

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

ARTICULOS 8.1.º, 9.1.º Y 10.º DROGADICCION. VALORACION EN LA IMPUTABILIDAD. HEROINA

(STS de 20 de enero de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. El único motivo del recurso formulado por el procesado, al amparo del artículo 849.1.º, se basa en supuesta infracción de ley por inaplicación de la atenuante 10.ª del artículo 9 del Código Penal, pese a consignarse en el «factum» la condición de adicto a la heroína de aquél y ser la causa por la que se dedicaba a la venta de dicha sustancia la consecución del propio consumo. Es doctrina consagrada de Esta Sala la de que, implicando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal un mudamiento o alteración sensible en la imputabilidad normal y directa asignada al autor de un hecho delictivo, con su natural e inmediata repercusión sobre la pena tipo abstractamente fijada a la infracción, para su correcta estimación en trámite de casación es preciso que en el resultando de hechos probados aparezcan expresa y terminantemente las bases fácticas, los elementos requeridos para la configuración del tal circunstancia, y con ello la misma nitidez y fuerza como el hecho mismo; pudiendo ser complementado el «factum» con los datos de tal naturaleza contenidos en los fundamentos jurídicos en tanto en cuanto supongan una homologación o complemento de aquellos hechos de acreditada constancia. Y ello sin que puedan conjeturarse o presumirse, con ausencia total o parcial de los indispensables apoyos fácticos en que se han de sustentar. Doctrina que alienta, entre otras, en sentencias de 20 de enero y 13 de abril de 1981, 13 de diciembre de 1982, 13 de junio de 1983, 21 de marzo y 9 de junio de 1984, 18 de abril de 1985, 16 de abril y 17 de diciembre de 1986, 13 de marzo y 21 de mayo de 1987.

Segundo. En los «hechos probados de la sentencia impugnada se alude a la condición de drogadicto del inculpado y que las sustancias estupefacientes ocupadas se hallaban destinadas a una «posterior venta para obtener el dinero necesario para su propio consumo, pues es adicto a la heroína». La figura del consu-

midor que se implica en sus actividades de tráfico al objeto de subvenir a sus necesidades, comprobada su drogodependencia, debe ser contemplada con especial atención en razón a que la culpabilidad, dadas las peculiaridades criminológicas de aquél, ha de estimarse disminuida. En la mayor parte de supuestos puede resultar apreciable un «minus» de culpabilidad, patente un arraigo dependencial y el apremio que pueda experimentar el sujeto para subvenir económicamente a sus exigencias. **Es indudable** —se dice en la sentencia de 25 de septiembre de 1987— **que el consumo habitual de ciertos opiáceos, entre ellos la heroína, puede transformar al sujeto en delincuente funcional** que ingresa en el pernicioso tráfico con el doble fin de procurarse la droga y un medio de vida, de modo que la drogadicción influye en la libre determinación de su voluntad, a la que conviene la atenuante analógica del artículo 9.10.º, del Código Penal. En consecuencia se impone la estimación del motivo.

ARTICULOS 10.6.º Y 406.4.º PREMEDITACION CONDICIONADA. ASESINATO

(STS de 27 de febrero de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Cuarto. Ajeno a nuestro derecho positivo el elemento, o criterio, sistemático como determinante de la premeditación, y contestado fuertemente el ideológico, restan como apoyos de dicha agravante el psicológico y el cronológico, de modo que la repetida circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal ofrece como notas características la frialdad y la persistencia en la resolución delictiva, requisitos ambos que concurren «prima facie» en el caso de autos, ya que la ideación de la fuga se traduce en un complejo plan que incluye el previo traslado desde el establecimiento penitenciario al hospital civil y la obtención de una pistola con la que vencer la resistencia de quienes se opusieran a la huida. El problema planteado en el recurso no se refiere, sin embargo, a la normal concurrencia de aquellos elementos, sino a la posibilidad o no de apreciar una permanente constante y homogénea resolución criminal cuando de la premeditación condicionada se trata.

Quinto. La **doctrina mayoritaria italiana**, encabezada por la más relevante personalidad de la escuela clásica, distingue entre el supuesto de la determinación cierta con incertidumbre sólo en cuanto al momento de ejecución, y el de la determinación incierta, en el sentido de hacerla depender de alguna condición. Luego, acepta siempre la premeditación en el primer caso, pero en el segundo únicamente estima la circunstancia si la mencionada condición consiste en un acto injusto por parte de la víctima. Dejando de lado el supuesto de la indeterminación en la ejecución, en el que la afirmación de la premeditación parece pacífica en todas las corrientes autorizadas, la solución en el segundo —el de una cierta suspensión de la decisión criminal hasta la producción del evento— ha sido contestada desde diversos ángulos, uno de los cuales apunta la confusión entre la valoración jurídica que merezca el hecho integrante de la condición y la estructura psicológica de la premeditación, dentro de la que no cabe operar con la indicada valoración, cuyo interés debe circunscribirse al ámbito de la legítima defensa o subsidiariamente, al del arbitrio judicial en la fijación de la pena. Ahora bien,

estas críticas al distingo —presentes también en la doctrina española, pese a seguir en general la posición «carresiana»— tanto pueden implicar una extensión como una restricción a la estimación de la premeditación condicionada, según las dos líneas a que se hará mención seguidamente.

Sexto. De un lado, hay quien abandona por completo la mencionada vía y acude a un nuevo planteamiento que desemboca en el rechazo de la agravante. Para ello se subraya la pretendida existencia de una dualidad de actos voluntarios —el de realizar el hecho delictivo si la condición se cumple, y el ratificador cuando llega ese momento—, de forma que el primero carecía de relevancia a los efectos de la premeditación y, en definitiva, no habría decisión única y permanente. De otro, vale reargüir que esta ratificación ulterior no constituye más que una cierta cualificación dentro de la ratificación constante que resulta poco menos que inherente a todo delito premeditado. En consecuencia, tal vez las acertadas censuras a las diferencias según la licitud o ilicitud de la condición, como comportamiento de la víctima o de un tercero deban desembocar en la estimación generalizada de la agravante en la hipótesis de premeditación condicionada en cuanto a la ejecución misma.

Séptimo. Por lo que atañe al **derecho histórico español**, el artículo 606 de nuestro Código Penal de 1827 acogía la premeditación «aunque el previo designio de cometerlo (el homicidio voluntario) se haya formado con alguna condición o con alguna diferencia en cuanto al modo de ejecutar el delito», al igual que la reconocía igualmente «aunque se haya formado el designio con relación a otra persona o persona indeterminada», y «aunque antes del homicidio se haya formado designio, no precisamente de matar, sino de maltratar a una persona determinada o indeterminada, siempre que al tiempo de ejecutar el delito se unan en el reo la espontaneidad y la intención actual de dar la muerte». Estos interesantes complementos —verdaderas muestras de interpretación auténtica— desaparecen en el Proyecto de 1830 (artículos 27 y 117), pero pasan con alguna modificación al Proyecto de 1831, a tenor de cuyo artículo 794, referido al homicidio cualificado, «aunque el designio de dar la muerte a otro no fuere absoluto, sino condicional y subordinado a algún hecho eventual, siempre que aquélla llegue a verificarse, se considerará como hecho con premeditación». Más tarde, el Proyecto de 1834 (artículos 30 y 318) vuelve a prescindir de tales aclaraciones, línea a la que acaban sumándose el Código de 1848 y todos los posteriores. En la actualidad, el Código Penal francés sigue recogiendo en su artículo 297 la premeditación condicional —decisión «dependiente de cualquier circunstancia o de cualquier condición»— omitiendo, como las citas españolas, matizaciones o diferencias según la valoración que el condicionamiento pueda merecer.

Octavo. La **jurisprudencia patria se ha decantado abiertamente por aquella posición doctrinal mayoritaria en Italia y España que liga la apreciación de la repetida premeditación condicionada a la injusticia del acto futuro de la víctima, convertido así en condición para ejecutar o no la acción delictiva integrada en el plan inicial.** Pueden verse a este respecto las Sentencias de 27 de mayo de 1900 (en vigor aún el Código Penal de 1870), 18 de marzo de 1950, 14 de junio de 1958, 25 de noviembre de 1959, 22 de junio de 1960 y 19 de enero de 1971. Merece destacarse especialmente esta última, que menciona en su apoyo algunas de las anteriores y se refiere a un parricidio en el que la condición determinante fue la fundada oposición de la esposa y víctima, a desistir de los trámites para

la separación y reanudar la vida en común. Considerada justa la actuación de la mujer, el Tribunal Supremo no encontró obstáculo para estimar la agravante.

Noveno. Dado que las intenciones, ideaciones y planes de las personas han de alcanzarse mediante los actos extremos, y que los presupuestos de toda eximente o circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal deben hallarse tan acreditados como los elementos nucleares de las figuras delictivas, según una constante jurisprudencia que hace innecesaria la referencia expresa a la premeditación «conocida» (exigencia ésta que desaparece en el Proyecto del Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983) —en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983— señalar primeramente cómo en el caso de autos no puede haber duda racional acerca de la premeditación condicionada. La inclusión de la pistola y de su munición en el proyecto de fuga, y el rápido disparo al vientre de uno de los dos policías tan pronto como el procesado observó que la mera comunicación no garantizaba la huida, revelan, que pese a la lógica presunción de que aquél hubiera preferido escapar sin tener que matar a alguien, la posibilidad del homicidio —o mejor, del asesinato— había sido largamente contemplada y asumida, de manera que, en el supuesto más favorable, solo se dispararía, y dispararía a matar, si ello fuera necesario o conveniente, es decir, conforme a un condicionamiento en el que la oposición de los guardias a tolerar la evasión nunca merecería la calificación de injusta. Consecuentemente, la desestimación de este cuarto motivo del recurso es acorde con una doctrina jurisprudencial que, de ser modificada, parece debería serlo en cuanto a prescindir del carácter lícito o ilícito de ese hecho —u comisión— de la víctima, convertido en condición para ejecutar, en su caso, la acción delictiva ya prevista.

ARTICULO 14.1º AUTORIA. DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO. VIGILANCIA

(STS de 21 de febrero de 1989. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Segundo. En los motivos primero y segundo de casación por infracción de ley se alega la infracción del **artículo 14.1.º del Código Penal**. Sustancialmente viene a sostener el recurrente que **la acción de permanecer al volante del vehículo mientras se comete el robo**, proporcionando asimismo el medio que permite la fuga y consumación del mismo, no es constitutiva de autoría, o más precisamente de coautoría. Apoya la Defensa su razonamiento en la comprobación de que el recurrente, con la realización de esa acción, no ha tomado parte en la intimidación, por lo que la autoría se debe excluir.

La Defensa del recurrente no explica, de todos modos, qué significación jurídico penal atribuye a la actuación del procesado.

El motivo debe ser desestimado.

El punto de vista presentado por el recurrente presupone una concepción de la autoría que no toma en cuenta otra forma de participación que la individual. Naturalmente desde tal perspectiva quien no ejecuta la apropiación y ejerce la violencia no completa el tipo penal del robo. Pero, una concepción tan estrecha, sin embargo, no resulta sostenible ni sobre la base del texto legal del **artículo 14**

del Código Penal, ni con apoyo en la finalidad de esta disposición. En efecto, ya el número primero del **artículo 14 del Código Penal** hace referencia a sujetos plurales, lo que permite pensar que el legislador ha querido alcanzar no sólo la realización del tipo en forma individual, sino también la realización en común del tipo penal. La finalidad del precepto por otra parte, es la de sancionar de una manera determinada a los que asumen un papel principal en la ejecución del delito, razón por la cual se debe extender también a los que desempeñan tal papel en forma conjunta.

La tesis postulada por el recurrente se podría apoyar también en la teoría formal objetiva de la autoría, que sólo permite considerar como coautor al que realiza alguna acción ejecutiva. En tal caso, al no haber ejecutado el procesado ni una acción de apoderamiento de cosa ajena, ni haber ejercido violencia o empleado intimidación, no podría ser considerado coautor. Estos conceptos, sin embargo, no han sido, seguidos por la jurisprudencia de esta Sala.

La jurisprudencia más reciente, al tratar precisamente de los actos de vigilancia (por lo general en el robo) **los ha considerado una forma de coautoría** (SSTS 16-2-87, 31-8-87, 11-12-87, 31-3-87, entre otras), demostrando de esa manera su rechazo de las premisas de la teoría formal objetiva en la delimitación de la autoría y la participación, pues sólo partiendo de un criterio diferente es posible llegar a tal solución en relación a los actos de vigilancia.

La decisión de esta Sala en este sentido tiene un claro apoyo doctrinario. En efecto, **un criterio formal-objetivo para la delimitación de la autoría resulta inconciliable con los presupuestos valorativos de la ley y los fines político-criminales del legislador, dado que ni la autoría mediata ni la coautoría se pueden explicar satisfactoriamente con tal punto de vista**, a pesar de ser sucesos cuyo sentido jurídico no difiere esencialmente de la autoría. Por ello, al no ser impuesto por el texto legal de una manera categórica, el criterio formal-objetivo, que podría sostener la tesis del recurrente, no puede ser admitido como base de la interpretación del artículo 14.1º del Código Penal.

Esto permite afirmar que **«tomar parte directa en la ejecución del hecho» no significa exclusivamente realizar una parte de la acción típica o un aspecto de la misma, sino también llevar a cabo un comportamiento de especial significación en el contexto de la comisión del delito** (Confr. STS 20-10-88, REC. 4081/85). La determinación de esta singular significación ha sido llevada a cabo por esta Sala en sus más recientes precedentes con apoyo en criterio del dominio del hecho, o en el caso de la coautoría del codominio funcional del hecho (Confr. SSTS 12-2-88; 8-10-88; 5-10-88, Rec. 2993/85; 20-10-88, Rec. 4081/85; 15-4-88 y anteriormente 21-3-73; 10-1-87; 11-5-87; 9-10-87; 11-12-87).

El codominio del hecho del que espera al volante del coche a los que llevan a cabo la apropiación mediante intimidación de la víctima asegurando y posibilitando la consumación del hecho la huida de los auditores, no parece discutible. El codominio del hecho presupone una división de tareas mediante la cual cada uno de los partícipes ejerce parcialmente el dominio del hecho en el estadio de la ejecución. Ello será de apreciar cuando el partícipe ejerza una función esencial para el éxito del plan. El que espera con el coche dispuesto para alejar a los autores del atraco del lugar del hecho realiza un aporte esencial para la consumación. Al haber tenido en sus manos la conducción del automóvil, el recurrente

tuvo el dominio de una parte del plan común (Confr. en sentido similar STS 5-10-88, Rec. 2999/85) y por tanto un dominio funcional de todo el hecho.

En consecuencia, estando acreditado en los hechos probados que los autores tomaron la decisión de la ejecución en común, no cabe duda que el recurrente ha sido correctamente considerado cautor.

ARTICULOS 52.2.º, 411 Y 413. DELITO IMPOSIBLE. ABORTO

(STS de 16 de febrero de 1989. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prada)

Primero. La Sentencia de esta Sala de 9 de abril de 1952 estableció ya con una claridad evidente, interpretando el **párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal**, que aun cuando nuestra legislación represiva no contiene una noción completa del delito imposible, salvo la referencia que de él se hace en la norma acabada de invocar, la doctrina legal y científica hacen radicar esta causa de imperfección de la infracción delictiva en la imposibilidad de que se cometa y en que esta imposibilidad exista desde el momento de la resolución criminal, aun antes de los actos de ejecución, porque dados los medios empleados, —lo que constituiría una tentativa idónea—, o la falta de objeto —**delito imposible** propiamente dicho—, la infracción justiciable nunca podría cometerse.

Segundo. Aplicando al caso del recurso la doctrina acabada de exponer es claro acierto de la Sala sentenciadora al penar la conducta de la recurrente como constitutiva de un delito de aborto en grado de imposibilidad de producción, pues, creyéndose embarazada, se sometió por precio a prácticas abortivas adecuadas para conseguir el fin propuesto, que no alcanzaron su maligno objetivo por **inexistencia del feto**, lo que es punible por la vía del artículo 52 en relación con el 413, ambos del Código Penal, según jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en sus sentencias de 30 de diciembre de 1955, 30 de septiembre de 1965 y 17 de junio de 1969.

Tercero. Finalmente, que contra la anterior calificación no puede prosperar la alegación que se hace de no ser posible aplicar a los delitos de aborto las prescripciones del citado artículo 52 por estar sancionada ya tal conducta, en caso de imposibilidad de consecución, en el párrafo final del artículo 411, pues esta **previsión legislativa sanciona un delito complejo de aborto y homicidio o lesiones graves producidas con empleo de prácticas abortivas aptas o inidóneas pero realizadas por persona ajena a la mujer en que se efectúan, se encuentre ésta encinta o no, y el caso del recurso está incluido en el segundo supuesto del artículo 413, ya repetido, que alude a la mujer que consintiere que otra persona le causa el aborto, lo que, para el caso de imposibilidad de conseguirlo por falta de embarazo, ha de alcanzarle la pena que señala el artículo 52, por estar incurso en el relatado comportamiento.**

ARTICULOS 67 Y 66. INTERDICCION DOMICILIARIA. PENALIDAD CON LAS EXIMENTES INCOMPLETAS

(STS de 6 de abril de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Primero. El artículo 67 del Código Penal establece para determinada clase de delitos una facultad discrecional como medida especial de interdicción domiciliaria, con finalidad cautelar, complementaria o adicional de las penas típicas asignadas, similar a la pena de destierro, y que consiste en la prohibición de volver el reo al lugar del delito o en que residan la víctima o sus familiares si fueren distintos, atendiendo para ello a la objetividad del delito cometido y a la subjetividad del delincuente por el peligro que representa su actuación futura. Tiene, pues, esta medida un carácter ambivalente —medida de seguridad y penalidad retributiva—, al que se refiere las sentencias de esta Sala de 22 de marzo de 1969, 14 de octubre de 1975, 26 de diciembre de 1986 y 15 de febrero de 1988, que pueden acordar los Tribunales en sus sentencias —añade la reciente Resolución de 29 de septiembre de 1988— siempre que haya existido contradicción sobre el particular, la que han de provocar oportunamente el Ministerio Fiscal o partes acusadoras; y la razón estriba —siguiendo el dictado de esta sentencia «en 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 respete 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 de nuestra Ley Fundamental». Al resultar comprometido, finalmente, un derecho constitucional con cauce abierto en el artículo 5.º4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe superarse la posible irregularidad de la vía procesal utilizada prestando atención primordial a la voluntad impugnativa claramente deducida del motivo del recurso, que debe ser estimado sin la trascendencia derivada del artículo 901 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Segundo. La interpretación del artículo 66 del Código penal suscita una cuestión de singular interés práctico: en el sentido que ha de darse a la frase «imponiéndola —se refiere a la pena inferior en uno o dos grados— en el grado que los Tribunales estimen conveniente». Un criterio interpretativo reduce el arbitrio judicial a determinar la rebaja de la pena en uno o dos grados, quedando la elegida sometida a la dosimetría del artículo 61. Un segundo criterio propugna una discrecionalidad absoluta con abandono del artículo 61.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria se ha inclinado hacia la primera solución, pero no han faltado ni faltan (Vid. sentencia última de 23 de febrero de 1988) resoluciones que han quebrado aquella línea interpretativa, asistidas —sin duda— de razones históricas y gramaticales estimables, y del argumento «ad absurdum», aludido en la sentencia citada, de evitar que el Tribunal, cuando concurre con la eximente incompleta una atenuante ordinaria, se vea compelido a imponer —si opta por la doble rebaja— el grado mínimo de la pena, prescindiendo de los grados medio y máximo.

La interpretación más ajustada al sentido de la ley parece coincidir con la doctrina más consolidada de esta Sala (sentencias de 17 y 31 de mayo, 13 y 27 de junio de 1988, por citar las más próximas), porque la palabra «grado»

ha de venir referida a la cuestión más trascendental del precepto, es decir a la rebaja de la pena, sin que existan razones para excluir las reglas del artículo 61 al concurso de eximente incompleta con las circunstancias modificativas ordinarias, cuya compatibilidad nadie discute. Ahora bien, este criterio de sujeción a las reglas dosimétricas del artículo 61, de carácter imperativo, debe ceñirse a la rebaja que tiene esta cualidad preceptiva o necesaria, es decir cuando se opta por la pena interior en un grado; si se elige, empero, la inferior en dos grados, en ejercicio de la facultad discrecional concedida por la Ley, entonces la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto, sin vinculación alguna al artículo 61; solución ecléctica que evita la grave inconsecuencia —antes apuntada— de que puedan quedar fuera de la posible elección del Tribunal ciertos tramos de la pena.

Aplicando el criterio expuesto al caso enjuiciado es llano que, al haberse elegido la pena inferior en grado, las reglas del artículo 61 del Código son de observancia, y, concretamente, la regla 4.^a impide que la pena rebase el grado medio del arresto mayor; con este alcance se estima el segundo motivo del recurso.

ARTICULO 240. DESACATO A LA AUTORIDAD. FALTA DE DESOBEDIENCIA

(STS de 19 de enero de 1985. Pte. Sr. Ruiz Vadiello)

Segundo. En cuanto al delito de desacato del artículo 240, párrafos primero y segundo, inciso 2.º, del Código Penal es necesario examinar como presupuesto básico de la existencia del delito la concurrencia de calumnia, injuria, insulto o amenaza al constituir éstas las conductas tipificadas como delito.

Las expresiones en este caso proferidas fueron conforme al hecho probado «que no repitan los actos de esquirolage», «que no se desvíen fondos públicos a otras faenas que deben ser presupuestadas con otros fondos», «que se nos paguen los jornales que el Ayuntamiento nos debe de las faenas realizadas entre el 17 y el 21 de julio pasado», «que es una vergüenza que los grupos escolares estén “comios” de porquería, sin blanquear, limpiar ni pintar desde el verano de 1983», «que es indignante que este Ayuntamiento permanezca tan tranquilo mientras nuestros hijos están expuestos a sufrir un grave accidente por la ruinosa situación de tablas, tejados y muros de algunas construcciones», «que es una vergüenza que por boca del Sr. Alcalde accidental se haya dicho que no hay presupuesto de limpieza de los grupos», «que es indignante que presentados escritos firmados por los 53 trabajadores que hemos faenado en los grupos entre el 17 y 21 de julio de 1984 dirigidos al Sr. Alcalde, ni éste ni el Pleno del Ayuntamiento se han dignado contestar hasta la fecha», «que cita el recurrente que además que es vergonzoso que este Ayuntamiento en vez de apoyar las justas reivindicaciones de los trabajadores en paro las boicotee, permitiéndose violar la ley en el día de la fecha desviando los fondos públicos destinados al arreglo de las conducciones de agua al traer esta mañana a trabajar a esos trabajadores contratados por el PER a reparar tejados en los grupos escolares, esta acción, dijeron, que nos reservamos el denunciar ante los Tribunales para que ellos valoren si constituye un delito, supone un acto de esquirolage político propio de los

peores enemigos de la clase obrera; sepa este Pleno que los trabajadores y trabajadoras en paro sabremos responder a esta acción tan poco digna de los que dicen representar a los vecinos de Alameda».

Frente a tales expresiones hay que señalar de entrada que ninguna de ellas constituye injuria, calumnia, insulto o amenaza presupuestos como ya se anticipó del delito de desacato, sino manifestaciones de naturaleza política, en el más amplio sentido de la palabra, del descontento de una parte de la ciudadanía de Alameda frente a la política del Ayuntamiento en relación con el paro.

Pero es que además, aunque alguna de las frases sea hiriente, como calificar de esquirolage político propio de los peores enemigos de la clase obrera, determinados comportamientos del Ayuntamiento, tampoco puede afirmarse que sea propiamente injuria, sino el **modo de exteriorizar una queja frente a los representantes del pueblo** que por otra parte ya habían querido materializarse con entrega de escritos en ocasiones precedentes y en el mismo día en que los hechos acaecieron.

Aun así, la precisión de un equilibrio entre el mecanismo protector del **derecho al honor** (una de cuyas manifestaciones es el desacato) y es respeto al de igual significado fundamental de la **libertad de expresión** es una necesidad que los tribunales deben obtener, siguiendo las pautas marcadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional. Esta armonización de los valores constitucionales en liza ha de conseguirse mediante un criterio de ponderación, situando al lado de cada uno de ellos las circunstancias concurrentes, el significado social, la finalidad, el beneficio o perjuicio a la causa pública, es decir a la sociedad, etc.

Y en este caso, el exceso en la expresión de quienes como **trabajadores en paro** exponen y exigen a sus representantes los que consideran pretensiones legítimas no puede incorporarse a la tipología penal que presupone un ánimo de injuriar o menospreciar que en estos supuestos de excesos verbales, no se da partiendo de que las expresiones proferidas no son en sí misma injuriosas.

Todo cuanto queda dicho es compatible con entender que en los hechos probados se ofrece sin duda una falta de respeto y consideración a la autoridad al dejar de cumplir el procesado la orden que de forma directa daba el Alcalde, conducta que puede sancionarse pese a no haber sido objeto de acusación por el Ministerio Fiscal porque el delito de desacato del artículo 240 y la falta del artículo 570.5 del Código Penal responden, de alguna manera, a una cierta, aunque limitada unidad estructural y porque el propio recurrente en su escrito de formalización del recurso, admite la posibilidad de que los hechos constituyeran la **falta** reseñada. En efecto, la falta de desobediencia se caracteriza por no ser activa, ni violenta ni persistente como señala la Sentencia de 10 de julio de 1982 y recuerda la de 18 de enero de 1988.

ARTICULO 244. DESACATO A LA AUTORIDAD

(STS de 22 de febrero de 1989. Pte. Sr. Montero y Fernández-Cid)

Primero. El recurso se inicia mediante un primer motivo por infracción de ley con sede procesal en el artículo 849.1 LECr., en el que la parte recurrente alega la vulneración por aplicación indebida del precepto penal sustantivo consti-

tuido por el artículo 244 del Código Penal, al reputar que los artículos periodísticos suscritos por el procesado condenado por el Tribunal sentenciador de instancia no encerraban propósito o móvil alguno de menosprecio hacia el presidente de la Diputación Provincial, sino simple ánimo de crítica, aunque severa, sobre su actuación pública. En una primera aproximación al análisis fundamentador conviene recordar dos cosas: a) Que el problema de la difícil acotación de los campos respectivos del derecho al honor y el de libertad de expresión, respectivamente establecidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, es como recientemente se ha subrayado por autorizada doctrina científica, el único supuesto en que se da tal tensión entre derechos a nivel máximo, es decir, entre dos derechos fundamentales, pues los demás supuestos representables pueden serlo entre un derecho fundamental y otro que, aunque constitucionalizado, ostente un rango secundario respecto a aquél (por ejemplo, entre derecho a la huelga y derecho al trabajo). b) Que se trata de un conflicto no regulado por inexistentes principios explícitos constitucionales, sino a resolver por el principio de ponderación de bienes, y en este marco la idea matriz es obviamente la derivada de que mientras el derecho al honor está muy cercano al núcleo de la personalidad, el de la libre expresión resulta inseparable del modelo de sociedad que proclama la Constitución Española y constituye el soporte o marco inseparable para la salvaguardia de las demás libertades públicas. Se ha podido decir que así como es preferible que haya terroristas a que se dé un terrorismo institucionalizado por el Estado, así como es preferible que haya abundantes delitos contra la propiedad a que el Estado haga operar un sistema antisocial en las relaciones propiedad, así también es preferible sacrificar a veces la esfera personal de algunos para que la sociedad pueda informar y ser informada.

Segundo. Todavía en este excursus inicial se debe recordar, asimismo, que esta prevalencia inicial viene, a partir de la STC de 16 de marzo de 1981, constantemente afirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habiéndose así declarado en la STC de 31 de marzo de 1982 que el «artículo 20 de la Constitución Española tomado en su conjunto y en sus diversos apartados, constituye la garantía de una comunicación pública, libre y sin la cual quedarían vacíos de contenido otros derechos que la Constitución Española consagra y reduce a formar hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución Española y que es la base de nuestra organización jurídico-política»; expresando a su vez la STC de 17 de julio de 1989 que «tal artículo 20, en cuanto garantía de una opinión pública libre, necesaria para el pluralismo político, que es un valor y un requisito para el funcionamiento del Estado democrático, supone una dimensión de garantía de una institución pública fundamental que otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales». Finalmente, también en esta dirección prologal o iniciativa se debe recordar que existe una desigualdad en la confrontación de las áreas honoríficas de una persona pública en cuanto referida a su actuación como tal y la de un sujeto privado o particular, ya que la preponderancia del derecho a la libre información será de apreciar sobre todo cuando se proyecte o tenga por objeto la participación en la formación de la opinión pública en asuntos de Estado, de la comunidad social o del interés público en general, por derivarse ello del carácter institucional que tiene en el Estado democrático

de Derecho a la opinión pública libre, lo que esteriliza la viabilidad por lo general del llamado «reportaje neutral», como claramente se expresa en el TEDH S de 8 de julio de 1986 (dictada en el caso *Kreisky*), al declarar que «los límites de la crítica admisible son más anchos respecto de un hombre político, considerado en esta cualidad, que de un simple ciudadano: a diferencia del segundo, el primero se expone, inevitable y consciente, a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas como por la masa de ciudadanos. Debe, en consecuencia, tener mayor tolerancia».

Tercero. Recordado lo precedentemente expuesto, se puede ya iniciar el análisis del motivo. En primer lugar, se ha de destacar que éste, en su formulación, aparece lastrado por un grave error de planteamiento. Su referencia al «contexto» de los distintos artículos periodísticos no puede ser ahora atendida dada la vía impugnativa por él elegida, que inexorablemente impone estar a la declaración de hecho probados sin posibilidad de acudir a elementos extrínsecos a la narración con arreglo a la norma contenida en el artículo 884.3 LECr. Ciertamente es que el relato debió transcribir el texto íntegro de los escritos periodísticos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, Orden de 5 de abril de 1932, pero ello no ha sido denunciado por las vías procesales adecuadas, y, en definitiva, no se ha producido indefensión alguna, pues, como señala el STC 9/1982, de 10 de marzo, seguida por las de esta Sala de 17 de noviembre de 1983 y 25 de junio de 1986, «las expresiones presuntamente injuriosas, aunque siempre habría sido necesario interpretarlas dentro del contexto, hubieran debido ser individualizadas, pues sólo determinadas expresiones y no todo el escrito pueden reputarse injuriosas».

En segundo lugar, lo que el primer fundamento de la sentencia sometida a recurso denomina «campana», pues se trata de artículos periódicos comprendidos entre las fechas de 16 de octubre de 1983 hasta el 38 de julio de 1984; en cuya seriación se vierten epítetos como los de «personajillo que conoce lo que es el poder y la medida en el desarrollo de sus funciones», que «no hay como un buen puesto para ponerse las botas», «yo pediría a los ciudadanos que se fijaran cuánto engorda», «capacidad de embuste no le falta», «trayectoria un tanto golfa», «lo único que le importa es cubrir su etapa e irse suficientemente lleno» y «por lo visto pretende seguir la juerga en los tugurios de la ciudad a mi costa». Esta seriación continuada —en otros ordenamientos constitutiva del tipo especial de difamación— cobra sentido sistemático y por sí sola sería ya suficiente para eliminar la finalidad de crítica política al verterse de manera reiterada epítetos en sí mismos degradantes (SSTC de 31 de octubre de 1983 y 17 de octubre de 1984), sin expresarse de forma objetiva, serena o comedida, sino añadiéndose exabruptos o vituperios (STC de 11 de febrero de 1985), pues, en definitiva, como reiteradamente se ha declarado por esta Sala que ningún derecho es ilimitado y que incluso el de libertad de expresión debe terminar allí donde comienza el derecho de las demás personas a defender su honorabilidad, dignidad y prestigio.

Cuarto. Ello sería suficiente para desestimar el motivo, en tanto en cuanto ningún ordenamiento jurídico puede tutelar ni cobijar bajo el pretexto de ejercicio de una libertad pública agresiones ilimitadas al derecho al honor, que por su contenido reaccional y por ello no limitable por la legislación ordinaria (STC de 25 de junio de 1986) está imprecisado de actividad y carece de contenido esencial, pues en sí mismo y en toda su intensidad está dotado de la superprotección

otorgada por el artículo 53.2 de la Constitución Española y la legislación de desarrollo. Mas lo indicado resulta inane si se sobreañade el plus contemplado por la sentencia recurrida y que relata dos hechos encorsetados en la descripción del modo siguiente: «a) Que se habla insistentemente de que por obra y gracia de su exclusiva ocurrencia se han depositado más de 200.000.000 de pesetas en el Banco Atlántico, se dice que por ello se percibe un interés y los maledicentes que hasta un extratipo especial que no va hasta las arcas corporativas, y b) Que, aprovechando un viaje a Méjico, sufragado por la Diputación, varios de los viajeros aprovecharon para conseguir colocar una partida de vinos de Mondéjar, de cuya exportación de 1.000.000 de botellas percibirán una comisión de 5 pesetas botella y otras 5 del destinatario. Los viajeros en esta ocasión fueron...»

Se ha subrayado doctrinalmente de manera pacífica que mientras el delito de injuria es un «tipo abierto», el de calumnia cumple autárquicamente las exigencias propias de la tipicidad penal. En una tipicidad referencial cual el delito de desacato, en cuya precisión se engloban disyuntiva o copulativamente ambos, el dato lejos de ser inessential es absolutamente relevante. En sentido colector ambas imputaciones se cobijan bajo la fórmula de «se habla insistentemente». Se está así, con pretendida habilidad, tratando de sortear el verbo nuclear del tipo de calumnia consistente en imputar. Desde ahí, y sin penetrar analíticamente si se está en presencia de aquél, al ser innecesario, dado el planteamiento general del caso, lo cierto es que tales afirmaciones inciden de lleno en ataque deshonorante, pues sacralizar un rumor comporta cuando menos dos tipos de cargas: a) *Probar su veracidad* «*exceptio veritatis*» si la imputación se verifica no de manera hipotética, sino de forma asertiva. b) *Acreditar* —si se hace de tal modo sinuoso— no la total exactitud de la noticia, sino la prueba de que la búsqueda de la información se haya comportado de modo diligente para verificar la autenticidad; que el medio informativo tratase de hallar con razonable diligencia la veracidad de aquélla, pues, aunque con tal carga probatoria en los procesos por difamación no deba atribuirse en exclusiva a una de las partes, sino que es algo en determinada manera compartido, lo cierto es que si está en presencia de una absoluta abstención acreditativa o, por mejor decir, de producción de prueba dirigida a mostrar un anónimo de signo distinto, el derecho reaccional al honor recobra su propio ser y se muestran plenos de contenido todos los ataques al mismo.

ARTICULOS 249.2.º, 514 Y 516.1.º DESORDENES PUBLICOS. HURTO DE COSAS DESTINADAS A UN SERVICIO PUBLICO. DIFERENCIAS

(STS de 2 de febrero de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Segundo. 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 un riguroso respeto a los lugares de uso y de concurrencia colectiva y al normal funcionamiento de los servicios públicos; y a este bien jurídico protegido, que es autorizada fuente interpretativa del alcance y límites del reproche penal, debe conectarse el elemento o tipo subjetivo, de suerte que la finalidad de alterar el orden público, a través

de los servicios de esta índole, justifica y da sentido a las formas delictivas del artículo 249 del Código, y en torno a este precepto legal no se venía exigiendo, para la construcción del tipo subjetivo, la intención específica de alterar o perturbar el orden público, bastaba el dolo de consecuencias necesarias sin salir del ámbito del dolo directo porque al resultado querido—substracción— iba anudada, por una relación directa y necesaria, la interrupción o alteración del servicio público, en la que ponía el acento la Ley de 4 de mayo de 1948, antecedente inmediato del aludido precepto.

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.º y 516.1.º), provocando la concurrencia de estas tipificaciones con las previstas en el párrafo segundo del artículo 249; las soluciones que esta situación sugiere se han enderezado a buscar espacio a los dos tipos agravados, bien acotando—con criterio regido por el principio de especialidad o de alternatividad— 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 o misión 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 entiende que la finalidad de alterar el orden público da 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.º y 506.6.º; mientras no consta o se deduzca de los hechos aquella finalidad o motivación específica.

La jurisprudencia de esta Sala, en una dirección que ha tenido inicio en la sentencia de 8 de noviembre pasado, se ha inclinado a la segunda solución estimando que 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, solución que recorta el ámbito de aplicación del artículo 249, pero está en línea con las mayores exigencias del principio de culpabilidad que adopta sin reservas la Ley de 1983, con el principio de proporcionalidad de la pena, y con la tendencia que «ex lege ferenda» exterioriza el Anteproyecto de 1983 al extraer aquellas conductas 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 debía su existencia a circunstancias coyunturales desde hace años superadas.

Las razones expuestas conducen a la estimación de los motivos segundo y tercero del recurso, respectivamente amparadas en los artículos 249, párrafo segundo, del Código Penal por aplicación indebida, y en los artículos 514, 515 y 516 del mismo Texto por no aplicación, pues al existir elemento fáctico alguno que permita referir la intencionalidad del sujeto a interrumpir o perturbar el servicio público de comunicaciones han de extraerse los hechos del delito de desórdenes públicos e inscribirlos en el ámbito de los delitos patrimoniales, concretamente en el hurto por ser inespecífica la fuerza concurrente.

ARTICULO 254. TENENCIA ILICITA DE ARMAS. DISPOSICION EN LA ENTREGA A TERCERO

(STS de 20 de enero de 1989. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. Indadmitido por Auto de esta Sala de 10 de noviembre de 1988 el motivo primero, por infracción de Ley, quedó subsistente el segundo también por infracción de Ley, y con apoyo en el núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que denuncia la aplicación indebida el art. 254 del Código Penal.

En el desarrollo del motivo la representación del recurrente alega que no cabe tenencia ilícita de armas porque éstas no se incautan en el domicilio de éste «y el hecho de que se reconoce que esta tenencia de las armas es por poco tiempo, se las facilita una tercera persona y se desprende en seguida por las razones alegadas», es decir, «temeroso de que la policía las descubriera en su domicilio».

Hecho probado es que las armas, en perfecto estado de funcionamiento, se hallaban en poder y disposición de otro procesado, desde que, pocas fechas antes, se las entregó el recurrente «quien, hasta ese momento, las tuvo también en su poder y a su disposición, aunque por poco tiempo, pues habiéndoselas facilitado un tercero no identificado, se desprendió de ellas en seguida, temeroso de que la Policía las descubriera en su domicilio, donde las tenía escondidas».

Es evidente, pues que el recurrente tuvo en su poder las armas y que dispuso de ellas al entregarlas a un tercero. La tenencia de armas es un delito formal, de peligro, que se consuma por el mero hecho de la detentación de las armas, acompañada del «animus detenendi». El procesado no tuvo en su poder las armas para contemplarlas, examinarlas o repararlas, sin capacidad de disponer de ellas. Todo lo contrario: **aunque por breve tiempo, las tuvo en su poder con capacidad de disponer de ellas, y dispuso entregándolas a un tercero.** La motivación de este acto de entrega —temor de que la Policía las descubriera en su domicilio—, carece de trascendencia. El motivo se ha de desestimar.

ARTICULO 280. FALSIFICACIÓN DE MARCAS O CONTRASEÑAS. CAMBIO DE BASTIDOR DE UN AUTOMOVIL

(STS de 1 de febrero de 1989. Pte. Sr. Díaz Paños)

Tercero. El tercer motivo de casación (primero por infracción de Ley en la numeración del recurso), aduce, con amparo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, error de derecho al ser aplicado a los hechos probados el artículo 280 del Código Penal que castiga la falsificación de marca o contraseña.

Es doctrina firmemente asentada de esta Sala que las marcas o contraseñas de que se trata son susceptibles de falsificación conforme al artículo 280 del Código Penal, el cual **comprende, no sólo las que protegen la propiedad industrial, sino cuantas sirvan para identificar los productos de las empresas, entre ellas los números grabados o troquelados en motores o bastidores de vehículos de motor** (con independencia de las placas de matrícula cuya alteración está incluida

en otra tipicidad), numeraciones las dichas aludidas como marcas de identificación en el artículo 237 del Código de la Circulación, complementando en este punto la Orden de la Presidencia de 5 de noviembre de 1975 modificada por la de 31 de julio de 1979, de modo que la mutación de tales números grabados o troquelados constituye falsificación del signo identificador del fabricante, según declaraciones reiteradas de esta Sala (SSTS, de 12 de febrero de 1971, 6 de octubre de 1972, 24 de abril de 1980, 21 de diciembre de 1982, 5 de mayo de 1987 y otras). Como también se desprende de los artículos 209 y 242.5 del Código de la Circulación la necesidad de que figuren tales marcas identificadoras de bastidor y motor en la Tarjeta de Inspección Técnica de vehículos y en el Permiso de Circulación de los mismos, quedando prohibido ya desde el plano administrativo que se efectúen cambios o retoques de los números de identificación, según se desprende los preceptos citados del Código viario y de la Orden ministerial (Presidencia) de 7 de octubre de 1971 modificada por la de 8 de noviembre de 1974, de suerte que las marcas de que se trata son específicas para cada vehículo en cuanto sirven para identificarlo en el tráfico jurídico —de ahí su importancia— y, como tales, distintas de los demás datos que figuran en los mentados documentos, como son marca del vehículo, modelo y serie, hasta el punto de que deben figurar en los asientos de inscripción de hipoteca mobiliaria, lo que está indicado de modo feaciente que su alteración afecta a importantes intereses públicos o privados lo que justifica sobrasadamente su inclusión en el tipo falsario del artículo 280 del Código Penal.

Sentado lo anterior, el motivo en examen pretende que la conducta del recurrente al sustituir el bastidor número BA 467.997 que pertenecía al turismo marca SEAT-600 matrícula SS 92.022, por el bastidor BA 178.264 perteneciente a otro vehículo, también SEAT-600, matrícula SS 52.208 y que consiguió vender a tercera persona ocultando tal sustitución o cambio, no es una conducta penalmente tipificada en el artículo 280 del Código penal, sino tan sólo una infracción administrativa al incumplir los requisitos que la legislación del tramo exige para realizar tal cambio, sancionada por el artículo 252 del Código de la Circulación. El argumento carece de toda consistencia suasoria: **Si con arreglo a la doctrina interpretativa expuesta, sustituir los números de identificación del bastidor o del motor de un automóvil por otros, integra la falsificación de marcas del artículo 280 del Código Penal, puesto que suplanta la marca verdadera por otra que no lo es, en cuanto no concuerda con la originaria, con igual o mayor motivo se cometería tal falsedad si se sustituye el entero bastidor con su numeración auténtica, por otro con numeración correspondiente a otro vehículo.** Precisamente es en esa sustitución donde radica la entraña de esta falsedad, como ha puesto de manifiesto esta Sala, al considerar que el borrar la numeración del motor y del bastidor de un vehículo sin sustituirlo por otros no entraña el delito de que tratamos, porque no simula una numeración legítima (sentencia de 29 de enero de 1987).

El hecho de que haya una sanción administrativa de la misma conducta no obsta a la virtualidad de la sanción penal, como acontece con otras muchas infracciones administrativas, criminalizadas cuando su relevancia lo exige por afectar a intereses comunitarios del más alto rango y ya hemos visto que en la falsedad de que se trata se dan. Por otra parte la sanción administrativa mira más, en este caso, a la omisión de autorización por la Delegación del Ministerio de Industria correspondiente para realizar en el vehículo automóvil una reforma o

reparación de importancia entre las que subraya el artículo 252.5 del Código de la Circulación la sustitución del bastidor o de la estructura autoportante. La disposición administrativa no va más allá. Si tal sustitución arrastra el cambio de la marca o contraseña identificadora, es entonces cuando opera la sanción penal por todas las razones dichas.

ARTICULOS 303 Y 306. FALSIFICACION DOCUMENTAL. CARACTER PRIVADO DEL ALBARAN AJENO A LA CONTRATACION MERCANTIL

(STS de 29 de enero de 1989. Pte. Sr. Manzanares Sàmaniego)

Primero. Sostiene el recurrente, en el único motivo de su recurso admitido a trámite, que el albarán no es documento mercantil, al menos en el caso de autos, por lo que, faltando, a su entender, el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo, su conducta no sería tipificable penalmente. La impugnación encierra así dos cuestiones, relativas, respectivamente, a la consideración documental del albarán y —si se le extrajera del artículo 303 del Código Penal— a la concurrencia o no de aquellos dos requisitos previstos complementaria y alternativamente en el artículo 306 del repetido texto legal para el delito de falsificación de documento privado.

Segundo. Por lo que atañe al primer, extremo, el albarán definido en el Diccionario de la Real Academia como «nota de entrega que firma la persona que recibe una mercancía», ha sido objeto de una jurisprudencia abiertamente favorable a su consideración de documento mercantil, pudiendo citarse, entre otras, las Sentencias de 21 de marzo de 1972, 13 de septiembre de 1982, 27 de septiembre de 1985 y 2 de enero de 1986. En sentido contrario se pronunció la de 9 de marzo de 1976, pero con la limitación de referirse al albarán no averdado por expreso reconocimiento. Esa decidida línea jurisprudencial responde, a su vez, a su entendimiento de reputarse mercantiles «no sólo los expresamente regulados como tales en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones del tal carácter o sirvan para demostrarlas» (por todas, la Sentencia de 21 de febrero de 1985), criterio éste acompañado, además, por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad.

Tercero. Muy distinta es la posición doctrinal mayoritaria, partidaria de reducir la noción de documento mercantil a los contemplados explícitamente en esa legislación específica, llegando algunos comentaristas a exigir, además, que aquéllos disfruten de una eficacia jurídica superior a la de los documentos privados, porque sólo así se explicaría y justificaría la figura agravada del artículo 303 del Código Penal y se daría satisfacción a la finalidad del precepto. Los autores suelen citar como Sentencia próxima a sus posiciones la de 9 de abril de 1887, a cuyo tenor serían documentos de comercio «los que hacen constar los derechos definidos en las leyes mercantiles, sin que quepa calificar de tales cualesquiera otros, aunque pasen como mercantiles entre los comerciantes».

Cuarto. Si de las anteriores consideraciones, más o menos generales, se desciende al hecho concreto que aquí nos ocupa, se observa que el cuestionado alba-

rán, amén de escapar a las previsiones particulares de la legitimación mercantil, surge en el marco de una operación estrictamente privada. No son actos de comercio todos aquellos en los que intervenga un comerciante, sino los comprendidos en el Código de Comercio, y otras leyes de esa índole, y cualesquiera otros de naturaleza análoga, teniendo la condición de mercantiles las compraventas de cosas muebles para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa, pero no las compras de efectos destinados al consumo del comprador, entendido dicho consumo en sentido amplio (artículos 1.2, 325, 326 y concordantes del mencionado Código de Comercio). El nitrato fue vendido al luego procesado por «un industrial dedicado a la venta de fertilizantes y otros productos, al por menor, a los agricultores», de modo que nada apunta a reventas por parte del comprador. Proyectar sobre esta operación la consideración mercantil de aquella otra mediante la que el mayorista había adquirido el producto equivaldría a sustituir los criterios realistas del derecho penal por una ficción, rechazable siempre, y más aún, si cabe hablar así, cuando es forzada y en perjuicio del reo. Se trata de mantener una exigencia mínima, válida también si se aceptan como mercantiles documentos pertenecientes a ese ámbito, pero no previstos de forma expresa por la legislación correspondiente. Puede recordarse a este respecto la Sentencia de 23 de septiembre de 1960, para la que «si bien la doctrina jurisprudencial acepta a veces la tesis de ser mercantiles los recibos, es cuando los mismos responden a una operación previa». Esta primera parte del motivo debe ser, pues acogida.

Quinto. Peor suerte ha de correr la pretensión de que, valorado como privado el albarán objeto físico de las manipulaciones, la conducta quede impune. Ciertamente, el delito del artículo 306 del Código Penal requiere, amén de la comisión de alguna de las falsedades designadas en el artículo 302, que aquéllas que hagan con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo, pero este segundo requisito —en su segunda modalidad alternativa— se cumple desde el momento en que el «recibo así alterado (se) presentó en unión de otros documentos en procedimiento reclamando el pago», según se lee en el relato fáctico de la Sentencia recurrida.

ARTICULO 338. SIMULACION DE DELITO. EXCLUSION DE LAS FALTAS

(STS de 18 de febrero de 1989. Pte. Sr. García Arcos)

Noveno. También se alega en el mismo motivo cuarto que el Tribunal de Instancia cometió error de derecho al aplicar indebidamente el artículo 338 del Código Penal, definidor de la infracción legal de «simulación del delito», basándose principalmente su impugnación en la falta de intención del procesado al hacer la denuncia de que le había sido sustraído su pasaporte.

Este tipo delictivo, dada su poca frecuencia comisiva (de delito «raro» ha sido tildado por alguien), nos ofrece una pobre perspectiva de interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, sobre todo en el punto concreto que aquí interesa y que después se dirá. Sin embargo, de una interpretación lógica y finalista del indicado precepto penal, se puede indicar que para su existencia han de concurrir, como mínimo los siguientes requisitos: un sujeto activo que puede ser cualquier persona física, y un sujeto pasivo (o víctima) que sólo puede serlo el Estado y, más concretamente, la Administración de Justicia: una inten-

ción subjetiva de parte del agente que consista en «simular» algo distinto de la realidad verdadera, es decir, «aparentar, fingir, hacer parecer que existe u ocurre una cosa que ni existe, ni ocurre», debiendo esa simulación o apariencia ser dirigida a la propia inculpación o a considerarse víctima de un hecho delictivo; como requisitos objetivos esenciales deben darse, en primer lugar, que se ponga en conocimiento la pretendida infracción ante autoridad competente y, en segundo término, que la denuncia provoque una actuación procesal.

En el presente supuesto, parece que existen los requisitos enunciados, ya que **el inculpado denunció a la policía con falsedad la sustracción ilegal de su pasaporte, lo que originó la apertura de un juicio de faltas** que terminó con un acto de sobreesimiento o archivo por no existir autor conocido. Sin embargo, aun dándose, como decimos, los requisitos tanto subjetivos, como objetivos, que exige el precepto para su tipificación, **surge la duda** (puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal, y no así por la defensa) **de si puede existir este delito cuando se trate de infracciones penales leves (faltas) o sólo en caso de infracciones graves (delitos)**. Ante este problema, si tenemos en cuenta que el precepto sancionador está incluido en el Capítulo IV, del Título IV del Libro 2.º del Código Penal, que acoge los delitos que se cometan contra la Administración de Justicia, podría entenderse, «prima facie», que la «simulación de delito debería comprender la simulación de cualquier infracción penal sea cual fuere su entidad, con los solos requisitos de que, de un lado, los hechos denunciados estén tipificados en cualquier precepto del Código, y, de otro, que provoque una actividad procesal dirigida a la investigación del hecho denunciado. No obstante esta apariencia, la realidad es que el precepto examinado habla exclusivamente de «delito» y su propia literalidad, que constituye un medio hermenéutico de perfecta validez, nos induce a considerar que en el tipo delictivo de que se trata están excluidas las faltas, pues cuando el Código Penal ha querido incluirlas, las ha nominado expresamente (por ejemplo, artículos 1.º, 5.º, 6.º, 23, etc.), en este mismo sentido interpretativo, aunque sea de modo tangencial, parecen coincidir varias sentencias de este Tribunal cuando hablan siempre de «delito», del «enjuiciamiento de delito», de la «incoación de sumario o de diligencias previas» (31 de octubre de 1973, 5 de febrero de 1976, y 11 de diciembre de 1979).

ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. ORGANIZACION. ACCION UNITARIA

(STS de 14 de enero de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Cuarto. Dentro de este bloque, el primer aspecto, el orientado a combatir la existencia del **subtipo de pertenencia a una organización**, es relevante. Conviene partir de las afirmaciones contenidas en el relato fáctico, dado que las mismas son, dada la vía procesal elegida, inatacables por aplicación del artículo 884.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La narración contiene, a estos efectos, aparte del juicio de valor de que existía una organización (sorprendentemente no combatido por la vía del inciso tercero del artículo 851.1.º de la Ley de Enjuiciamiento), varias afirmaciones destacables: Juan José «estableció contactos con varios traficantes de drogas», que uno de ellos era «el procesado Francisco G.

S. pero —lo que es lo más importante, no contiene dato alguno sobre el que construir la deducción de que entre los coprocesados existiese una relación estable y tendencialmente dirigida fuera del hecho o suceso enjuiciado— a la difusión de las sustancias estupefacientes. Con este cuadro de partida es obvio que debe aceptarse esta primera dirección del bloque impugnativo. La doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias de 15 de noviembre de 1984 y 18 de febrero de 1986 pudiera conducir a una hermenéutica del subtipo que se analiza similar a la establecida por la ahora inaplicable Ley Orgánica 1/1988, de 26 de marzo, en cuanto tipifica los actos ocasionales o la adhesión transitoria a la organización. No es ésta, sin embargo, la correcta hermenéutica del párrafo segundo del artículo 344 del Código Penal en la redacción —la aplicable— dada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. La organización comporta, como expresa la sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 1985, «no la mera coparticipación o codelinfluencia por ser varios los que hayan intervenido en la perpetración de los hechos, sino el **conjunto de personas que, disponiendo de medios idóneos, desarrollando un plan previamente concertado, con una cierta jerarquización y con una distribución de tareas y cometidos y de modo persistente o porfiado no reñido con intermitencias tácticas**, adquieran drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para difundirlas». La sentencia de 19 de abril de 1988 excluye su existencia en los supuestos de «sedicente organización que no pasó de una conexión de actividades para un acto o actos esporádicos sin una estabilidad o futura proyección hacia futuras acciones que diera cierta base organizativa al grupo delictivo». De esta doctrina, en conexión necesaria con el relato histórico, se desprende la **impropiedad de reputar existente este primer subtipo**.

Quinto. Contrariamente, la segunda vertiente del único motivo del fondo está destinada al fracaso. Tratar de escindir distintos comportamientos individuales de los transitoriamente asociados con la pretensión de eludir la existencia de subtipo específicamente agravado por la notoria importancia de la cantidad destinada al tráfico ulterior es argumentación desasistida de todo soporte fundamentador adecuado. El concierto delictivo o «pactum scaeleris» incólume en el «factum» de la sentencia sometida a recurso impone la consideración de la acción socialmente típica como única y veda consecuentemente analizar sus distintos componentes o episodios. La naturaleza de estas infracciones como delitos de resultado cortado o de consumación anticipada exige la **estimación de los actos aislados con finalidad ulterior conjunta como acción típica unitaria**; y en tal sentido es absolutamente inequívoca la sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1957. Con ello esta dirección impugnativa se muestra borra de todo fundamento, pues esta Sala ya ha declarado en las resoluciones precedentes citadas que basta con la existencia de uno de los dos subtipos aunque el otro se muestre inexistente para que el recurso se vea privado de practicidad, si está la pena impuesta justificada, como lo está en este caso, al haberse aplicado conforme a la regla 4.ª del artículo 61 del Código Penal, que es potestad crecional propia del Tribunal de Instancia y por ello no sujeta a control en este extraordinario recurso de casación.

**ARTICULOS 344, 7 Y 71. TRAFICO DE DROGAS. CONCURSO IDEAL
CON EL DELITO DE CONTRABANDO**

(STS de 8 de febrero de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. En el motivo único del recurso formulado por el procesado, residenciado en el art. 849.1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la aplicación indebida del artículo 344 en relación con el artículo 7.º, ambos del Código Penal. Cree el recurrente que la Sala de la Audiencia Povicinal aplicó indebidamente el delito contra la salud pública regulado en el artículo 344 del Código Penal, debiendo calificase los hechos de un delito de contrabando de drogas previsto y penado en los artículos 1.º 1, cuarto, y 3, circunstancia primera, de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, por remisión expresa del artículo 7.º del Código Penal. **La doble criminalización** de unos hechos, cual los recogidos en el antecedente historico de la resolución, viene fundada en la **diversidad de bienes jurídicos** a cuya protección propenden los tipos legales comprensivos de los delitos del artículo 344 del Código Penal y los de contrabando. El primero de ellos mira hacia fines de salud pública colectiva en atención a la nocividad y peligrosidad potencial que aquellas sustancias —drogas, estupefacientes, psicotrópicos— entrañan, al riesgo y peligro abstracto derivado de su difusión o tráfico propiciador de un uso y consumo generador de procesos patológicos y desequilibradores, de una mayor morbilidad y de perturbaciones mentales de difícil vencimiento y superación, precipitándose la degradación física, y psíquica del individuo, pudiendo, incluso, sobrevenir la muerte del usuario en los períodos avanzados de drogodependencia. De ahí la política internacional desarrollada al efecto, cristalizada en la **Convención Unica de las Naciones Unidas sobre estupefacientes de 30 de marzo de 1961**, ratificada por España mediante Instrumento de 3 de febrero de 1966, Convención enmendada en el **Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972**, entrando en vigor el 8 de agosto de 1975, ratificado por España el 4 de enero de 1977. Asimismo el **Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971**, ratificado por Instrumentos de 2 de febrero de 1973. En los delitos de contrabando, pese a su carácter pluriofensivo pueden detectarse ciertos lazos unitarios, un denominador común que les adscribe al título de los delitos contra el orden económico, señalándose como bien protegido el erario público, como ya destacó la sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 1984 y se ha venido reiterando en múltiples resoluciones, catalogándose el delito de contrabando dentro del grupo de tal modalidad delictiva, en la especie de «infracciones aduaneras», nota específica que le separa de los restantes delitos fiscales, revelándolo el propio «nomen iuris» de contrabando que ya gramaticalmente denota la materia de que se trata, comercio en sentido amplio de géneros prohibidos y más en concreto, su importación o exportación clandestina con mengua de la renta de Aduanas, figurando, a su vez, como bien al que se provee el del control —cuando de drogas o estupefacientes se trata— de estos productos por el Estado. En estas infracciones de contrabando, aunque de modo secundario y por un móvil político-criminal, se atiende a fines de tutela de la salud pública como bien o valor trasindividual, prima sobre todos los otros intereses, situados en un plano estimativo inferior, la finalidad tributaria o fiscal, la protección del patrimonio de la hacienda o erario público, la intervención y

control de unos géneros cuya libre circulación y comercio se hallan prohibidos, sometiénolos, en su caso, a rigurosos condicionamientos y exigencias.

Segundo. La normativa ofrecida por la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, reguladora de los delitos e infracciones administrativas de contrabando, opta por la criminalización de ciertas infracciones de contrabando, manteniendo las restantes dentro de la órbita estrictamente administrativa, asentando el criterio diferencial, en primer término y con rango genérico, en la cuantía de la infracción, al estimar como reos del delito de contrabando a los que realizaren algunas de las conductas enumeradas en los ocho apartados del número uno del artículo 1.º, «siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas»; aceptándose como uno de los criterios subsidiarios delimitadores de la índole del objeto, señalándose, con un sentido valorativo, que no obstante lo dispuesto en el número uno, serán también reos del delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, cualquiera que sea su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias que se fijan, entre ellas «cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes... o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito» (artículo 1.º, tres, circunstancia primera, de la Ley de 1982). Ello impone, a la hora de detectar una infracción de contrabando, cuando la cuantía de los géneros no alcance la cifra citada, la realización de una operación confrontadora, en expansión horizontal, tendente a la comprobación de la presencia de un delito contra la salud pública por tenencia de drogas o estupefacientes con finalidad de tráfico. En los apartados 3.º y 4.º del número uno del artículo 1.º de la Ley de 13 de julio de 1982 se estiman reos del delito de contrabando a los que «importaren, exportaren, poseyeren, elaboraren o rehabilitaren géneros estancados, sin autorización», y a los que «importaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos, y los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes», importación y posesión en ambos supuestos que, en conexión con el número tres, antes aludido, del propio artículo, será criminalizable cuando la tenencia de la droga, en sí misma, constituya una infracción delictual a tenor del artículo 344 del Código.

Tercero. Ha de destacarse que la Ley de Contrabando toma la tenencia de estupefacientes, en cuanto ya constituye delito previsto en el artículo 344 del Código Penal, sancionándola, a su vez, como supuesto de contrabando si las drogas o estupefacientes poseídos han sido traficados en alguna de las modalidades previstas en el artículo 1.º, uno y dos de la Ley. Si la posesión de las drogas o estupefacientes —arguye la sentencia de 4 de noviembre de 1988— ya constituye delito si se destinan al tráfico según los términos del artículo 344 del Código Penal, es clara la voluntad de la Ley especial de superponer a esta tenencia delictiva la del delito de contrabando cuando la droga así poseída se importa ilegalmente. Se resalta que ello se advierte también cuando se declara por la Ley de 8 de abril de 1967, en su artículo 30, que **las sustancias estupefacientes tienen el carácter de artículos estancados**; igualmente la Recomendación de 8 de junio de 1974, declara que «el uso abusivo de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas constituye un peligro a los intereses económicos y sociales de los Estados miembros». Y es aquel aliud que constituye el bien jurídico del delito de contrabando alineado junto al bien jurídico de la salud pública que campea en el delito del artículo 344 del Código Penal el que abre paso a una situación de concurso

ideal incardinable en el artículo 71 del mismo (Cfr. sentencias de 9 y 18 de mayo de 1988). Tesis concursal que se ofrece como la más conforme con la técnica jurídica y la más aconsejable desde una óptica de política criminal; la Ley Penal no puede prodigar un tratamiento uniforme al traficante no contrabandista y al contrabandista traficante, debiendo acarrear esta última doble cualidad un plus de sanción que queda satisfecho con la solución ofrecida nada artificiosa y conectada con la realidad de las conductas.

Supuesto típico de doble criminalización es, pues, el representado por los actos de importación ilegítima de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y consiguiente posesión con destinación de tráfico o realización de actos propios de tal, ya sea por el introductor o por individuos en connivencia con el mismo. Los problemas que su penalización entraña han de resolverse atendiendo a las reglas y prescripciones del artículo 71 de la Ley Penal sustantiva. Doctrina que alienta en múltiples sentencias de esta Sala, tales, entre otras, las de 26 de septiembre de 1984, 23 de enero, 1.º de febrero, 12 de junio, 19 y 28 de septiembre, 6 y 14 de diciembre de 1985, 25 y 27 de enero y 19 de febrero de 1986, 16 de febrero, 21 y 30 de marzo de 1988. Se basa la situación concursal a que provee aquel precepto en la unidad de acción, ya exista homogeneidad o heterogeneidad en los resultados plurales, o bien en la relación medial o instrumental entre las dos acciones, supuesto asimilado en su punición por el segundo inciso del artículo 71 al propio concurso ideal. Si el delito sanitario está conectado a alguna de las modalidades del contrabando descritas en la Ley especial, la importación ilegal o clandestina de la droga como la más típica, habrá lugar al concurso de delitos, en tanto que si el traficante es ajeno y se halla desligado de toda operación de contrabando, sólo será de aplicación la previsión del Código Penal. Como resumen de la postura mantenida al respecto por esta Sala a través de una jurisprudencia ya extensa, atendiendo a una prolija casuística, cabe sintetizar, cual efectúan las sentencias de 17 de diciembre de 1986 y 21 de enero de 1988, los siguientes supuestos, con la consiguiente incardinación de los mismos en los respectivos órdenes reguladores: a) introducción clandestina de drogas o sustancias nocivas a la salud con aprehensión subsiguiente en territorio nacional, sin que pueda llegarse a la conclusión de una destinación de tráfico, delito o infracción administrativa de contrabando; b) introducción y aprehensión análoga con finalidad determinada de tráfico, bien por el propio importador, bien por persona en connivencia o relación con el mismo, delito de contrabando y delito contra la salud pública, autónomos, cuya penalización no da lugar al concurso de leyes del artículo 68 del Código Penal, sino al concurso delictivo previsto y sancionado conforme a los artículos 69 a 71 de este mismo cuerpo legal; c) actos de tráfico o de tenencia de transporte o tales sustancias con propósito de difusión a terceros, dentro del territorio nacional, delito contra la salud pública; d) adquisición y posesión ilícita de las mismas en territorio nacional, en cantidad adecuada para su consumo directo y personal, que se reputa atípica y por ente impune.

Se consigna en el "factum" que el procesado fue sorprendido por la Guardia Civil en la Aduana del Puerto Marítimo cuando llevaba oculto en el interior de cuatro latas de mantequilla la cantidad neta de tres kilogramos de hachís, que transportaba clandestinamente desde Ceuta por cuenta de terceras personas, que habrían de gratificarle económicamente. En los fundamentos jurídicos, se califican los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública, pre-

visto y penado en el artículo 344 del Código Penal y otro delito de contrabando del artículo 1.º, cuarto, y 3, circunstancia primera, de la Ley 7/1982 de 13 de julio, «ya que reflejan una posesión con finalidad de tráfico de tres kilogramos de hachís... conducta que promueve, favorece y facilita el consumo de dicha droga, y, al mismo tiempo, implica una importación ilegal de la misma»; juicio de valor con raíces fundamentadoras en los hechos que ha de ser mantenido. No han sido vulnerados ni el artículo 344, ni los artículos 7.º y 68 del Código Penal, y el motivo ha de ser desestimado.

**ARTICULO 347.2.º DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA.
SUSTRACCION DE EFECTOS ANTES DEL ACUERDO DE
INUTILIZACION**

(STS de 12 de abril de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. El delito contra la salud pública previsto en el número 1.º del artículo 347 del vigente Código Penal tiene hondas raíces en nuestro derecho codificado. Aparece ya en el artículo 357 del texto de 1870, del que pasa literalmente al 352 del Código de 1932. Las únicas referencias frente a la tipificación actual (la procedente de 1944) son la referencia a que la ocultación o sustracción de los efectos ha de hacerse «con objeto de» venderlos o comprarlos, y no, según ahora se escribe, «para» venderlos o comprarlos, y la de identificar la acción con las formas verbales «escondiere o substrañere», en lugar de «ocultare o substrañere», como se lee en la nueva redacción. Innecesario resulta subrayar que dichas modificaciones carecen de toda relevancia sustantiva. Aunque el precepto ha sido calificado de innecesario por algún comentarista partidario de mantener solamente las figuras del artículo 346, y a pesar de que fue marginado en el Código de 1928, se conserva tanto en el párrafo segundo del artículo 319 del Proyecto del Código Penal de 17 de enero de 1980 como en el número 2 del artículo 328 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983. Ambos textos coinciden —a salvo el orden de los elementos de la oración—, y aportan la loable novedad de sustituir y reducir la formulación de la exigencia finalística, acudiendo a la expresión «para comerciar con ellos», o sea, con los efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados.

Segundo. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia destacan el valor del bien jurídico protegido para la correcta interpretación del precepto, y advierten que se está ante un delito de peligro abstracto o general —en palabras de la interesante Sentencia de 22 de mayo de 1982—, de manera que su consumación se anticipa, en cuanto la objetiva se adelanta a la subjetiva. Bastan la ocultación o sustracción con el ánimo de vender o comprar, como elemento subjetivo del injusto, para que el delito alcance la perfección, «aunque ni una ni otra llegue a efectuarse» (entrecomillado procedente de la Sentencia antes mencionada), y bien entendido que menos aún «se requiere llegara a causarse algún mal positivo» (con cita de la Sentencia de 20 de mayo de 1955). Sucede, sin embargo, que los tipos del número 1.º del artículo 347 del Código Penal tienen mucho de desobediencia a la Administración sanitaria —se ha llegado a emplear por algún autor la expresión «desobediencia específica»—, y así surge la exigencia de que

los efectos ocultados o sustraídos hayan sido precisamente destinados por aquélla a su inutilización o desinfección, lo que se completa desde el lado subjetivo con el requisito de tal destino, o si se prefiere, la resolución correspondiente, sea conocido por el actor de un delito cuyo componente tendencial impide su comisión culposa. La conducta incriminada, en su doble vertiente de ocultación o sustracción, no sólo es posible una vez ejecutada dicha resolución, por ejemplo, desenterrando la res ya enterrada con el primero de los indicados fines, como en el caso examinado en la citada Sentencia de 20 de mayo de 1955, sino también cuando se impide o soslaya el inicio mismo del cumplimiento, según ocurrió con el comportamiento enjuiciado en la Sentencia de 30 de enero de 1954, a cuyo tenor «el recurrente, contrariando las órdenes recibidas para la destrucción de la res sacrificada y afecta de tuberculosis perlada generalizada, sólo efectuó el enterramiento de la cabeza, vientre y partes de menos valor, ocultando y sustrayendo las mejores partes de aquélla con ánimo de lucrarse»; pero, con independencia de cuáles fueren las modalidades comisivas, todas ellas han de recaer sobre un efecto destinado ya a la inutilización o desinfección.

Tercero. Tras las anteriores consideraciones preciso es concluir que la actuación del procesado escapa del tipo penal acogido por el Ministerio Público, aplicado por el juzgador «a quo» e incluso aceptado luego, más o menos explícitamente, por el ahora recurrente. La sustitución de membranas y órganos que el acusado realizó en el matadero municipal de Valladolid, para evitar que los servicios veterinarios descubrieran la enfermedad de su res vacuna y decidieran la inutilización de la misma, no opera sobre algo destinado ya, por resolución administrativa, a la destrucción, antes al contrario, se anticipa a todo acuerdo sobre el particular y, en lugar de eludir o contrariar orden alguna, procura impedir que ésta se dé. Falta, pues, en el objeto material de la acción una característica esencial, sin la cual no cabe tipificación alguna conforme al precepto por el que la acusación fue canalizada.

Cuarto. Los términos en que viene planteado el recurso —un único motivo en el que se solicita que el delito del artículo 347.1.º sea apreciado en grado de tentativa y no de consumación— suscita una grave problemática, relacionada tanto con lo que la casación tiene de recurso extraordinario como con los principios de contradicción y congruencia. De ahí la necesidad de examinar si la conducta enjuiciada es sancionable conforme al delito imposible acogido en el párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal o debe considerarse delito imaginario y, como tal impune, alternativa ésta que ha de romperse a favor de su segundo término, según se razonará seguidamente. El eje del delito imposible es un error concerniente a la realización del tipo objetivo, mientras que el delito putativo encierra la estimación, también errónea, de la punición de determinado comportamiento, lo que suele descansar, a su vez, en la equivocada creencia de hallarse tipificado. Se trata, consiguientemente, de dos manifestaciones distintas del denominado «error al revés», en el sentido de que en el delito imposible (o tentativa inidónea) aquél recae en el tipo, refiriéndose en el putativo o imaginario a la prohibición. En el caso de autos, el procesado actuó sobre el objeto —la res todavía no reconocida por los servicios veterinarios— tal y como deseaba, sin incurrir en error alguno en cuanto a que aún no había sido dispuesta su inutilización, porque precisamente su intención era la de evitar un pronunciamiento en aquella línea. Hubo, pues, sólo un delito imaginario, y ello aceptando que, al

ocurrir los hechos —y no después de la condena en la instancia— su autor, creyese que la ilicitud de las mismas tenía proyección penal, cuestión que ni está clara ni interesa particularmente en el presente recurso. El corolario que importa es que la sanción por delito imposible, equiparado en el Código de 1944 a la tentativa ordinaria, no cabe en el supuesto fáctico aquí analizado.

Quinto. A partir de lo razonado hasta ahora, se abren dos vías principales para la resolución del recurso: La primera consistiría en proceder, respecto al «*iter criminis*», «como si» existiera un tipo penal aplicable, y acudir luego a la petición de indulto. La segunda tendría un arranque muy diferente, para, aligerando hasta cierto punto limitaciones formales, desembocar en una absolución objetivamente justa. Por lo que atañe a la primera línea argumental, se tropieza con dificultades relativas por igual a la técnica juridicopenal y a la insatisfacción que el resultado ha de producir de modo inevitable. De un lado, mal cabe pronunciarse sobre el grado de desarrollo (o las formas de participación, por poner otro ejemplo) dentro de una figura penal no recogida en el Código y, por lo tanto, de núcleo y contornos desconocidos. De otro, y aun sustituyendo la consumación por la tentativa, como pretende el recurrente, éste continuará siendo condenado por un hecho no constitutivo de delito, sin que siquiera el indulto de la totalidad de la pena pudiera remediar la realidad misma de aquella condena y de sus repercusiones en costas, posible responsabilidad civil y antecedentes registrales. Parece, pues, oportuno estudiar —desde las insuficiencias de la solución anterior— las posibilidades que ofrece el segundo término de la alternativa.

Sexto. Si bien el recurso extraordinario de casación se construye sobre la individualización y el respeto a los motivos articulados, la delimitación de éstos tropieza excepcionalmente, como en el presente procedimiento, con dificultades derivadas de una tan íntima conexión de los problemas que obliga a romper lo que en una primera lectura parecería ser marco exclusivo de la impugnación. Admitido dicho punto de partida, no hay duda de que el caso ahora enjuiciado tiene mucho de paradigmático. La petición del recurrente sería rechazada con una exégesis restrictiva, pero no porque pecase por exceso, sino, al contrario, atendiendo a los obstáculos técnicos y dogmáticos suscitados por haber sido aquélla demasiado corta. En definitiva, lo que se halla en juego es la condena de un inocente y así, la interpretación generosa recibe nueva y decisiva ayuda desde los derechos fundamentales proclamados en nuestra Constitución. El número 1 de su artículo 53 afirma la vinculación de todos los poderes públicos a los mencionados derechos, mientras que el número 1 del artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial declara que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes **interpretarán** y **aplicarán** las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». No hay aún pronunciamiento alguno del referido Tribunal en supuesto similar al de autos, pero sus Sentencias acerca del valor hermenéutico de nuestra Ley Fundamental son abundantes. En el fondo de la cuestión planteada se perfila la presunción de inocencia. Cierto es que el repetido Tribunal Constitucional y esta misma Sala parecen haberla constreñido al área de la prueba, pero si no se admite —como no se admite— que la presunción decaiga con la firmeza de la sentencia condenatoria (según dispone, por ejemplo, el artículo 32 de la Constitución portuguesa

de 1982), conviene advertir que el fallo condenatorio responde no a una, sino a dos premisas: los hechos probados. de una parte, y las consecuencias jurídico-penales de aquéllos. La condena que arranca de base fáctica huérfana de prueba se asemeja a la que entronca con una ley inexistente, e incluso cabe defender su identidad sustancial. Resumiendo, el motivo debe ser estimado, y el recurrente absuelto en lo que atañe a este delito contra la salud pública.

ARTICULO 394. MALVERSACION. DELIMITACION FRENTE AL ARTICULO 190 DEL CODIGO PENAL MILITAR

(STS de 30 de enero de 1989. Pte. Sr. García Arcos)

Segundo. El motivo de casación correlativo interpone por Infracción de Ley al amparo procesal del número 1 del artículo 849, y en base sustantiva por entenderse infringidos o mal aplicados los artículos 394 y siguientes del Código Penal, definidores del delito de malversación de caudales públicos, y, en contraposición, por no considerarse que el hecho sometido a enjuiciamiento debe quedar incorporado al artículo 190 del vigente Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Es decir, que aunque la cuestión debatida tiene un carácter puramente formal referente a la competencia jurisdiccional del enjuiciamiento del hecho que habría de someterse en su día de enjuiciamiento, la realidad es que **esa competencia ha de ser determinada por el carácter o naturaleza del propio hecho enjuiciado, habida cuenta de que el vigente Código Militar sólo recoge dentro de su ámbito, y, por tanto, dentro de su jurisdicción, los delitos puramente militares, desentendiéndose del carácter personal de quien los comete, y también dejando aparte (aunque con ciertas excepciones) el lugar o territorio en que se llevan a cabo.**

Tercero. De una interpretación tanto literal como lógica y finalista de los **dos preceptos contrapuestos**, se pueden deducir, inicialmente estas conclusiones: a) Ambos sancionan penalmente actividades que perjudican intereses de la hacienda Pública entendida en su conjunto (el concepto de Hacienda Pública, igual que el de Administración Pública, debe ser único), aunque con el matiz diferenciador de que cuando se trata de situaciones muy concretas (y, como después veremos, poco importantes) que no obstante perjudicar al erario público incidan directamente en el ámbito militar puedan ser tratados penalmente como delitos puramente militares, debe subsumirse de manera indefectible en la legislación militar. Este es el caso de aquellas infracciones recogidas en el Título IX del mencionado Código Castrense (artículos 189 y siguientes), bajo la rúbrica de «Delitos contra la Hacienda en el Ambito Militar». b) Al tratarse, como decimos, de situaciones muy concretas, han de ser tratadas en su interpretación con un carácter absolutamente restrictivo, sin posibilidad de entender que toda acción que ataca o conculca intereses militares, debe subsumirse de manera indefectible en la legislación militar. Es más, **ante posible duda sobre cuál deba ser el precepto penal aplicable, ha de tener siempre prioridad el Código Ordinario**, por la misma razón que es preferente la jurisdicción ordinaria sobre cualquier especial, dada la «vis atractiva» de ésta sobre aquéllas.

Cuarto. En el presente caso (y esto es quizá lo más importante), siguiendo con la interpretación de los dos mencionados preceptos contrapuestos, y al margen del carácter principal o excepcional de uno y otro, entendemos que **el delito que en su día será motivo de enjuiciamiento, contiene las características propias de un delito de malversación de caudales públicos y no de un delito económico-militar**, bien se interpreten ambas normas desde un punto de vista subjetivo, bien se haga esa interpretación de manera objetiva. Y así tenemos:

Desde el punto de vista subjetivo, el indicado artículo 190, en su propia literalidad, no comprende un verdadero concepto de «ánimo de apropiación», sino más bien la idea de un «uso», aunque sea en beneficio propio o de terceros, pues no en balde se aplica el verbo «emplear» como requisito esencial del tipo. Por el contrario, el hecho presuntamente cometido por el procesado contiene un auténtico y directo ánimo apropiatorio y de sustracción de lo ajeno, que es lo que define, desde esa perspectiva de carácter subjetivo, al delito de malversación. (Ello independientemente de su comisión imprudente, que no es del caso examinar).

El delito de malversación de caudales públicos y el que se comete contra la hacienda militar, tienen también su plena diferenciación **en el ámbito objetivo del bien jurídico o material** conculcado, pues mientras en el primero ha de tratarse de «caudales o efectos públicos», es decir, de numerario, en el segundo se comprenden aquellos bienes muebles destinados a la logística militar, como puede deducirse de la misma frase que emplea el precepto (artículo 190) de «elementos asignados al servicio», siendo imposible entender por tales «elementos» el dinero destinado a pagar el sueldo de un colectivo de funcionarios, ya sean civiles o militares.

Quinto. Esa interpretación del delito militar en área económica, no sólo tiene su apoyatura en la interpretación directa de los dos preceptos antes indicados entendidos en su actual redacción, sino que también surge de un estudio (breve, desde luego) de los inmediatos **antecedentes legislativos** que tratan de esta materia, así como de una exposición de algunas normas de Códigos extranjeros vigentes en naciones más o menos afines a la nuestra en el área jurídica.

En el primer aspecto encontramos con que el Código de Justicia Militar de 1945, antecedente inmediato del actual Código Penal Militar, en su artículo 403. castigaba al militar que «utilizase» para necesidades particulares «elementos» de carácter oficial, siempre que con ese motivo se originasen gastos al Estado. Es decir, ese precepto lo que estaba sancionando no era un delito de apropiación (malversación) propiamente dicha, sino un delito de simple uso en perjuicio ajeno.

Por lo que se refiere al **Derecho Comparado** sirven de ejemplos, que refuerzan nuestra tesis, los que siguen:

— El Código Penal Militar de Italia, castiga con la pena de prisión de hasta seis meses «al militar que obre con el único propósito de hacer uso momentáneo de la cosa sustraída» (artículo 233).

— El Código Penal de la República Democrática Alemana, en su artículo 275, establece que «el que utilice ilícitamente vehículos militares de transporte u otros «elementos» de material técnico de combate, será castigado con una pena de prisión de hasta dos años».

— Finalmente, en Gran Bretaña, el «Halsburyis Law of England», en su artículo 419, castiga al militar «que dispone, sin la correspondiente autorización, de cualquiera de las aeronaves o material aeronáutico del SM».

Toda esa normativa se está refiriendo, lógicamente, a lo que aquí llamamos delitos contra la hacienda en el ámbito militar, y en todos esos preceptos se aprecia que las figuras delictivas en ellos tipificadas son diferentes de lo que se ha de entender por malversación de caudales públicos, pues, de una parte y según se ha dicho, no existe en su tipología el concepto de «apropiación» en sentido estricto, y, de otra, no puede entenderse por «elementos» destinados a un servicio militar unas determinadas sumas dinerarias, máxime cuando estas sumas tienen una relevancia de gran trascendencia cuantitativa.

Sexto. Además, esa interpretación de que los hechos a enjuiciar han de entenderse inicialmente contenidos en el artículo 394 del Código Penal Ordinario, tiene una base legal tan importante como es el artículo 14 de la Constitución que proclama el **principio de igualdad ante la Ley**, principio que quedaría conculcado si admitiésemos que el procesado-recurrente debería ser juzgado por un delito contra la hacienda militar y no por un delito de malversación de caudales públicos, ya que partiendo de la base de que el recurrente, a efectos personales, tiene la cualidad de funcionario público con arreglo a lo establecido en el artículo 119 del Código punitivo (aquí y a tales efectos es irrelevante la distinción que hacen de la Ley de la Función Pública y la Ley de Incompatibilidades), sería verdaderamente injusto, por «desigual», que en idénticos supuestos de apropiación de caudales públicos, los funcionarios militares fueran castigados con una pena máxima de hasta dos años, mientras que el resto del funcionariado podría serlo con pena de doce años y un día cuando la cantidad sustraída exceda (como sucede en el presente caso) de dos millones y medio de pesetas (artículo 394.4).

ARTICULOS 405 Y 410. PARRICIDIO. INFANTICIDIO. NATURALEZA. MOVIL

(STS de 9 de marzo de 1989. Pte. Sr. Barbero Santos)

Primero. El recurso se interpone por el Ministerio Fiscal y por dos motivos, ambos por infracción de Ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero estima infringido, por aplicación indebida, el artículo 410 del Código Penal y, por la falta de aplicación, el artículo 405 del mismo Código.

Los argumentos fundamentales del Ministerio Público en favor de su tesis son: la escasa importancia que Dolores R. concede al hecho tener relaciones sexuales con persona de distinto sexo fuera de matrimonio; la ausencia de repercusión de los primeros partos en su consideración personal y social; la decisiva influencia que en la muerte de la criatura tuvo la negativa en su presunto padre a contraer matrimonio; el truncando convencimiento de Dolores de sentirse rehabilitada por el tiempo transcurrido desde el nacimiento de su segundo hijo no fue la causa única ni la más importante de la decisión tomada con su madre, que no se concibe en una mujer que sigue la línea de conducta de Dolores, ni cabe asimilarla al ánimo de ocultar la deshonra que sólo se menciona en los considerandos de la Sentencia cuando ha de resolver el dilema parricidio o infanticidio, inclinándose por la solución más benigna.

El **infanticidio** no se encuentra regulado por el Legislador hispano en el capítulo del Código Penal dedicado al homicidio, sino integrando un capítulo autónomo, el II, dentro de los «delitos contra las personas». Se exterioriza así que **no se trata de un homicidio en el que concurre una circunstancia que le convierte en figura cualificada, como el asesinato, sino una figura especial, autónoma**. Caracterizada no sólo por la condición de los sujetos activos, que lo transforma en delito propio, también por la gran relevancia otorgada al móvil que de mera circunstancia pasa a ser elemento integrante de la figura con efectos privilegiados absolutamente excepcionales en el ámbito del propio Código.

Castigado el infanticidio durante siglos con modalidades particularmente crueles de pena capital, se debe al siglo XVIII, a la ilustración, el comienzo de un tratamiento menos severo. Conocido es el pensamiento del iniciador del Derecho Penal contemporáneo que aboga por imponer una pena benigna a la mujer seducida que, en la situación terrible —son sus palabras— de ser forzada a elegir entre la infamia perpetua para ella y su hijo o la muerte de un ser incapaz de sentir la pérdida de la vida, decidía matarlo.

En crisis hoy el concepto de deshonor vinculado a las relaciones sexuales fuera de matrimonio, el infanticidio ha desaparecido de numerosas legislaciones. Aún no de la española. El móvil de evitar la deshonor que integra todavía la figura prevista por el artículo 410 del Código Penal ha de interpretarse, en todo caso, conforme a la «realidad social» de nuestro tiempo en armonía con lo que establece el artículo 3.1 del Código Civil. Y de acuerdo con tal norma hermenéutica, mayor desconsideración merece la madre que mata al hijo concebido fuera de matrimonio que a la que lo mantiene con vida, lo que ineludiblemente ha de reflejarse en la interpretación de la figura, que no permite ninguna ampliación mistificadora.

Si Dolores R. D. iba dando a luz, con una cadencia trienal, hijos concebidos fuera de matrimonio, la nacencia de un tercer hijo en un intervalo inferior al de los dos precedentes difícilmente podía causar su deshonor.

Es palmario, en todo caso, que la interpretación histórica, gramatical, finalista y social del precepto en ningún caso permite equiparar «sentimiento de rehabilitación» que utiliza el Juzgador de Instancia, con «móvil de ocultar la deshonor». No se trata del haz y del envés del mismo concepto. La honra, uno de los bienes máximos del individuo durante centurias, se vinculaba en la mujer especialmente a la abstención de relaciones sexuales fuera de su matrimonio. Su deshonor originaba consecuencias dramáticas, difícilmente soportables, para ella y para el hijo. Para la entera familia, incluso. Por fortuna hoy ya no es así, salvo residualmente. **Equiparar, por ende, móvil de ocultar la deshonor con sentimiento de rehabilitación sería contrario a una interpretación del precepto conforme a nuestra época**. Y desprotegería en exceso, sin fundamento razonable, el otro bien jurídico que el infanticidio tutela: el recién nacido. Vida del neonato de valor superior hoy, sin duda, que el honor. Y, por descontado, que el «sentimiento de rehabilitación».

El que el sentimiento de rehabilitación no pueda equipararse al móvil de ocultar la deshonor y que, en consecuencia, haya de estimarse el primer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Público, considerando que el hecho probado constituye un delito de parricidio respecto de sus autoras, no significa que carezca de trascendencia.

En el «factum» no sólo consta el sentimiento quebrantado de rehabilitación por el nacimiento del tercer hijo, también el deseo y la esperanza, por parte de Dolores y de su madre, de que la primera llegase al nacimiento del segundo hijo. Es evidente que el parto del tercer hijo —fuera de matrimonio— no ocasionó la deshonra de Dolores R., pero sí aumentó en extremo su deshonra, con la consiguiente convulsión familiar —que ya había fracasado en el empeño de colocar la segunda niña entre sus familiares de Madrid— y su profundo desencanto al descubrir que quien pensaba que iba a ser su marido no la «deseaba más que para acostarse con ella» y que creía que tenía relaciones también con otros hombres. Estímulos de tal entidad que determinaron a madre e hija a producir la muerte del recién nacido. Y que esta Sala valora como constitutivos de **arrebato** con los efectos que después se dirán.

ARTICULOS 406.3.º Y 420. LESIONES AGRAVADAS POR INCENDIO. CARACTER MEDIAL DE ESTE

(STS de 28 de marzo de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Primero. El motivo único del recurso del Ministerio Fiscal se apoya procesalmente en el artículo 849.1 LECr., por inaplicación del último párrafo artículo 420, en relación con la circunstancia 3.ª artículo 406 del Código Penal, en el delito de lesiones.

Como es bien sabido, esta circunstancia 3.ª se refiere al uso de artificios idóneos para la producción de grandes estragos, con excepción del veneno, al menos cuando no es utilizado de forma masiva, artificios o medios que han de emplearse en la ejecución y no en la preparación o encubrimiento del delito.

Ello explica, acaso, la escasa aplicación de esta circunstancia de agravación del incendio y la escasa literatura jurídica existente, hasta el punto de que un sector de la doctrina científica censura la regulación de esta circunstancia de agravación número 3, artículo 406.3, en la que se incluye el incendio, llegándose a decir de ella que es paradigma de cómo no debe legislarse al mezclar medios de diversa naturaleza dentro de un denominador común consistente en la utilización de formas especialmente peligrosas. Como esta concreta agravación coincide con la específica del artículo 406.3 del Código Penal, a ella son de aplicación las consideraciones que, en general se hace con respecto a las genéricas correspondientes y a los problemas jurídico-penales que su conformación y naturaleza presentan.

En todo caso resulta indiscutible que los medios descritos han de emplearse de manera puntual y precisa para que la realización del delito, como ya se ha anticipado, es decir, el delito ha de ejecutarse por medio de la inundación, el incendio, etc., sin que el temor de cualquiera de estos estragos pueda producir en la víctima, como la proximidad del fuego, sirva para la aplicación de la agravante.

En el caso que nos ocupa el fuego no actuó como medio para la realización del delito de lesiones. El único hilo conductor entre el fuego y el delito de lesiones está en el calentamiento de la barra con la que se agredió brutalmente a la víctima, pero ello, con independencia de las connotaciones que conlleva, que pueden

servir a la hora de individualizar la pena, no significa que el fuego fuera el medio de ejecución porque esa misma acción pudo llevarse a cabo en un horno de la casa, por ejemplo, y a nadie se le hubiera ocurrido incluir esta circunstancia de agravación de delito de lesiones.

Que no lo es, es decir, que este supuesto no es incluíble en la agravante interesada por el Ministerio Fiscal, lo demuestra la misma redacción de la circunstancia en el texto legal, cuando, tras hacer una enumeración de los medios más ordinarios, si puede utilizarse esta expresión, apela a la vía análogica o abre el camino de otras circunstancias de análoga significación refiriéndose al uso de otro artificio «ocasionando grandes estragos».

El plantar fuego con periódicos y ropa en la puerta de la habitación y calentar en él la barra utilizada para la agresión demuestra, sin género de dudas, el carácter y la personalidad del sujeto, pero no la existencia de la agravante, como ya queda dicho que al concurrir con las lesiones o con la muerte dan lugar a un subtipo o figura agravada cualificada. Aplicarla supondría hacer una interpretación correctora del precepto, en contra del reo, prohibida por los principios que gobiernan el derecho penal, traicionándose así la teología del precepto y su misma literalidad.

Ello es independiente del tema de las restantes calificaciones que pudieron hacerse y no se hicieron en relación con el hecho de autos, y a ello se hará referencia en seguida al tratar de la impugnación de la acusación particular, que esta Sala no puede considerar, porque rigiendo el principio acusatorio que a partir de la promulgación de nuestra Constitución Española hay que darle una nueva y más profunda significación, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, no es posible ni introducir en la casación elementos no debatidos en la instancia ni corregir las calificaciones existentes, si las impugnaciones, en función de los cauces utilizados, no han planteado los correspondientes problemas.

ARTICULO 406.5.º ASESNATO CON ENSAÑAMIENTO. DOCTRINA GENERAL

(STS de 17 de marzo de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. Con sede procesal en el artículo 849 LECr., se denuncia infracción del artículo 406.5 por aplicación indebida, y el artículo 407, ambos del Código Penal, por inaplicación, al estimar el recurrente que no concurrió la circunstancia agravatoria de ensañamiento, porque respecto al elemento que llama material, aun cuando existieron múltiples lesiones, ello no basta, sino que es **preciso que la víctima estuviese viva cuando se le causaron las aludidas lesiones**, y referente al ánimo del agente de causar un plus de sufrimiento a la víctima, no se ha acreditado tal intención.

En tablado este motivo, por el artículo 849.1 LECr., es obvio que el «factum» debe permanecer inalterable, al no haber sido atacado en forma, donde se expresa que algunas de las heridas fueron inferidas con ánimo de matar, y otras, con intención de hacer sufrir a la víctima, y ello, en principio, significa la presencia de la circunstancia 5.ª, artículo 406, del Código Penal.

La «ratio essendi» de la misma, dice la STS de 26 de septiembre de 1988 de esta Sala, radica en la perversidad del sujeto activo, o en su índole malvada, pues el sujeto activo encuentra singular goce en prolongar deliberada e inhumanamente los sufrimientos del ofendido, martirizándole, atormentándole innecesariamente antes de matarle, no es una demostración del ánimo de la cólera que dominaba al agente, en el momento de la ejecución del delito, porque el ensañamiento ha de ser necesariamente frío y reflexivo, no encontrándose en la cólera que hiere o golpea ciegamente y sin cesar.

Dicha circunstancia —Cfr. SSTS de 20 de febrero de 1986, 30 de octubre de 1987, y aludida de 26 de septiembre de 1988—, tiene un marcado carácter subjetivo, gracias a entrañar un «plus» de culpabilidad, ya que estando prevista para casos en que se patentiza lo superfluo de determinadas agresiones descargadas sobre la víctima, en relación con el propósito que inspira la realización de la infracción delictiva, revelando una mayor perversidad en el agente, provocando una más acentuada repulsa, ante los copiosos males inflingidos, en quienes conocen el innecesario lujo de males desplegados en la comisión, todo lo cual no impide descubrir en la misma una dimensión objetiva o aumento de la antijuricidad, por una mayor causación del daño e intensificación de los riesgos.

Por otra parte, **esta agravante es compatible con la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio**, conforme a reiterada doctrina de esta Sala —Cfr. SSTS de 27 de septiembre de 1983, 28 de mayo de 1984 y 20 de febrero de 1986— que establece una diferenciación entre las circunstancias subjetivas que afectan a la psiquis del agente, y las objetivas, que convergen en la materialidad del acto cometido, admitiendo que unas y otras pueden confluir sin repelerse.

La doctrina de esta Sala, por todas la STS de 26 de septiembre de 1988, que cita abundante Jurisprudencia, tiene declarado, además, que la aplicación de esta circunstancia no depende de la diversidad de heridas, golpes, o malos tratos, ni la diversidad de medios empleados para la ejecución, sino que lo **que realmente caracteriza el ensañamiento es el deleite morboso** que se obtiene prolongando los sufrimientos de la víctima, complaciéndose en martirizarla y atormentarla, innecesariamente, en el camino de la muerte que ha de llegar.

Tercero. En el caso enjuiciado el Tribunal de instancia calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato, tipificado por la circunstancia 5.ª, ensañamiento.

Los argumentos que utiliza el recurrente, en el segundo motivo de su recurso, no son convincentes. Las múltiples heridas ocasionadas con arma blanca a la víctima, infieren, como prueba indirecta el ánimo de causar un mayor sufrimiento a aquélla, por la innecesariedad de la casi totalidad de las que le produjo, pues la muerte se derivaría de cualquiera de las 12 cuchilladas que interesaron el corazón. Ahora bien, ello no quiere decir que las restantes se asestaron cuando la ofendida ya estaba muerta; al contrario, en el informe pericial, obrante en la causa folio 107 apartado VII, dinámica del crimen, se concreta que la agresión se inició en principio al ojo izquierdo, luego al cuello, y posteriormente en el tórax. Las heridas del corazón no implican que la muerte fuese instantánea, sino que ésta puede producirse en un lapsus mayor o menor de tiempo. No consta que todas las mortales lo fueran sin solución de continuidad. El que una herida sea mortal no quiere decir que el óbito sea fulgurante, sino que puede mediar

un espacio de tiempo, en el cual, innecesariamente se aumenta el dolor de la víctima complaciéndose en prolongar su agonía, puesto que la muerte ya deviene inevitablemente.

El que la mayor parte de la doctrina científica niegue la posibilidad de aplicar el ensañamiento, en los supuestos de crímenes sádicos, puesto que al sujeto activo no le complace el sufrimiento ajeno, sino en tanto en cuanto ello le facilita un placer o goce propio, como ya dijo la STS de 26 de septiembre de 1988 de esta Sala, es altamente cuestionable. Precisamente, el síndrome de sadismo, si aumenta el sufrimiento de su víctima, deliberadamente, aunque sea para conseguir un placer propio, es indudable que ello entraña ensañamiento, porque aumenta, a sabiendas, el dolor de la ofendida, aunque conjuntamente ello lo verifique para obtener un goce.

La pareja no consintió en ningún momento, y buena prueba de ello son los cortes en la mano, para protegerse de la agresión del ojo, así como las del antebrazo izquierdo, y las puñaladas en el hombro izquierdo, lo son por interposición para limitar las dirigidas al corazón.

No puede haber tampoco incompatibilidad entre la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, que disminuye, la imputabilidad del sujeto activo, sin anularla totalmente, y por tanto, el resto de imputabilidad no afectado es plenamente compatible con cualquier delito o circunstancia subjetiva que tipifique especialmente aquél.

ARTICULO 410. INFANTICIDIO. COMISION POR OMISION. DOLO

(STS de 28 de marzo de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

Segundo. El segundo de los motivos, deducido por el cauce del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción del artículo 1.º del Código Penal, por afirmarse que en la conducta de la recurrente «no anidó dolo» alguno.

El artículo 1.º del Código Penal establece que «no hay pena sin dolo o culpa». Ello supone un reforzamiento del principio de culpabilidad en el ámbito penal de nuestro ordenamiento jurídico, con la consiguiente postergación de la responsabilidad por el resultado, que el texto anterior a la reforma operada por la LO 8/1983 propiciada.

El artículo 410 del Código Penal castiga, como culpable de un delito de infanticidio, a la madre que, para ocultar su deshonra, matare al hijo recién nacido. La doctrina al igual que la jurisprudencia admiten que la conducta de la madre puede revestir tanto la modalidad activa (matar) como la omisiva encaminada al mismo resultado (dejar morir), habida cuenta, respecto esta última, de la posición de garante que a la madre corresponde respecto del hijo recién nacido, como consecuencia de los deberes legalmente impuestos a los padres (vid. artículos 110, 111, 142, 143 y concordantes del Código Civil).

En el presente caso, es evidente que la hoy recurrente —tal como se desprende del relato histórico de la sentencia recurrida— actuó consciente y voluntariamente. Milagros Garrido, al quedar embarazada, a consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas con su novio, tuvo una idea fija determinante de toda su

conducta posterior: ocultar a todo trance su embarazo y las consecuencias del mismo. Y ello —como demostraron luego los hechos—, hasta sus últimas consciencias. Así se explica que cuando, a finales del mes de marzo de 1983, después de haber estado una temporada sirviendo en Valencia, se presentó en la casa de sus tíos, residentes en Felanitx, con el propósito manifestado de buscar trabajo. Pese a las repetidas preguntas que le hicieran acerca de su posible embarazo ella lo negó rotundamente a su tía y a su prima, achacando su gordura al régimen alimenticio que había seguido últimamente. Así, igualmente, días después, cuando le llegó el momento del parto ni avisó a la familia ni pidió ayuda alguna —pese al desconocimiento que tenía de lo que había de hacer en tal circunstancia— y, tras del alumbramiento, pese a preguntarle su tía acerca del motivo de «su extrema palidez y de la gran cantidad de sangre que había en el retrete» le dijo que «le había venido la regla». Al propósito de ocultar el hecho respondió, sin duda, el hecho de que no pidiera ayuda a su familia cuando vio que se producía el parto, ni después del mismo, dejando abandonada a la criatura recién nacida —que, como se dice en el «factum», «respiró y lloró al nacer»—, tras cortar el cordón umbilical, sin ligarlo luego, terminando por meter el cuerpo del niño recién nacido en una bolsa que colocó debajo de un barril de madera. Solamente sobre la 17,30 horas de aquel día (el parto se había producido sobre las 14 horas del día 6 de abril de 1983), ante el acoso de preguntas que le hicieron su tía y su prima, confesó lo sucedido «sin detalles», y, finalmente, prefirió que se diera cuenta del hecho a la Guardia Civil, antes de tener que salir en aquella situación de la casa de su tía, que la puso en tal dilema.

El Tribunal sentenciador afirma que la causa de la muerte del niño recién nacido fue múltiple: falta de ligadura del cordón umbilical frío ambiental y las pequeñas lesiones de características vitales; pero que la causa verdaderamente esencial de su muerte fue «la omisión de los debidos cuidados».

Es indudable que **la hoy recurrente omitió toda posible conducta encaminada a salvar la vida del hijo que había concebido**: no acudió a médico alguno tras quedar embarazada, ni se informó por ningún medio a su alcance de lo que debía hacer para que el embarazo llegase a buen término, ni pidió ayuda alguna a su tía ni a su prima, pese a que se encontraban en casa al llegarle el momento del parto y a que la procesada no podía ignorar que ambas sospechaban fundamentalmente que se hallaba embarazada —por las insistentes preguntas que le hacían—. La única idea de la hoy recurrente no fue otra que la de ocultar a todo trance, primeramente su embarazo, luego el parto, y finalmente el nacimiento del hijo. No cabe negar, en consecuencia que Milagros Garrido **actuó dolosamente**: ha sabido y querido lo que hacía, y no podía ignorar su deber, como madre, de velar por la vida de su hijo, indefenso, recién nacido, ni el riesgo cierto de muerte que su conducta suponía para él. El motivo, en suma, debe ser desestimado.

ARTICULOS 457 Y 458. INJURIAS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 14 de abril de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

Sexto. Los motivos 4.º y 5.º, deducidos ambos al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncian infracción legal,

por infracción de los artículos 456 (457) y 458 del Código Penal, destacando que los procesados-recurrentes han sido condenados por unas «injurias verbales», descritas como «manifestaciones peyorativas», que luego no se han concretado, pero en las que no cabe apreciar, en ningún caso la concurrencia del esencial elemento subjetivo del injusto: el **ánimo de injuriar**. A tal fin, la parte recurrente pone de manifiesto el conjunto de circunstancias concurrentes en el presente caso, destacando el marco de las conversaciones, su finalidad, el tiempo y el lugar donde las mismas tuvieron lugar y haciendo especial mención de la sentencia dictada por la Sala 6.^a del Tribunal Supremo, en el recurso de casación seguido ante la misma en la causa por despido, tramitada a instancia del procesado Antonio Belando, en la que expresamente se dice: «...las manifestaciones del trabajador están hechas, única y exclusivamente, a miembros rectores de la empresa, y se refieren a un superior suyo. Enumeran determinados hechos que tiene relación tan sólo con sus actividades profesionales. Es, sin duda, una omisión censurable que el demandante no contrastara suficientemente la certeza de cuanto dijo; pero, por sí misma, tal falta de diligencia, no puede calificarse de grave y culpable, en cuanto no se aprecia ánimo de injuriar o agraviar a la persona implicada en sus expresiones. Estas parecen inspiradas, más bien en un deseo de que pudieran corregirse unas actuaciones que el actor —con error según las averiguaciones posteriores— consideraba desacertadas o no idóneas para la buena marcha del negocio». (Vid. copia unida al rollo de la Audiencia.)

La jurisprudencia de esta Sala recuerda que para que exista el delito de injurias se requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales: uno objetivo, constituido por actos o expresiones que tengan la suficiente potencia ofensiva para agraviar la honra y crédito de la persona a que se dirijan, y otro, de carácter subjetivo, integrado por la intención dolosa específica de causar con ellas un ataque a la dignidad ajena, conocido como «animus iniuriandi» (Vid., «ad exemplum», la sentencia de 5 de febrero de 1988).

Los propósitos o intenciones de las personas, por afectar a su esfera más íntima son directamente preceptibles por los demás y únicamente pueden ser inferidos a partir de las manifestaciones externas de su conducta, debidamente acreditadas (Vid. artículo 1253 del Código Civil). A este respecto, la jurisprudencia ha destacado reiteradamente el **carácter eminentemente circunstancial del delito de injurias**; de tal modo que, en cada caso, deben valorarse tanto las acciones o expresiones, como las personas intervinientes, la ocasión y demás circunstancias concurrentes.

El **ánimo de injuriar se presume «iurius tantum»** cuando se trate de expresiones verbales o escritas, si las frases significan gramaticalmente descrédito o menosprecio (Vid. sentencias de 29 de septiembre de 1943, 6 de octubre de 1967, 13 de marzo de 1970 y de 24 de febrero de 1976, entre otras), **sin que ello pueda llegar, sin embargo, al reconocimiento del «dolus in re ipsa»** (Vid. sentencia de 7 de noviembre de 1972); por lo que será necesario estudiar, en cada caso, las circunstancias concurrentes (Vid. sentencias de 19 de febrero de 1948, 15 de junio de 1960, 25 de abril de 1975 y 15 de julio de 1988, entre otras), por cuanto, según la propia jurisprudencia, la presencia de un ánimo diverso al de injuriar excluye la existencia del «animus iniuriandi» (Vid. sentencias de 14 de marzo y 15 de julio de 1988, «ad exemplum»).

En el presente caso, es preciso reconocer que las imputaciones hechas por

los procesados —hoy recurrentes— al querellante, objetivamente consideradas, son de las que comportan deshonra y menosprecio para la persona a la que afectan. Mas, dicho esto, es preciso reconocer también que ello no basta para que pueda apreciarse la existencia del delito de injurias: es necesario, para ello, ver si concurre, además, el elemento subjetivo del injusto, el «animus iniuriandi», que se infiere de la preposición «en» que utiliza el legislador para definir dicho delito (Vid. artículo 457 del Código Penal), consistente en el propósito de deshonorar, desacreditar o menospreciar al sujeto pasivo (Vid. «ad exemplum», la sentencia de 14 de marzo de 1988).

Llegados a este punto, y tras destacar que los juicios de valor del Tribunal «a quo» son susceptibles de revisión por esta Sala en el trámite de casación, cuando se recurre por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Vid. sentencia de 4 de octubre de 1988), es oportuno destacar que, en el presente caso, del estudio de la sentencia recurrida se desprende lo siguiente:

1) En el relato de hechos probados de la misma se dice: «...sin que puea precisarse si fue por una soterrada malquerencia derivada de celos profesionales, o la creencia honesta de las razones suficientemente probadas...», y se reconoce que los procesados fueron requeridos por don Angel Díaz y don Roberto Rey para consignar por escrito las manifestaciones hechas en torno a la persona de don Francisco Frutos.

2) En el primero de los razonamientos jurídicos de la propia sentencia, se viene a destacar especialmente el contenido objetivamente deshonroso para el querellante de las manifestaciones de los procesados, cuyo ánimo injurioso estima que se manifiesta de modo evidente «en el mismo contenido de las expresiones vertidas, en la forma de su manifestación y en las razones que provocaron su dicho».

Ello no obstante, del examen de los autores llevado a cabo al analizar el posible fundamento de la denunciada violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, importa destacar que la entrevista mantenida en Albacete por los procesados —hoy recurrentes— con los directivos de GRUDISA —sociedad con participación mayoritaria en la empresa «Francisco Frutos, S. A.»—, lo fue a requerimiento e invitación de dichos directivos, con la finalidad de que les informasen acerca de la conducta observada por el querellante —don Francisco Frutos Jover—, a la sazón Gerente de «Francisco Frutos, S. A.», desarrollándose las conversaciones dentro del ámbito de los intereses de esta empresa, de la que formaban parte los procesados y, plasmándose por escrito los informes facilitados por estos últimos a requerimiento de los directivos informados, asesorados por el Letrado don Claudio Aldaz (luego Letrado del querellante), por afirmar éste que ello era necesario para poder actuar, en su caso contra el señor Frutos Jover; siendo dicho Letrado quien redactó el borrador de tales escritos, con la presencia de uno sólo de los procesados (Antonio); habiendo manifestado éstos, en todo momento, que solamente pretendían informar a GRUDISA sobre la conducta del señor Frutos, como gerente de la empresa, con el propósito de que pudiera enderezarse la marcha de la misma, dado su personal interés, por trabajar en ella, siendo los propios informados quienes pusieron en conocimiento del querellante el contenido de los referidos informes, tras efectuar —según dijeron— una infructuosa comprobación sobre la veracidad de los hechos imputados, llevada a cabo

en un brevisimo lapso de tiempo, sin que conste que se consultasen directamente las fuentes de información dadas por los propios informantes, los cuales, finalmente, fueron amenazados por el querellante con objeto de que firmasen el despido voluntario. Por último, no deja de tener una particular significación el hecho de que el querellante, señor Frutos Jover, que no se ha personado en este recurso, haya sido despedido también de la empresa.

Esta Sala, tras constatar la falta de coherencia interna de la sentencia recurrida, que en el «factum» dice que no puede precisarse el propósito de los procesados (soterrada malquerencia o creencia honesta), y luego en el «iudicium» —en el primero de sus razonamientos jurídicos— afirma que el ánimo de injuriar es evidente, por el «contenido de las expresiones», «la forma de su manifestación» y «las razones que provocaron su dicho», estima oportuno destacar lo siguiente:

a) Que el contenido de las expresiones e imputaciones hechas por los procesados no pueden valorarse de modo absoluto, como ya se ha puesto de relieve, por cuanto siempre que se trate de informes rendidos a los superiores o personas legitimamente interesadas en la información —como sucede en el presente caso—, lo decisivo es la fundada creencia de su veracidad por parte de los informadores, «ex ante»; siendo de destacar, además, que, en el presente caso, no se ha acreditado tampoco de modo cumplido la realidad y el rigor de las comprobaciones hechas por los directivos de GRUDISA.

b) Que la forma en que tuvieron lugar las manifestaciones hechas por los procesados a los directivos de GRUDISA fue realmente confidencial; pues acudieron a una reunión celebrada en Albacete, a requerimiento de dichos directivos, habiéndose hecho constar por escrito sus informaciones, a requerimiento también de los mismos, con carácter previo a toda posible comprobación de su veracidad por parte de los informados. Por último fueron los propios directivos de GRUDISA quienes dieron cuenta de la información al propio interesado.

c) Que, en definitiva, debe estimarse acreditado que los procesados —hoy recurrentes— actuaron guiados por el **deseo de informar** a los socios mayoritarios de su empresa acerca del comportamiento del gerente de la misma, ante las dificultades por las que atravesaba, con el propósito —en último término— de que quienes podían hacerlo tomasen las medidas que juzgasen oportunas para mejorar la marcha de la empresa. Este «animus informandi», es suficiente para desvirtuar, en el presente caso, la presunción del «animus iniuriandi» derivada del contenido objetivo de la información debatida.

Por consiguiente, procede estimar los motivos analizados, y, sin necesidad de examinar el posible fundamento del que aún resta por analizar, casar y anular la sentencia recurrida (Vid. artículo 901, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

ARTICULOS 500 Y 3. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. DISPONIBILIDAD DE PARTE DEL BOTIN. CONSUMACIÓN TOTAL

(STS de 17 de enero de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Cuarto. Según se hace constar en el «factum» de la sentencia el procesado, tras penetrar por una ventana en el domicilio que se indica, se apoderó de efectos

y dinero por un total de 210.000 pesetas y como fue sorprendido por el propietario cuando se encontraba en el interior del inmueble, al salir huyendo «perdió parte de lo sustraído por valor de 190.0000 pesetas y asimismo su DNI». Examinada la causa por el Tribunal, haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 899 de la Ley Procesal, se comprueba que, tras la recuperación por el perjudicado de la caja de caudales y joyas y monedas que contenía, acusó la falta y no recuperación de un reloj de señora, 3.500 pesetas, ochocientos escudos portugueses, tres juegos de gemelos para camisas y una pequeña colección de anillos, cuyos efectos valoraba en veinte mil quinientas pesetas. La sentencia impugnada califica correctamente los hechos como integrantes de un delito consumado de robo comprendido en los artículos 500, 504.1.º, 505 y 506.2.º del Código Penal; **si bien es cierto que el procesado, en razón a la persecución de que fue objeto inmediatamente después de cometido el atentado a la propiedad, no llegó a tener la plena disponibilidad de los efectos arrojados o perdidos en su huida, si logró aquélla en su plenitud respecto a los objetos antes mencionados** que no retornaron a la posesión de su dueño, transcurriendo algunos meses desde la comisión del robo hasta la detención del inculpado. Es común el sentir jurisprudencial de que cuando al sujeto se le ocupan parte de los objetos sustraídos, o abandona algunos de ellos, al ser sorprendido sin haber podido disponer de los mismos en razón a la persecución de que haya sido objeto, **no debe apreciarse un delito de robo o hurto consumado respecto de los de los objetos de que pudo disponer y otro frustrado de los que no tuvo la disponibilidad, sino que la consumación se extiende a la totalidad de los bienes sustraídos**; así, sentencias de 9 de marzo de 1955 y 22 de noviembre de 1985, entre otras. Al igual que sucede cuando, en su puesto de coautoría, el acto consumativo sólo concurre en alguno de los intervinientes, teniendo virtud comunicativa y trascendente respecto de los restantes, conllevando la plena realización del plan criminal trazado, pese a que alguno de los partícipes vea fallidos sus propósitos de apropiación y disponibilidad de determinados efectos; criterio reiterado en sentencias de 20 de febrero y 15 de diciembre de 1982, 30 de abril y 13 de junio de 1985, 17 de mayo y 3 de julio de 1987. El motivo ha de ser, pues, desestimado.

ARTICULOS 500 Y 516 BIS. ROBO Y UTILIZACION DE VEHICULO DE MOTOR. PROGRESION DELICTIVA. DELITO UNICO.

(STS de 20 de enero de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Primero. El único motivo del recurso, con sede procesal en el número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia quebrantamiento de forma, por consignarse en los hechos probados de la sentencia impugnada, conceptos que por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo, reputando como tal, la frase inserta en aquéllos, «con el que se fue para usarlo temporalmente».

El motivo, es totalmente improsperable.

El vocablo «usar», es un término de lenguaje común, careciendo por completo de carácter jurídico, no forma parte del tipo descrito en el artículo 516 bis del Código Penal, y por tanto, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial

—Cfr. sentencias 29 de abril y 16 de mayo de 1988— que ha declarado que los conceptos jurídicos a que se refiere la Ley, ha de ser expresiones técnicas jurídicas de carácter sustantivo, que constituyan la esencia del núcleo de la infracción delictiva, sin que el precepto aludido de la Ley Procesal, prohíba la descripción de conductas utilizando expresiones comunes que sean la base de la calificación jurídica del delito.

Por tanto, el motivo, debe rechazarse.

Segundo. El motivo, sin embargo, no invoca la compatibilidad entre el delito de robo con intimidación en las persona, y el de utilización ilegítima de vehículo de motor, en cuyo tema, la jurisprudencia de esta Sala, ha evolucionado desde su apreciación a considerar en tal supuesto, la existencia de un concurso real delictual —SSTC de 3 de octubre de 1985 y 13 de octubre de 1986—, hasta llegar en la STC de 29 de septiembre de 1987 a reputar la concurrencia de un concurso ideal; posteriormente, **en SSTC de 31 de mayo y 4 de julio de 1988, ha resuelto estimar que la utilización de vehículo de motor en un fenómeno de progresión delictiva, debe quedar absorbida en el delito de robo de mayor rango punitivo, sin ignorar que ambos delitos son distintos —privación del «ius utendi» en el primero, y usurpación de la totalidad de las facultades dominicales en el segundo—, pero ambos inscritos en el ámbito de los delitos patrimoniales de apropiación, con la ventaja de evitarse la consecuencia indeseable de subsumir en el robo la apropiación del automóvil, y no la mera utilización temporal.**

Es por ello, que la Sala no puede reputar adecuada la pena impuesta al procesado por el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, que debería quedar absorbida por el de robo con el que también se le sanciona, y al no tener *medio hábil*, dados los estrechos límites del recurso de casación, para subsanar la incorrección que supone la condena por la infracción de uso de vehículo, debe acudir al Gobierno, con la oportuna exposición, por resultar la pena notablemente excesiva, a fin proponer **el indulto total** de la pena correspondiente a dicho delito.