteada así la cuestión debatida, obligado resulta señalar que la **jurisprudencia, al menos la más reciente, insiste en que el rapto** —supuesta la concurrencia de los restantes requisitos— **no precisa de ninguna proyección temporal**, consumándose desde que se produce la privación de libertad, al igual que carece de relevancia la mayor o menor distancia a que, en una de sus modalidades, se contraiga al traslado de la víctima (sentencia de 21 de mayo de 1981, 6 de febrero y 25 de octubre de 1985 y 16 de diciembre de 1986), **pero simultáneamente reconoce que la diferencia entre este delito contra la libertad sexual y la detención ilegal consiste tan sólo en las miras deshonestas** que, como elemento subjetivo del injusto, informan los tipos del artículo 440 del Código penal (sentencias de 27 de febrero de 1982, 6 de febrero de 1985 y 31 de octubre de 1987), y es aquí —en esta comparación— **dónde la renuncia a una mínima duración de la privación de libertad en el rapto queda en entredicho**, porque precisamente la distinción entre la detención ilegal y el delito de coacciones suele trazarse con ayuda de una mínima dimensión temporal de la privación de libertad ambulatoria (sentencias de 9 de abril y 12 de junio y 16 de diciembre de 1986), si bien falten

ejemplos en los que se acepta la consumación instantánea (sentencias de 21 de mayo y 12 de junio de 1984, 12 de junio de 1985 y 16 de diciembre de 1986), produciéndose así una alternativa de la que se hace eco la reciente sentencia de 17 de febrero de 1987 y que, en todo caso, debe resolverse con un criterio unitario y válido conjuntamente para la detención ilegal y para el rapto, como figuras paralelas frente al delito de coacciones.

Partiendo de la exposición anterior, y no contando en los hechos probados ni el tiempo en que se desarrolló la conducta enjuiciada, ni cuál fuera la distancia recorrida por los sujetos activo y pasivo, parece oportuno estimar —en línea con lo que apunta cumplidamente el relato fáctico— que la proyección de aquella fue tan escasa en el ámbito temporal como en el espacial, de manera que, aceptando como más correcta la doctrina favorable a la exigencia de una mínima continuidad, **procede absolver por el delito de rapto**, incluida la tentativa, puesto que no se pretendía mantener la situación más allá de lo necesario para ejecutar las prácticas obscenas, y **condenar —dentro de una homogeneidad que aleja cualquier reproche de indefensión, incongruencia o falta de contradicción— conforme a la tentativa de abusos violentos**, ya que, de un lado, los hechos probados arrastran la duda sobre si hubo ánimo de gozar o sólo de abusar sexualmente sin llegar al coito, y de otro, **el empleo de la intimidación implica ya un comienzo de la actividad prevista en el artículo 430 del Código penal, en relación con el número 1.º de su artículo 429**, todo ello independientemente de que la edad de la víctima, inferior a doce años, hubiera permitido también la aplicación del número 3.º de dicho artículo —como Ley penal mixta alternativa— en el supuesto de que se hubiesen llegado a realizar actos relativos al abuso sexual en sí mismo considerado.

**ARTICULO 501, PARRAFO ULTIMO. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION. USO DE ARMAS U OTROS INSTRUMENTOS PELIGROSOS QUE SE «LLEVASEN»**

*(STS de 12 de febrero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

Mejor suerte ha de correr el motivo, también único, de infracción de Ley, en el que, al amparo del indicado número 1.º del artículo 849, se denuncia la aplicación indebida del **párrafo último del artículo 501 del Código penal**, pues, efectivamente, **la agravación allí prevista para el uso de armas u otros medios peligrosos se condiciona a que el agente las «llebase», y esta exigencia sólo cobra sentido —y deja de ser superflua— cuando la actividad criminal empieza con ese porte** (recuérdase también el número 1.º del artículo 506), de manera que se acepte el riesgo inherente a la disponibilidad misma de esos instrumentos en el curso de una conducta cuyo desenlace no puede adelantarse con seguridad, todo ello conforme a lo expresado en la reciente sentencia de esta Sala de 14 de septiembre de 1987. En el caso de autos, el ahora recurrente amenazó e intimidó a su víctima «cogiendo un cuchillo que estaba encima de una silla» en la vivienda en que se cometió el robo, y consecuentemente no llevaba el arma en cuestión. Obsérvese, por último, que a la exégesis aquí defendida se llega tanto por consideraciones gramaticales, sistemáticas y lógicas, como desde una perspec-



tiva criminológica que enlaza con los tipos de autor, dada la diferente personalidad de quien se arma «ab initio», creando así con mayor o menor premeditación una situación objetivamente peligrosa, y la de que quien, por el contrario, sólo episódicamente llega a tener en sus manos algunos de los repetidos instrumentos.

#### **ARTICULO 509. INSTRUMENTOS PARA COMETER EL ROBO. PROBLEMAS CONCURSALES.**

*(STS de 1 de marzo de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos)*

El delito de **tenencia de útiles para el robo** ya se considere como acto preparatorio, ya como delito de sospecha, es castigado seguramente por razones de política criminal, lo que explica su pervivencia en derecho comparado, no obstante, lo cual es visto con recelo por la doctrina científica en cuanto puede atentar contra el principio de culpabilidad, razón por la cual, tras la reforma de 1983 y en acatamiento al artículo 1.º del vigente Código penal, debe rechazarse para su apreciación toda presunción de dolo, a fin, por otra parte de que no se subvierta la presunción constitucional de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española), cosas distintas, como dijo con acierto la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1985, de que la concurrencia de dolo en la adquisición o conservación de tales instrumentos destinados especialmente para cometer el delito de robo, sea acreditada por los distintos medios probatorios admitidos en Derecho. De otra parte, y a fin de no rozar tampoco el principio **non bis in idem**, la doctrina de esta Sala ha venido distinguiendo, de antiguo, entre aquellos útiles empleados en la perpetración del delito de robo, caso en que su tenencia queda evidentemente absorbida por el subsiguiente atentado patrimonial, de aquellos otros en que, bien no se emplearon los instrumentos en la ejecución del robo, bien se poseían por el delincuente otros útiles, **además** de los utilizados en la comisión de tal delito, en cuyo caso puede sostenerse la coexistencia de ambas infracciones (vid. entre otras sentencias, 5 de abril de 1979).

#### **ARTICULO 510.2.º. LLAVES LEGITIMAS SUSTRIDAS A SU PROPIETARIO**

*(STS de 16 de febrero de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)*

La **doctrina jurisprudencial** —incluso en recientes resoluciones—, al aplicar el artículo 510.2.º del Código penal, **entiende que la palabra «sustraidas» es un elemento normativo que encierra o engloba cualquier acceso a la posesión de la llave legítima contra o sin la voluntad de su dueño**, bastando su utilización por persona no autorizada por el propietario (sentencias de 25 de diciembre de 1977, 1 de julio de 1981, 26 de marzo de 1982, 2 de octubre, 22 de noviembre y 6 de diciembre de 1984), y en este criterio interpretativo se apoya el Ministerio Fiscal para propugnar la tipificación de robo con fuerza frente al hurto que sustenta el fallo de instancia. Otro grupo de sentencias, también numeroso, hace una descripción de acciones que pueden ser incluidas e la «substracción», tan generosa a veces que prácticamente es un desarrollo de aquel criterio (vid. senten-

cia de 13 de octubre de 1986), pero algunas se limitan al citar el robo, el hurto, al retención indebida o los medios engañosos, y a referirse, con pretensiones de generalización, a todo apoderamiento doloso de las llaves legítimas (sentencias de 23 de febrero de 1977, 24 de noviembre de 1978 y 23 de marzo de 1984).

**Es posible que el criterio jurisprudencial que sirve de fundamento al recurso haga una explicación extensiva del artículo 510.2.º del Código no muy acorde con el principio de legalidad**, porque la palabra «subtraídas», de la que no puede alajarse una interpretación ajustada, lleva en sí misma el propósito indudable de recortar los modos de acceso a la posesión de las llaves, es decir, no se quiso que fueran «todos» los realizados contra o sin la voluntad del propietario, sino *sólo* el desapoderamiento que llevara consigo cierta carga intencional o dolosa, donde cabrían, a título de ejemplo, el robo, el hurto, la retención indebida o la acción engañosa, y a este sentido se acogen el Proyecto de Código penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983, cuando aluden, en coincidente redacción, a las llaves legítimas obtenidas «por un medio que constituya infracción penal» (artículos 249 y 234, respectivamente).

Al descender al supuesto fáctico, y sin buscar ayuda en la referencia negativa a la sustracción, que, por su índole normativa, encerraría un concepto jurídico predeterminante, la realidad es una **falta absoluta de constancia en los hechos de la forma o medio en que la llave llegó a poder del sujeto**; cualquier versión llevaría al Tribunal al terreno de la conjetura, y la afirmación —suposición— de un apoderamiento doloso sería insostenible porque, además de improbable, deja malparado el principio «pro reo»; procede, por ende, la desestimación del recurso que, en la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala la aplicación indebida del artículo 514 del Código y la correlativa falta de aplicación del artículo 504.4.º en relación con el 510.2.º, todos del mismo Texto legal.

#### **ARTICULO 516 BIS 2.º. UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. FUERZA EN LAS COSAS.**

*(STS de 22 de enero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

Si bien la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencia entienden la referencia a la fuerza en las cosas como una remisión a las modalidades comisivas del artículo 504 de dicho Texto legal (sentencias de 17 de enero y 4 de febrero de 1975, 12 de junio de 1976, 30 de octubre de 1981 y 3 de marzo de 1986, contra la opinión mantenida por la del 13 de marzo de 1985, a cuyo tenor aquel precepto sólo exigiría genéricamente el uso de fuerza para apoderarse de la cosa robada), y a pesar de que la preparación de un puente eléctrico para poner en marcha el vehículo no puede constituir la circunstancia 4.ª de dicho artículo 504 como no parece que sea subsumible en la misma el empleo de una llave falsa de arranque, pues «la fuerza debe utilizarse para abrir el vehículo y no para ponerlo en movimiento» (como sostiene la doctrina mayoritaria, seguida por las sentencias de 4 de febrero de 1975 y la ya citada de 3 de marzo de 1983, frente a las de 23 de enero de 1982 y 4 de noviembre de 1986), es lo cierto que el Tribunal Supremo ha aplicado constantemente los números 2.º y 3.º del tan repe-

tido artículo 504 aun cuando no se produjeran desperfectos comprobados o valorables (sentencias de 20 de septiembre de 1982, 18 de marzo de 1983, 24 de abril de 1984, 16 de diciembre de 1985 y 29 de noviembre de 1986), de manera que, como se lee en la última sentencia citada, la fuerza «in re» —a efectos del delito de robo— comprende todo esfuerzo material y físico proyectado sobre los elementos, medios y mecanismos de seguridad o cerramiento colocados por el propietario o poseedor en función de la protección o custodia de sus bienes, y, en definitiva, el verbo «forzar» —no recogido en las circunstancias del tipo— se equipara a «fracturar» (por todas, la sentencia de 20 de enero de 1982), y usar «procedimientos de fuerza» para la apertura de la puerta del vehículo (o de una de las ventanillas) equivale a forzarla, lo que lleva a la circunstancia 2.ª del artículo 504, ya que, conforme a las sentencias de 22 de diciembre de 1976, 30 de noviembre de 1977, 6 de noviembre de 1982, 15 de noviembre de 1983 y 13 de julio de 1984, entre otras muchas, esa apertura violenta de un automóvil ha de valorarse igual que la referida a un local cerrado.

