

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

ARTICULOS 8.1.º Y 9.1.º Y 10.º CONSUMO DE OPIACEOS. TIMOPATIAS. ATENUANTE POR ANALOGIA

(STS de 15 de marzo de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Dicha entidad nosológica se caracteriza por un amplio grupo de síndromes cuyo factor común son las oscilaciones patológicas de la vitalidad; es el *círculo timopático* en el que se incluyen las alteraciones endógenas, no motivadas, de los sentimientos vitales de tristeza, alegría y angustia. En la *depresión endógena* los síntomas más frecuentes son la tristeza profunda, el sentimiento de desesperanza, preocupaciones hipocondríacas, ideas de autoacusación y autodesprecio que puedan ser delirantes, la ansiedad y el sentimiento de inferioridad. En la *manía*, que es el síndrome opuesto, se señalan el humor y la alegría expansivos e inmotivados, la exaltación del ánimo, el optimismo y la hiperactividad física. Estos estados se presentan, corrientemente, en forma alternativa, con fases o tiempos de remisión espontánea libre de síntomas, y sin deterioro de las funciones intelectuales.

Las timopatías como factor criminógeno son de escasa relevancia; en la forma depresiva son excepcionales las transgresiones legales, todo lo más las culposas, y es significativa la tendencia al suicidio; a la fase maniaca se refieren las contravenciones más frecuentes por la propensión del sujeto a la violencia; y en la forma larvada, no se han observado ni un aumento en las transgresiones, ni una particularidad de las mismas. La capacidad de culpabilidad de estos enfermos está supeditada a la clase e intensidad de los síntomas fundamentales: en los grados extremos, tanto de la manía como de la melancolía (maniacos furiosos y melancólicos delirantes), es criterio común negar la imputabilidad de manera absoluta, porque aunque puedan comprender fugazmente el valor real de sus actos son incapaces de inhibirlos; en las formas de menor intensidad, sobre todo en los accesos maniacos, puede admitirse una imputabilidad disminuida; finalmente, los casos más leves y en los intervalos o fases intercalares, aunque el enfermo se percate de la trascendencia de sus actos y esté en condiciones de ejercer la acción de su voluntad en medida suficiente, no deja de estar afectada en

cierto grado la voluntad, y ello obliga a un examen cuidadoso de las circunstancias del caso. La fórmula legal de exención penal del artículo 8.1.º del Código sería la aplicación incondicional en el primer caso, y la atenuación en los restantes, bien la privilegiada del artículo 9.1.º o la ordinaria del artículo 9.10.º, valorando especialmente la relación o conexión de la enfermedad y el delito cometido, y la concurrencia o asociación de otros factores (debilidad mental, psicopatías, drogadicción, alcoholismo).

Al trasladar al supuesto de autos las consideraciones precedentes conviene subrayar la falta de datos en el hecho probado sobre el grado o intensidad de la psicosis «en el momento de la acción», que podía estar en fase de depresión o de manía o en un intervalo de aparente normalidad, y la difícil coordinación o conexión causal con el delito imputado —tráfico de sustancias estupefacientes—, que supone una actividad prolongada en el tiempo; *sin embargo, si aparece en la causa* —examinada por el Tribunal con la autorización prevista en el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— *la adicción al consumo de opiáceos que, sin duda, potencia o agrava la influencia, siquiera mínima, de la perturbación mental en la facultades volitivas del sujeto, y todo ello aconseja la aplicación de la atenuación prevista en el artículo 9.10.º del Código en relación con el 9.1.º y 8.1.º*, con cuyo alcance se estima el recurso interpuesto.

ARTICULO 9.1.º ALCOHOLISMO CRONICO. IDEAS PARANOIDES

(STS de 27 de abril de 1990. Pte. Sr. Díaz Palos)

El *alcoholismo crónico*, es evidentemente, una toxifrenia que una vez instaurada en el individuo que la padece produce una serie de síntomas somáticos y psíquicos permanentes que se ponen de manifiesto sin necesidad de beber grandes cantidades de alcohol. Las manifestaciones psíquicas más frecuentes es la modificación del carácter, el llamado «carácter alcohólico» subrayado por gran labilidad afectiva, intensidad exagerada de los afectos, debilidad volitiva y ausencia de inhibición. Como consecuencia de la falta de voluntad se dejan llevar por los instintos, de modo que cuando se le contraria reacciona con brutalidad. En periodos más avanzados aparecen los trastornos del intelecto, el cual disminuye progresivamente y en algunos casos termina con la demencia alcohólica. Manifestación típica y más frecuente en este estadio de la intoxicación alcohólica, es la relación paranoide con alucinaciones auditivas y visuales, a veces con amnesia intensa (psicosis de Korsakow) y con fase aguda y terminal de *delirium tremens* en cuyo estado el paciente puede cometer cualquier agresión o suicidarse.

La *embriaguez patológica*, por el contrario, se produce por la ingestión de una cantidad de alcohol, que en ocasiones puede ser pequeña, consecutiva más que a una intoxicación verdadera, a una *intolerancia alcohólica* que tienen los psicópatas y otros enfermos mentales. Esta intolerancia puede ser constitucional o simplemente pasajera.

En todo caso el estado del alcohólico habitual, desde el punto de vista médico-forense ha de ser valorado como una psicopatía e incluso como una psicosis aguda: Si se trata de embriaguez patológica, lleva aparejada la anormalidad y se considera al sujeto como imputable.

El alcohólico crónico, presenta mayores dificultades para su encuadramiento jurídico-penal. Depende de las complicaciones y estadios más o menos avanzados de su toxifrenia. En los primeros tiempos de la intoxicación, no puede ser equiparado a un enfermo mental y el trastorno psíquico tiene escasa influencia sobre la conciencia. En estos primeros extravíos es, pues, imputable. Otra cosa es en cuanto aparecen complicaciones patológicas del psiquismo y entonces es misión del perito precisar, dentro de lo posible, el estado mental del infractor en el momento del hecho, valorando la capacidad intelectual y volitiva.

5. A la vista de las anteriores conclusiones clínicas, *si el procesado además de ser un alcohólico crónico padecía embriagueces patológicas con ideas paranoídes* que le podía llevar a cometer actos agresivos o violentos carentes de voluntariedad, que motivaron sucesivos internamientos en hospital psiquiátrico presentando en fin, una personalidad psicopática con labilidad emocional, forzosamente hay que entender que, aun dando por probado, que el recurrente no había bebido antes de cometer el hecho de autos, lo que, hubiera dado lugar, sin duda alguna, a decretar su entera inimputabilidad, al menos, hay base suficiente para dar entrada a la eximente incompleta de enajenación mental.

ARTICULO 9.º y 10.º ARREPENTIMIENTO ESPONTANEO. ATENUANTES POR ANALOGIA

(STS de 16 de marzo de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero: La atenuante de arrepentimiento espontáneo ocupa lugar propio y peculiar entre las circunstancias atenuantes, puesto que, lejos de concurrir en la ejecución del hecho, surge posteriormente, de manera que sus efectos tienen mucho de perdón judicial parcial, si bien se hallen sometidos al régimen común de aquellas circunstancias. Sus elementos o requisitos son fundamentalmente dos, en el sentido de que, de un lado, se exige, en el área objetiva, un comportamiento previo a la apertura del procedimiento judicial y consistente en una de las modalidades enumeradas en el texto legal —reparar o disminuir los efectos del delito, dar satisfacción al ofendido o confesar a las autoridades la infracción—, mientras que de otro, ya en el ámbito subjetivo, se precisa que tal conducta responda, precisamente, a impulsos de arrepentimiento espontáneo. En cuanto al aludido condicionamiento cronológico, la jurisprudencia viene incluyendo en su concepto de procedimiento judicial —no sin críticas doctrinales— la actuación policial (SS 7 de noviembre de 1978, 12 de marzo de 1979, 12 de diciembre de 1983, 17 de abril y 2 de julio de 1988). De otro lado, la indicada motivación fue tradicionalmente entendida como contrición o pesar de haber obrado mal (así, por ejemplo, en las SS de 12 de septiembre de 1979, 14 de mayo de 1985 y 2 de julio de 1988, con abundantes citas), pero más recientemente se va optando por una objetivación que abarca tanto el indicado deber de contrición como el de la mera atrición, referido más bien al temor por las consecuencias que el hecho pueda tener para el propio autor. En dicha línea, la sentencia de 20 de febrero de 1987 señala que «basta la sustitución de la voluntad antijurídica por la voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del orden jurídico expresados en la reparación o disminución de los efectos del delito, en la satisfacción al ofendido o

en la confesión a las autoridades de la infracción», de forma que la atenuante «no exige en nuestros días, en el ámbito del Derecho, el pesar del autor por haber obrado mal», posición ésta que se repite en otras resoluciones, entre las que cabe destacar la sentencia de 31 de diciembre de 1988, y se adelanta, hasta cierto punto, a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, a tenor de cuyo artículo 235 el componente subjetivo de la circunstancia se contrae al «haber procedido voluntariamente», lo que implica prescindir de la motivación en sí.

Segundo: Si de la atenuante nominada de arrepentimiento espontáneo se pasa a la posibilidad de la apreciación de otras circunstancias por vía de analogía, conforme a la previsión del artículo 9.10.º del Código penal, preciso resulta recordar la creciente oposición a constituir las no ya en horizontal, sino en vertical o, si se prefiere, como atenuantes nominadas incompletas, y ello porque, de procederse así, y al margen de la tradición o arraigo que tal práctica haya tenido en nuestra jurisprudencia, se incurre en un verdadero fraude de ley, por cuanto mediante un rodeo se acaba burlando las exigencias establecidas en la atenuante que ahora se toma sólo como punto de referencia para el juicio de analogía, tal y como de modo más o menos expreso advierten, entre otras, las sentencias de 14 de diciembre de 1976, 28 de enero de 1980, 4 de febrero de 1983, 27 de marzo de 1985, 23 de enero de 1986 y 18 de febrero de 1987. Esto significa, con otras palabras, el rechazo a una atenuante análoga a la de arrepentimiento espontáneo cuando lo que ocurre es sencillamente que no se ha cumplido alguno de los requisitos que la integran.

ARTICULO 10.8.º ABUSO DE SUPERIORIDAD. CONCEPTO Y AMBITO

(STS de 22 de febrero de 1990. Pte. Sr. Barbero Santos)

Es doctrina secular de esta Sala que *el abuso de superioridad* entraña o supone una notable diferencia de poder entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la acción, concretada en su superioridad física, pero teniendo en cuenta no sólo las fuerzas físicas del agresor; también las circunstancias todas del caso concreto. No basta, empero, la constatación de la diferencia de poder y el aprovechamiento doloso de tal situación de ventaja, *la Sala ha exigido además que la acción sea exponente de una singular vileza de sentimientos*. Y ello, como recordaba una sentencia reciente (de 11 de noviembre de 1987), porque la circunstancia posee reminiscencias medievales y caballerescas, requiriéndose, para la buena y noble lid, que las armas de los contendientes fuesen iguales, y semejantes las fuerzas, el número y la ocasión.

Próxima por ello a la alevosía, hasta el extremo de ser comparadas a dos círculos concéntricos, *constituyendo el abuso de superioridad una especie de alevosía menor, su aplicación se ha limitado, como aquella, a delitos contra las personas o a delitos complejos que tutelan, junto a otro bien jurídico, la vida o integridad de las personas*. Lo expuesto haría ya de estimación imposible al caso que se analiza —delito contra la propiedad— de la agravante citada. Aparte de ello, resulta difícil considerar que se da una relación de superioridad entre el abogado y su cliente.

ARTICULOS 14. 246 Y 480. AUTORIA PLURAL. DESORDENES PUBLICOS. DETENCION ILEGAL

(STS de 12 de febrero de 1990. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Tercero. Los restantes motivos, tercero y cuarto, del recurso, por infracción de Ley, se apoyan procesalmente ambos en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, respectivamente, denuncian la vulneración de los preceptos penales sustantivos constituidos, en el primer caso, la aplicación indebida del artículo 246 del Código penal y, en el segundo, la del artículo 480.3.º del mismo cuerpo legal sustantivo. Seguramente, en buena técnica casacional, la referencia en ambos casos hubiera consistido en la invocación como vulnerado en su aplicación a los recurrentes de la norma contenida en el artículo 14.1.º de dicho cuerpo legal; mas ello es intrascendente y se indica sólo «obiter dicta». Los dos motivos, en efecto, no parten de consideraciones jurídicas sobre inexistencia en la ocasión histórica de autos de los tipos penales aplicados en la sentencia recurrida, sino que parten de su ocurrencia, proyectándose en los dos a un tema muy concreto cual el de ausencia de participación en los mismos de los recurrentes; por ello deben analizarse en forma común.

Cuarto. El tema impugnativo es importantísimo y de acuciante contemporaneidad, por lo que debe analizarse con sumo cuidado. La perspectiva, sin la cual no puede verificarse el balance final, no puede ser otra que la derivable de las premisas siguientes:

1.º El delito con sujeto activo colectivo o masa (la categoría no es exclusiva del sujeto pasivo en la forma normativamente regulada en el art. 69 bis del Código penal) alcanza distintas gradaciones representables: desde la denominada en el área criminológica «pareja criminal», en la que uno de los componentes operaría sugestivamente sobre el otro hasta la efectuada a través de la impropriadamente denominada «muchedumbre delincuente», que trata de conectar la responsabilidad criminal de los individuos integrados a la muchedumbre. Se ha tratado de caracterizar clásicamente —aunque los datos de aproximación provengan de las escuelas positivista y sociológica— el fenómeno en una primera aproximación partiendo del dato, por lo demás correcto, de que la muchedumbre es un agregado de seres humanos heterogéneos en tanto compuesto de individuos de todas las condiciones sociales, de todos los grados de moralidad y cultura, e inorgánico por excelencia, porque «*se forma sin previo acuerdo, súbitamente y de improviso*». Mucho más modernamente, la Sociología —y así lo recuerda la sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 1986— en los grupos revolucionarios cabe detectar siempre diacrónicamente un primer estadio denominado como «salto» o serialidad inerte que se produce de forma instantánea; pasa por un momento intermedio determinado por la formación del «grupo», en el que éste se estructura pero sin abandonar por ello esa primera impulsividad, y finalmente se llega al culmen derivado del resultado de la organización y «organismo». Se está así en presencia de notas en manera alguna desaprovechables en otras áreas, pero no utilizables en el campo de la legalidad jurídico-penal.

2.º Mucho más importante desde el prisma jurídico-penal es partir de *la distinción entre delitos cometidos dentro de la muchedumbre y delitos cometidos por la muchedumbre*. No se trata evidentemente de un juego de vocablos, pues

ello sería incompatible con la certeza jurídica garantizada entre otros preceptos por el artículo 9.3 de la Constitución. La deseable precisión en el lenguaje puede, sin embargo, conducir desde ella a una conclusión satisfactoria. Y así, *no se trata de un tema de culpabilidad o de reprochabilidad, sino de comprobación de existencia del comportamiento típico*. Extender a los sujetos individuales presentes en el grupo dentro del que se comete el delito, la sanción conminada al mismo por la norma sería algo sideralmente distante de las indicadas exigencias. Contrariamente, de lo que se trata es de fijar si tal comportamiento fue realizado por el procesador activamente o por omisión, pues tal determinación es la primera exigencia dentro de la tipicidad.

Quinto. Despejado así el espacio a analizar, la respuesta positiva en orden a la desestimación de los dos indicados motivos de fondo fluye sin dificultad alguna. La reciente sentencia de esta Sala de 9 de junio de 1989, como otras anteriores dictadas para supuestos similares, recuerda que *«una cosa es la realización del comportamiento típico y otra, no necesariamente identificable con ella, la ejecución material de los actos objetivos normativamente descritos»*. En una acción pluralmente ejecutada es conforme a las normas de la experiencia que todos no puedan materialmente efectuarla. Resulta así preciso un reparto de roles en la ejecución del hecho tipificado como delito, pero la no aportación estrictamente material al comportamiento común no excluye la coparticipación en la acción, que en definitiva será no suma, sino producto. Que el sujeto colectivo realice actos previos de planificación consistentes en el ocupación del barco; que penetren en él y exijan a los pasajeros de la trayectoria regular que lo abandonen; que emprendan una singladura distinta a aquella mediante conminación; que detengan al mismo en su trayectoria para difundir propaganda de sus finalidades, que eludan la persecución por barcos de la Armada y todos los demás hechos incólumes en la narración; absorbe obviamente en la tipificación el dato instrumental de unos miembros del grupo previamente enmascarados realizasen materialmente el acto instrumental de privar de la libertad deambulatoria a los miembros de la tripulación. No porque se esté en presencia de un tipo cualificado por el resultado, ni siquiera por extensivas referencias a un dolo eventual, sino por la existencia de un «prius»: aun sin realizarlo material y directamente, *todos los intervinientes está alterando la paz pública y todos también están actuando en la detención ilegal*. Sin la presencia masiva del grupo, tales delitos no hubieran podido cometerse y por ello su incardinación, más que en el ámbito del artículo 14.3.º del Código penal ha de residenciarse en el numeral 1.º de dicho precepto. Debe, pues, desestimarse el recurso.

ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL

(STS de 20 de abril de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Primero. Con apoyo procesal en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega infracción por aplicación indebida del artículo 22 del Código penal en relación con el artículo 4.4 de la Ley 55/1987, de 4 de diciembre y la doctrina jurisprudencial que se cita de esta Sala.

Se razona que tratándose de hechos delictivos que se estiman cometidos por tres miembros de la Guardia Civil, este proceder excede de las atribuciones y de las funciones que son propias del citado Instituto habiendo actuado, se dice, fuera de la función o relación de dependencia con el Estado y en contra de la prohibición expresa de éste, circunstancia, señala el Abogado del Estado, que excluye la responsabilidad subsidiaria establecida por el Tribunal de Instancia, destacando también que resulta inaplicable de todo punto la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, al haberse promulgado con posterioridad a los hechos determinantes de la infracción que ahora se juzga.

El motivo ha de rechazarse. La jurisprudencia extensa y constante de esta Sala excusan que en este momento el razonamiento haya de ser pormenorizado y detallado dada la remisión que puede y debe hacerse a la doctrina constante y reiterada. El delito nunca forma parte de los fines del Estado, por naturaleza, y, por regla general, de la mayor parte de las personas jurídicas o morales. Nunca podría nacer, en consecuencia, la responsabilidad subsidiaria a la que se refiere este artículo 22 del Código penal.

Lo que la Ley quiere es que, en aquellos supuestos en que se da una relación de dependencia o servicio en cuyo desarrollo se produce una infracción penal —dolosa o culposa—, responda el ente para el cual actuaban los responsables penales directo, sin otra exigencia que la dependencia, entendida en un sentido amplio y muy general, esté o no presente una negligencia de la Institución o una deficiencia estructural de la misma (V. art. 1.092 y concordantes del Código penal, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Se trata, en definitiva, de una efectiva realización del principio de seguridad jurídica incorporado al Derecho penal, pero con criterios jurídico-privatísticos. En este sentido la sentencia de 24 de julio de 1989, entre otras muchas.

ARTICULOS 65 BIS Y 529.7.º Y 8.º CONCURSO DE LEYES. ESPECIALIDAD

(STS de 23 de marzo de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. El único motivo del presente recurso plantea de nuevo el interesante problema del concurso de leyes entre las disposiciones finales del párrafo primero del artículo 69 bis del Código penal y las agravantes específicas 7.ª y 8.ª del artículo 529 del Código penal, si se quiere respetar el principio «non bis in idem». La Audiencia Provincial condenó al ahora recurrente como autor responsable de, entre otros delitos, una apropiación indebida en el subtipo agravado según aquellas previsiones específicas, pero se abstuvo de examinar —o al menos, de exponer— aquellas relaciones y razonar su conclusión. La verdad es que, como señala la doctrina, las referencias del artículo 69 bis a la «notoria gravedad» del hecho y a la «generalidad» de perjudicados coinciden sustancial y respectivamente con la «especial gravedad» y los «múltiples perjudicados» de las citadas agravantes 7.ª y 8.ª del artículo 529, aplicables, como es sabido, tanto a la estafa como a la apropiación indebida. Esta es también la posición jurisprudencial — con la quizá única clara excepción de la sentencia de 15 de junio de 1988— y ello se debe, precisamente, a que el planteamiento del Tribunal Supremo se haya

enmarcado en el concurso de leyes, y la solución aceptada responda al criterio de la especialidad, favorable en nuestro caso al artículo 529 (sentencias de 26 de enero de 1986, y 27 de mayo y 12 de noviembre de 1987, por citar sólo algunos ejemplos). Ya en el Pleno de nuestro Parlamento se advirtió que la agravante 8.ª —la 7.ª pasó sin enmienda alguna— era redundante, pero tal objeción no tuvo éxito. El resultado ha sido que, como alguna vez se ha indicado, estos delitos de estafa y apropiación indebida acaban beneficiados, aunque no parezca haber sido esa la idea del legislador.

ARTICULO 280. FALSIFICACION DE MARCAS. DOCTRINA GENERAL. NUMERO DE BASTIDOR

(STS de 15 de marzo de 1990. Pte. Sr. Soto Nieto)

Segundo. Suele señalarse como *bien jurídico protegido en el delito tipificado en el artículo 280 del Código penal* no sólo los derechos de la propiedad industrial sino también la seguridad y claridad que debe presidir los intereses del mercado. Intereses, éstos últimos, que se cifran doblemente en los correspondientes a las empresas y establecimientos industriales y comerciales, y en los afectantes a los particulares consumidores, inclinados preferencialmente a la adquisición o bienes de determinada procedencia. En definitiva se propicia la protección del tráfico jurídico, de índole colectiva y cariz público ante el peligro que tales falsificaciones entrañan y la inseguridad que son susceptibles de generar en el mercado (cfr. sentencias de 20 de marzo y 24 de abril de 1980, 14 de febrero de 1983 y 29 de enero de 1987). Los términos marcas y contraseñas utilizados por el artículo 280 del Código penal no lo son con significación unívoca ni con fidelidad al puro tecnicismo con que figuran en la legislación sobre propiedad industrial (cfr. arts. 118 y siguientes del Texto refundido sobre Propiedad Industrial de 30 de abril de 1930 y Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas), al prevalecer conceptos más amplios que los imperantes en antedicha legislación. *En la generalidad de los vocablos empleados en el artículo 280 del Código sustantivo penal caben todas las marcas reales* y, por lo mismo, además de las de procedencia, las marcas de identidad; desde las más genéricas, indicativas —con referencia a los vehículos de motor— del número o serie a que corresponde, hasta las muy concretas de individualización de cada objeto que lo singularizan y distinguen de los demás, incluso de la misma procedencia y modelo. Entre las últimas, y conceptuadas como afectantes a elementos principales, hay que señalar la numeración grabada o troquelada en el motor o bastidor, con trascendencia en las relaciones de derecho público, especialmente fiscal o administrativo, y en las relaciones de derecho privado. Automóviles y ciclomotores precisan para su identificación llevar las marcas de construcción previstas en los artículos 132 y 237 del Código de la Circulación, entre ellas, en el bastidor o en la estructura autoportante y en lugar visible y fácilmente accesible el número de fabricación y referencia del constructor, que deberá ir grabado o troquelado. La propia Ley de hipoteca mobiliaria exige que en la escritura de hipoteca se consigne, respecto de los vehículos de motor, el número del motor y del bastidor (art. 35, tercera, de la Ley de 16 de diciembre de 1954).

Tercero. Con base en las consideraciones precedentes, la jurisprudencia ha sido reiterada en el reconocimiento de que *la falsificación del número de bastidor, generalmente merced a la sustitución del genuino por otro distinto, integra el delito a que da albergue el artículo 280 del Código penal.* Así, entre otras, sentencias de 6 de octubre de 1972, 3 de noviembre de 1980, 21 de diciembre de 1982, 29 de enero y 5 de mayo de 1987; y ello tanto con referencia a automóviles como a ciclomotores, cual ponen de relieve las sentencias de 24 de abril y 11 de noviembre de 1980. En consecuencia, el motivo del recurso ha de ser desestimado.

ARTICULOS 302 Y 303. RELACIONES MUTUAS. AUTORIA DE UN PARTICULAR

(STS de 22 de marzo de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Unico. *La referencia del artículo 303 del Código penal a «las falsedades designadas en el artículo anterior» suscita la cuestión de si todas las modalidades enumeradas en el artículo 302 puede ser cometidas por un particular y, en especial —por ser tema concerniente al recurso—, si puede motivar la aplicación de aquel artículo la simulación de documento descrita en el número 9.º*

Cierto sector doctrinal y algunos fallos jurisprudenciales se han pronunciado en sentido aserverativo, pero la remisión legal —indiferenciada— a todas las modalidades del artículo 302 no supone, según otro autorizado criterio doctrinal, que el particular esté en situación de cometer todas y cada una de las modalidades previstas, y en particular cuando la simulación no recae «en un» documento público, oficial o mercantil (art. 302 n.º 9 del Código).

Este argumento se utiliza —subsidiariamente— por el recurrente en el motivo único de casación, sin más apoyo que el aludido criterio doctrinal, enfrentado con la doctrina inconclusa de este Tribunal que admite esta modalidad falsaria dentro del tipo del artículo 303 del Código («ad exemplum», sentencias de 24 de junio de 1950, 12 de marzo de 1962, 7 de octubre de 1972, 30 de diciembre de 1981 y 3 de junio de 1982), y que es inevitable aplicar al *certificado absolutamente apócrifo* expedido por el Secretario del Instituto de Bachillerato, en el que se hacía constar que la interesada tenía cursados y aprobados seis años de Bachillerato y el Curso de Orientación Universitaria, así como abonados los derechos para la expedición del título de Bachiller Superior, documento al que había cooperado la acusada facilitando sus datos de identidad y demás pertinentes y del que hizo uso presentándole en la Dirección General de Tráfico para obtener el certificado de aptitud para ejercer como Directora en escuelas particulares de conductores; en definitiva, *la colaboración directa y decisiva a la creación del documento falso —inducido y pagado por la acusada— y el uso del mismo ante un organismo público incorporándose a un expediente administrativo —documento oficial por destino, por todas, vid., sentencia de 8 de julio de 1988— provocó o determinó el explicable error de considerarle oficial y legítimo, quedando de esta suerte justificada la subsunción del hecho en el artículo 303 del Código.*

Está correctamente razonada, como primer argumento del recurso, la aplicación indebida del número 6.º del artículo 302 por la sentencia recurrida, porque este número presupone o requiere la existencia de un documento «verdadero»

en el que se lleva a cabo la alteración que cambia substancialmente su sentido; sin embargo, *carece de trascendencia el cambio o mutación de la incriminación dentro de los números del artículo 302*, ya que no se altera la unidad del objeto normativo ni la conceptualización penal del hecho, y la aplicación de distinto número del artículo 302 como elemento tipificador no infringe el principio acusatorio, según sentencias de esta Sala de 12 de febrero de 1988 y 11 de diciembre de 1989. Procede la desestimación del recurso.

ARTICULO 325 BIS. COACCIONES RELACIONADAS CON LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 12 de febrero de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

El artículo 325 bis del Código penal —comprendido en el Título IV del Libro II del Código penal, entre los delitos «contra la Administración de Justicia»— castiga al que con violencia o intimidación «intentare» que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste desviadamente.

Como pone de manifiesto la doctrina, el delito transcrito constituye una *infracción tendencial o de «mera actividad»*, que se perfecciona con el solo intento —violento o intimidatorio— de que cualquiera de las personas que se mencionan (denunciante, perito, intérprete o testigo) realice cualquiera de las conductas descritas (entre ellas, dejar de prestar declaración o hacerlo desviadamente).

Según tiene declarado esta Sala, la «intimidación» a que hace expresa mención el precepto penal citado debe entenderse en sentido amplio y omnicompreensivo (vid., sentencia de 23 de julio de 1988). El delito, en suma, *se consuma, con independencia del resultado que se produzca*, en cuanto que —con violencia o intimidación— se realiza la acción típica descrita por el verbo nuclear del tipo, o sea, en cuanto se «intenta» que un denunciante, o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste desviadamente, como puso de relieve la sentencia de 21 de diciembre de 1988.

ARTICULO 325 BIS. COACCIONES RELACIONADAS CON LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. REQUISITOS. SUJETOS PASIVOS

(STS de 1 de febrero de 1990. Pte. Sr. Carrero Ramos)

Sexto. El artículo 325 bis fue introducido en el Código penal por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio y vino a satisfacer una necesidad de la realidad social saliendo al paso de unas prácticas de frecuencia creciente sobre todo —pero no exclusivamente—, en el campo de los procesos penales, en que por el ejercicio de actos intimidatorios, coercitivos o abiertamente violentos se «disuadía» a las víctimas y testigos de cargo de actuar para suministrar a la justicia elementos de juicio.

No ofrece dudas el precepto, en sus dos párrafos, en cuanto a los actos tipificados ni en cuanto a su finalidad protectora que es doble para la integridad, seguridad y libertad de los sujetos pasivos y para su cooperación a la eficacia de la acción judicial (en sus dos significaciones jurídica y pragmática); es por este último bien jurídico protegido por lo que el precepto encaja en el Título IV de los delitos contra la Administración de Justicia, en vez de aparecer, con los que afectan a la seguridad y libertad (Título XII).

Se garantiza así el derecho dispositivo sobre la acción procesal reconocida por la Ley y libertad de expresión de testimonio y opiniones en el proceso para aportar actividad probatoria en favor de una u otra parte a disposición del Tribunal para enjuiciar los hechos objeto de la litis. Garantía que asegure la indemnidad de quienes así usan de su derecho y ayudan a la justicia.

Los *elementos del tipo penal del párrafo 1.º son*: a) el objetivo de la acción delictiva que consiste en el empleo de violencia (*vis physica*) o intimidación (*vis compulsiva*) sobre el sujeto pasivo; es delito que requiere pues acción y por ser de simple actividad es independiente del resultado; es más, el tipo emplea el verbo «intentare» lo que absorbe la forma imperfecta (citemos la sentencia de 9 de mayo de 1986, apoyo de este criterio).

b) El sujeto pasivo ha de reunir el carácter o rol procesal de los que enumera el precepto punitivo; por estar siempre relacionado con intervención en diligencias procesales resulta un delito derivado de la existencia de un procedimiento judicial o de actuaciones preparatorias del mismo. Como el tema debatido en los recursos es precisamente el de la inclusión de este elemento le dedicaremos atención especial después.

c) El elemento subjetivo intencional que exige un requisito teleológico específico: el ánimo tendencial a coartar la intervención procesal del sujeto pasivo impidiéndola o desviándola. No cabe la forma culposa.

En cuanto al párrafo segundo, coincide con el anterior en el carácter del sujeto pasivo y en cuanto a la motivación relacionada con actuaciones procesales, pero el «animus» ya no es la coerción sino la represalia, un «animus vindicandi» contra un hecho legítimo; la acción admite todas las formas de violencia —ya superadas las intimidativas—, contra la vida, integridad, libertad, seguridad e incluso los bienes del represaliado; esta multiplicidad de acciones posible puede dar lugar a la consumación de delitos previstos en otros preceptos penales y por eso la punición de este subtipo es residual, sólo si el hecho no fuere constitutivo de otro delito más grave, convirtiéndose en agravación específica en otro caso.

Examinados los hechos de autos de los que proceden los recursos, podrían encajar en ambos párrafos. La agresión responde (así lo reconoce incluso el procesado) a la actuación del procurador agredido en juicios civiles y ejecutivos contra bienes del agresor, deudor en aquéllos y ahora procesado recurrente, así obedece a motivación de represalia por actuaciones anteriores.

Pero no se excluiría «a priori» una posible finalidad disuasoria de seguir esas actuaciones, puesto que la ejecución se hallaba aún en trámite de embargo, por lo que no es convincente la alegación de este recurrente impugnando que pueda aplicarse esta figura delictiva cuando ya han tenido lugar las diligencias judiciales de referencia. Pero aun aceptando tal razonamiento subsistiría la figura del segundo párrafo.

Y a esta última nos inclinamos, pues del conjunto de la conducta externa

del agente descrita en los hechos es lo que más vehementemente se infiere y lo confirman sus palabras allí y luego sus declaraciones.

En síntesis, concurren los elementos del tipo. Pero como tanto la fundamentación de la sentencia, como los tres recursos giran casi exclusivamente en torno al problema de si el sujeto pasivo, Procurador de los Tribunales, está o no incluido entre los protegidos por el artículo 325 bis, debemos analizar aparte esta cualificación funcional.

Séptimo. *Enumera el artículo una serie de colaboradores de la justicia, ajenos al aparato orgánico de su Administración* (éstos están protegidos en los Capítulos VI y VIII del Título II del Libro II, en relación con el artículo 119, en su caso, y con las respectivas normas corporativas).

Todos ellos tienen reconocido su derecho e incluso definidos sus deberes en las Leyes procesales. Es decir, que su actuación es legítima y sujeta a responsabilidad si se desviara (denuncia falsa, falso testimonio, etc.). En esa enumeración, el rol que se ha discutido en este proceso es el de «parte» (en un procedimiento judicial, naturalmente) y, concretamente, si tal término puede cubrir o no al Procurador. Desde luego, debemos descartar «a priori» que este precepto suponga ningún privilegio personal (insinuación de la Defensa); se trata a todas luces de una protección jurídica de finalidad funcional, que puede cubrir a cualquier ciudadano y que interesa a la justicia y a las garantías del Estado de derecho.

El concepto de parte así enunciado en abstracto y como término diferencial, de un lado, del denunciante (si no se mostrara luego como parte personada en juicio) y, de otro, de los auxiliares probatorios (peritos, intérpretes) y de los simples testigos. Así empleado en este contexto protector de las personas que intervienen en el proceso y cooperan con la justicia, tiene que incluir a todo aquel que actúa, directamente o por representación en el juicio y tanto al interesado como a sus representantes legales, estatutarios, y apoderados; y están incluidos ahí también los inculpados y sus representantes, postuladores y defensores (como lo están sus testigos de descargo); es indiferente que sea parte actora o parte demandada o acusada, responsable civil, etc.; se trata de interés común a todos y de protección para todos necesaria. No se trata, pues, sólo del concepto de «parte» en el sentido de titular del derecho subjetivo material.

Sería absurdo que se excluyera a los gestores legales o estatutarios de una entidad pública o privada so pretexto que es ésta el titular de los derechos («parte» en ese sentido restringido de sufrir las consecuencias del litigio) y si es así, igualmente absurdo lo sería el no incluir a todo apoderado tanto de personas jurídicas como de las físicas, como proteger a un menor titular de los derechos en litigio y dejar impropetido al padre o tutor que actúa en su nombre, etc.

Como parte es el Abogado del Estado, que por función legal le representa en juicio.

Si se conviene, consecuentemente, que un representante o mandatario apoderado puede ser parte en un pleito en nombre de otro o de una entidad, no podemos discutir la inclusión en ese término de un apoderado que ostenta poder específico para representar plenamente en pleitos de cualquier carácter y que, en la mayor parte de los casos, lo hace por exigencia de la Ley como único interlocutor válido con los Tribunales (art. 438 de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial, arts. 3.º, 4.º y 6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 118, 277, 651 y 874 de la Criminal, por ceñirnos a los fundamentales, remitiéndonos, por no alargar-

nos más, a la enumeración de una treintena de artículos de esta última Ley que cita el Ministerio Fiscal en su recurso). Y claro está que si hay procesos en que la Ley releva de la postulación por Procurador pudiendo asumir la representación el Abogado, no puede por menos de extenderse a éste todo lo dicho por aquél (sin contar que, aun actuando sólo como Letrado, también concurrirían razones para incluirlo en la protección penal, aunque en este caso sólo nos interese la figura que está en cuestión; «ubi est eadem ratio, ibi esse debet eadem dispositio»). Improtegido quedaría el interés del cliente si lo está su representante legal.

ARTICULO 337. REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO. REQUISITOS

(STS de 16 de febrero de 1990. Pte. Sr. Soto Nieto)

Cuarto. En el delito de *realización arbitraria del propio derecho* se exige que el sujeto activo sea un «acreedor» que trata de hacerse pago, merced al apoderamiento —violento o intimidatorio— de una cosa perteneciente a «su deudor», lo que lleva a considerar la «relación jurídica obligacional» intersubjetiva como elemento integrante del tipo. Ha de preceder a la acción una relación jurídica entre el agente y la persona afectada por su reprochable proceder, resultando esta última formalmente deudora del primero; relación de la que dimana un crédito real, lícito, vencido y exigible, cuyo crédito se trata de satisfacer con el apoderamiento violento de la cosa (cfr., entre otras, las sentencias de 30 de septiembre y 25 de noviembre de 1985). El rigor en la constancia del requisito referido no puede palidecer ni minorarse, si se piensa en el benigno trato penológico que el artículo 337 del Código penal dispensa al infractor, a salvo, naturalmente, y en razón a la pluriofensividad del delito, las responsabilidades contraídas por el sujeto en función de la lesión originada a otros bienes jurídicos.

Mal puede subsumirse la conducta del recurrente en las previsiones del tipo del artículo 337, al proceder aquél contra uno de los socios de la entidad supuestamente deudora, cuando la responsabilidad vendría contraída por la misma, máxima si, además, el crédito no era ostentado personalmente por el procesador sino por otra sociedad en la que estaba integrado como socio, cual se reconoce en el propio escrito del recurso. La conducta del inculpado aún aparece más injustificada si obró reivindicando, además de derechos que se atribuía, los correspondientes a otros presuntos acreedores, sin constancia de una encomienda efectiva de los mismos. Y, desde luego, sube de grado, en su improcedencia, si se trató de obtener un plus dinerario al objeto de retribuir a los otros coprocesados por su coadyuvencia en la efectivización de los planes propuestos. El motivo merece, pues, su desestimación.

ARTICULO 337. REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO. REQUISITOS

(STS de 12 de febrero de 1990. Pte. Sr. García Ancos)

Cuarto. Además, e independientemente de lo hasta aquí brevemente razonado, esos dos motivos de tratamiento unitario, deben ser rechazados por las si-

güentes razones: a) El delito tipificado en el artículo 337, dadas sus propias características, debe ser considerado como un delito muy exponencial en cuanto supone una especie de «enquistamiento» no muy lógico con los delitos atentatorios a la propiedad y que necesita, por ende, un tratamiento interpretativo de carácter más bien restrictivo, pues lo contrario sería tanto como proporcionar «patente de corso» a cualquier acreedor para cometer delitos más gravemente sancionados, con la simple alegación de que su intención al cometerlos era únicamente hacer cobro de la deuda.

b) Esta interpretación restrictiva se hace aún más lógica si tenemos en cuenta que el tan repetido delito sólo puede ser cometido cuando se emplee violencia o intimidación en las personas, excluyendo paradójicamente la posible dialéctica que podría entablarse entre su comisión y la existencia de un delito de robo con fuerza en las cosas e, incluso, de un simple delito de hurto.

c) Y es que la necesidad de que se cumpla el requisito de acción violenta o intimidatoria lo que nos está poniendo de manifiesto es que el cobro de la deuda que se pretende, para poder ser encuadrado en ese precepto (art. 337), necesita de un previo requerimiento directo y personal hecho al presunto deudor aunque después devenga en violento, sin que sea posible su comisión (como ocurrió en el presente caso) utilizando medios o formas alejados de ese requerimiento previo y personal.

d) También, finalmente, hay que tener en cuenta, en orden a desestimar esta pretensión, que es muy difícil (por no decir imposible) encajar en esa figura delictiva unos hechos que no muestran la gran diferencia cuantitativa existente entre el valor de la presunta deuda y el «quantum» monetario de lo sustraído, pues aunque la jurisprudencia de este Tribunal no ha sido muy clarificadora en este punto concreto, no cabe olvidar que, por ejemplo, la sentencia de 15 de marzo de 1988 exige una correlación, aunque sólo sea aproximada, entre la prestación debida y la valoración que pericialmente se haga de los bienes sustraídos, pertenecientes al deudor.

ARTICULO 344.2.º TRAFICO DE DROGAS. DIFUSION EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO

(STS de 27 de febrero de 1990. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. El recurso se interpone por el Ministerio Fiscal y por un sólo motivo, por infracción de Ley, con apoyo en el n.º 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no aplicación del párrafo 2.º, en relación con el párrafo 1.º, del artículo 344 del Código penal.

Sus alegaciones son las siguientes: 1) La introducción de droga en un establecimiento penitenciario crea el riesgo de su reparto, es decir, de su difusión, lo que no se oculta al introductor; 2) el verbo difundir ha de interpretarse unido a los verbos «promover, favorecer o facilitar» el consumo ilegal de drogas, a través de las formas comisivas que se concretan, una de las cuales, el tráfico, se extiende a la donación, por lo que el subtipo agravado se perfecciona por la mera introducción de droga en el establecimiento penitenciario; 3) no es esen-

cial la difusión material, ya que no es verosímil que el introductor, generalmente persona ajena al establecimiento, sea también distribuidor, si se exigiese la difusión, la agravación sólo podría extenderse a los receptores de droga que después la difunden en el establecimiento, solución que parece contraria a la finalidad perseguida por la agravación; 4) lo protegido por la norma es el lugar en que la acción se realiza, dada la pluralidad de personas destinatarias de la droga que allí existe, por lo que la introducción, al crear un riesgo evidente, debe desencadenar la aplicación de la agravante con independencia de que se haya producido o no la acción de difusión. En apoyo de su parecer se cita, en particular, una sentencia de esta Sala, de 15 de noviembre de 1985, que mantenía la doctrina de que «la introducción de la droga en la cárcel supone difusión en la misma».

Por la vía elegida el recurrente está obligado al respeto escrupuloso del hecho probado. El cual es terminante al respecto: los 2,48 gramos de hachis estaban destinados al «exclusivo y propio consumo» del sobrino de la procesada. Y éste —según se añade en el fundamento jurídico primero al explicar el Juzgador de Instancia de forma razonada y cumplida por qué no era de apreciar la agravación solicitada por el Ministerio Público—, era drogadicto. Es decir, que la anciana tía del interno destinaba la droga al solo consumo de su sobrino, y que no era dable imputarle una ulterior eventual propagación, lo deduce la Audiencia tanto de la escasa cantidad de droga que la procesada pretendía introducir, como de la condición de drogadicto del destinatario, siendo evidente que dos gramos y medio de hachis es una cantidad que un adicto puede consumir en un período inferior a tres o cuatro días. El que éste no estaba en connivencia con la procesada para la difusión de esa escasa cantidad de droga en la prisión lo reconoce, implícitamente, el propio Ministerio Fiscal al haber centrado la acusación de forma exclusiva en la tía, como de forma aguda subraya el Juzgador de Instancia en el fundamento jurídico primero ya citado. Dado el hecho probado, la droga que la tía —«por una equivocada interpretación del cariño familiar»— introdujo en unas naranjas, no era susceptible de ser difundida en la representación de su autora, mujer sin instrucción y sin antecedentes penales, por lo que no se le puede imputar tal agravación.

Pero es que, incluso, desde el plano objetivo no se dan el absoluto los presupuestos que el legislador requiere para la apreciación del tipo agravado. Y por dos razones: primera, porque la escasa cantidad de droga aprehendida no la hace susceptible de propagar, de multiplicar sus efectos, que eso es difundir, según la interpretación popular y gramatical del término; segunda, porque la agravación se estructura no como delito de peligro, o de resultado cortado, sino de resultado. El legislador terminantemente exige para imponer las penas superiores en grado que las drogas «se difundan», o sea, se propaguen en establecimientos penitenciarios. Convertir una conducta de resultado en una conducta de peligro, o con otras palabras, en una conducta de consumación anticipada viola frontalmente el principio de legalidad, va contra lo preceptuado por la norma. Cuando el legislador ha pretendido estructurar la agravación como de peligro lo ha hecho V. gr., basta para que ésta opere, que el culpable pertenezca a una organización que tenga por finalidad perfeccionar el tipo agravado aunque la propagación de la droga no se haya efectuado.

Al difundirse la droga en la prisión, no existe dificultad técnica alguna en considerar autor del tipo agravado —al menos con el carácter de cooperador

necesario— al introductor de la droga que actúe en connivencia con el interno difusor.

Lo tutelado por la norma agravatoria no es el lugar en que la droga se difunde, sino los reclusos en el establecimiento penitenciario, como el propio recurrente reconoce en la generalidad de sus alegaciones, y subraya en la última de nuevo al pretender convertir un tipo agravado de resultado en una figura de riesgo o peligro por «la pluralidad de personas posibles destinatarias de la droga que allí existe».

ARTICULO 396. MALVERSACION. MODALIDADES. REQUISITOS COMUNES. DIFERENCIAS

(STS de 12 de enero de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

A) Los diversos tipos legales de malversación propia de caudales públicos, ofrecen como nota común a todos ellos, la afección general a los intereses patrimoniales del Estado, o de los demás entes públicos al patrimonio público, quebrantándose en aquéllos, el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la Administración de la que depende.

Como requisitos integrantes de la figura de malversación propia acogida en el artículo 396 del Código penal, pueden precisarse los siguientes: a) el elemento subjetivo determinado por la cualidad de funcionario público del sujeto activo, conforme al artículo 119 del propio Código punitivo; b) elemento objetivo, que se concreta en una realidad dispositiva de los caudales o efectos, que quiere decir poder del funcionario sobre el destino de los bienes, ya sea de hecho o de derecho, con tal de que en este último supuesto, en aplicación de sus facultades competenciales, pueda convertir la primitiva potestad de control o custodia en una efectiva disponibilidad material; c) los caudales o efectos han de gozar de la consideración de públicos, los cuales cobran tal naturaleza tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al erario público, como cuando percibidos por el funcionario surge en el ente el derecho a su entrega e ingreso en el patrimonio estatal o municipal; d) una conducta típica consistente en aplicar a usos propios o ajenos dichos caudales, de tal forma que se empleen estos bienes para un fin distinto del que tenían originariamente asignados. Aplicar en este caso, dice la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 1962, significa un uso transitorio de carácter tan sencillo como el de la persona que teniendo a su cargo caudales públicos, los invierte en satisfacer temporalmente necesidades propias o ajenas. Lo peculiar, pues, de este tipo estriba en la falta de ánimo de apropiación por parte del funcionario. Es reiterada la jurisprudencia —cfr. sentencias de 13 de abril y 19 de noviembre de 1981, y 30 de diciembre de 1985—, de esta Sala que establece las diferencias entre el tipo delictivo del artículo 394 y el del 396, en que, en el primero, se requiere la concurrencia de «animus rem sibi habendi», o intención de apoderamiento definitivo, mientras que en el segundo, falta la concurrencia del factor finalista de la malversación propia, como es el ánimo de lucro y la apropiación definitiva, y el que el apoderamiento ha de ser de mero uso, por desvío indebido de los fondos, intención que la propia Ley presume en beneficio del reo, cuando el reintegro se realice dentro de los diez días

siguientes al de la incoación del Sumario, mientras que su no devolución, determina la imposición de las penas del artículo 394, por estimarse entonces que falta la voluntad de devolución, y si concurre la de apropiación.

Cuestión de especial relieve, es la referente a si la tenencia de los caudales, por parte del funcionario ha de provenir de una competencia específica por razón del ámbito de sus funciones atribuidas, o si es suficiente que aquéllos se hallen a disposición del funcionario en atención a sus atribuciones generales, habiéndose producido la entrega como incidencia y en relación con el ejercicio de la función pública. Aun cuando existe alguna resolución discordante, es doctrina reiterada de esta Sala —cfr. sentencias de 17 de enero de 1966, 23 de diciembre de 1967, 20 de octubre de 1970 y 26 de junio de 1989—, la de que no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezcan o al servicio al que figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

Las últimas de las resoluciones citadas, comprenden en el tipo de la malversación, aquellos caudales que el funcionario poseyere de hecho, aunque no se le estuviese atribuido de derecho la custodia, pues la ostentaba en virtud de sus funciones generales, por resultar suficiente el que fuera un mero servidor de la posesión oficial, *siendo bastante que el funcionario que ejerce un servicio y detente unos bienes públicos, abuse de la confianza en él depositada y deje indefenso al organismo.*

ARTICULO 429.1.º VIOLACION. INTENSIDAD DE LA FUERZA O INTIMIDACION

(STS de 21 de marzo de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. La jurisprudencia de esta Sala viene también matizando los elementos de fuerza o intimidación que caracterizan a la violación denominada propia que describe el número 1.º del artículo 429 del Código penal —cfr. sentencias de 21 marzo y 6 de abril de 1998, y 19 y 27 de octubre de 1988—, en el sentido de que ni la fuerza física desatada contra la mujer para vencer su resistencia es preciso que alcance un grado tal de irresistibilidad que haga totalmente imposible cualquier oposición a los actos del sujeto activo, ni la intimidación ha de entenderse de un modo tan radical que suponga una violencia moral generadora de una invencible inhibición psíquica, bastando con que la resistencia sea real, decidida y de suficiente entidad, mientras no adquiere el racional convencimiento de la inutilidad del empeño o del riesgo de un mal superior, lo que implica una actitud tan alejada de la negativa u oposición meramente formal —«vis grata puella»— como de una resistencia desesperada o heroica, ponderando el Tribunal, para decidir con acierto, las posibilidades físicas o materiales y la presencia de ánimo, entereza y demás factores psicológicos que condicionan la capacidad de resistir.

ARTICULO 452 BIS D) 1.º DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCION. TERCERA LOCATIVA. EL ENCARGADO

(STS de 12 de marzo de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

Aunque debe reconocerse que no es unánime el parecer de la doctrina sobre la cuestión aquí planteada, ni tampoco el de la jurisprudencia (vid., sentencia de 15 de diciembre de 1986), es lo cierto que la corriente jurisprudencial mayoritaria mantiene la tesis defendida por la parte recurrente, a partir de la sentencia de 2 de julio de 1980, e incluso con posterioridad a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en sentencias —entre otras— de 27 de octubre de 1984 y 25 de abril de 1988, al considerar que los redactores de la revisión llevada a cabo en el Código penal en 1963 se excedieron de la autorización conferida por la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, al introducir en el texto del *artículo 452 bis d).1.º* la figura del «encargado» que sin embargo, no se mencionaba en la base 9.ª de la citada Ley de Bases, por lo cual *la conducta de los «encargados» de los locales a que se refiere el número 1.º del artículo 452 bis d) del Código penal debe ser degradada, a efectos penales, a la inferior servidora del negocio*, a que hace mención el párrafo segundo del precepto citado por respeto a los principios de legalidad, de interpretación estricta de los tipos penales y de jerarquía normativa (vid., arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución y el art. 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Procede, en suma, la estimación de este motivo.

ARTICULO 487. ABANDONO DE FAMILIA. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA

(STS de 4 de abril de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

En el desarrollo del motivo, alega la parte concurrente que la conducta descrita en el «factum» de la sentencia recurrida escapa del contenido típico del artículo 487 del Código penal, destacando que el procesado no venía atendiendo económicamente a su mujer, como lo prueba el hecho de que al ausentarse a Madrid la dijese que iba a «buscar trabajo», lo que permite deducir que se encontraba sin él; afirmando, por otra parte, que el incumplimiento de los deberes morales propios de la relación conyugal, «per se», no puede constituir la figura penal descrita en el precepto del Código penal cuya violación se denuncia. Añade, finalmente, la parte concurrente que, ante una situación de separación extrajudicial, no puede ser motivo de inculpación penal el hecho de no haber acudido el procesado a los trámites civiles previstos en el artículo 105 del Código civil, y que, si se apreciara una posible nulidad del matrimonio, por concurrir fraude de Ley, procedería hablar de una tentativa inidónea.

Las consecuencias inherentes al *principio de intervención mínima* —básico en el campo penal—, la obligada interpretación de las normas legales de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y la existencia —dentro del campo civil— de unos cauces adecuados para que los interesados puedan resolver —en la medida en que ello es humanamente posible— los problemas derivados de las situaciones de crisis matrimonial, imponen, como lógica

consecuencia, una *aplicación restrictiva o estricta de las normas penales correspondientes, de modo particular del delito de abandono de familia* (vid., art. 3.º 1 del Código civil, arts. 73 y siguientes del mismo Código y las sentencias de 11 de noviembre de 1985, 6 de octubre de 1986, 7 de marzo y 30 de mayo de 1988 y 10 de junio de 1989, entre otras).

Las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso, tal como se describen en el relato histórico de la sentencia recurrida, en cuanto el procesado, de nacionalidad siria, y sobre cuya profesión o medios de vida nada se dice en el «factum», logró adquirir la nacionalidad española, mediante las facilidades legales derivadas del hecho de haber contraído matrimonio con una mujer española —la denunciante, sobre cuya profesión o medios de vida nada se dice tampoco— (vid., art. 22.4.º del Código civil), de la que se separó al día siguiente de tener la certeza de la concesión de la nueva nacionalidad; sin que, por otra parte, conste la existencia de descendencia alguna del referido matrimonio o el posible estado de embarazo de la mujer, diseñan una situación o hecho sociológico más propio del ámbito civil que del penal, particularmente en cuanto a la tipicidad penal discutida en el presente recurso (vid., los arts. 6.º 4 —relativo al fraude legal— y 73.1.º del mismo Código —referente a la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial— y el art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por todo lo cual, es vista la procedencia de desestimar el motivo analizado.

ARTICULO 499. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

(STS de 15 de marzo de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

Tercero. La infracción penal del artículo 499 bis 1 del Código penal exige los elementos siguientes:

1.º El comportamiento delictivo se refiere al ámbito del contrato de trabajo respecto del cual las Leyes y disposiciones administrativas de rango inferior, junto con los convenios colectivos sindicales, determinan, con *el fin de proteger al trabajador*, que es la parte más débil en dicho contrato, una serie de derechos a favor de éste, que quedan excluidos del ámbito de la libre disposición de las partes.

2.º El núcleo de este delito se encuentra en una conducta de imposición de condiciones por parte del empresario y contraria a los trabajadores (o a algunos de ellos), por virtud de la cual se perjudican los derechos antes referidos que reconocen las disposiciones legales y los convenios colectivos.

3.º Tal conducta del empresario, consistente en la imposición de condiciones perjudiciales para los derechos del trabajador, ha de realizarse «usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos», expresión amplia y abierta que *puede comprender cualquier medio comisivo* en el que se utilice la violencia, la amenaza, la coacción, el engaño y otro ardid semejante, o simplemente, lo que sin duda será más frecuente, el abuso que hace quien da el trabajo respecto de la situación de abundancia de mano de obra en una sociedad en la que el paro obrero constituye un grave problema para todos y particularmente para quienes buscan empleo.

4.º De lo antes expuesto se deduce que en este delito el sujeto activo lo es el patrono que da el trabajo y sujeto pasivo el trabajador o trabajadores que lo reciben.

5.º La jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 5 de junio y 29 de septiembre de 1989), fundándose en la expresión «maquinaciones o procedimientos maliciosos», entiende que es necesario un elemento subjetivo del tipo consistente en la intención de perjudicar a los trabajadores, aunque algún sector de la doctrina ha advertido de la dificultad que existe para diferenciar este elemento subjetivo respecto del dolo ordinario consistente en el conocimiento y voluntad referidos al resto de los elementos del tipo antes indicados, habida cuenta de que precisamente uno de esos elementos es el perjuicio a los derechos de los trabajadores, como antes se ha dicho. No obstante, este elemento intencional excluye la posibilidad de comisión de este delito por imprudencia.

Conforme a lo antes expuesto, se advierte que se trata de un *delito de resultado corto*, en cuanto que, para su consumación, se exige que se produzca la efectiva imposición de condiciones perjudiciales para los derechos del trabajador, pero no es necesario un perjuicio real y efectivo, pues basta la realidad de esas condiciones para tal consumación, pudiendo ocurrir que por reclamaciones del sujeto pasivo, o por convenir posteriores, o por otra razón, no llegue a producirse ese perjuicio realmente, lo que sólo afecta a la fase de agotamiento del delito y no a su perfección.

Asimismo se trata de un *delito instantáneo y de efectos permanentes* (sentencia de 1 de febrero de 1989), porque se consume en el momento de la imposición de las referidas condiciones atentatorias a los derechos del trabajador, y, sin embargo, continúa en el tiempo mientras tales condiciones subsisten en la vida de la relación laboral.

ARTICULOS 500 Y 337. CONCEPTO DE ANIMO DE LUCRO

(STS de 16 de marzo de 1990. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prado)

Primero. Conforme lo tiene definido así de una manera constante la jurisprudencia de esta Sala, el ánimo de lucro, que es el elemento principal y más característico de los delitos contra la propiedad, supone «apoderamiento ilegítimo», esto es sin ninguna razón ni motivo legal ni moral que lo justifique, evidenciado por la conducta del culpable, encaminada a conseguir de un modo especial la apropiación de las cosas ajenas sin título alguno para ello ni otro móvil que el de aumentar injustificadamente al patrimonio propio a costa del ajeno; y como en el caso de autos, si bien el procesado desposeyó a José N. G., mediante el empleo de la violencia, del dinero y efectos que la sentencia detalla, lo hizo por un motivo distinto de los que caracterizan los delitos contra la propiedad, puesto que su propósito fue hacerse pago, de modo torpe, mediante dicho apoderamiento, del dinero que aquél le debía, es notorio que tal acción destruye el ánimo de lucro conforme a la doctrina sentada con anterioridad, pues no cabe duda que el dolo del agente en este supuesto no fue el propio de un delito de robo sino el de otra figura jurídica no perseguida en esta causa, lo que obliga a casar la sentencia combatida por haber incurrido en evidente error el Tribunal de Ins-

tancia al subsumir los hechos que declara probados en los artículos 500, 501.5.º y 512 del Código penal.

ARTICULO 501 PARRAFO ULTIMO. ARMAS PROHIBIDAS. «SPRAYS»

(STS de 29 de enero de 1990. Pte. Sr. Díaz Palos)

Tercero. El motivo segundo, amparado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce aplicación indebida del último párrafo del artículo 501 del Código penal, por entender que el *spray* usado por los procesados para cegar momentáneamente a su víctima, como lo consiguieron, y poder así llevar a cabo la depredación, no puede considerarse ni arma ni medio peligroso, dado que la peligrosidad de que se hable en el área penal, no coincide con las disposiciones administrativas, ni en el caso de autos puede decirse que el gas empleado tuviera ese alcance lesivo para la salud, pues sólo tuvo un efecto momentáneo sobre el empleado de la gasolinera sin otro alcance ulterior. Sin embargo, la peligrosidad en el ámbito penal, de estos gases lanzados en forma de *spray* y que anulan la visibilidad de la víctima por más o menos tiempo, ha sido reconocida por esta Sala a los efectos de poder aplicar el párrafo último del artículo 501 del Código penal (sentencias de 18 de mayo de 1983 y 14 de octubre de 1985), puesto que al propulsar el gas, por su carácter irritante, es capaz de cegar a la persona contra la que se proyecta, como ocurrió en el caso de autos, hasta el punto de que la víctima hubo de ser asistida en una Residencia Sanitaria, según consta en la causa, apreciándose igualmente, en los procesados, signos de irritación por inhalación de gases.

En fin, el vigente Reglamento de Armas y Explosivos de 24 de julio de 1981 considera, en su artículo 6.2 b), como armas prohibidas a particulares: los *sprays* de defensa personal y todas aquellas armas que despidan gases o aerosoles. Y esto, sin duda, por la peligrosidad que comportan para la salud e integridad física y, en determinadas circunstancias, de riesgo para la misma vida. Y no se diga, como ha el recurrente, que esta peligrosidad de ámbito administrativo, no coincide con la de ámbito penal, puesto que el delito mismo de tenencia ilícita de armas es infracción administrativa criminalizada, basada en la idea de peligro abstracto, cuyo uso puede dar lugar a delitos de peligro concreto y de lesión.

El motivo en examen debe ser, por tanto, desestimado.

ARTICULO 504.1.º ESCALAMIENTO. CONCEPTO

(STS de 20 de marzo de 1990. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

a) Es cierto, como lo sostiene el Ministerio Fiscal, que la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo desde antiguo que el concepto de *escalamiento* no debe ser entendido gramaticalmente, sino teleológicamente y que, por lo tanto, incluye supuestos que pueden no coincidir con formas de acceso a un inmueble que hayan requerido el uso de una escala. En tal sentido la Sala ha caracterizado el escalamiento como la entrada a un lugar por lugar distinto del destinado a

tal objeto (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1936, 11 de octubre de 1951, 22 de octubre de 1952, 7 de mayo de 1962, 5 de marzo de 1969, 4 de febrero de 1976, 15 de marzo de 1983, 10 de julio de 1986 y 6 de febrero de 1988, entre muchas otras). Inclusive no faltan precedentes en los que este Tribunal ha sostenido que el robo se configura en esta forma aunque la acción exteriorice más habilidad que fuerza (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1958 y 29 de enero de 1976).

b) Sin embargo, esta jurisprudencia no debe ser entendida con un criterio puramente formal, sino que requiere en cada caso concreto la comprobación de un contenido de ilicitud que justifique la aplicación de la pena prevista para el robo en lugar de la establecida para el hurto. Tal interpretación es, ante todo, consecuencia del punto de partida teleológico que orienta la jurisprudencia en esta problemática, pero, al mismo tiempo, una imposición del principio de proporcionalidad que tiene su punto de apoyo en los artículos 1.º y 9.3 de la Constitución, en la medida en que éstos establecen que la justicia es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y que se garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Consecuentemente, la circunstancia de escalamiento debe ser entendida en cada caso concreto en relación a la finalidad específica de la norma del artículo 504 del Código penal. Con esta disposición el legislador ha querido señalar supuestos equivalentes, desde el punto de vista político-criminal, a la fuerza en las cosas que son propias del robo en una de sus modalidades, pero que no implican estrictamente empleo de fuerza (especialmente los supuestos 1.º y 4.º del artículo 504 del Código penal). Por lo tanto, el escalamiento, de acuerdo con los principios señalados, se debe apreciar sólo cuando, en la utilización de vías no destinadas al acceso al autor exteriorice, en el caso concreto, una energía criminal comparable a la que caracteriza a la fuerza en las cosas, es decir, que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad. De esta manera, la similitud de los hechos, vista desde el contenido de ilicitud de los mismos, será proporcionada a la gravedad de la consecuencia jurídica que establece la ley.

Por otra parte, sin tener en cuenta estas premisas se correría indudablemente el riesgo de que el escalamiento se convirtiera —en contradicción con la prohibición de la analogía que impone el principio de legalidad, artículo 25.1 de la Constitución Española— en la simple penetración en un recinto privado, que cae evidentemente fuera de la finalidad de la ley.

En suma, de esta manera, los correctos resultados alcanzados por la jurisprudencia se podrán aplicar dejando a salvo el principio constitucional de proporcionalidad y la finalidad perseguida por el legislador penal, así como observando los límites de la interpretación autorizada por el principio de legalidad (art. 25.1 de la Constitución Española).

c) En el caso que ahora se juzga la Audiencia ha establecido que el procesado penetró por una ventana «que se encontraba abierta y cuya altura sobre el suelo no aparece acreditado que fuera de 1,50 metros». En tales condiciones es evidente que el autor no necesitó vencer de una manera especial obstáculos predispuestos para evitar el acceso al inmueble, dado que la ventana estaba abierta y en razón de su poca altura aquél sólo necesitó un mínimo esfuerzo para atravesarla.

La energía criminal desplegada, por lo tanto, no difiere sustancialmente de la que hubiera necesitado para penetrar por una puerta y, en consecuencia, no es asimilable al elemento esencial del robo constituido por el empleo de fuerza en las cosas. Habiendo quedado claro que la simple penetración no se debe indetificar con el escalamiento, en el presente caso, no se perciben los elementos diferenciales que autorizarían su subsunción bajo el tipo penal del robo (arts. 500 y 504.1.º del Código penal).

ARTICULO 504.4 Y 510. LLAVES FALSAS. CONCEPTO

(STS de 27 de febrero de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

El concepto de llaves falsas, artículos 504.4 y 510 del Código penal no se corresponde fielmente en el significado vulgar y usual de la misma, ya que como indica la doctrina científica, es eminentemente funcional. E igualmente, con el mismo criterio debe interpretarse también la frase «sustraídas al propietario», según la dicción del apartado 2 del último de los artículos citados. La jurisprudencia ha declarado que se considera falsa toda utilización de la llave legítima en contra de la voluntad de su dueño, así como sustraer la llave legítima significa acceso a su posesión, sin o contra la voluntad de su dueño. Las llaves genuinas sustraídas o empleadas sin aquiescencia de su propietario pueden incluirse dentro del concepto de llaves falsas —cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo, 15 de septiembre y 7 de octubre de 1989.

Es obvio, pues, que el comportamiento del procesado, que recibe la llave, de persona que no está autorizado para entregárselo, pues en primer término, no la tenía confiada por su propietario, y en segundo lugar, aunque gozase de aquella, indudablemente, no podría estar autorizado para transmitirla a un tercero sin voluntad de titular, y para un fin ilícito.

Así pues, las llaves que en principio no podrían reputarse materialmente falsas, sin embargo por la tramutación efectuada, pasaron a ser de ilegítimas a legítimas, y la utilización de las mismas para acceder al domicilio ajeno, carece de todo título de facto o de derecho para llevarla a cabo.

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. COOPERACION NECESARIA DEL NO COMERCIANTE

(STS de 30 de abril de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Tercero. El único motivo del recurso de la acusación particular, por error de derecho al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plantea el *interesante problema del «extraneus» en un delito especial impropio* al entender que la esposa condenada como cooperadora necesaria —aunque la sentencia impugnada no cita número alguno del artículo 14 del Código penal— debe acompañar su pena a la que corresponde al marido, autor real y directo en el que concurre la cualidad de comerciante. *La cuestión entronca, pues, con la polémica suscitada a propósito del parricidio* y no parece haya de tener

aquí respuesta distinta. Esto significa que procede —dentro de esa concepción— romper la unidad del título de imputación, no ya por aplicación inmediata del artículo 60 del repetido Código, puesto que se refiere sólo a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, sino porque su espíritu puede trasladarse, analógicamente y a favor del reo, hasta este otro planteamiento, permitiendo así una solución que coincide, además, con la razón de esa incriminación específica y no generalizable.

Cuarto. Insistiendo en el debate referido al alzamiento de bienes, no cabe duda de que, pese a la opinión de algún autor partidario de rechazar incluso la presencia de un tipo fundamental y otro especial, o de una figura básica y otra cualificada, porque en su opinión habría una neta separación de figuras delictivas, la conexión entre ambas siempre será más estrecha aquí —dentro de un mismo artículo y sin distingo alguno de «momen iuris»— que en el parricidio, eso al margen de que la diferenciación entre delito cualificado y delito «sui generis» o autónomo quizá no tenga que representar en los temas de la accesoriedad y de la unidad de tipo de imputación tanto como a veces se opina, pues en los dos casos se incorporan al núcleo unos requisitos que, consecuentemente, dejan de tener el carácter periférico de las circunstancias genéricas de los artículos 9, 10 y 11 del Código penal.

Quinto. Sucede, además, que *incluso la exégesis de la dualidad de tipos merece ser revisada*, ya que, aparte de que los comentaristas y tratadistas suelen examinar el artículo 519 del repetido texto legal como si de una sola figura se tratase, llegando a hablarse de una «cualificación específica de la gravedad de la pena», es lo cierto que el citado precepto describe una única conducta —«el que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores»—, si bien luego la pena varíe según el sujeto fuera comerciante o no, y ello, sin exigir siquiera en el primer caso que las deudas tuvieran origen mercantil. Se atiende, pues, en exclusiva a esa condición personal considerada en sí misma, lo que apunta hacia la cualidad de comerciante como causa personal de agravación de la pena correspondiente por el delito único, con la bienvenida consecuencia de resolver de raíz el problema de la participación del no comerciante en un alzamiento cuyo autor propio —o sea, conforme a las exigencias directas del tipo o a tenor del número 1.º del art. 14 del Código penal— no ostenta dicha cualidad.

Sexto. En apoyo de los dos razonamientos que dejan fuera de la agravación al no comerciante cabe añadir que «en el terreno jurídico debe tenerse en cuenta el contenido mejor que la forma» y que, por eso, habrá de atenderse a aquél, cuando «desde un punto de vista estrictamente formalista la cuestión es, por lo menos, debatible», según las palabras de un insigne penalista patrio. De otra parte, *el reforzamiento del principio de culpabilidad en la nueva redacción del artículo 1 del Código penal según la Ley Orgánica 8/1983 abunda a favor de ese distingo* en la dirección marcada, por ejemplo, en el párrafo segundo del artículo 28 del Código penal de la República Federal de Alemania, a cuyo tenor «cuando la Ley dispone que los elementos personales especiales agraven, aminoren o excluyan la pena, ello se aplica sólo a los intervinientes (autores o partícipes) en los que concurren». Los comentaristas germanos coinciden en señalar que el precepto acude a esta desviación del tipo precisamente para aminorar los efectos de la accesoriedad y lograr que la culpabilidad de los responsables reciba un trato diferenciado e individual. Falta en nuestra patria una previsión semejan-

te, pero, como se ha visto, el Código penal español ofrece suficiente base normativa para avanzar en ese mismo sentido si no se acogiera de partida la tesis de la causa personal de agravación de la pena.

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. SOCIEDAD CONYUGAL PENDIENTE DE LIQUIDACION

(STS de 20 de marzo de 1990. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Aquí se presenta el problema de si realiza el tipo del artículo 519 del Código penal el *conyuge que perjudica el patrimonio de la sociedad conyugal pendiente de liquidación en actos posteriores a la sentencia de separación conyugal dictada por un Tribunal Eclesiástico*. Los precedentes de esta Sala han subrayado que es elemento del delito de alzamiento de bienes «la existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1981, 25 de septiembre de 1982, 9 de junio de 1986, 5 de julio de 1986, 20 de febrero de 1987 y 17 de octubre de 1988, entre otras), y apoyándose en esta jurisprudencia el recurrente entiende que el delito de alzamiento de bienes sólo se refiere a defraudaciones que frustran o dificultan seriamente la satisfacción de obligaciones de crédito, preexistentes y, por regla general, exigibles o de inminente exigibilidad.

En síntesis, la jurisprudencia ha sostenido a este respecto que el delito de alzamiento de bienes se comete cuando se sustraen fraudulentamente bienes al patrimonio y con ello se dificulta seriamente la ejecución de una deuda líquida y exigible o que es de inminente exigibilidad (cfr. recientemente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1989, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1882). Que la sustracción de los bienes sea posterior a la deuda o se produzca simultáneamente con la creación de la misma, no es una materia esencial en este delito y, por lo tanto, no debe incidir sobre la punibilidad de la acción. En efecto, *no existe ninguna razón que imponga limitar la protección del derecho de los acreedores sólo a los casos en los que el cumplimiento de las obligaciones se frustrate mediante la sustracción de bienes luego de contraída la obligación*. Cuando quien tiene poderes de administración, aunque sean fácticos, enajena indebidamente los bienes sobre los que tiene poder de disposición, perjudicando de esa manera el patrimonio común y frustrando la posibilidad de la otra parte del ejercicio normal de sus derechos, al tiempo que se crea una obligación, dificulta seriamente su cumplimiento normal. Esta hipótesis es paralela a la que, por regla general, se presenta en relación a las cosas muebles en el delito de apropiación indebida (art. 535 del Código penal), lo que pone de manifiesto su merecimiento de pena. Por lo tanto, el tipo del artículo 519 del Código penal se realiza también cuando, en detrimento de una especial relación de confianza, se toman medidas que afectan considerablemente un patrimonio común, haciendo difícil e incierta su recuperación a la otra parte.

En el presente caso *el marido, abusó de sus poderes de administración, disponiendo de bienes inmuebles comunes más allá de los límites que se le habían fijado judicialmente por el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 mediante el auto*

de 20 de noviembre de 1969, dado que de acuerdo con esta resolución judicial el recurrente se debía limitar a actos de administración sobre el patrimonio.

De esta manera perjudicó el patrimonio común con enajenaciones cuyo producto no fue ingresado al mismo. A la vez, el procesado creó para la otra parte condiciones de difícil e incierta recuperación de los bienes, pues éstos fueron pasados a un tercero, del que sólo se podían recuperar, en su caso, mediante el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes.

La realización del tipo tampoco se ve impedida por la supuesta solvencia del procesado. La jurisprudencia de esta Sala ha considerado en numerosas decisiones que la insolvencia real del autor no tiene carácter de elemento esencial del tipo del artículo 519 del Código penal (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1958, 2 de mayo de 1959, 2 de marzo de 1960, 31 de mayo de 1961, 8 de junio de 1964, 12 de junio de 1969 y 18 de febrero de 1970, entre muchas otras). Por lo tanto, en la medida en que el autor ha perjudicado el patrimonio común haciendo difícil e incierta la recuperación de los bienes, se han cumplido los elementos requeridos para la consumación del delito.

ARTICULO 531. ESTAFAS ESPECIFICAS. RELACIONES CON EL ARTICULO 528

(STS de 30 de abril de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Respecto a las calificaciones jurídicas hay que decir lo siguiente: con independencia de las *posiciones doctrinales respecto a la estafa del artículo 531 del Código penal sobre si es una estafa propia o impropia*, hay que señalar que es indudable que la conducta que se subsume en el citado precepto penal ofrece *determinadas especificidades* porque en otro caso, si todas las estafas previstas en el artículo 531 estuvieran incorporadas en el artículo 528, se diría, se dice, el absurdo de que la especialidad estaría comprendida en la generalidad, pero acaso dada la definición actual del artículo 528, ningún obstáculo se ofrecería, desde el punto de vista del principio de legalidad, en subsumirle en las conductas del 531, aunque el legislador, ante la eventualidad de que se entendiera de otra manera, creó un precepto especial. Pero, en todo caso, hay una abrazadera o denominador común no sólo en cuanto a los efectos punitivos (reenvío penológico del art. 531 al 528), sino también en su esencia. La conducta del artículo 531 implica una ficción que determina un error en el adquirente como consecuencia del cual se produce un perjuicio al mismo o a la persona con derechos sobre la cosa. La diferencia con la estafa propia, si existe, no es esencial, sino accidental, a través de la dinámica comisiva: el fingimiento del dominio para llevar a cabo una enajenación, un arrendamiento, un gravamen o la disposición de un bien como libre sabiendo que estaba gravado o la constitución de un gravamen o de un arrendamiento después de haberlo enajenado.

ARTICULO 531.2.º ESTAFA ESPECIFICA. DOCTRINA GENERAL.

(STS de 5 de febrero de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

Tercero. El inciso 1.º del artículo 531.2 sanciona una modalidad muy especial de estafa cuando dice que incurrirá en las penas del párrafo 528 el que dispusiere de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, con lo cual repite en el texto de dicho artículo, de nueva redacción conforme a la última modificación hecha por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, un tipo de delito de larga tradición en nuestros Códigos penales, acerca del cual, y con relación a los problemas que se han suscitado por los recurrentes en el caso presente, han de hacerse las cuatro consideraciones siguientes:

1.ª Con una simple lectura de tan breve disposición penal salta a la vista que el engaño, necesario para toda estafa, se encuentra aquí recogido de forma muy particular, de tal modo que *sólo puede existir este delito cuando se utilice un determinado y específico artificio o maquinación fraudulenta*. Otros engaños pueden integrar otras estafas, pero en ésta sólo cabe el hacer aparecer como libre una cosa ocultando la realidad de un gravamen, lo cual no es sino una modalidad de lo que la doctrina conoce como falsedad ideológica, que podría encajar, caso de aparecer documentada, en el artículo 302.4, y así lo estimó la Audiencia de Salamanca aplicando dicho apartado por la referencia que hace el artículo 306, y por ello condenó por un delito de falsedad en documento privado absolviendo de la estafa, lo cual sería correcto y conforme con la jurisprudencia que cita, si no se tratara de esta figura especial del artículo 531. Al parecer esa concreta falsedad como elemento del tipo del delito ahora examinado, teniendo en cuenta que nada añade en orden a una posible mayor reprobabilidad penal el que tal falsedad ideológica se haga constar en documento y que tal consignación documental es lo normal en esta clase de delitos particularmente cuando se refiere a bienes inmuebles, a fin de no castigar dos veces un mismo hecho, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 531, y no los preceptos relativos a los delitos de falsedad en sus diversas modalidades, por ser aquella norma la que más específicamente sanciona como ilícitos penales estos comportamientos (sentencias de 12 de noviembre de 1975, 4 de abril de 1979, y 22 de mayo y 12 de noviembre de 1987, entre otras).

Por lo antes expuesto hay que casar la sentencia recurrida al entenderse que los hechos de autos encajan en el referido tipo de estafa, y no el de falsedad en documento privado, y consiguientemente procede estimar en parte el motivo segundo del recurso del procesado y el cuarto de los querellantes, así como también rechazar los motivos segundo y tercero de estos últimos a través de los cuales la acusación particular pretende que se castiguen los hechos de autos de falsedad en documento público, pues si no hubo delito de falsedad carece de importancia la clase de documento respecto del cual pudo alterarse la verdad.

2.ª Esta *figura especial de delito de estafa* queda consumada cuando, producido ya el acto de disposición, se ha adquirido la cosa cuyo gravamen se ocultó y se ha pagado el precio, pues en ese momento es cuando la defraudación queda perfeccionada, al recibirse la cosa disminuida de valor y abonado su importe, sin que los actos ulteriores, como pudiera ser el levantamiento de la carga, o de alguna de ellas, puedan afectar al delito que ya antes había quedado consuma-

do, teniendo sólo eficacia tales acontecimientos posteriores en orden a la fijación de la responsabilidad civil (sentencia de 31 de marzo de 1986).

3.^a Consecuencia de lo anterior es que la determinación de la cuantía de lo defraudado —que es el concepto utilizado en el artículo 528 al que se remita el 531— ha de hacerse con los datos que consten en autos, pero referidos al momento de la consumación, y estos datos han de ser los que determinen la cuantía del gravamen, porque dicha cuantía es el menor valor que tiene la cosa en ese momento, con un límite que hay que aplicar cuando el importe de la carga exceda del precio pagado por la adquisición, como ocurre en el caso presente, en el que el embargo se hizo por una cantidad superior a los 3.000.000 de pesetas y el precio fue de 1.425.000 pesetas. En estos casos es claro que la defraudación nunca puede superar el valor que los perjudicados pagaron.

Tales criterios de fijación de la cuantía de lo defraudado sólo valen para los supuestos como el ahora examinado en que el perjudicado lo es el adquirente, que se queda así con la cosa gravada habiéndosele ocultado la existencia de la carga, pero no cuando el perjudicado lo sea el acreedor, como ocurrió en el supuesto de venta de frutos embargados en garantía de una deuda, examinado en la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1985, pues en tales casos la defraudación se fijará por el valor de los bienes indebidamente enajenados, coincidiendo entonces esa cantidad con el perjuicio realmente causado al acreedor que debe ser indemnizado en ese mismo importe, salvo extinción posterior de la deuda.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. «ANIMUS REM SIBI HABENDI»

(STS de 23 de marzo de 1990. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Por lo tanto se plantea aquí la cuestión de si se puede entender acreditada la existencia del delito de *apropiación indebida* cuando el agente mantiene el hecho en conocimiento del titular de los bienes objeto de la acción durante un largo periodo.

a) *En la doctrina reciente se ha puesto en duda que el «ánimo de devolución» pueda excluir el «animus rem sibi habendi» que sea como integrante del dolo, sea como especial elemento subjetivo de lo ilícito, caracteriza el tipo subjetivo del delito del artículo 535 del Código penal. A los efectos del problema aquí planteado, sin embargo, esta última cuestión carece de toda relevancia en la medida en que admita que la diferencia no es esencial, sino meramente «literaria».*

Por lo tanto, dejando a salvo lo anterior, se requiere establecer con precisión qué se debe entender por «animus rem sibi habendi» en el delito de apropiación indebida. El análisis de este concepto permite descubrir que el «animus rem sibi habendi» se caracteriza por dos elementos: a) la voluntad (al menos eventual) de privar de forma definitiva al titular de los bienes de los mismos mediante sustracción y b) la voluntad de incorporar las cosas a su patrimonio, por lo menos, en forma transitoria.

En consecuencia, a partir de esta doble premisa no cabe eliminar, sin más, el efecto excluyente del «ánimo de devolución», toda vez que éste viene a demos-

trar, en principio, que el autor no había tenido voluntad de privar definitivamente al titular (en forma al menos eventual) de la posibilidad del ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes.

b) El «*animus rem sibi habendi*», por lo tanto, se debe excluir cuando el autor ha documentado contablemente la utilización del dinero ajeno de tal forma que ello resulta comprobable por quien tenga acceso a la contabilidad, como ocurrió en el caso que se juzga con el inspector de la Dirección General de Seguros. En tales casos, no es posible afirmar que haya existido la voluntad de privar al titular de los bienes de una manera definitiva, pues el agente le reconoce a aquél la propiedad y, además, no lo priva de los instrumentos jurídicos para reclamarla, ni del conocimiento del hecho.

c) *En el presente caso*, se debe admitir, en consecuencia, que *no es seguro que el procesado haya obrado con «animus rem sibi habendi», dado que ha hecho constar en la documentación contable de la empresa el uso realizado del dinero de la misma y ello, además, durante tres años consecutivos*. Esta última circunstancia, sugiere, inclusive, que la empresa, por lo menos, debe haber sabido y tolerado la acción. Por ello probablemente se podría, a mayor abundamiento, cuestionar que el procesado haya obrado «sin la voluntad» de aquélla. Y en la medida en que este elemento, no expreso en el texto, es, de todos modos, un componente esencial del tipo objetivo de la apropiación indebida, bien se podría poner en duda también la realización del mismo.

ARTICULO 565.5.º IMPRUDENCIA PROFESIONAL. CONCEPTO. POLICIA MUNICIPAL

(STS de 24 de enero de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Segundo. La acusación particular se alza, asimismo, contra el pronunciamiento condenatorio de la sentencia, y en el marco del número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal denuncia la inaplicación del párrafo quinto del artículo 565 del Código penal propiciando la agravación específica de *imprudencia profesional*, que fue también la calificación mantenida en la instancia por el Ministerio Fiscal. Sobre este punto, una primera aproximación al concepto de *imprudencia profesional* —supuesta la profesionalidad del sujeto y el resultado de muerte o lesiones— exige que el acto pertenezca a la esfera o ámbito de su actuación profesional (sentencia de 5 de octubre de 1989), y que revele o haga patente la incapacidad o impericia del agente, bien derivada de la ignorancia o falta de conocimientos, bien de un juicio erróneo o de inhabilidad, torpeza o ejecución del acto con olvido de las reglas o normas técnicas del arte o ciencia profesados, pues *los deberes profesionales entrañan un plus de exigibilidad, y su cumplimiento de forma torpe e imperita arrastra una mayor demanda de culpabilidad*. En el caso «sub iudice» es indudable que el *policia municipal*, actuando en el campo de sus atribuciones profesionales, hizo un juicio erróneo de la situación —no existía riesgo para su persona ni para terceros— y realizó un disparo con fines de intimidación con tal torpeza o inepticia que, siguiendo una trayectoria horizontal, hirió mortalmente en la cabeza al conductor «cuando ya el coche pasaba desde una distancia oscilante entre los seis y los doce metros»; ha de achacarse por tanto,

a un profesional de la policía, presumiblemente experto en el manejo de las armas de fuego, una actuación inoportuna e innecesaria, y particularmente inhábil y descuidada (vid., sentencias de 2 de enero y 24 de octubre de 1984), que le hace merecedor del grave tratamiento penal prevenido en el precepto cuya infracción denuncia el motivo único del recurso.