

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesores Titular de Universidad.
Abogado del Estado

ARTICULOS 8.1, 9.1 y 10. DROGADICCION. VALORACION EN LA CULPABILIDAD

(STS de 16 de octubre de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

1. Siguiendo la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala de 16 de septiembre de 1982, 22 de marzo de 1985 y 9 de septiembre de 1987, entre otras muchas, la ingestión, inhalación o aplicación de sustancias estupefacientes y también las denominadas crisis de abstinencia o estados carenciales, los que producen, en el adicto al consumo de dichas sustancias, ansiedad y desequilibrios tanto físicos como psíquicos, influyen de diferente modo en la «psique» del sujeto activo de infracciones delictivas y, por tanto, en su imputabilidad, de tal modo que son por lo menos tres las soluciones: a) si, en el momento de perpetración del hecho o hechos punibles, el agente, gracias al consumo de sustancias estupefacientes o a hallarse intensamente afectado por un estado carencial de las drogas que consume habitualmente, sufre la supresión o total abolición de sus facultades cognoscitivas o de las volitivas, encontrándose privado de raciocinio o de sus facultades de inhibición, de autodominio o autocontrol, dicha plenitud, unida a la fortuidad, determinarán la procedencia de aplicarle al eximente 1.ª del artículo 8 del Código Penal, puesto que, en el momento de comisión de los hechos punibles, era totalmente inimputable; b) si los efectos del consumo o de la crisis de abstinencia han influido, intensa y profundamente, en las facultades intelectivas, o, en las volitivas, pero sin llegar a la abolición de unas o de otras, será de aplicación la eximente incompleta o circunstancia atenuante 1.ª del artículo 9 del Código Penal, en relación a la también 1.ª del artículo 8 del referido cuerpo legal, con los efectos degradantes de la pena, establecidos en el artículo 66 del mismo, y c) finalmente, si la incidencia del consumo o de la crisis de abstinencia, sobre la «psique» del sujeto agente, han sido leves, tenues o de poca intensidad, quedando esencialmente intactas su capacidad de comprender y de querer, aunque mínimamente disminuidas, debe aplicarse la circunstancia 10.ª del artículo 9 ya mencionado, en relación con el número 1.º de

ese precepto y con la eximente 1.^a del artículo 8 de dicho cuerpo legal, si bien los efectos atenuatorios consecutivos a la estimación de la concurrencia de esa circunstancia no serán los privilegiados prescritos en el artículo 66 del mismo, sino los más discretos que previene la regla 1.^a del artículo 61 del meritado Código.

ARTICULO 9.9. ARREPENTIMIENTO ESPONTANEO. OBJETIVACION

(STS de 2 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Moyna Márquez)

Cuarto. Existe en el supuesto «sub iudice» el presupuesto objetivo de la atenuante de arrepentimiento espontáneo: acudir inmediatamente a apagar el fuego con los extintores y mangueras contra incendios que había en el Centro; es decir, contribuir a disminuir los efectos del delito, que es una de las conductas alternativas que admite el texto del artículo 9.9 del Código Penal. Ciertamente, una constante jurisprudencia fue muy rigurosa en la exigencia de un arrepentimiento o a pesar al relacionar la atenuación con la sensibilidad moral del sujeto, pero la más reciente praxis de este Tribunal muestra una tendencia a la objetivación de esta circunstancia al referirse a la conciencia de un obrar antijurídico del que nace la voluntad de restaurar el orden social y jurídico perturbado (sentencias de 11 de marzo, 29 de septiembre y 1 de diciembre de 1987 y 23 de junio de 1988), con absoluta indiferencia hacia los móviles que pueden ser de naturaleza ética o simplemente utilitaria. Procede, en consecuencia, estimar dicha circunstancia de atenuación que, aunque no fue planteada en la instancia, está dotada en los hechos probados de base suficiente.

ARTICULOS 10.15 y 118. REHABILITACION JUDICIAL. PROBLEMATICA GENERAL

(STS de 10 de octubre de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. El segundo y último motivo del recurso tiene igual sede casacional que el anterior, cuya suerte desestimatoria comparta, según se verá seguidamente. En él se reprocha al juzgador de instancia la aplicación indebida de la agravante de reincidencia (circunstancia 15.^a del artículo 10 del Código Penal) en relación con el artículo 118 de ese mismo texto, por entender dos de los ahora recurrentes —Diego G. O. y Enrique-Javier J. D.— que los antecedentes penales podrían haber sido cancelados. Sucede, que, sin embargo, que según puso de relieve la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1987, **la regulación española de la prescripción de la reincidencia, conforme a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, opera con la técnica de la regla general y de sus excepciones, en el sentido de que, acreditada la existencia de antecedentes no cancelados, válidos para apreciar aquella agravante, sólo la prueba absoluta de que, antes de cometidos los nuevos hechos, concurrían los requisitos todos de la rehabilitación, permite —y aún obliga— al Tribunal a abstenerse de aplicar la reincidencia y ordenar la cancelación, tal y como señala el párrafo final del número 4.º del mencionado artículo 118.** Con otras palabras, nuestra defectuosa normativa no sólo se aparta del criterio, más

sencillo y práctico, del simple transcurso del tiempo como determinante de la prescripción de la reincidencia —sea a partir del hecho anterior, en línea con el artículo 58.4 del Código Penal alemán, sea desde la extinción de la responsabilidad penal derivada del delito precedente, según la actual fórmula austriaca—, sino que no tolera, en cuanto al condicionamiento de la cancelación judicial y paralela inaplicación de la reincidencia, que las dudas se resuelvan a favor del reo. Esta conexión pueda originar situaciones materialmente injustas, pero al legislador, y no al Juez, corresponde la exposición general al caso concreto aquí examinado, mal puede acreditarse el transcurso de los plazos del artículo 118 del Código Penal cuando no constan en autos ni las fechas en que quedaron extinguidas las penas impuestas en las condenas anteriores —puntos iniciales de los cómputos—, ni siquiera aquellas de la firmeza de las sentencias. A partir de ahí, ignorándose también las fechas en que empezaran a cumplirse las penas, con abonos o no de prisiones provisionales, el relato fáctico de la sentencia recurrida únicamente admite conjeturas tan arriesgadas como intrascendentes en el mencionado marco legal: uno de los recurrentes fue condenado en sentencia de 28 de enero de 1978 por un delito de robo a dos años, cuatro meses y un día, y el otro lo fue en sentencia de esa misma fecha por dos delitos de robo (a penas que no se indican), y el 1 de diciembre de 1983 por un delito de caza (con igual silencio respecto a la penalidad). Con tan escasos datos resulta imposible afirmar que el día 24 de febrero de 1984, cuando se comete el nuevo delito objeto de enjuiciamiento, las penas de los anteriores habían sido cumplidas y habían transcurrido los plazos del artículo 118.

ARTICULO 11. RELACION ANALOGA A LA CONYUGAL

(STS de 24 de octubre de 1988. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prado)

Segundo. Y en cuanto al motivo tercero del propio recurso, que su sinrazón es sin duda evidente, pues si el procesado se hallaba ligado con la interfecta por relaciones de efectividad análogas a las de cónyuges, tal circunstancia, atendida la naturaleza, los motivos y los efectos del delito perpetrado contra la vida de la víctima, no podía desembocar más que en la agravación de su responsabilidad criminal por la vía del artículo 11 del Código Penal, sin que a ello sea obstáculo alguno, ni que se estimase en favor del recurrente la eximente incompleta de enajenación mental, porque ésta no anula la objetividad de aquella relación de afecto, ni tampoco el que fuese la mujer, contrariada por no querer llevarla su agresor a un baile, la que iniciase la disputa en el curso de la cual golpeó aquélla a éste con un tiesto, pues tan fútil motivo no puede sobreponerse a una relación de efectividad como la expresada en la sentencia, que estaba viva y en plenitud cuando el suceso que se enjuicia tuvo lugar, por lo que procede desestimar este otro motivo del recurso con su secuela de confirmación del fallo impugnado.

ARTICULO 65. DISCRECIONALIDAD EN LA ELECCION DE GRADO. DENTRO DE LA PENA INFERIOR

(STS de 17 de octubre de 1988. Pte. Sr. Barbero Santos)

Aparte de ello, ha de manifestarse que la pena impuesta por la Audiencia es ajustada a Derecho. La pena a imponer al delito continuado de robo con fuerza en las cosas, cuando el valor de lo robado excede de 30.000 pesetas, es la prisión menor (artículo 505.1 del Código Penal). **Por ser el autor un menor de 18 años, el Tribunal puede aplicar la pena inferior en uno o dos grados (artículo 65), pudiendo a su vez recorrer estos grados en toda su extensión.** El Juzgador fundamentó el bajar tan sólo un grado en el hecho de que el menor había cometido dos delitos de robo, aunque se le castigase por tan sólo uno. E impuso la pena de arresto mayor en su grado máximo con el apoyo —aunque no era necesario— de la agravante de reincidencia. Y no era necesario, porque lógicamente **quien está facultado para hacer lo más —descender la pena en uno o dos grados— está facultado para hacer lo menos, elegir el «grado» dentro de ambos grados.**

ARTICULO 67. NATURALEZA JURIDICA DE LA PROHIBICION. REGIMEN. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

(STS de 29 de septiembre de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Por lo que atañe al motivo séptimo —aplicación del **artículo 67 del Código Penal** sin petición de parte acusadora— procede hacer algunas observaciones en cascada: a) Que, interpuesto el motivo por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta evidente el desacierto en cuanto a la vía casacional elegida, ya que no se trata aquí de un error de derecho en la aplicación de un precepto penal de carácter sustantivo, sino de una infracción procesal con repercusiones constitucionales, de manera que el cauce adecuado para la impugnación habría sido el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) Que, pese a lo dicho anteriormente, la imprecisión de sede casacional antes de la promulgación de la mencionada Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, aconseja —como viene haciendo con carácter temporal esta Sala— pasar por alto aquella incorrección y entrar en el examen del motivo, evitando así posibles indefensiones y reforzando el principio de tutela judicial efectiva, de acuerdo todo ello con el artículo 24.1 de nuestra Constitución. c) Que, dentro ya de la problemática del artículo 67 del Código Penal, la jurisprudencia no ha tenido inconveniente en aplicarlo, pese a que nada se previó expresamente sobre el mismo en la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, de manera que **el precepto surge hasta cierto punto «ex novo» con el Decreto de 23 de diciembre de 1984**, dado que su precedente, el artículo 106 del Código de 1928, había desaparecido sin dejar rastro en el Código de 1932. d) Que la **naturaleza jurídica** de la prohibición contenida en el actual artículo 67 ha sido y es muy discutida, si bien la jurisprudencia y tal vez la **doctrina científica mayoritaria** se hayan inclinado por ver en aquélla algo así como una **pena complementaria y facultativa**, o le hayan reservado, al menos, un trato simi-

lar al de una pena, subrayando su proximidad sustantiva a la pena de **destierro**, cuya limitación temporal serviría, además, para llenar el vacío del repetido artículo 67 sobre cual sea la duración máxima de sus previsiones (véase las sentencias de 22 de marzo de 1969, 14 de octubre de 1975, 20 de octubre de 1976 y 12 de octubre de 1980). E) Que, aunque no falten tampoco argumentos sólidos para defender que la repetida prohibición constituye una **medida de seguridad o incluso «sui generis»**, pero no una pena —no aparece en las relaciones de los artículos 27, 70 y 73, descansa primordialmente en la peligrosidad y no en la culpabilidad (hasta el extremo de que su imposición no implica disminución alguna de la pena principal para evitar que la penalidad conjunta pueda superar el marco trazado por la culpabilidad), y, lo que ofrece gran interés y ha sido olvidado con frecuencia, **ya no es preciso retrasar su cumplimiento hasta la extinción de la indicada pena principal, novedad ésta del Código de 1944** (frente al de 1928) que pugna con el sometimiento del destierro al cumplimiento sucesivo de la regla 1.ª del artículo 70— es lo cierto que la citada prohibición afecta **en todo caso** a un derecho básico proclamado en el artículo 19 de la Constitución y encierra un indiscutible contenido aflictivo, de manera que **nadie puede ser condenado a sufrirla sin que se respeten la tutela judicial efectiva y, en definitiva, sus derechos al conocimiento de la acusación y a defenderse**, todo ello de perfecto acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.1 y 2 de nuestra Ley Fundamental. Y F) Que, consecuencia de lo razonado bajo la letra anterior, es la estimación del motivo 7.º del recurso, porque efectivamente, la falta de acusación y la discrecionalidad en el uso del artículo 67, impidieron de raíz toda contradicción sobre el particular, sin que el luego condenado pudiera discutir siquiera extremos tan relevantes como los de su peligrosidad y la procedencia o no de negarle el regreso a Torre Pacheco durante veintitrés años, cuatro meses y un día.

ARTICULO 69 BIS. DELITO CONTINUADO. REQUISITOS

(STS de 17 de octubre de 1988. Pte. Sr. Vivás Marzal)

3. El delito continuado, ficción otrora, creada en beneficio del reo, y realidad ontológica, tangible y palpable, merced a las aportaciones de la doctrina científica y de la jurisprudencia, era mera creación de éstas, sin reconocimiento ni conceptualización legales, hasta la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, cuya ley introdujo, en el texto del mencionado Código, el artículo 69 bis, en el cual, **con mayor o menor fortuna**, se definieron tanto el delito continuado como su próximo pariente, el delito masa. Siguiendo la normativa legal y atendiendo a la doctrina de este Tribunal, emanada de las sentencias de 4 y 28 de octubre de 1984, 17 y 28 de mayo y 11 de junio del mismo año, 2 y 9 de julio también de 1984, 10 de abril y 25 de junio de 1985 y 6 de octubre de 1986, entre otras muchas; los requisitos o elementos de esta polémica figura, son los siguientes: diversidad o pluralidad de acciones, las cuales se refunden o aglutinan merced a dos criterios legales, uno de ellos subjetivo y el otro de naturaleza objetiva, esto es, **ejecución de un plan preconcebido**, lo que equivale al dolo unitario o designio único, mediante el cual lo plútime se unifica en una sola infracción, gracias a que, el agente o agentes

conciben como único lo que necesita, para su perpetración, acciones fragmentadas, zonificadas o parceladas en distintas fases o etapas, las que el infractor aprecia refundidamente merced a su ambición maxidelictiva, o **aprovechando idéntica ocasión**, expresión un tanto enigmática que esta Sala, con una hermenéutica que permita aplicar lo que el legislador expresa tan oscuramente, ha interpretado como ocasión semejante, parecida o análoga; homogeneidad de precepto penal violado, pues, la pluralidad de acciones o de omisiones, ha de infringir **los mismos o semejantes preceptos penales**; no se refiere la definición legal a la unidad o pluralidad de sujetos activos, con lo cual, no parece ser éste obstáculo insuperable, aunque de ordinario se requerirá que los sujetos activos, es decir, los partícipes en las acciones que se trata de refundir, sean los mismos; los sujetos pasivos pueden ser el mismo o distintos, pues el artículo 69 bis se refiere a la ofensa a **uno o varios sujetos**; finalmente, **los lugares y fechas** de comisión de hechos delictivos, aunque el precepto no aluda a ellos, pueden ser diversos, si bien se comprende que un distanciamiento temporal prolongado o una distribución geográfica distante entre los diferentes hechos delictivos contemplados en su singularidad, puede romper todo vínculo de unión entre las acciones e imposibilitar la aplicación de la figura del delito continuado.

ARTICULOS 104 Y 107. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL RECEPTOR

(STS de 27 de junio de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Tercero. Salvando, pues, las aludidas incorrecciones del motivo, cabe señalar:

a) Que la doctrina de esta Sala es clara respecto a que **la responsabilidad civil del receptor sólo alcanza el límite representado por su propio y directo lucro** (sentencias de 24 de octubre de 1975, 18 de abril de 1978, 7 de marzo de 1980, 20 de marzo de 1982, 2 y 18 de enero, 12 de abril y 28 de diciembre de 1984, 9 de mayo y 9 de diciembre de 1985, 7 de marzo de 1986 y 9 de julio de 1987), aplicándose a la correspondiente figura delictiva autónoma lo prescrito en los artículos 15, 101 a 104 y concordantes del Código Penal. b) Que tradicionalmente la jurisprudencia se inclinó por la **solidaridad entre el receptor y los responsables del delito antecedente en lo que atañe a la mencionada cuantía del lucro** (sentencias de 30 de noviembre de 1985, 27 y 31 de mayo de 1975, 22 de noviembre de 1976, 7 de marzo de 1980, 2 y 18 de enero, 12 de abril y 28 de diciembre de 1984, y 9 de mayo y 9 de diciembre de 1985). c) que, si bien tal criterio fue roto por la de 7 de marzo de 1986, a cuyo tenor no habría lugar ni a dicha solidaridad, ni a la subsidiariedad, ni a acción alguna de repetición con la que los partícipes del delito inicial pudieran dirigirse contra el receptor o viceversa, parece oportuno mantener la doctrina tradicional, dada la íntima conexión entre ambas infracciones —la segunda de las cuales refuerza el primer ataque contra la propiedad— y en evitación de posibles enriquecimientos ilícitos de la víctima cuando ésta recibiera por partida doble todo o parte de la indemnización. c) Que en el caso de autos el motivo rechaza la cuantía de la indemnización señalada al receptor, pero no la solidaridad, por lo que resulta oportuno dejar intocado ese extremo. Y d) Que, no constando en los hechos probados el valor de los objetos receptados, pero sí que la cantidad abonada por ellos fue de 2.500 pese-

tas, y señalado en su fundamento jurídico que se trata de precio «ínfimo y exiguo», procede individualizar la indemnización de modo que el margen de error nunca perjudique al ahora recurrente, con lo que puede y debe llegarse a la cifra de diez mil pesetas.

ARTICULO 113. PRESCRIPCIÓN DEL DELITO. CARGA PROBATORIA

(STS de 4 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Sexto. El transcurso del tiempo influye de doble modo en la extinción de la responsabilidad criminal, mediante dos instituciones paralelas, esto es, la prescripción del delito y la prescripción de la pena. En este caso, se invoca la primera, con base y sustentándolo en el apartado sexto del artículo 113 del Código Penal, precepto que dispone que, «las faltas prescriben a los dos meses», plazo que ha de computarse del modo establecido en el artículo 114 siguiente, el cual preceptúa que, el término de la prescripción, comenzará a correr desde el día en el que se hubiera cometido el delito, en este caso las faltas; por tanto, para que prospere la pretensión casacional, polarizada en el cuarto motivo de este recurso, es indispensable que, entre la fecha de perpetración de las dos contravenciones de autos y aquélla en la que se dirija el procedimiento contra el culpable, haya transcurrido ese período de dos meses, acreditamiento que incumbe al acusado, el cual, para el cómputo y para la determinación del punto de arranque del mismo, debe, necesariamente, de partir, de lo declarado probado en la sentencia de instancia.

Séptimo. La narración histórica de la sentencia de instancia —incombatida, puesto que el cuarto motivo se apoya en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, respecto al hecho 2.º), declara, textualmente, «en fecha y lugares que no han podido ser concretados», y en lo que concierne al hecho 3.º, agrega, literalmente, «en fecha no concretada dentro del mes de abril de 1983». Por consiguiente, el punto de arranque del cómputo, no se ha probado cual fuera, en el primer caso, y solamente consta que se perpetró en abril de 1983, en el segundo, sin que el recurrente haya demostrado, o tratado siquiera de acreditar, cuál fue la fecha exacta de perpetración de una u otra infracción contravencional, dato indispensable para el referido cómputo, y que, a él, le incumbe, puesto que se trata de una causa de extinción de su responsabilidad criminal. Por otra parte, el procedimiento se dirigió contra el culpable el 25 de junio de dicho año, dato que ha obtenido esta Sala al amparo de lo dispuesto en el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y examinando la integridad de la causa y, por tanto, la interrupción, del término de la prescripción, pudo producirse tempestivamente, quedando igualmente indemostrado, por el recurrente, y partiendo del intangible relato de hechos probados de la sentencia recurrida, si esa interrupción fue o no extemporánea, y, por tanto, eficaz o ineficaz. Siendo imperativa, merced a los razonamientos expuestos, la desestimación del motivo cuarto de esta impugnación, fundamentado en los preceptos adjetivo y sustantivo ya reseñados.

ARTICULO 222. SEDICION. POSIBLE AUTORIA UNIPERSONAL

(STS de 4 de julio de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primero. El artículo 222 del Código Penal procede de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, y su redacción primitiva fue modificada mediante Ley de 21 de diciembre de 1965, siendo, su texto actual, producto del Real Decreto de 4 de marzo de 1977; aunque, el referido precepto, comienza expresando: «Serán considerados como reos de sedición», al menos en lo que respecta a su número 1.º, difiere, del delito de sedición propiamente dicho, en que no reúne las notas características de colectividad y hostilidad, no siendo preciso el alzamiento al que se refiere el artículo 218, ni necesaria la intervención gubernativa mencionada en el artículo 225, si bien le son aplicables los artículos 223 y 224 del mentado Código. El sujeto activo lo son los funcionarios públicos, cuyo concepto se obtiene acudiendo al artículo 119 del antedicho cuerpo legal, impidiendo, el principio de legalidad, la incriminación de empleados o de particulares que presten los servicios de los que luego se hablará; y, por más que el precepto se exprese en plural, «los funcionarios», no es infracción necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal, pues nada impide en principio que se trate de un solo funcionario, el que, teniendo potestad de mando, ordene, a otros, imperativamente, la cesación temporal de toda actividad relacionada con la prestación de tales servicios o que alteren su regularidad. La dinámica comisiva, consiste en la suspensión o cesación temporal de la prestación de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad, o alteración, en cualquier forma, de su regularidad. El bien jurídico contra el que atenta esta infracción es la prestación, con regularidad, de servicios públicos o de otros, que por su uso social se presentan como particularmente valiosos a ojos del legislador, produciendo su suspensión o alteración, trastornos en los mismos y en la comunidad. Por servicio público hay que entender toda actividad organizada, de carácter técnico, que se presta de un modo regular y constante, bien «uti singuli», bien «uti universi», sin fin lucrativo y que satisface necesidades públicas, colectivas o generales, o intereses de la misma índole, que tiene un régimen jurídico especial, y, cuya gestión, es asumida por la administración, bien directamente, bien por una persona física o por una entidad, por encargo de la Administración dicha o con su colaboración, y por servicios de reconocida e inaplazable necesidad, se entienden aquellos que, bien por determinación legislativa, bien por «communis opinio», no pueden dejar de prestarse sin producir trastornos sociales, carencias de lo indispensable para el entorno comunitario u otras graves consecuencias. Finalmente, en lo subjetivo, abstracción hecha del siempre necesario dolo, el precepto estudiado, no exige una finalidad o elemento tendencial específico, y no hay que olvidar su incardinación en el Título II del Libro también II del Código Penal, cuyo epígrafe se titula «Delitos contra la seguridad interior del Estado», lo que implica que, la infracción, debe propender a atentar contra dicha seguridad interior, contra el funcionamiento normal de las instituciones públicas, contra los derechos fundamentales de la persona reconocidos por las Leyes, o, al menos, contra el ejercicio cotidiano de los mismos.

Segundo. En este caso, la narración histórica de la sentencia de instancia, consigna que, **el acusado, Alcalde de la localidad de Los Corrales, el día 29 de**

julio de 1982, por solidaridad de una huelga general, convocada para ese día, en la provincia de Sevilla, dictó un Decreto en el que ordenaba la suspensión de la actividad municipal, paralizándose, efectivamente, dicha actividad, en acatamiento del referido Decreto, aunque el edificio del Ayuntamiento abrió sus puertas. Sin embargo, la mentada resolución, con evidente penuria descriptiva, no expresa la densidad demográfica de Los Corrales, ni cuáles fueron las actividades municipales suspendidas, ni si éstas se prestaban cotidianamente, ni el número de funcionarios municipales dependientes del Ayuntamiento de la meritada localidad sevillana; quedando, de ese modo y gracias a silenciar datos relevantes, malparada la tipicidad de la conducta del imputado, pues, para la aplicación del número 1.º del artículo 222 del Código Penal, no basta con la suspensión o alteración de actividades públicas, sino que es preciso e indispensable que se trate de servicios públicos —cuyo concepto se ha dado antes— u otros de reconocida e inaplazable necesidad, así como que se produzcan trastornos en ellos o se altere su regularidad, no constando, en este caso, ni la importancia del Municipio afectado, ni si algún servicio público —enseñanza, cementerios, mataderos, alumbrado, regulación del tránsito— u otro de prestación inaplazable, cesaron temporalmente o experimentaron alteraciones en su regularidad, no insertándose, tampoco, en el mencionado «factum», los trastornos producidos por el virtual cierre del Ayuntamiento y por la suspensión de la actividad municipal, o bien, que, los vecinos de la localidad, como consecuencia del cierre, no pudieran ejercitar sus derechos constitucionales o los fundamentales reconocidos por las Leyes. Procediendo, en consecuencia, y dado que, los hechos relatados en la premisa fáctica de la sentencia de instancia, son atípicos y, por tanto, impunes, la estimación del motivo segundo del presente recurso, fundamentado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 222.1, 223.1 y 224 del Código Penal, cuya estimación absuelve, a este Tribunal, del examen y decisión de los motivos primeros, tercero y cuarto, procediendo, asimismo, casar y anular la sentencia dictada, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

ARTICULOS 236 Y 245. ATENTADO. DESACATO. RELACIONES

(STS de 3 de junio de 1988. Pte. Sr. Puerta Luis)

Segundo. En cuanto al primero de los referidos motivos, debe reconocerse que la jurisprudencia ha venido entendiendo que el desacato puede quedar absorbido por la figura del atentado, pero solamente en aquellos supuestos en que exista una intención y simultaneidad de acción entre los insultos y el acometimiento —como precisó la sentencia de 10 de febrero de 1983—, lo que no sucede en el presente caso, ya que, según el relato de los hechos probados en la sentencia recurrida —que, dado el motivo articulado, debe ser respetado íntegramente—, en la conducta de Pedro José se distinguen claramente, por su ocasión y circunstancias, tres conductas distintas: a) los insultos y amenazas proferidos contra el funcionario de servicio Alejandro, que tuvieron lugar sobre las veintiuna horas treinta minutos del día 15 de julio de 1984; b) el abalanzamiento, golpes y derribo del mismo funcionario —que resultó lesionado levemente—, que tuvo lugar el

día siguiente, sobre las nueve horas diez minutos, y c) los repetidos insultos a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, al mando del policía Francisco, proferidos cuando le llevaban al Hospital Provincial, por haber ingerido unos muelles después de haber sido reducido e ingresado en la celda —al igual que el otro procesado—, con motivo del incidente descrito en el apartado b).

De lo dicho se deduce que, en el presente caso, no cabe hablar ni de una unidad de acción, ni de intencionalidad, ni —menos aún— de simultaneidad en las acciones. No cabe apreciar, por tanto, absorción del delito de desacato por el de atentado. La sentencia recurrida es ajustada a derecho en este extremo. Consiguientemente procede la desestimación de este primer motivo.

ARTICULO 237. DESOBEDIENCIA GRAVE. SITUACION DE FUGA

(STS de 17 de septiembre de 1988. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Primero. El recurso se vertebra mediante un motivo único con sede ritualaria en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se denuncia la vulneración por indebida aplicación del precepto penal sustantivo constituido por el artículo 237 del Código Penal, estimando que faltaba el móvil específico de ultraje, ofensa o menosprecio del principio de autoridad que está insito en estas infracciones delictivas.

No cabe negar en forma alguna que el motivo se construye a partir de un dato evidente. En forma exhaustiva la sentencia de esta Sala de 28 de enero de 1982 ha sentado un cuerpo de doctrina que ahora se reproduce en orden a cuándo cabe referirse a un «autoencubrimiento impune», aunque probablemente sería mejor la referencia a autoencubrimiento carente de antijuridicidad. El punto de partido de tal resolución es similar: «en aquellos supuestos —dice— en los que un delincuente, sorprendido en el momento de cometer la infracción o inmediatamente después de perpetrarla y teniendo en su poder, a veces, el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito sea conminado o requerido por la Autoridad o por sus Agentes para que se entregue y lejos de obrar así se da a la fuga y emprende la huida, se ha planteado el problema de si tal conducta entrañaría desobediencia del artículo 237 del Código Penal o si, por el contrario, no debería punirse. Seguidamente hace referencia dicha sentencia a las razones de la doctrina científica y en apoyo genérico de esta ausencia de antijuridicidad invoca la impunidad «ex artículo 334 del Código Penal en la **evasión del detenido**, la del **citado no comparecido**, la no incurrancia en el delito de falso testimonio y la **no producción de delito de desobediencia para el procesado rebelde** y, para el supuesto concreto en que se produjo la decisión sienta la doctrina correcta y que se ratifica de que el emprender veloz huida desatendiendo los requerimientos de los agentes de la autoridad «no fue sino el estado o secuencia terminal del delito que generó el requerimiento».

Segundo. Esta doctrina, por lo demás ya establecida en otras resoluciones como la sentencia de 11 de marzo de 1976, **se matizó** en la sentencia primeramente citada, siguiendo la precedente sentada por este Tribunal de casación en el sentido de excluir de su radio justificativo aquellos supuestos en que haya existido forcejeo, enfrentamiento y violencia. Por ello, al expresar el «factum» que el

vehículo en que viajaban los procesados, lejos de atender las señales de detener su marcha «aceleraron la marcha, lo que obligó al Guardia que estaba en la calzada a dar un salto para no ser atropellado», es obvio que no cabe excluir la antijuricidad de la acción y por ello el motivo debe ser desestimado en la forma que ha sido planteado.

ARTICULO 249. DESORDENES PUBLICOS. DISCUTIDA LEGALIDAD DE SU SEGUNDO PARRAFO. CONCURSO CON LOS ARTICULOS 506.6 Y 516.1 DEL CODIGO PENAL

(STS de 8 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Segundo. En el marco de la infracción de ley, cuestionan los recurrentes la **legalidad del segundo párrafo del artículo 249 del Código Penal** aplicado en la sentencia, alegando en substancia, con el apoyo de algún sector doctrinal, que la incorporación al Código Penal de dicho precepto —procedente de la Ley de 4 de mayo de 1948—, en virtud del Decreto de 28 de marzo de 1963 que aprobó el texto revisado de 1963, rebasó la **autorización conferida al Gobierno por la Ley de 23 de diciembre de 1961**; sin embargo, esta Ley de Bases disponía en el párrafo segundo del artículo 3 que el Gobierno quedaba autorizado para publicar un nuevo texto del Código Penal que recogiese «las modificaciones introducidas en el mismo», desde la promulgación del Texto refundido de 1944 y el artículo 249 del Código fue adicionado por la Ley de 1948 antes citada, que debe considerarse como una modificación legal, tal como fue estimado por el Decreto de 28 de marzo de 1963, por cuanto declaraba comprendidas ciertas conductas en un precepto del Código Penal, y así lo ha venido entendiendo, sin inflexión, la copiosa doctrina jurisprudencial que ha interpretado y aplicado el precepto desde el año 1948 en que fue promulgado. Procede, por ende, la desestimación del motivo sexto del recurso.

Tercero. El Título II del Código Penal bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad interior del Estado», y en el Capítulo IX dedicado a los **desórdenes públicos**, otorga relieve penal a una serie de conductas que alteran o trastornan el ritmo normal de la vida ciudadana, que exige, a su vez, un riguroso respeto a los lugares de uso y de concurrencia colectiva y al normal funcionamiento de los servicios públicos. No es inoportuno recordar aquí que **en el bien jurídico protegido reside el núcleo o raíz inspiradora del delito**, a él debe ir necesariamente referido el elemento o tipo subjetivo, y en él se halla la más autorizada fuente interpretativa para marcar su alcance y los límites del reproche penal; y coherentemente con aquella definición del bien jurídico, el artículo 246, primero del Capítulo indicado, se refiere a la finalidad de atentár contra la paz pública, el artículo 246 bis habla de la tendencia a perturbar la normal actividad en instituciones y lugares públicos, alude al orden público el artículo 247 para causar injuria u otro mal a una persona o para impedir el ejercicio de sus derechos civiles, la alteración del orden público cualifica el delito del artículo 248, el ánimo de causar alarma social es la nota diferenciadora de la conducta prevista en el artículo 249 bis, y la **finalidad de alterar el orden público, a través de los servicios de esta**

índole, justifica y da sentido, aunque de forma implícita, a las formas delictivas del artículo 249. En esta dirección la Ley de 4 de mayo de 1948 antes aludida, al considerar comprendida en este artículo las sustracciones de material destinado al transporte público o, en general, a los servicios de comunicaciones, ponía precisamente el acento (vid. el texto de su Exposición de Motivos) en la alteración del orden público y el trastorno para la comunidad nacional, otorgando en valor prioritario a estos bienes respecto de los daños materiales o perjuicios económicos; la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 14 de noviembre de 1973 y 5 de febrero de 1980) rechazaba la posibilidad de sancionar separadamente el resultado patrimonial por entender —como ha hecho la sentencia recurrida frente a la tesis de la acusación fiscal— que el aprovechamiento quedaba subsumido en la forma agravada de los párrafos segundo y tercero del Código; y en torno a este precepto legal, la construcción del tipo subjetivo no venía exigiendo la intención o finalidad específica de alterar o perturbar el orden público, se contenía con el dolo de consecuencias necesarias sin rebasar el ámbito del dolo directo porque al resultado querido —sustracción— iba anudada, por una relación directa y necesaria, la interrupción o alteración del servicio público.

La nueva ordenación de los delitos patrimoniales en la reforma legislativa de 1983 creó formas agravadas de cosas destinadas al servicio público (artículos 506.6 y 516.1), provocando la concurrencia de estas tipificaciones con las previstas en el párrafo segundo del artículo 249, que no ha pasado desapercibida a la doctrina, aunque sin resonancia, por ahora, en la jurisprudencia de esta Sala; las soluciones que esta situación sugiere se han enderezado a buscar espacio a los dos tipos agravados, bien acotando —con criterio objetivo— el campo de aplicación de cada uno de ellos, bien acudiendo al elemento subjetivo para la definición de estas conductas. La primera solución propiciaría para el hurto y el robo un carácter residual, reduciendo su aplicación a los apoderamientos de cualquier objeto destinado al servicio público, pero distinto de los mencionados en el artículo 249, la segunda solución afirmaría que la finalidad de alterar el orden público era la que daba sentido al susodicho artículo 249, elevándola al rango de elemento subjetivo del injusto, con la consecuencia de someter todos los supuestos a las formas agravadas comunes del robo y del hurto de los artículos 516.1 y 506.6, mientras no constara o se dedujese de los hechos aquella finalidad o motivación específica.

En el trance de aceptar, por mor del recurso, una de soluciones propuestas, debe ser la finalidad perseguida o dolo específico el factor decisivo y delimitador de las dos formas agravadas, mientras subsistan en la legalidad vigente, porque militan a su favor, en el criterio de la Sala, razones muy estimables: en los desórdenes públicos, integrados en el seno de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, ha de quedar claramente explícita la intención primordial o preponderante de atentar contra la paz pública o de alterar gravemente el ritmo normal de la vida ciudadana, finalidad evidente cuando se promulgó la Ley de 1948 que asimiló a los desórdenes públicos las sustracciones de materiales metálicos empleados en los sistemas de comunicación, porque entonces —período posterior a la guerra civil— aquellos materiales eran escasos y de elevado valor, por tanto, de tardía y costosa reposición con perjuicio siempre gravísimo para la prestación de los servicios públicos; el dolo de consecuencias necesarias podría cubrir y cubriría, por exigencias de una eficaz represión penal, el elemento subjetivo del deli-

to. La inercia legislativa incorporó dicho precepto al Código Penal, como ha explicado el fundamento anterior, y se mantuvo en la reforma de 1983 pese a tipificar, como formas agravadas del hurto y del robo, el apoderamiento de cosas destinadas al servicio público, debiendo entenderse que en el párrafo segundo del artículo 249 quedaban las sustracciones de materiales destinados a los servicios de comunicaciones, como formas residuales singularizadas por aquel propósito primordial de alterar el funcionamiento de servicios públicos de trascendencia social muy importante; dicha solución, que restringue el ámbito de aplicación del artículo 249, se encuentra en línea con las mayores exigencias del principio de culpabilidad que adoptaba sin reservas la Ley de 1983, con el principio de proporcionalidad de las penas que nace de la necesidad de tutelar el bien jurídico comeditadamente y del carácter mínimo de la intervención penal, y con la tendencia que «ex lege ferenda» exterioriza el Anteproyecto de 1983 al extraer aquellas formas agravadas de apoderamiento del marco legal de los desórdenes públicos, dando respuesta a una reiterada demanda de la doctrina penal que propugnaba su abolición por entender, con buen fundamento, que aquel dispositivo penal agravado respondía a unas circunstancias coyunturales desde hace años superadas.

Las razones expuestas conducen a la estimación de los motivos séptimo y octavo del recurso de casación que forman parte de un único desarrollo argumental con cita del artículo 6 bis a) del Código Penal; la creencia de hallarse realizando una infracción contra la propiedad y no un atentado contra el orden público —motivo séptimo—, y, consecuentemente en el motivo octavo se impugnaba la sentencia por aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 249, y correlativa inaplicación de los artículos 514, 515.1 y 516.1 —subtipo agravado—. No hay duda que la intencionalidad de los sujetos fue ajena a la finalidad de atentar contra el servicio público de telecomunicaciones, como reconoce explícitamente la sentencia de instancia, y no es cuestionable la fuerza concurrente, y que se dan en ellos las conexiones que definen el delito continuado. El problema de la ley aplicable a los mismos, que datan del año 1981, ha de resolverse a favor del texto reformado de 1983 por ser la ley penal más favorable: el texto anterior, por razón de la cuantía total de lo substraído, llevaría a la pena de prisión menor en toda su extensión (artículos 515.2 y regla 4.ª del artículo 61), mientras el texto vigente se detiene en el grado medio de la misma pena por aplicación del artículo 515.1 y 2, en relación con la circunstancia 1.ª del artículo 516 y con la regla penológica inserta en el artículo 69 bis. Es obvio, finalmente, que no existe quebranto para el principio acusatorio ni por razón del delito, dada la esencial homogeneidad de los dos tipos agravados, ni por razón de las penas, dado que la referencia ha de establecerse con las pedidas para el delito de desórdenes públicos, y sin indefensión posible por haber sido los propios acusados los que han propugnado el cambio del título de imputación.

ARTICULOS 280 Y 315. RELACIONES ENTRE AMBOS PRECEPTOS. ALCANCE DE LOS ACTOS PREPARATORIOS CRIMINALIZADOS

(STS de 7 de julio de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. Solicitada por el Fiscal y la acusación particular la condena del procesado como autor de un delito del artículo 280 del Código Penal, el juzgador de instancia entendió que, al no haberse acreditado que aquél fuese quien estampara el anagrama «Addidas» en las camisetas que vendía, su conducta escapaba de la falsificación prevista y castigada en dicho precepto, criterio éste contra el que se alza el único motivo del presente recurso, interpuesto —según se dice— «por haberse infringido el artículo 280 en relación con el 315 del Código Penal, y ambos en relación con el 14, número 3 de dicha ley punitiva», y desarrollado con cierta confusión en el sentido de que la propia tenencia de las repetidas camisetas se tipificaría en esos artículos 280 o 315, siendo el procesado criminalmente responsable como cooperador necesario en uno u otro caso, de manera que —con la servidumbre de la mencionada imprecisión— el examen y consiguiente desestimación de esta impugnación bicéfala ha de desarrollarse en dos líneas distintas: a) **El artículo 280 del Código Penal, a diferencia del 281, gira exclusivamente sobre un comportamiento anterior a la expendición, o si prefiere, sólo tipifica acciones de «falsificación»** (el 281 se refiere a «sustitución» y «expendición»), lo que sitúa la venta extramuros ya de la consumación e impide su consideración como actividad coadyuvante en la realización del tipo penal. Y b) **Las figuras descritas en el artículo 315 del Código tienen como denominador común la posesión de las sustancias, materias, útiles, máquinas o instrumentos de que se habla en el artículo 314, y éstos comportan a su vez la exigencia de hallarse «destinados conocida o exclusivamente a la falsificaciones de que se trata en este Título»** (el III del Libro II), de modo que **son, respecto a los verdaderos delitos de falsedad, actos preparatorios elevados a la categoría de infracciones criminales autónomas**, pero sin que en tal proceder se modifiquen ni dicho carácter sustantivo ni los imperativos del principio de legalidad, o con otras palabras, **sin que a los actos preparativos de la falsificación puedan ser equiparados comportamientos posteriores a aquélla**, es decir, ubicados no en la fase, generalmente impune, que precede al «iter criminis» tipificable conforme a la normativa general, sino en la zona del agotamiento o del acto tardío irrelevante.

ARTICULO 321. INTRUSISMO. OPTICOS DIPLOMADOS

(STS de 3 de mayo de 1988. Pte. Sr. García Miguel)

Primero. En el artículo 1 del Decreto de 20 de julio de 1961, mediante el que se regula el ejercicio profesional de los Opticos, se dispone, que a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, todos los establecimientos de óptica o secciones de esta especialidad establecidas en Farmacias deberán tener al frente un **Óptico Diplomado** en la forma prevista en el artículo 2, y en éste se dice que se considerarán ópticos diplomados quienes se hallen en posesión del diploma de ópticos de Anteojería expedido por el Ministerio de Educación Nacional.

Segundo. A su vez, del párrafo segundo del artículo 1 del mencionado Decreto resulta que corresponde a los Ópticos diplomados el tallado, montaje, adaptación y venta de los artículos ópticos destinados a la corrección y protección de la visión.

Tercero. Al aparecer del resultado de hechos probados que el procesado venía realizando trabajos propios del taller de óptica, consistentes en biselado de cristales ahumados, cambios de cristales graduados de una armadura a otra, venta de gafas con cristales graduados, adaptaciones y reparaciones, y que en los locales de su establecimiento se encontraron, entre otros efectos, un oftalmómetro, aparato que sirve para comprobar la curva de la córnea y del cristalino y un frontofocómetro que sirve para comprobar la graduación de los cristales, es indudable que ha quedado acreditado que ha venido realizando trabajos de los destinados a la corrección y protección de la vista a los que se refiere el párrafo segundo del artículo 1, sin estar previsto del correspondiente título al que se refiere el artículo 2, por lo que su conducta incide en el supuesto previsto y sancionado en el artículo 321 del Código Penal, procediendo, en consecuencia, la desestimación del único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción de lo dispuesto en el mentado artículo 321 del Código Penal, ya que el Tribunal de Instancia al proceder como lo hizo, lejos de incurrir en infracción alguna procedió con absoluta corrección jurídica.

ARTICULO 325 BIS. COACCIONES PROBATORIAS. DOCTRINA GENERAL. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

(STS de 21 de diciembre de 1988. Pte. Sr. García Miguel)

Segundo. Sin duda que lo que movió al legislador a introducir el artículo 325 bis al llevar a cabo la reforma penal de 1983 fue el proteger la **libertad de las partes y de las personas intervinientes en un proceso penal**, y, por ello, los autores que se han ocupado de estas figuras delictivas suelen agruparlas, por imperativo del criterio legal, bajo la denominación genérica o bajo el epígrafe de «delitos contra la libertad de las partes», mas es lo cierto que la agrupación o colocación sistemática conjunta de las figuras contempladas en los párrafos primero y segundo del mentado artículo 325 sólo se explica por la «mens legislatoris» o intención del legislador de dotar de protección penal a hechos que pudieran tener relación con el proceso que es el instrumento mediante el cual se realiza la función jurisdiccional, para lo cual se vio forzado a recurrir al inaceptable procedimiento —justificable por lo loable del fin perseguido— de elevar el móvil a elemento esencial del tipo, pues en realidad, entre ambas figuras delictivas no existe la menor relación ni por su estructura típica ni por el objeto de protección, dado que la comprendida en el párrafo primero constituye un delito de peligro en cuanto que se consuma, con independencia del resultado que se produzca, en cuanto que con violencia o intimidación se realiza la acción típica descrita por el verbo nuclear del tipo, o sea, en cuanto se «intenta» que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste

desviadamente, por lo que su ubicación dentro de la sistemática legal se halla plenamente justificado dado que la acción típica el sujeto activo puede llegar a obstaculizar, entorpecer o desviar el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que, por el contrario, la figura delictiva prevista y sancionada en el párrafo segundo del artículo 325 no tiene su encaje adecuado en el Capítulo I del Título IV, ya que lo que en él se sanciona son comportamientos que atentan contra la vida, integridad, libertad, seguridad de las personas expresadas en el párrafo anterior, lo que de suyo, ya constituyen conductas normalmente subsumibles en otros preceptos del propio Código, por lo que, en todo caso, quedaría justificada una agravación por el plus de desvalor que implica el que hayan sido realizada como venganza o represalia de la actuación de la víctima en un determinado proceso.

Tercero. Mas prescindiendo de las diferencias existentes entre una y otra figura delictiva justificativas de la ubicación o enmarque de cada una de ellas en el lugar que les corresponda en una próxima reforma legislativa, es lo cierto, que ateniéndonos, exclusivamente, a la realidad resultante desde el punto de vista de «lege data», lo que aparece incuestionable es, que ateniéndonos, únicamente, al aspecto temporal del momento en el que se producen las respectivas acciones típicas, es de observar, que las del párrafo primero lo han de ser durante la sustanciación del proceso, ya que tan sólo en este momento puede producir la lesión del bien jurídico protegido, cual es el normal desenvolvimiento del proceso y de la actividad jurisdiccional que mediante él se realiza, mientras que las del segundo párrafo presuponen que el proceso haya concluido o, al menos, que en él se hayan producido con libertad las personas que en el precepto se mencionen, ya que el móvil vindicativo o de represalia presupone el libre proceder previo de la víctima.

Cuarto. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, el caso de autos, conduce a sentar la conclusión de que la conducta del procesado que se describe en el resultado de hechos probados es subsumible en el párrafo primero y no en el segundo, artículo 325, como hizo la sentencia recurrida, en cuanto que claramente resulta que las frases amenazadoras o intimidativas que se dice fueron pronunciadas por el procesado se dirigieron a la víctima cuando se hallaba en el Juzgado esperando para prestar declaración, si bien la diferencia de calificación hecha por el Tribunal de Instancia y la que en esta resolución se estima procedente es irrelevante a efectos penológicos dada la remisión que, a efectos de pena, se hace el párrafo segundo a lo dispuesto en el párrafo primero, por lo que la pena impuesta por el Tribunal de Instancia es la procedente conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 325 objeto de estudio.

Quinto. Aun admitiendo, a efectos dialécticos o meramente hipotéticos, los argumentos esgrimidos por el recurrente respecto a su estado de ánimo en el momento en el que realizó la acción delictiva, es incuestionable que lo único que está describiendo es la concurrencia de un dolo repentino o de ímpetu en el que si bien hay que reconocer que los requisitos esenciales del conocimiento y de la voluntad pueden hallarse disminuidos, ante la inexistencia en nuestro Derecho positivo de otro sistema para la determinación de la pena por la influencia del pretendido estado de ánimo sobre la imputabilidad de la atenuación procedente, en su caso, únicamente podría hacerse viable a través de la atenuante 8.^a

del artículo 9, que ni siquiera fue invocada ni objeto de contradicción por todas cuyas razones, es evidente que procede la desestimación del primero de los motivos del recurso.

ARTICULOS 385, 386 Y 390. COHECHO. MODALIDADES. ACTOS INJUSTOS NO DELICTIVOS

(STS de 15 de julio de 1988. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

2.1. El cohecho admite en nuestro Código diversas modalidades, entre ellas, el ofrecimiento o la admisión de regalos, dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, para la consecución de un acto justo (artículo 390), el cohecho para la consecución de un acto injusto (artículo 386) y el cohecho para realizar un acto constitutivo de delito (artículo 385). El problema se plantea, por consiguiente, a la hora de fijar las fronteras entre el primero y el segundo supuesto y entre éste y el tercero o último.

2.2. Excluido el supuesto del artículo 385 porque el acto o actos realizados no son delictivos por sí, en cuanto a los contenidos intrínsecos de las resoluciones en los términos que más adelante se expresarán, resulta procedente examinar la naturaleza de las actuaciones en las que tales designaciones se produjeron, a efectos de llevar a cabo la oportuna calificación, desde el punto de vista jurídico-penal.

2.5. Acaso sólo desde esta óptica puede entenderse cabalmente la distinción entre acto injusto y acto indiferente o justo, a los efectos que aquí interesan. El acto reglado puede someterse a revisión para comprobar su exactitud, cual si se tratara de una operación matemática en función de las concretas exigencias legales. El discrecional no, porque está sujeto a otros parámetros.

En su determinación es de acudir a principios constitucionales. La preocupación de nuestra Ley Fundamental en orden al control por parte de los Tribunales de Justicia de la potestad administrativa y de la legalidad de su actuación, así como del sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106), es un dato orientador.

2.6. Cuando un acto discrecional, en los términos descritos, se realiza como consecuencia de un pacto entre quien lo dicta y quien lo ejecuta, beneficiando económicamente a ambos, tal acto vulnera el fin perseguido por ley. La finalidad de la norma se quebranta porque la meta que objetivamente encarna, incluida la limpieza de la designación como requisito indispensable para su correcto desempeño, no se cumple. No es dable conciliar facultad discrecional, ejercida en los límites que el ordenamiento jurídico establece, con el logro de un lucro por parte del Juez y de los por él designados, por obra de la actividad de éstos, cuyo control —ya imposible— al primero corresponde.

El acto de nombramiento es injusto porque no aspira al quehacer correcto y normal de los nombrados, sino primariamente a la obtención de una plural ganancia.

2.8. En este concreto punto obligada resulta una referencia al principio de legalidad que tradicionalmente impera en el Derecho penal y que ha consagrado el artículo 25 de la Constitución Española, que exige una interpretación acorde con los propios principios básicos de nuestro Ordenamiento. La acertada o desa-

certada distinción legal entre actos contrarios al deber (injustos en la terminología legal), del artículo 386 del Código Penal y los actos justos o indiferentes del artículo 390 ha de hacerse con criterios extrajurídicos penales, al quedar fuera de la reflexión, por las razones apuntadas, los actos constitutivos de delito (artículo 385). La idea de acto injusto frente al justo o indiferente alcanza así una dimensión de legalidad, incluso constitucional, a la que no puede ni debe ser extraña la propia realidad social, elemento integrador de la interpretación de la norma, conforme al artículo 3.1 del Código civil. No puede ser, pues, el Código Penal, por las razones apuntadas, quien facilite el criterio o los criterios de distinción, sino el orden jurídico en general en cuya pirámide el centro y base del sistema está formado por la Constitución Española, como una unidad indivisible e imparcelable.

2.9. Pero para mantener la tesis de la subsunción de al conducta de los procesados en el artículo 386 y no en el 390, es imprescindible razonar previamente por qué no se acepta la incorporación de aquella al tipo penal que se describe en el artículo 385, como propugna el Ministerio Fiscal. De lo que se trata en este supuesto es de que el funcionario realice un acto delictivo y tal circunstancia no concurre en este caso. **Las decisiones que tomaron los Jueces procesados eran actos injustos, pero no delictivos**, porque las resoluciones dictadas no reunían las condiciones necesarias para constituir, como enseguida se dirá, un delito de prevaricación del artículo 356 al tomar la forma de providencias conforme al artículo 4, párrafo segundo, de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, que manda que «en la misma providencia ordenará el Juzgado que queden intervenidas todas las operaciones del deudor. A tal efecto designará tres interventores...», sin que esté suficientemente acreditado que en resoluciones judiciales en forma de Auto —en sentido material y formal— se llevaran a cabo los actos injustos a los que esta sentencia se refiere.

ARTICULO 405. PARRICIDIO. COMISION POR OMISION. DOLO EVENTUAL

(STS de 30 de junio de 1988. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Primero. El único motivo de casación del presente recurso ha sido formalizado por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en él en relación al 407, se denuncia la infracción del artículo 561.1 del Código Penal por inaplicación, y la del artículo 405 del mismo Código, por aplicación indebida.

La Defensa de la recurrente estima que ésta no obró con **dolo**, como lo establece la sentencia recurrida, sino con culpa. Tal afirmación se basa en que tanto el Ministerio Fiscal en su acusación, como la sentencia, admiten que la procesada «acudía al domicilio donde se encontraban sus hijos con asiduidad para atenderlos en la medida que su personalidad, con deficiencias y en progresivo deterioro, como consta en el informe forense, se lo permitía, y había venido sucediendo de esta manera, sin que tuviera lugar ningún evento perjudicial conocido, máxime cuando el otro procesado absuelto también acudía con hasta asiduidad al domicilio conyugal para atender a los hijos, por lo que sentía cariño».

Consecuentemente, afirma la Defensa, el hecho ocurrió «por pura imprevisión y estando (la procesada) en la idea de que su esposo cumpliría las funciones antes mencionadas». Es decir, «no hubo intención de matar, y sí una imprevisión grave en el cumplimiento de sus obligaciones de madre».

El motivo debe ser desestimado.

Segundo. El dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tiene caracteres que, si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos. La doctrina científica ha puesto de manifiesto que **mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido.** Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del «dolo» es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente.

A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa. En este sentido se ha pronunciado ya esta Sala en las STS de 25 de abril de 1988 (Rec. núm. 943/87), en la que se sostuvo que «en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido el conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción».

En el caso de los delitos de «comisión por omisión», o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado.

Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante.

En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado (en los delitos impropios de omisión) no alcanza esta meta por la forma descuidada en que ejecuta dicha acción.

Sobre la base de estos conceptos se debe dar respuesta a la cuestión planteada en este recurso.

Tercero. El comportamiento de la procesada aparenta todos los elementos que caracterizan a la forma más grave de los delitos de omisión, es decir, al «dolo» de la omisión.

La acusada tuvo, en primer lugar, conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, dado que fue ella misma la que encerró a los niños en el piso en el que fueron encontrados. Por las mismas razones, supo que, en tales condiciones, los niños no tenían la posibilidad de acceder a alimento alguno y que, en consecuencia, dependían para su subsistencia de la alimentación que ella misma les debía proporcionar.

Asimismo, no cabe duda de que la procesada tuvo conocimiento de su capacidad de acción, es decir, de la posibilidad de alimentar y cuidar niños por sí misma. Es indudable que pudo haber concurrido al piso en que los niños se encontraban y haberles proporcionado alimentos para subsistir. En los hechos pro-

bados no consta que la procesada haya carecido de medios para alimentar a sus hijos y si hubiera sido así, es evidente que tuvo también la posibilidad de intentar ante terceros lograr lo necesario para alimentarlos.

Por último, no ofrece tampoco la menor duda que la recurrente tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado. En tanto dicho deber proviene en parte del artículo 154.1 del Código civil y en parte del deber general de protección que incumbe a los padres frente a los hijos, el «dolo» requiere que la procesada haya sabido del vínculo que la unía a los niños y de la situación de peligro en la que éstos se encontraban. Ambas circunstancias fueron conocidas por la procesada, ya que sabía que carecían de alimentos y, dado el tiempo transcurrido, no pudo ignorar que sus hijos corrían peligro de morir.

Estas consideraciones privan de toda fuerza de convicción al argumento de la Defensa que sostiene que la procesada pensó que el padre de los niños se ocuparía de ellos. Al no haber intentado que esto fuera realmente así (por ejemplo, comunicándole al padre la situación de aquéllos), el comportamiento de la recurrente sólo exterioriza una total indiferencia y un verdadero abandono de sus hijos a una suerte segura. Sin duda, es posible pensar que la recurrente no haya deseado, acaso, la muerte de los niños, pero, dadas las circunstancias en las que omitió proporcionarles alimentos, sabiendo que tampoco podrían lograrlos por sí mismos, es imposible negar que tomó en serio la probabilidad de su muerte y, no obstante, ello omitió impedirla. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que si la procesada hubiera abandonado a sus hijos en la calle, éstos seguramente hubieran corrido menos peligro que encerrados en una habitación del piso, sin luz y con las «ventanas y contraventanas totalmente cerradas». Por tanto, si se negara que obró en una forma equivalente el dolo directo, será, de todos modos, imposible negar que al menos lo hizo con un «dolo» eventual.

Por tanto, se dan todos los elementos que permiten afirmar la equivalencia de la omisión de la recurrente con el comportamiento doloso activo. Comprobado todo ello, se debe descartar necesariamente las tesis del delito culposo postulada por la defensa.

ARTICULO 408. RIÑA TUMULTUARIA. POSIBLE ANTICONSTITUCIONALIDAD

(STS de 4 de julio de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Partiendo de la doctrina jurisprudencial sentada por las sentencias de esta Sala, entre otras, de 21 de mayo de 1976, 26 de septiembre de 1977, 29 de marzo de 1984 y 9 de octubre de 1985, es evidente que de la denominada riña tumultaria hay alguna huella histórica en la «Rex Aquilia» y en la «Colluctatio» romanas y, sobre todo, en el Digesto —Libro X, Título II, Ley XI—, si bien su criminalización expresa es obra de los prácticos y de los posglosadores, los que impusieron la solución punitiva de esta figura, aunque atenuándola respecto al homicidio simple. En la España medieval, los fueros municipales (v. g. los de Zamora y Salamanca), se refirieron a la riña, **bulta** o **buelta**, estableciendo que cuando se

ignorara quién fue el autor de la muerte, en la **lide** o **buelta**, el familiar de la víctima podrá elegir, a su placer, como enemigos a dos, tres o cuatro —según versiones— entre cualquiera de los partícipes, y en la Ley LVII de las Leyes de Estilo también se norma esta figura; llegada la época de codificación, el Código de 1822 carece de toda referencia respecto a la riña tumultuaria, pero el Código de 1848 la recoge en su artículo 352 mediante fórmula que ha pasado a todos los Códigos posteriores, con la salvedad del Código de 1928, el cual, en su artículo 516, definía este delito de modo diferente, mientras que el actual le dedica tres preceptos, el artículo 408 cuando resulte homicidio, el 425 en el supuesto de que lo residual hayan sido lesiones graves y el número 8.º del artículo 583 cuando han resultado lesiones menos graves, siendo impunes las lesiones leves causadas en riña tumultuaria. Posteriormente, el Proyecto de Código Penal de 1980, en el Capítulo IV -disposiciones comunes—, de los «Delitos contra la vida y la integridad personal», artículo 172, simplifica y homogeniza la figura, previendo «cuando riñendo varios y acometiéndose, entre sí, confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte o lesiones graves y no constare su autor, se impondrá a todos los que hubieren agredido al ofendido la pena, que se determina, en el primer caso, y la que se dispone, en el segundo»; así, pues, no se castigaba el homicidio a las lesiones graves en riña tumultuaria, sino más bien la agresión en riña tumultuaria, a persona que después resulta muerta o sufre lesiones graves sin que conste el autor, lo que, en definitiva, es nueva fórmula no exenta de los inconvenientes de las anteriores; finalmente, el artículo 154 de la proposición de Anteproyecto de Código Penal de 1983 mejora la figura, la cual se convicte, acaezca o no la muerte, en la participación en una riña tumultuaria, «utilizándose medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas». Doctrinalmente, no cabe duda de que la punición de esta figura procede de dos principios en pugna, el de **personalidad de la pena** o de estricta culpabilidad personalista, el que exige que nadie sea penado por razones de proximidad o aproximación locales, parentales o comisivas, imputándole actos que no han cometido, al menos, que no consta los haya perpetrado, y el de que **ningún delito debe, a priori**, quedar impune, aunque esto conlleve el riesgo de que se castigue como autor al que no lo es o puede no serlo, posición doctrinal, esta última que podría sintetizarse en la frase de progeie literaria e histórica «perezcan los inocentes si con ellos perece el culpable», o bien en la más enérgica, «**iat Justitia pereat mundus**, habiéndose, asimismo, justificado esta posición con la teoría de la **complicidad correlativa** o **correspectiva**. El homicidio en riña tumultuaria es un delito contra las personas **de sospecha**, porque el legislador establece una presunción muda, pero elocuente, de causación, de **resultado** y no de mera actividad formal o de riesgo o peligro abstracto, el que establece una responsabilidad **escalonada**, subsidiaria, supletoria y privilegiada respecto del homicidio simple y hasta del parricidio, aunque realmente lo es para el autor ignoto y no para el que no lo fue y responde tan sólo por desconocerse la identidad de aquél, utilizando el legislador para la punición una técnica de penalización «en cascada» similar a la utilizada en los artículos 15 y 227 del Código Penal. Lo característico de esta modalidad delictiva no es sólo la especial dinámica comisiva —tumulto y confusión—, sino el desconocimiento del autor del resultado lesivo principal —muerte o lesiones graves—, constando, en cambio, el de los secundarios —lesiones graves o violencias—, añadiéndose por ciertos sectores doctrinales que implica

una concesión al espíritu pragmático más burdo una responsabilidad objetiva disfrazada, así como un homicidio —en el caso del artículo 408— que se atribuye o achaca a una persona por la comisión de actos no homicidas, sino lesivos o violentos. Sus requisitos o elementos estructurales son los siguientes: a) el sujeto **activo** lo es cualquiera de los que riñen, pero siendo un delito esencialmente pluri-subjetivo han de intervenir más de dos personas, aunque el Código español, a diferencia de otros, no lo exige expresamente, habiendo declarado la sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1947 que debe concurrir pluralidad de ofensores y de ofendidos; b) **sujeto pasivo** lo es el fallecido a consecuencia de la reyerta, y c) la **acción** o dinámica comisiva se compone de un **elemento positivo**, otro **negativo** y, finalmente, un último **subsidiario**; el elemento positivo es la riña, reyerta, pendencia, pelea o quimera, confusa y tumultuaria; es decir, gragaria, amorga, caótica y anárquica, de todos contra todos, entremezclándose los contendientes, de tal modo que es imposible aislar o singularizar las acciones combatidas de cada uno y el resultado concreto de las mismas, actuando todos y cada uno sin orden ni concierto, entablando una a modo de **bellum omnia contra omnes**, siendo preciso destacar que, **por una parte**, aunque esta Sala, en sentencias de 12 de enero de 1872 y 6 de diciembre de 1882, sostuviera que las banderías determinadas destruyen esta figura delictiva, la tendencia actualmente dominante —véase sentencia de 7 de marzo de 1961— sostiene que lo importante es que, con bandos o sin ellos, haya habido una pendencia de signo caótico y que, **por otra**, sí hay concierto previo, aunque sea tácito, para lesionar o matar a un tercero, no se aplicará el artículo 408, aunque el acometimiento fuera tumultuario —sentencia de 14 de abril de 1952—; el elemento negativo, absolutamente esencial, consiste en desconocerse o ignorarse el autor de la muerte, habiendo declarado este Tribunal, en sentencias de 11 de noviembre de 1895, 14 de octubre de 1924 y 20 de mayo de 1946, que por mucha confusión y caótico tumulto que hubiere en la campal pelea, si se sabe quién es el autor, jamás habrá lugar a la especialidad del tipo analizado, y el elemento subsidiario, radicante en que, no conociéndose la identidad del autor, por el contrario conste la de quien infirió al ofendido heridas graves o, en su defecto, se conozca la identidad del que ejerció violencias sobre la persona del mismo, de tal modo que la responsabilidad de la persona incógnita se extiende a los autores conocidos de actos concomitantes, agravándola en razón a su eficacia. En la actualidad arrecian las críticas a tan debatida figura delictiva, poniendo de manifiesto su incompatibilidad con la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución, su disonancia respecto al principio, **nullum crimen, nulla poena, sine culpa**, intensificado en el Código Penal, tras la reforma de 25 de junio de 1983, así como la aleatoriedad procesal —intolerable en un Estado de Derecho—, que supone que el castigo recayente sobre una o más personas dependa de que se conozca o no quién mató; pese a ello, es preciso reconocer, de un lado, que la muerte actúa como una condición objetiva de punibilidad, de las cuales hay manifestaciones múltiples a lo largo del Código Penal, y, de otro, que la falta de armonía entre el artículo 1 del mismo —redacción de 1983— con numerosos preceptos subsistentes tras dicha reforma parcial y urgente y las constantes modificaciones, nunca debidamente coordinadas, que sufre, día tras día, el referido Cuerpo legal, hacen sumamente difícil conocer sus principios inspiradores y, sobre todo, los absolutamente predominantes, por lo cual se hace preciso que el Tribunal Consti-

tucional, con su superior magisterio, tenga ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 408, 425 y 583.8 del meritado Código Penal.

ARTICULO 420.3. LESIONES. MIEMBRO NO PRINCIPAL. FALANGETA DE DEDO MEÑIQUE

(STS de 30 de septiembre de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primero. Los delitos de lesiones propiamente dichos, se hallan regulados en los cuatro números del artículo 420 del Código Penal, cuyas infracciones son, todas ellas, si no delitos cualificados por el resultado, sí, al menos, hechos punibles cuya pena se encuentra determinada por el mentado resultado; su dinámica comisiva puede consistir en herir, golpear y maltratar, y también pueden producirse las referidas lesiones por vía nutricia, así como finalmente, abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu del ofendido, y, por último, es denominador común, de todas las figuras enumeradas en el dicho artículo 420 que, el agente, obre con «animus laedendi», único modo de diferenciarlas del homicidio, sean en grado de frustración, sea en el de tentativa. En lo que atañe a su clasificación, ciertos sectores doctrinales, atendiendo a la presencia de los cuatro números que integran el precepto estudiado, distinguen lesiones de primer grado, segundo grado, tercer grado y cuarto grado; mientras que otros diferencian los siguientes grupos: lesiones de resultado indeleble de mayor entidad —números 1.º y 2.º del susodicho artículo 420—, lesiones de resultado indeleble de menor entidad —los tres primeros incisos del número 3.º del precepto analizado— y, finalmente, lesiones computables por el tiempo de duración —último inciso de los números 3.º y 4.º del mismo—. Para lo que aquí interesa, miembro no principal, es el que carece de autonomía funcional, sirviendo tan sólo para facilitar el funcionamiento de los principales, tal como sucede, v. g., con los dedos respecto a las manos o a los pies, habiendo declarado, este Tribunal, en sentencias de 22 de abril de 1876, 27 de febrero de 1886, 6 de mayo de 1897, 4 de octubre de 1905, 16 de junio de 1911, 30 de octubre de 1912, 12 de diciembre de 1924, 15 de marzo de 1929, 16 de febrero de 1952, 8 de abril de 1954, 23 de mayo de 1957, 19 de noviembre de 1966, 10 de marzo de 1960 y 27 de noviembre de 1987, que la pérdida de un dedo, o de alguna de sus falanges, equivale a la pérdida de un miembro no principal, a la que se refiere el segundo inciso del número 3.º del artículo 420 del Código Penal.

Segundo. En este caso, la ofendida, como consecuencia de mordedura causada por la acusada, sufrió la **pérdida de la primera falange —la falangeta— del dedo meñique izquierdo**, por lo que, el Tribunal de Instancia, estimó que había perdido, a consecuencia de las lesiones, un miembro no principal, pero, a pesar de ello, la recurrente, funda su único motivo, además de en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en aplicación indebida del inciso primero —«deforme»— del número 3.º del precitado artículo 420, con lo cual incurre en manifiesta incongruencia con la sentencia recurrida, la cual mal puede haber errado en la aplicación de un precepto que, en verdad, no aplicó, procediendo, en consecuencia, y a tenor de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 884 de la Ley Procesal Penal, la desestimación del meritado motivo único.

ARTICULOS 429.1 Y 430. VIOLACION. CONCURSO CON ABUSOS DESHONESTOS

(STS de 27 de mayo de 1988. Pte. Sr. Barbero Santos)

El motivo primero estima violados los artículos 429.1 y 430 del Código Penal, pues declarándose —se afirma— que «en la relación de hechos probados (...), la primera violación se realizó en distinta ocasión y momento a la segunda violación y, posteriormente y consumadas, ante la irrupción de un vecino del inmueble, se realizaron abusos deshonestos».

La realidad, según los hechos probados, es otra, que el recurrente por esta vía estaba obligado a respetar. Esta: Vicente, conminándola (a la víctima) con el arma blanca, tras decirle que «le hiciese una paja», se bajó la bragueta, obligándola a succionarle el pene y acto seguido, quitándola las bragas (...), se lo introdujo en la vagina, dándole instantes después la vuelta, insistiendo de nuevo en penetrarla, sin que conste que llegase a eyacular.

El Tribunal de Instancia razonó cumplidamente por qué se inclinaba por la estimación de un único delito de robo con violación: porque el procesado, una vez realizado el ataque a la propiedad sin solución de continuidad ni ruptura temporal, atacó la libertad sexual de su víctima, desarrollando una conducta con perfecto encuadre en el número 1.º del artículo 429. Y aunque se aceptara —se añade— «que la segunda penetración fuese, asimismo, consumada, total o parcialmente, dada la inmediatidad con la anterior y la respuesta que ello supone a un móvil lúbrico, no pasa de ser un momento, dentro de un acto sexual único, por el propósito y por el tiempo de realización del mismo».

Esta concepción se acomoda a la doctrina de esta Sala. Sostenida a partir de la sentencia de 31 de enero de 1986, que estimó que en los casos de interacción inmediata del acceso carnal con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, es decir, entre los mismos sujetos, en el marco de la misma ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar, debía apreciarse la existencia de una sola acción punible. Lo que resulta aún más evidente en el presente caso en que no se afirma la existencia de una segunda penetración.

No pueden, en cambio, estimarse abusos deshonestos dirigidos a la realización del yacimiento carnal, como pretende la sentencia de instancia, sin carácter autónomo y, por tanto, absorbidos por la violación, los consistentes en la succión del pene del procesado. Y ello tanto porque el acceso sexual no pasa normalmente por tal succión como por la trascendencia y efectos que el obligar a realizar tal hecho causa a la víctima, hasta el extremo de que esta Sala se ha dirigido al Gobierno solicitando la previsión de una figura específica agravada de abusos deshonestos constituida por la violación bucal. El motivo se admite, pues, parcialmente.

ARTICULO 430. ABUSOS DESHONESTOS. CONSUMACION

(STS de 2 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Carrero Ramos)

Segundo. El artículo 430 tipifica esta figura delictiva simplemente penando con prisión menor al que, con fuerza o intimidación (por lo que a este caso atañe) abusare deshonestamente de otra persona y, puesto que no define en qué consiste ese abuso, hay que tomar la expresión en su sentido general de **actos lúbricos que no incluyen el yacimiento**, es pues, un concepto residual una vez excluido el propósito de yacer que representaría la violación propiamente dicha; por eso este artículo incluso remite el detalle de las circunstancias al anterior relativo a la violación. Se consume este delito por cualquier acto forzado sobre el cuerpo de otra persona atentatorio para el pudor, la doctrina ha considerado bastante cualquier tocamiento lascivo y en este caso el tacto ha sido tan íntimo y erógeno que ha afectado directamente al sexo de la víctima, así se declaró probado y sólo así pudo el autor constatar la presencia de la compresa menstrual que la desalentó no de iniciar y realizar, sino de proseguir en sus acciones deshonestas. El pudor de la víctima y su libertad íntima, derechos protegidos por la norma, han sido ya gravemente ultrajados, sin que precise la **reiteración del contacto para la consumación**, y sin que hubiera obstáculo para llegar hasta allí, ni desistimiento previo de hacerlo. El delito frustrado si fuera posible requería que los actos no hubieran obtenido resultado, por ejemplo: si la víctima hubiera podido evadirse antes del tocamiento deshonesto, el cual es apreciado por la doctrina aunque tenga efecto en otros lugares erógenos del cuerpo y aun por encima de la ropa, y aquí ocurrió por debajo y en el sexo mismo de la mujer. Hay pues, acción consumada suficiente. Son de invocar a este efecto entre otras las sentencias de esta Sala antiguas y recientes: 20 de octubre de 1926, 24 de noviembre de 1928, 3 de junio de 1934, 23 de abril de 1954, 30 de marzo de 1982, 21 de enero de 1984, 16 de febrero de 1985 y 10 de febrero de 1987; y, concretamente, se consume con cualquier acto atentatorio al pudor de la mujer, con independencia de que el ánimo lúbrico quede o no satisfecho, y las formas imperfectas, tentativa y frustración, quedan erradicadas (sentencias de 19 de junio de 1923, 2 de febrero de 1968, 3 de mayo de 1983 y 5 de mayo de 1986). Doctrina abundante que abona que el Tribunal de Instancia se ajustó escrupulosamente a Derecho. Consecuentemente, no pueden entrar en juego los artículos 51 y 73 del Código, ya que no hay tal frustración.

ARTICULO 487.2. ABANDONO DE FAMILIA. INTERVENCIÓN MINIMA DEL DERECHO PENAL

(STS de 28 de junio de 1988. Pte. Sr. Puerta Luis)

La representación de la procesada, Josefa, ha formulado un único motivo de casación por infracción de ley, por el cauce del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la violación —por aplicación indebida— del artículo 487.2 del Código Penal, al estimar que en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida no se advierte, con la premisa

contundencia, que las acciones u omisiones que la recurrente llevara a cabo o dejara de realizar sean constitutivos del delito que se le imputa.

En orden a la resolución del presente recurso, es conveniente destacar la trascendencia que debe reconocerse en el ámbito familiar al principio de intervención mínima del Derecho Penal, como ha tenido oportunidad de recordar esta Sala, entre otras, en las sentencias de 6 de octubre de 1986, 7 de marzo y 30 de mayo de 1988, así como la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de unos cauces, suficientemente generosos, para que los interesados puedan resolver —en la medida de lo posible— los problemas que necesariamente suscitan las situaciones de crisis familiar, como también ha tenido ocasión de declarar esta Sala en la sentencia de 11 de noviembre de 1985 (*vid.* artículos 73 y siguientes del Código civil). En este orden de cosas debe recordarse igualmente que la propia ley civil prevé determinadas situaciones interinas en las que no cabe hablar, desde el punto de vista legal de incumplimiento del deber de convivencia (*vid.* artículos 105 del Código civil y 1.881 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). No cabe desconocer, finalmente, que la utilización de estos cauces legales exige un cierto nivel cultural por parte de las personas implicadas en estas críticas situaciones.

Constituye el bien jurídico protegido por la figura penal del artículo 487 del Código Penal el derecho subjetivo a la asistencia que poseen los hijos, los pupilos, el cónyuge y, en su caso, los ascendientes de una persona. La jurisprudencia ha venido perfilando los requisitos que se estiman necesarios para que pueda apreciarse la comisión de este delito, que son los siguientes:

- a) Omisión de los mencionados deberes asistenciales, legalmente impuestos.
- b) Posibilidad de cumplirlos.
- c) Que el incumplimiento sea consecuencia del abandono malicioso del hogar o de la conducta desordenada de quien incumple tales deberes (*vid.* sentencia de 28 de abril de 1975, entre otras). Todo ello, finalmente, debe ir unido a una cierta permanencia en la situación creada (*vid.* sentencia de 30 de diciembre de 1950).

En el presente caso, pese a la parquedad del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, en la que se omite toda alusión al nivel cultural y a la situación económico-social del matrimonio de la recurrente, así como a los antecedentes inmediatos de la situación de crisis familiar que describe, todo lo cual podría tener un marcado interés a la hora de valorar, desde el punto de vista de la reprochabilidad social, la conducta enjuiciada; es lo cierto que, ello, no obstante, en el mismo se pone de manifiesto que a los dos meses de haberse exteriorizado la situación de crisis familiar, al salir la hoy recurrente del domicilio conyugal, ésta y su marido legítimo «otorgaron y protocolizaron ante Notario un convenio regulador de su separación matrimonial», cuya declaración judicial fue solicitada luego por el marido; precisando también que, después del referido convenio, Josefa ha tenido ocasionalmente en su compañía a sus hijos y ha seguido atentamente su evolución escolar. La conducta de la recurrente, así diseñada, no pueda decirse que sea constitutiva del delito de abandono de familia, de manera patente y categórica, como sería preciso para una condena penal, ya que no cabe apreciar en ella un abandono de sus deberes asistenciales para con sus hijos y su marido legítimo con el carácter de permanencia que viene exigiendo la jurisprudencia de esta Sala. Es más, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida pone claramente de relieve que los interesados (la recurrente y su marido legítimo) buscaron el cauce del mutuo acuerdo y de la vía judicial para solu-

cionar los problemas inherentes a su situación de crisis familiar (*vid.* sentencias de 24 de febrero de 1958 y de 27 de mayo de 1968). Procede, en definitiva, estimar este recurso, casar la sentencia recurrida y citar la sentencia que en Derecho proceda.

ARTICULO 501. ROBO. VIOLENCIA SOBREVENIDA

(STS de 4 de julio de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)

Segundo. El segundo de los motivos por infracción de ley y con apoyo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la vulneración por aplicación indebida de los artículos 500, 501.4 y 512 del Código Penal; se dice que la violencia ejercida por el procesado surgió cuando ya era imposible la consecución del objetivo de aprovechamiento del bolso, pues el que lo portaba lo había tirado momentos antes, encontrándonos ante una falta de hurto en grado de frustración y por otra parte ante un delito de lesiones. La cuestión de si, ideado y puesto en marcha un plan realizativo de un delito contra la propiedad, en su modalidad de hurto o robo con forzamiento en las cosas, la violencia o intimidación surgidas de modo episódico en el *iter criminis*, en desenvolvimiento la dinámica comisiva, son capaces de transmutar el signo de la infracción patrimonial, dando paso a un robo violento o intimidatorio, ha sido resuelta afirmativamente por esta Sala, siempre, naturalmente, que los repudiables actos añadidos, incidentes sobre la libertad, seguridad o integridad de alguna persona, se hallen en conexión con el propósito que presidió el proyecto criminal. Así la jurisprudencia ha sido unánime en estimar que la violencia o intimidación puede, de modo operante y válido, sobrevenir en cualquier momento de la dinámica, sin precisarse que sean anteriores al hecho de la sustracción; insistiéndose en la adscripción de la conducta a las prescripciones del artículo 501 en todos los casos en que los resultados y violencias precedan, acompañen o subsigan a la perpetración del hecho punible, en directa y estrecha conexión de causalidad con el mismo. Posición asumida, entre muchas, por las sentencias de 7 de abril de 1981, 9 de marzo de 1982, 20 de octubre de 1983, 5 de marzo de 1984 y 1 de diciembre de 1986; siendo decisivo que la idea lucrativa sea la prevalente y que las citadas violencia o intimidación no aparezcan espacio-temporalmente tan distantes del hecho atentatorio a la propiedad que, disociándose de él, determinen la ruptura del complejo. Las sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 1981 han reconocido que **el hurto es una de las infracciones idóneas para transformarse en el delito complejo del artículo 501 del Código Penal, cuando en el «iter criminis» se injerta violencia o intimidación para lograr las aptencias patrimoniales del agente.**

ARTICULO 503. EXTORSION. DOCTRINA GENERAL. ANIMO DE LUCRO

(STS de 3 de junio de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. El delito denominado «extorsión», definido en el artículo 503 del Código Penal es una figura un tanto anómala, **híbrida de robo con violación o intimidación en las personas y defraudación**, según doctrina de esta Sala, sentencias de 25 de octubre y 11 de noviembre de 1982, y 16 de octubre de 1986, en el que se mezclan la vía, sea intimidativa o absoluta, con la maquinación, característica de la estafa. El **objeto material** sobre el que recae la acción es un documento público o privado, debiendo tener además un contenido patrimonial. La **acción**, consiste en, mediante la violencia o intimidación, obligar a otro, a suscribir, equivalente a firmar, y otorgar, que conlleva además, el cumplimiento de los restantes requisitos exigidos para la culminación del acto ante notario, e incluso entregar, siquiera la doctrina discrepe en cuanto a la integración de tal actividad en la infracción delictiva que se analiza. Además, se requiere el **ánimo del sujeto activo de defraudar**, entendido como ánimo de lucro antijurídico o ilícito, según la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1965, esto es, propósito de conseguir un beneficio patrimonial al que no se tiene derecho, ya que si lo que se pretende es cobrar una suma dineraria o conseguir lo que ya era debido, habrá, en todo caso, una realización arbitraria del propio derecho, del artículo 377 del Código Penal, o unas coacciones del artículo 496 del propio texto punitivo, radicando, por tanto, la diferencia entre dichas figuras delictivas, únicamente en el referido ánimo defraudatorio. LA consumación se produce tan pronto se obtiene la suscripción, otorgamiento o entrega del documento, con los citados ánimo de lucro y propósito de defraudar, sin ulteriores exigencias, y aunque no se consiga el lucro pretendido, por lo que los actos posteriores que tiendan a asegurar u obtener aquel lucro, o a neutralizar a la víctima para que no disten a las intenciones depredatorias del sujeto activo, pertenecen a la fase del agotamiento, pudiendo constituir, si los hechos son punibles, delitos independientes, que no quedarían absorbidos por la extorsión. Por último, la sanción punitiva, se verifica por remisión a las penas correspondientes de las señaladas en el Capítulo I del Título VIII del Libro II del Código Penal, y más concretamente, aunque el legislador no lo diga, al ser un precepto penal incompleto, el artículo 503, a las citadas en los distintos supuestos del artículo 501 del propio texto legal.

ARTICULO 506.4. OFICINA EN QUE SE CONSERVAN CAUDALES PUBLICOS. OTROS ESTABLECIMIENTOS

(STS de 3 de octubre de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. Mejor suerte ha de corresponder al motivo segundo, que, con igual sede casacional que el anterior, denuncia la aplicación indebida del número 4.º del artículo 506 del Código Penal, pues no todo establecimiento de venta al público llena en sentido estricto la exigencia de que en el mismo «se conserven caudales». Ciertamente, la presencia de dinero será normal en un comercio, pero —como se lee en la sentencia de 17 de junio de 1985— «la circunstancia 4.ª del artícu-

lo 506 se constriñe a aquellas oficinas o establecimientos que conservan caudales como finalidad primordial, no a aquellos donde pasan con carácter temporal, accidental u episódico», lo que excluiría las Cooperativas, según había proclamado ya la sentencia de 1 de febrero de 1966, y las propias oficinas recaudatorias de la Organización Nacional de Ciegos. Pueden citarse en esta distinción la sentencia de 27 de septiembre de 1983, aplicando la agravación a un robo cometido en las oficinas de FECSA, «dedicadas a extender los contratos de suministro de energía, percepción de compras, liquidación de recibos de cobradores, etc.», la de 27 de septiembre de 1986, que la acoge igualmente en relación con una habilitación de clases pasivas, la de 26 de mayo de 1986, en igual sentido respecto a una expendedoría de tabacos «destinada también a la recaudación de quinientas», y la de 3 de junio de 1987, atinente a una agencia de viajes, ejemplos todos ellos que contrastan con el supuesto aquí examinado: un establecimiento de «video». Procede por ello admitir el motivo y prescindir de la repetida agravación específica.

ARTICULO 514. HURTO. DIFERENCIAS CON APROPIACION INDEBIDA

(STS de 12 de julio de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. En el recurso formalizado por el procesado con base en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se tacha a la sentencia recurrida de haber cometido error de derechos al calificar los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de hurto, con infracción de lo dispuesto en los artículos 514 y 516, número 2.º, en relación con los artículos 515 y 69 bis del Código Penal, por aplicación indebida, e infracción de lo dispuesto en el artículo 535 de dicho texto legal, por inaplicación, al merecer los hechos declarados probados la conceptualización de delito de apropiación indebida. El delito de **apropiación indebida** se caracteriza básicamente por la transmutación verificada unilateralmente por el agente en el título posesorio de dinero, cosas muebles o efectos, convirtiendo la posesión jurídica legítima inicial, a la que se había dado paso merced a cualquier relación jurídica habilitadora para ello, en propiedad ilegítima, consecuencia de la deliberada incorporación de aquéllos al propio patrimonio, dolo subsiguiente que da al traste y quebranta el basamento de confianza sobre el que se generó la negociación propiciadora de aquel arranque posesorio que puso lícitamente los objetos en manos del infractor. La esencia de la apropiación indebida —cual resaltan las sentencias de 24 de septiembre, 27 de octubre y 5 de diciembre de 1968, radica en la acción de **accipiens**, transmutando, transformando o trocando esa legítima posesión, en antijurídico dominio, adueñándose de los bienes recibidos, ejercitan su **ius disponendi** que sólo al dueño incumbe. El procesado, en razón de sus funciones de canónigo archivero de la Santa Iglesia Catedral, bibliotecario del Seminario y profesor del mismo, lo que le permitía el acceso al archivo y biblioteca de aquéllos, prevaliéndose de ello, se fue llevando los ejemplares de libros y manuscritos a que se alude en el **factum**, trasladándolos a su residencia. Carecía de cualquier posesión legítima sobre referidos volúmenes, gozando de fácil acceso a los mismos en los lugares donde se guardaban, y ejerciendo, si acaso, sobre algunos de ellos y de forma intermitente, alguna general

función de custodia. Indudablemente, al no haber recibido los libros en depósito, comisión o administración, la relación del procesado con la cosa objeto material de la infracción, potencial acceso a las mismas y esporádicas, accidentales o precarias tenencias, no configuran título posesorio alguno capaz de generar, por causa del adueñamiento de los ejemplares, un delito de apropiación indebida. La calificación de los hechos como delito de hurto es correcta y el motivo ha de ser desestimado, habiendo merecido en su día la inadmisión al suscitar una cuestión nueva.

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. DOCTRINA GENERAL

(STS de 27 de octubre de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)

Segundo. Constituye el delito de alzamiento de bienes una infracción de tenencia o mero riesgo, más que de resultado real y lesivo, cuya consumación no exige la absoluta, insuperable y definitiva perjudicialidad del acreedor burlado, pudiendo señalarse como elementos que le caracterizan y definen los siguientes: a) preexistencia de una relación jurídica obligacional de la que se desprende la presencia de una o varias deudas reales, generalmente vencidas, líquidas y exigibles (sentencias de 6 de junio de 1977, 30 de diciembre de 1978, 28 de mayo de 1979, 9 de mayo y 9 de junio de 1986 y 10 de marzo de 1987); b) ánimo del deudor finalísticamente encaminado a defraudar a sus acreedores, eludiendo el cumplimiento de sus obligaciones merced a la procurada desposesión de sus bienes, ocultación, enajenación o desaparición de todo o parte del patrimonio al servicio de aquel designio engañoso, lo que impedirá el ejercicio con resultado favorable de cualquier pretensión dirigida a la realización del crédito, o tornará difícil y escabroso el camino a seguir para la prosperabilidad de la pretensión reclamatoria, elemento subjetivo del injusto que tilda de antijurídico el proceder del reo que, de otra forma, carecería de relevancia en la órbita penal, no confundible con el dolo, limitado éste, ante el conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo, a la voluntad del deudor de insolventarse, de «alzarse», conociendo el alcance de su acción en orden al cumplimiento de sus obligaciones; c) materialización de la ocultación, enajenación o desaparición de los bienes propios merced a la actividad dinámica desplegada, imposible de encerrar en **numerus clausus** y tan varia como alumbraba la imaginación humana cuando viene incitada por propósitos defraudatorios, y que ordinariamente plasma en actos de enajenación, gratuitos u onerosos, constitución de gravámenes, ficción de créditos de carácter preferente, etc., medios directos o indirectos de sustraer el activo a la disposición de los acreedores que vienen a definir el elemento objetivo del delito, burlándose de tal modo la eficacia de un orden jurídico estatuido para atendimiento y defensa de los intereses del acreedor; d) situación de insolvencia total o parcial, real o aparente, del deudor, afecto y consecuencia de las maniobras elusivas y fraudulentas llevadas a término con precedencia, en definitiva, directa relación de causalidad entre el alzamiento y la defraudación conseguida, haciéndose de tal modo inefectivos los derechos crediticios de los acreedores, al devenir estéril el ejercicio de sus normales pretensiones procesales de ejecución, tras el reconocimiento judicial del crédito y el imperativo pronunciamiento de condena subsiguiente; situa-

ción fáctica del deudor que obstruye el juego normal de la responsabilidad universal proclamada por el artículo 1.911 del Código civil, ya de una manera absoluta ya relativa, poniéndose en peligro o afectándose de alguna manera el derecho de satisfacción del acreedor, verdadero bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes, al crearse un riesgo anormal para sus intereses a través de conductas del deudor que van más allá de los razonables límites de la libertad contractual y del normal poder de disposición; siendo reiterada la jurisprudencia que, de forma más o menos pormenorizadora, viene refiriéndose a los enumerados elementos como requisitos configuradores del delito de alzamiento de bienes, cabiendo citar, entre otras muchas, las sentencias de 20 de marzo de 1974, 30 de junio de 1975, 15 de abril de 1978, 28 de mayo de 1979, 9 de mayo de 1981, 16 de diciembre de 1982, 16 de febrero de 1983, 29 de mayo de 1985, 7 de marzo de 1986 y 22 de abril de 1987.

ARTICULO 529.7 y 8. SUBTIPOS AGRAVADOS DE ESTAFA. VALOR DE LA DEFRAUDACION. MULTIPLICIDAD DE PERJUDICADOS

(STS de 15 de junio de 1988. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Tercero. En su segunda dirección el motivo combate la aplicación por parte del Tribunal de Instancia de la circunstancia específica contemplada por el artículo 529.7 del Código Penal, haciéndolo desde una doble perspectiva, la de intentar fraccionar o segmentar el perjuicio contemplado aisladamente a los distintos perjudicados y tratando de conectar el dato normativo de especial gravedad atendido el valor de la defraudación a la peculiaridad de los perjudicados en cuanto entidades bancarias. Desde ambas vertientes la impugnación se muestra desasistida de fundamentación. Pretender aislar lo favorable (delito continuado) de lo supuestamente desfavorable (estimación individualizadora de los perjudicados) en la concepción condenatoria es algo desprovisto de toda sustancia fundamentadora. La descripción normativa del subtipo atiende a un objetivo cual el valor de la defraudación y esta dato normativo del tipo se completa, en cierre legal, mediante la norma contenida respecto al delito continuado en el artículo 69 bis del Código Penal, que en su larga descripción y en sede de infracciones contra el patrimonio expresa que se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Y no mejor suerte decisoria ha de correr la segunda fase impugnativa del submotivo, en tanto en cuanto la pura objetividad del subtipo se ofrece en la comparatividad hermenéutica de grado máximo contextual. **Pues no se alcanza a comprender cuál sería el área de esta norma si se subjetivizase, al existir dentro del mismo artículo 529 un subtipo que, precisamente, parte (5.^a) de la defraudación «coloque a la víctima en grave situación económica».** El submotivo se revela, por tanto, carente de base y debe consecuentemente ser desestimado.

Cuarto. Contrariamente, la denuncia de vulneración del subtipo establecido instrumentalmente como específica circunstancia de agravación en el artículo 529.8 ofrece una relevancia conducente a su estimación. El denominado delito-masa consagrado legislativamente tras la Ley Orgánica 8/1983, de 23 de junio, requiere necesariamente la existencia en cuanto a los perjudicados de «una generalidad

de personas» (artículo 69 bis del Código Penal). Esta primera nota ofrece, por su ubicación sistemática dentro del texto codificado, una primera exigencia: la no exacta constatación individualizada, en tanto generalidad de personas es algo reconducible a ausencia de enumeración exhaustiva. En segundo lugar, la configuración del subtipo se proyecta sobre un vocablo, como es «múltiple», necesidad de precisiones extrajurídicas. Semánticamente, tal adjetivo no ofrece en su versión oficializada grandes aportaciones, en cuanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua simplemente expresa que es vario, de muchas maneras u opuesto a simple. Una vez más, tal codificación lingüística muestra su radical desconexión con el lenguaje usual o «habla». Múltiple en el modo de hablar cotidiano es algo que se conecta con algo que ecide de una simple pluralidad. El término referencial propio sería «multitud» y ese es el sentido propio de la expresión normativa —descartada por insuficiente la mera referencia semántica oficializada—. Multitud que supone óptica y radicalmente una carencia descriptiva individualizada de sus componentes y que, «pari passu», comporta la necesidad de no reducir tales agregados o componentes a un guarismo no significativo numéricamente. En la común intelección popular —último y decisivo destinatario de las normas— «múltiple» no es lo que se *individualiza inmediatamente* ni mucho menos lo que es representable en cifras no alejadas o distintas de la simple unidad. La categoría normativa exige necesariamente dos notas: una pluralidad consistente y una difusión o, cuando menos, difusibilidad de los perjudicados. Que ello no existe en el caso ahora decidido es llano. Los perjudicados son concretados y escasos en número en la relación histórica ahora incólume. Se trata en todos los casos de entidades bancarias y los perjuicios irrogados a cada una de las mismas, asimismo, determinados. Por ello, estimar o reputar existente en este supuesto la circunstancia específica de agravación que se analiza resultaría totalmente descentrado en el designio del legislador. Debe, pues, estimarse este submotivo con el alcance que se dirá en el siguiente fundamento.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. CONTRATO DE «LEASING»

(STS de 9 de julio de 1988. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Segundo. Antes de dar a conocer la consecuencia juridicopenal deducible del anterior relato es necesario puntualizar lo siguiente:

1. El contrato «leasing» o arrendamiento financiero es, como se sabe, un contrato carente de regulación legal en el campo de Derecho privado, pero de otorgamiento posible conforme al artículo 1.255 del Código civil, aparte de que en el orden administrativo y fiscal son numerosas las disposiciones dictadas en relación con esta modalidad contractual.

2. El «leasing», de acuerdo con la doctrina científica más general, es un contrato consensual, oneroso y conmutativo, de tracto sucesivo y traslativo de uso y disfrute por el cual una persona cede los derechos de uso de un bien propio en contrapartida de unas prestaciones, obligándose también a ceder al usuario una opción de compra. La realidad económica y jurídica que sirve de soporte a esta modalidad contractual condiciona las características de la misma en cuanto una empresa obtiene un bien industrial sin el desembolso correspondiente a la

compra, pero con la facultad de adquirir la cosa a la finalización del contrato por el precio que se haya fijado. No hay, pues, ni siquiera, la identidad que se pretende, a efectos de la apropiación, entre el arrendamiento normal de un bien y la cesión a título de «leasing».

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(STS de 11 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos)

Sexto. El motivo cuarto, también por infracción de ley, combate la aplicación del artículo 535 en relación con el 528 y 529.7 del Código Penal, esto es, la comisión por los recurrentes de un delito de apropiación indebida con la agravante específica de revestir especial gravedad atendido el valor de la defraudación, con el argumento de que si según los hechos probados, la empresa comenzó a tener pérdidas hasta el punto de no poder atender normalmente el pago de sus obligaciones, resultando una indigencia cada vez mayor, de ello se deduce que los procesados no podían disponer del dinero destinado al pago de la Seguridad Social y a la Hacienda Pública en depósito, comisión o administración, posibles títulos de incriminación por dicho delito, sencillamente porque no tenían tesorería para realizar tales pagos.