

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

ARTICULO 8.7.º ESTADO DE NECESIDAD. ABORTO. EXIMIENTE COMPLETA

(STS de 11 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Segundo. El estado de necesidad es, en definitiva, una situación de conflicto entre bienes dignos de protección, en la cual el Ordenamiento jurídico estima, conforme a Derecho, o por lo menos tolera, según la naturaleza de la colisión, la lesión o puesta en peligro de alguno o algunos de ellos.

El tema del aborto, como es bien sabido, está lleno de polémicas y en él inciden problemas de muy diversa naturaleza y consideración. Por encima de todos hay que señalar que su no punición, en los supuestos generales que la Ley contempla o que pueda contemplar en el futuro o en los casos especiales que derivan de hacer uso de determinadas instituciones penales configuradas en la leyes, por los Tribunales de Justicia no supone otra cosa que decidir por razones de política criminal en el primer caso y de aplicación del sistema penal vigente en el segundo, que al hecho de abortar en las circunstancias concretas que se contemplan por las razones que en cada caso sirven de presupuesto a la exclusión no deben asociarse consecuencias penales.

El conflicto de intereses al que antes se hacía referencia es claro: por una parte la protección del *nasciturus*, sin duda de ningún género, digno y merecedor de la mayor atención desde el punto de vista jurídico por serlo socialmente (cf. arts. 29 y concordantes del Código Civil), mientras que por otra parte existe también un derecho al libre desarrollo de la personalidad humana de la madre que es merecedora, igualmente, de protección en los términos que la Ley establezca como consecuencia de las exigencias sociales de cada momento histórico. De ahí que las distintas legislaciones ofrezcan aquellas soluciones que en cada situación se consideran más conformes a los principios generales por los que se rigen y a las propias realidades sociales sobre las que se asienta la colectividad. Ese ha sido el sentir, sin duda, cualquiera que sea el juicio que a cada persona pueda merecer, del nuevo art. 417 bis del Código Penal de descriminalización o despenalización par-

cial de aborto, de acuerdo con el sistema de indicaciones al que más adelante, en el siguiente recurso, se hará referencia. La realidad social a la que el Código Civil, con vocación generalizadora y cuasiconstitucional, llama para dar contenido a la operación de búsqueda del sentido y alcance de las normas, puede y debe servir para orientar al legislador y también al juzgador, con sometimiento incondicionado siempre al principio de legalidad.

Como es frecuente en el campo del derecho, y acaso más en el penal, las instituciones por las que se rige ofrecen aspectos objetivos y subjetivos de la más variada índole que, de alguna manera, son inseparables y cuya apreciación conjunta resulta indispensable para la mejor comprensión de la conducta que se enjuicia. Ello sucede, sin duda, en el caso que estamos estudiando para decidir conforme al Derecho.

Está claro (cf. sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 de 11 de abril) que las causas de exención de la responsabilidad criminal establecidas en el art. 8 del Código Penal también pueden actuar, en principio y con los límites que le son inherentes, respecto del delito de aborto.

La Sala sentenciadora destaca que no hubo un embarazo intencionado y que no había obligación de sacrificarse porque la procreación no puede entenderse comprendida en el tercer requisito fijado por el legislador español en el art. 8 apartado 7 del Código Penal.

Como antes se anticipaba se trata de una familia casi recién establecida; cuatro años, con tres hijos muy pequeños, en una situación de paro sin cobertura, con la obligación de atender a los niños que ya constituían ese hogar, en tal estado que un nuevo nacimiento podría provocar la imposibilidad de atenderlo en términos de dignidad humana, que sin duda era el deseo de los padres: sacar adelante a los tres hijos pequeños que acaso ya no podría realizarse con el nuevo nacimiento en el sentir de los progenitores, no sólo desde el punto de vista económico, decisivamente importante, sino también de la atención, básica también, de la madre que vería perturbada incluso su salud física y psíquica aunque no fuera de manera importante y grave por los sucesivos embarazos y crianzas (así lo dice expresamente el juzgador de instancia en el 4.º Fundamento de Derecho como inferencia lógica, que por serlo, de ella ha de partirse) datos que, en definitiva, se corresponden a valores de intimidad y dignidad. De la fragilidad de la salud psíquica de la madre hubo pruebas, dice la sentencia, en el juicio oral.

Así las cosas y con explícito reconocimiento, cualquiera que sea la interpretación más correcta del art. 15 de nuestra Constitución del valor inmenso de la vida que anuda en el «nasciturus», hay que entender que la citada sentencia, que reflexiona con autenticidad en cuanto a las bases sobre las que se asienta y con dudas respecto a las correspondientes consecuencias, propios del discurso y del intelecto sobre la naturaleza de la eximente y sobre su aplicación como tal o como atenuante, en este caso es acertada.

En cualquier supuesto, si el conflicto antes descrito no era real, por vía de hipótesis, la serían en el fuero interno para los procesados absueltos desplegando con igual intensidad los efectos eximentes de la circunstancia por razones del elemento culpabilístico. Todos los factores concurrentes descritos conducen, en una tarea individualizadora, a entender que se daban, en efecto, todos los requisitos de la eximente aplicada respecto a los tres absueltos.

**ARTICULO 9.9.º ARREPENTIMIENTO ESPONTANEO.
ESTIMACION EN DELITOS IMPRUDENTES**

(STS de 7 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Tercero. Bajo la misma apoyatura procesal se alega, por inaplicación, la circunstancia atenuante 3.ª del art. 9 como muy calificada en relación con el art. 61.5, ambos del Código Penal, es decir, el arrepentimiento espontáneo.

Se plantea así el tema de si en los delitos culposos cabe o no la aplicación de esta atenuante. La doctrina científica y la jurisprudencia ofrecen consideraciones plurales. En general se considera que esta circunstancia no resulta plenamente apta para operar en los delitos culposos (véanse sentencias de 18 de junio de 1959 y 22 de diciembre de 1971) aunque a veces se mantuvo la opinión contraria (sentencia de 16 de marzo de 1967).

Mas en concreto debemos citar las siguientes sentencias: la de 18 de junio de 1958 entiende que no es de apreciar pues no es circunstancia apta para operar en los delitos culposos que, al no requerir malicia ni volición del resultado, comparan ordinariamente la pesadumbre por su involuntario acaecimiento, siendo en todo caso normal que quien causa sin intención un incendio procure extinguirlo, pues en el supuesto de no hacerlo y presenciar inactivo su progreso, cabría incluso trastocar su naturaleza inicialmente culposa en dolosa; la de 19 de junio de 1959 no niega la posibilidad de que alguna vez pueda ser aplicada; las de 26 de febrero de 1960 y 18 de marzo de 1968 sí lo hacen porque la no realización de actos de esta naturaleza podría constituir otro delito distinto; la de 15 de junio de 1964 decididamente se inclina por su aceptación y en igual sentido la de 18 de marzo de 1967. La sentencia de 22 de diciembre de 1971 declara que, si bien la atenuante de arrepentimiento espontáneo no es en términos absolutos rechazable siempre, en los delitos culposos es difícil concebirla.

En general puede decirse que no hay, en efecto, una incompatibilidad entre el arrepentimiento espontáneo y la culpabilidad culposa, sobre todo teniendo en cuenta que aquél ha resultado, como dice la sentencia de 31 de marzo de 1990, progresivamente objetivado (recordando sentencias de 11 de marzo de 1987 y 23 de junio y 2 noviembre de 1988). Es decir, como señala la sentencia de 2 de noviembre de 1988 la jurisprudencia muestra una tendencia a la objetivación de esta circunstancia al referirse a la conciencia de un obrar antijurídico del que nace la voluntad de restaurar el orden social y jurídico perturbado (Sentencias de 11 de marzo, 29 de septiembre, 1 de diciembre de 1987 y 23 de junio de 1988), con absoluta indiferencia hacia los móviles que pueden ser de naturaleza ética o simplemente utilitaria.

Aceptada, pues, la idea de su fundamentación, ha de construirse sobre bases objetivas por razones de política criminal que indudablemente representan un valor muy positivo en el Derecho Penal que no puede ni debe desconocerse, debe admitirse la existencia de tal circunstancia en los delitos culposos cuando la actuación del agente sea subsumible en alguno de los supuestos que en la Ley Penal se contemplan, siempre que la conducta no venga impuesta por la misma (confróntase art. 489 ter) porque entonces su comportamiento constituye el cumplimiento de una obligación impuesta por el Derecho Penal y cuya infracción constituye un delito autónomo.

ARTICULOS 10.1.º Y 406.1.º. ASESINATO. ALEVOSÍA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 12 de julio de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. Procede, en cambio, estimar el segundo de los motivos de la acusación particular en la parte referida a la aplicación de la alevosía, en lugar de la agravante de abuso de superioridad, con la consiguiente calificación de la muerte, no como homicidio, según entendió el juzgado *a quo*, sino como asesinato. La petición se apoya —como todo este polifacético motivo— en el número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y fue apoyada por el Ministerio Fiscal. La alevosía, parificada en las Partidas y el Fuero Real con la traición o deslealtad, aparece ya en la Novísima Recopilación como aseguramiento del hecho, pasa con ambos rasgos al Derecho español codificado y gana en el Código de 1870 un tercer rasgo, el de cobardía, representado por la ausencia de riesgo para el agresor. Hoy es entendida mayoritariamente, al menos en la jurisprudencia, como una circunstancia en la que predomina el carácter objetivo, o si se prefiere, como una agravación debida a la antijuridicidad derivada de los medios comisivos que plasman en el aseguramiento de la ejecución y en la indefensión de la víctima (véanse, por todas, las sentencias de 21 de octubre de 1985 y 15 de febrero y 24 de octubre de 1988). La lectura de la definición auténtica recogida en el número 1 del art. 10 del Código Penal revela que son «los propios medios, modos o formas en la ejecución» los que han de tender «directa y especialmente a asegurarla», así como a evitar el riesgo proveniente de una posible reacción defensiva por parte del atacado, de lo que se infiere que la faceta subjetiva de esta agravante se circunscribe al uso consciente de aquéllos, aunque sólo sea por el aprovechamiento de una ocasión determinada, asumiendo o interiorizando, por decirlo así, esa tendencia que en principio juega en el ámbito externo, mecanicista y causal. A la vista, pues, de las anteriores consideraciones, resulta evidente que la muerte del niño Ramón José F. M. no fue acompañada sólo de un cierto abuso de superioridad, sino de la genuina agravante de alevosía, con todo lo que ello comporta. El acusado, a la sazón de diecisiete años, y su víctima, de sólo ocho, se encuentran en un lugar apartado, pasadas ya las nueve de una noche de invierno, y aquél, una vez que resuelve matarlo, pone en práctica su propósito «seguidamente, asestándole con un palo un fuerte golpe en la cabeza, en la región parietal derecha, detrás de la oreja, el cual le causó la muerte de forma instantánea». En tales condiciones la indefensión de la víctima era absoluta, el logro del resultado letal, seguro, y la posibilidad de riesgos para el agresor por la defensa que pudiera hacer el niño, nula.

ARTICULOS 16 Y 407. COMPLICIDAD. ELEMENTO CULPABILISTICO

(STS de 17 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Nuestro Código Penal, como es bien sabido, contempla dos formas de participación periférica respecto al hecho y a la culpabilidad: la cooperación necesaria

del art. 14.3 y la cooperación a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, no necesaria, del art. 16, inscribiéndose la primera en la autoría y la segunda en la complicidad con efectos penológicos especialmente importantes.

Pero, en todo caso, es imprescindible que la acción que realice el cooperador, necesario o no, esté impregnada de culpabilidad, en este caso dolosa, de acuerdo con el principio esencialísimo de culpabilidad que impera en nuestro Derecho Penal. De ahí la permanente revisión que ha de hacerse hoy al llamado acuerdo previo de voluntades para la realización de una acción contraria a Derecho en el sentido de determinar con toda precisión y fijeza en qué consiste el acuerdo y cuáles eran sus verdaderos contornos. Ponerse de acuerdo para «ajustar cuentas», en el entendimiento más favorable a quienes lo toman, es una expresión tan genérica y abstracta que no permite otra cosa que la que inequívocamente se deduce de ella, en la acepción usual: pedir explicaciones, exigir una satisfacción, incluso por la fuerza, etc.; pero lo que no es posible aceptar es que de un acuerdo tomado en estos términos se pueda obtener la conclusión de que en los partícipes concurría un *animus necandi* en cualquiera de sus manifestaciones, ni siquiera una intención de lesionar o de agresión corporal que, en este caso concreto, hay que excluir teniendo en cuenta que el arma fue exhibida por la víctima, que lo que podemos llamar componentes del grupo que pretendía «ajustar cuentas» no llevaban armas, ni de fuego, ni blancas, dato especialmente expresivo, la forma y rapidez como ocurrieron los hechos en los que no hubo ningún tipo de acometimiento ni rodeo, ni obstaculización a la defensa de la víctima. Transformar un acto de reclamación, cuya etiología se desconoce y cuyo desarrollo queda descrito en la sentencia, en un acuerdo de voluntades para llevar a cabo un homicidio, imprescindible para aceptar la calificación que se propone, es aceptar un giro espectacular en la exteriorización de un comportamiento con desconocimiento del principio de culpabilidad ya referido. La presencia de los procesados absueltos no pudo suponer un «apoyo moral» para el condenado, porque la dinámica comisiva del acontecer sufrió un cambio cualitativo cuando la víctima sacó la pistola y José Luis se la arrebató y hace con ella los cinco disparos.

ARTICULO 33. PRISION PREVENTIVA. ABONO. LIMITACIONES

(STS de 3 de diciembre de 1990. Pte. Sr. De Vega Ruiz)

Segundo. El Fiscal recurre por estimar indebido el abono que al penado se le hace en la causa en relación al tiempo en que estuvo privado de libertad por hechos, de los que fue absuelto, acaecidos y juzgados con anterioridad a aquellos por los que fue condenado, como se acaba de indicar.

El motivo ha de ser estimado por ser evidente la infracción, por aplicación indebida, del art. 33 del Código Penal así como el art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901, reseñada.

Es cierto que en el derecho penal la interpretación de los preceptos ha de hacerse en favor de los reos, pero no es menos cierto que si las palabras o las

situaciones jurídicas son claras y no ambiguas, no es preciso entonces interpretación de clase alguna (*in claris, non fit interpretatio*).

Son varios los argumentos que avalan la estimación antes dicha:

a) Si el art. 33 del Código señala un derecho evidente que al penado corresponde para que la prisión preventiva sufrida se le abone en el cumplimiento de la condena, no es menos cierto que esa prisión preventiva, según un primer criterio, ha de haber sido sufrida durante la tramitación de la causa en la que se quiere hacer el abono, lo que no es el supuesto de hecho que la instancia tuvo a su alcance.

b) Frente a la tesis más restrictiva que sólo admite el abono de la prisión cuando ésta se haya acordado y sufrido en la misma causa (Sentencia de 22 de diciembre de 1944), hay otra corriente que en beneficio del penado llega a admitir el abono de la prisión sufrida para otra causa distinta siempre que ésta sea coetánea y simultánea a aquella en la que la privación de libertad se produjo. Son criterios distintos pero los dos dentro de los límites razonables. Lo que no se puede admitir es la extensión del abono de esa prisión a las causas posteriores y a los hechos posteriores, pues que lejos de consolidar un derecho penitenciario humano y progresista, podría originar la mayor inseguridad jurídica al permitir al delincuente disponer de una especie de «cuenta corriente», en expresión de la Memoria del Fiscal General del Estado de 1985, con objeto de que a esa cuenta se computen las futuras infracciones que el sujeto cometa. Ello equivaldría poco menos que a autorizar al sujeto para la comisión de delitos «a cargar en el saldo de privación de libertad que tiene a su favor».

c) Efectivamente, es cierto que el párrafo tercero del art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la aplicación del art. 70 del Código cuando se trate de condenas obtenidas en distintos procesos, pero no lo es menos que ello sólo es posible en caso de procesos por hechos que pudieran ser objeto de uno sólo conforme al art. 17 de la propia Ley procesal o delitos conexos, con lo cual mal puede servir de precedente a supuestos como el aquí ahora contemplado.

d) Si se parte de la idea, lógica y racional de otro lado, de que el sujeto ha sufrido en sus propias carnes un injusto quebranto al haber estado privado de libertad sin motivo alguno legal, ello no justifica una compensación en «pena futura» como si de una invitación a delinquir se tratara, más sí una indemnización por los prejuicios sufridos a través de la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia prevista en los arts. 292 al 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sería absurdo que a quien ha sufrido aquel trato injusto se le ofrecieran para su compensación dos vías: la de la indemnización prevista por el legislador de un lado, la compensación de las privaciones de libertad sin límite alguno de otro. La vía de la indemnización, *lege data*, es justa si se quiere valorar, como se debe, una indebida privación de libertad en tanto que ésta constituye uno de los bienes más preciados que posee la persona que al delinquir ha de merecer el trato severo pero justo que corresponde a quien se enfrentó a la sociedad, pero a quien hay que procurar su recuperación y reintegro en la comunidad. La compensación económica es el reconocimiento del error sufrido por quien ni siquiera violó el derecho.

**ARTICULO 236. ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD.
DOLO ESPECIFICO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS**

(STS de 13 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

La doctrina de esta Sala —cf. Sentencias 31 de enero y 26 de abril de 1990— viene exigiendo como requisito subjetivo del delito de atentado la presencia de un *ánimus* o dolo específico, bien sea en forma directa, si se persigue con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad, o bien de segundo grado, o de consecuencias necesarias, cuando aun siendo otra la finalidad del agente, constándole la condición de Agente de la Autoridad del sujeto pasivo, acepta que aquel principio quede vulnerado a consecuencia de su proceder.

El ánimo de ofensa o menosprecio va implícito en los actos realizados cuando no se acreditan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido. Si el Agente de la Autoridad actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida por el sujeto activo, la acción violenta contra su persona, evidencia la voluntad de acometer o emplear fuerza, y el ánimo de quebrantar el principio de autoridad, necesario en una sociedad con un buen nivel de convivencia.

**ARTICULOS 257 Y 258. DEPOSITO DE ARMAS. DOCTRINA GENERAL.
COMPONENTE TEMPORAL**

(STS de 21 de septiembre de 1991. Pte. Sr. Carrero Ramos)

Cuarto. Los arts. 257 y 258 aplicados a los procesados ingresaron en el Código Penal, procedentes de la legislación especial antiterrorista, en virtud de la Ley Orgánica 82/1978 de 28 de diciembre; la interpretación de la voluntad finalística del legislador tiene que relacionar su texto con la represión de las actuaciones conducentes a un fin subversivo como confirman las prevenciones sobre promotores o jefes y organizadores. En el caso presente en los hechos probados se ha pronunciado el Tribunal de instancia descartando la finalidad subversiva o terrorista por ello ha razonado en la calificación la inexistencia de organización y jefatura, aplicando a los únicos autores del delito el tratamiento penal de meros cooperadores (con la singularidad de que no existan sujetos con los que cooperar). Ciertamente la Sentencia de 10-3-79 reconoce la posibilidad del sujeto único.

Al establecer el legislador en el tercer apartado del art. 258 que constituye depósito de armas de guerra la existencia de una sola de ellas cuando su sistema de fuego sea ametrallador (por razón de su mayor peligrosidad sin duda) introduce una ficción legal (de suyo no lo sería una arma sola), criterio excepcional al de reunión de tres armas sentado en el primer párrafo. Ficción que por su mismo carácter, en el área penal debe ser objeto de interpretación restrictiva, valorando muy ponderadamente todos los elementos objetivos y subjetivos exigibles.

Configuran este tipo autónomo, dentro de su capítulo y sección, la conducta de establecimiento o mantenimiento de un depósito de armas, cuya disponibilidad caracteriza el delito como de tracto sucesivo, el objeto material que se trate de

armas de guerra y como tales se tienen las de fuego ametrallador, bastando en este caso por ficción imperativa legal una sola para constituir depósito y el elemento subjetivo del ánimo específico inferible de aquella conducta.

Interesa analizar el concepto de depósito a estos efectos penales el cual por su propio valor semántico lleva implicada una idea de estabilidad. En efecto si aún para la tenencia-tipo general se necesita una cierta detentación temporal mínima (no la habría por ejemplo en el caso de quien toma el arma de otro al solo objeto de ver su modelo y marca, devolviéndola acto seguido, o para apartarla del sitio, etcétera) en este caso especial del depósito es aún más definitorio su carácter de duración, de un mínimo de permanencia, circunstancia consustancial a la idea de depósito. Ello enlaza en el terreno del ánimo con la finalidad de reunir y mantener guardados los objetos de ilícita posesión (en este caso uno sólo por su polivalencia agresiva).

Así lo confirma la doctrina ya reiterada de esta Sala al valorar específicamente ese tipo delictivo. En Sentencias de 9-10-86, 16-2-88 y 14-6-90 se razona su apreciación o no exigiendo siempre que concurra un propósito de retención, guarda o custodia del arma con alguna permanencia, pues la «tenencia» no puede, para el párrafo del Código, desconectarse de la idea matriz de «depósito» que preside los arts. 257 y 258, no pudiendo equivaler a la mera detentación transitoria. Máxime si, como sucede en el relato histórico probado del presente caso, está descartado el móvil de índole subversiva contra la seguridad de la comunidad social cuya protección jurídico penal inspiró la definición de este tipo primitivo. Al no darse en medida suficiente aquella permanencia no puede afirmarse que llegara a existir tal depósito.

Todo lo cual conduce a la estimación de la acción impugnativa del recurso, parcialmente, en cuanto a este delito concreto. Al salir de esa figura agravada del depósito de armas de guerra no escapan los hechos enjuiciados a la ilicitud, sino para encajar en el tipo general menos grave de la tenencia del arma sin los requisitos legales para ello (tipo homogéneo).

ARTICULO 280. FALSIFICACION DE MARCA. CONCEPTO

(STS de 10 de diciembre de 1990. Pte. Sr. García Pérez)

Segundo. La definición de marca que recogía el art. 118 del Estatuto de la Propiedad Industrial, de 26 de julio de 1929, ha sido sustituida por la que actualmente se comprende en el art. 1 de la Ley de Marcas, 32/1988, de 10 de noviembre; pero, en cualquier caso, ha de tenerse presente la Doctrina de esta Sala —cf. SS. 17-05-57, 16-05-63 y 18-05-76— que, dentro de la compleja protección penal de la Propiedad industrial, reduce, tratándose de marcas, el campo objetivo de la modalidad delictiva prevista en el art. 280 Código Penal a las copias del signo (o medio) distintivo, de modo que se origine confusión, para el consumidor medio, entre los productos (o servicios).

ARTICULOS 303 Y 306. FALSIFICACION DOCUMENTAL. DOCUMENTO OFICIAL POR INCORPORACION. CRITICA

(STS de 11 de octubre de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. Más interés ofrece, y mejor acogida merece, el segundo y último motivo de este recurso que, con sede formal en el número 1 del art. 849 de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal, postula la calificación de los hechos no como delito de falsedad en documento público, sino como delito de falsedad en documento privado. Ciertamente es que, según razona el juzgador *a quo*, la jurisprudencia ha venido siendo terminante en cuanto a que la incorporación de documentos inicialmente privados a los procedimientos judiciales o a los expedientes administrativos, para obtener así una resolución inalcanzable sin tal mutación de la verdad, produce en aquéllos un cambio de naturaleza, transformándose en oficiales (o públicos). La relación de sentencias en tal sentido es interminable y entre ellas se cuentan por destacar algunas recientes, las de 8 y 26 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1989, todas con abundantes citas, y tampoco faltan muestras referidas a la naturaleza de documento mercantil por destino, como, por ejemplo, la Sentencia de 7 de octubre de 1987. Sucede, sin embargo, que la doctrina mayoritaria ha expresado una y otra vez sus reservas frente a la indicada exégesis y parece oportuno replantearse la cuestión dentro del respeto progresivo al principio de legalidad y de un entendimiento más estricto de los tipos legales implicados en el problema.

Tercero. Ya en esa línea, el tenor literal del art. 306 del Código Penal contempla el supuesto de que las falsedades designadas en el art. 302 se cometan en documento privado, mientras que en el art. 303 se requiere que dichas modalidades falsarias recaigan en documento público u oficial o en letra de cambio u otra clase de documentos mercantiles, de manera que lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de soportar las manifestaciones o acoger el contenido inveraz. Aun aceptando que el documento privado falso se transmite después en público, oficial o mercantil, lo que no se alteraría nunca es la realidad de que se falsificó un documento privado. El art. 306 del Código Penal tipifica un delito que, incluso entendido como de resultado (según el sector doctrinal mayoritario), se consuma con el fin de propia maniobra falsaria y la concurrencia simultánea del ánimo de causar perjuicio a tercero (como infracción de resultado cortado) o del perjuicio mismo sin que a partir de ahí pueda «enriquecerse» con elementos ulteriores que quizá se encuentren temporalmente muy lejanos. Cosa distinta es que la presentación en juicio o el uso del documento permita descubrir su falsedad y perseguir a su autor (y demás posibles responsables) conforme al repetido art. 306, y no por el 307, que excluye expresamente a quienes hubieran tomado parte en la falsificación.

Cuarto. La conclusión alcanzada en el razonamiento anterior se refuerza, además, por otras consideraciones. Así como el art. 303 distingue para los documentos públicos, oficiales y mercantiles entre dos delitos igualmente puntuales, el de la falsificación misma y el de la presentación en juicio o uso del documento falso (marginando tácitamente de la autoría de este último a los responsables del primero, conforme estiman la doctrina y la jurisprudencia), así también en el ámbito de los documentos privados el legislador opta por un dualismo paralelo, sin que quepa mezclar las conductas definidas en uno u otro para acabar alterando en perjuicio del reo el alcance del art. 306. El comportamiento descrito en el art. 307 operará, en todo caso, como agotamiento del delito tipificado en el repetido art. 306 por lo que atañe a los responsables de éste, pero nada más.

ARTICULO 325. ACUSACION Y DENUNCIA FALSAS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 19 de septiembre de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Unico. El elemento subjetivo del delito, que cuestiona el recurso, debe ser objeto de cuidadosa investigación y examen y de rigurosa exigencia, porque una laxitud de criterio sobre este punto podría afectar al derecho obligación de denuncia que es un aspecto importante de la libertad de expresión (*vid.* sentencia de 22 de septiembre de 1989). La doctrina de esta Sala vino exigiendo, como intención dolosa, la voluntad de imputar a persona determinada un delito o falta de los que dan lugar a un procedimiento de oficio, consciente el autor de la inocencia del acusado, y algunos pronunciamientos judiciales añadían el propósito de perjudicar como un ánimo específico del autor, lo cual daba al delito un carácter pluriofensivo por cuanto los bienes jurídicos protegidos resultaban ser la Administración de Justicia y el honor. Debe entenderse, sin embargo, como primordial y característico, el ataque contra la Administración de Justicia, aunque la acusación falsa comporte efectos lesivos y perjudiciales para el honor del sujeto denunciado, y por tanto, el elemento subjetivo se cumple, en el aspecto intelectual, por el conocimiento de que el hecho imputado es falso y constitutivo de delito o falta, en concurrencia con la voluntad de poner en marcha un procedimiento penal para el castigo de las acciones denunciadas.

ARTICULO 325 BIS. DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 8 de octubre de 1990. Pte. Sr. Díaz Palos)

Quinto. El motivo primero por infracción de Ley (cuarto del recurso), aduce, con amparo en el n.º 1 del art. 849 de la LECr., la infracción, por aplicación indebida del art. 325 bis, párrafo primero del Código Penal a la conducta del recurrente.

A juicio del que impugna la Sentencia faltan los dos elementos objetivo y subjetivo, del delito imputado: la violencia o intimidación de una parte, y la intención de que se retracte el denunciante, por otra. El argumento empleado es común a los dos factores integradores del delito, desde el momento que la propia sentencia —dice el recurrente— reconoce que el procesado se limitó a una gestión benévola y humanitaria a petición de los padres del defendido, joven con minusvalía psíquica, al padecer oligofrenia profunda, como lo prueba que fue absuelto en la causa que se le siguió por robo violento con base en la eximente de enajenación mental, delito que fue el que provocó el que ahora se enjuicia.

La misma génesis del precepto aplicado, prosigue el recurrente, demuestra que el mismo se introdujo, según comentario doctrinal, con base en la grave obstrucción de la justicia que se produce para impedir el libre transcurso de los procesos y las pruebas en éstos practicadas, especialmente en casos como el terrorismo o delitos de *gangs* o grupos de presión.

La *ratio legis* del precepto pudo ser muy bien la que aduce el recurrente, pero es harto sabido que la *mens legislatoris* si bien puede ayudar a la interpretación de un instituto jurídico no la agota, en cuanto ha de atenderse preferentemente a la objetiva *mens legis*, aparte de que en el argumento invocado no es excluyen los demás supuestos de obstrucción a la Justicia y se atiende primordialmente a los de importancia más grave.

Lo cierto es que ateniéndonos en primer término, como es obligado a la interpretación gramatical y lógica del precepto aplicado, nos encontramos, en primer lugar, con el elemento objetivo de la intimidación plasmado en las frases pronunciadas por el procesado que aunque usara de un tono moderado y de amenaza soterrada, fueron acompañados de otras, lo suficientemente expresivas como para atemorizar al denunciante y su madre, hasta el punto de acceder aquél a los deseos del recurrente de adulterar la diligencia de reconocimiento en la forma que indico y que su pericia profesional le sugería, a fin de desvirtuar el primer reconocimiento hecho por vía fotográfica, y que no era otra que la de no poder asegurar en la nueva diligencia, si era más alto o más bajo, más grueso o más delgado el individuo primeramente identificado. En este *modus operandi* queda envuelta la intención, la tendencia (recuérdese que estamos ante un delito tendencial) de conseguir la retractación del denunciante. Si ésta finalmente no se produjo, ello no afecta la consumación del delito de acuerdo con su recordada naturaleza jurídica (SS. 23 julio y 28 septiembre 1988). El motivo, por otra parte, es independiente del dolo o intención, como tantas veces se ha dicho.

El motivo, pues, es preciso desestimarlos.

ARTICULO 325 BIS. DELITO CONTRA LA ADMINSTRACION DE JUSTICIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 10 de octubre de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

Primero. El primero de los motivos formulados por el Ministerio Fiscal, al amparo del número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de la ley «por inaplicación del art. 325 bis párrafo final del Código Penal».

Recuerda el Ministerio Fiscal que, en su día, formuló acusación contra el procesado Juan Villar Rodríguez «por estimar que las amenazas proferidas contra Francisco Javier Lara Larios... estaban encaminadas a forzarle cambiar las declaraciones que, en su día, había prestado en las diligencias previas 2123/86 del Juzgado de El Vendrell, por un delito contra la salud pública en el que aparecen como inculpadas ambas personas», y añade que «la sentencia recurrida sostenía que dicha conducta no puede incardinarse en el art. 325 bis del Código Penal al referirse al mismo sólo a denunciantes ejercientes de la acción penal, peritos, intérpretes y testigos en el procedimiento y no a inculpados como sucede en el caso presente».

Ante todo, es de advertir que con el término de inculpado o coincepado se conoce a la persona, o una de las personas, contra la, o las, que se ejercita la acción penal en el proceso de esta naturaleza, por lo que debe considerarse una de

las «partes» del mismo, y, por *ende*, no cabe negar, como hace la sentencia recurrida, que el mismo pueda ser sujeto pasivo del delito contra la Administración de Justicia del art. 325 bis del Código Penal, que específicamente habla de «denunciante o parte».

Desde otro punto de vista, es preciso reconocer que las declaraciones de los coimputados, coautores o coprocesados tienen una doble vertiente: por un lado constituyen confesión —respecto de su intervención en los hechos de que se trate—, y, al propio tiempo, testimonio (la sentencia de 5 de abril de 1988 habla de «testimonio impropio»), en cuanto a la intervención o participación de los otros inculpados en los mismos hechos.

Llegados a este punto, no cabe ignorar que, según ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como la de esta Sala, las declaraciones de los coimputados poseen el carácter de actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia; lógicamente, con las cautelas destacadas por la propia jurisprudencia, que no es preciso analizar ahora.

El Tribunal Constitucional —en la sentencia de 7 de julio de 1988— afirma que la declaración de los coencausados, por su participación en los mismos hechos, no está prohibida por la ley procesal, y no cabe duda del carácter testimonial de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos; recordando que el propio Tribunal ha declarado reiteradas veces que la valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido acusatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia (*vid.* autos 479/86, de 4 de abril; 293/87 de 11 de marzo, y 343/87, de 18 de marzo).

Esta Sala, por su parte, como recuerda la sentencia de 18 de febrero de 1989, ha declarado reiteradamente la validez de los cargos derivados de declaraciones de coimputados que no provengan de finalidad autoexculpatoria o de animadversión (*vid.* sentencias de 14 de octubre de 1988 y de 26 de enero de 1988, entre otras muchas).

El delito del art. 325 bis del Código Penal tiene como «bien jurídico protegido» el interés del Estado en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. La conducta típica puede consistir tanto en una *vis moral*; y se trata de un típico «delito de tendencia», en el sentido de que la consumación del mismo no requiere que el sujeto pasivo llegue a realizar el acto exigido, sino que basta con que ésta sea la finalidad perseguida («intentar» que tal resultado se produzca).

ARTICULOS 349 (Y 319, DEROGADO). DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA

(STS de 27 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vardillo)

1. El núcleo del tipo en las infracciones penales que estamos examinando, está expresado en el verbo «defraudar». El delito fiscal o contra la Hacienda Pública (cfr. la redacción de los citados arts. 319 y 349) encaja por esencia, dentro de esta especificidad, en el marco de los delitos contra el Patrimonio descansando su originalidad, o relativa originalidad, fundamentalmente en la naturaleza del

sujeto pasivo, que ha de serlo la Hacienda Pública, así como en la materia que constituye el objeto de la defraudación.

2. Siendo un delito tendencial, en forma igual o análoga a lo que sucede con otras muchas infracciones penales y más en concreto los llamados, en general, delitos económicos, cuyo contenido es el apoderamiento, el animo de lucro o *animus defraudandi*, es este elemento subjetivo del injusto, esencial. Y a este respecto nos remitimos a lo que ya se dijo respecto de la inferencia de los hechos psicológicos y al descubrimiento del dolo respecto de la procesada.

3. Desde el punto de vista de lo que puede denominarse filosofía del sistema penal, el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, teniendo en cuenta la esencialidad de los distintos y no siempre coincidentes criterios doctrinales, está íntimamente relacionado con los arts. 1.1 de la Constitución, que proclama a la Justicia como valor fundamental del Ordenamiento Jurídico, y el 31 de la misma Ley Fundamental, en orden a la función que los tributos han de desempeñar en un Estado democrático de Derecho al exigir una contribución de todas las personas a los gastos públicos según la capacidad económica del contribuyente mediante un sistema tributario justo, de igualdad y progresividad; se trata en definitiva de proteger el orden económico, dentro del más amplio orden social, conforme el Ordenamiento jurídico que ha de realizar la justicia material dentro de los parámetros de la Ley positiva. El dato es importante en la tarea, siempre compleja y difícil, de enjuiciar comportamientos incluidos en el Derecho penal. De ahí que también al Derecho Tributario le sean de aplicación, en su faceta sancionadora, los principios penales que rigen el Derecho penal común en su doble vertiente sustantiva y procesal; así la presunción de inocencia, la interpretación favorable al acusado extensible a las cuestiones fácticas y jurídicas, a la asistencia letrada, el derecho a ser debidamente informado, etc. Todo ello es esencial y solo así cobra su verdadera y alta significación este tipo de infracciones en cuanto expresión de grave insolidaridad.

En este sentido no parece impropio recordar la equiparación existente entre la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado que tiene su antecedente inmediato, su origen y su partida de nacimiento, como ha dicho la doctrina científica, precisamente en la «doctrina legal», es decir, en la jurisprudencia de la vieja Sala Tercera de este Tribunal Supremo cuya sentencia de 9 de febrero de 1972 proclamó una línea de absoluto progreso en este orden de cosas, ajustada hoy de manera total a los principios de nuestra Constitución y que con los adecuados temperamentos es de aplicación al caso debatido.

4. No sólo la doctrina científica y la jurisprudencial han puesto de relieve y destacado la trascendencia en este tipo de actividades delincuenciales, a través de la llamada delincuencia económica o de los negocios, y más en concreto, de la elusión de las cargas fiscales, sino que también el Consejo de Europa ha manifestado su inquietud insistentemente en este sentido; así entre otras la Recomendación número R(81)12 de 25 junio de 1981 en la que hay una expresa referencia en el apartado V número 12 a las infracciones fiscales.

5. El problema de las formas comisivas ha sido igualmente por la jurisprudencia de la Sala: también dejando de declarar se consigue el resultado lesivo. Así las tendencias de 29 de junio de 1985, 2 de marzo de 1988, y 26 de noviembre de 1990, entre otras, a las que expresamente nos remitimos por su especial significación.

Ni el viejo art. 319 ni el actual 349 contienen limitación expresa alguna respecto de los medios comisivos más allá de los que por lógica derivan del carácter esencialmente defraudatorio de la conducta respecto de sus modalidades típicas. Por ello se entiende, en general, que ha quedado abierto el elenco de posibles medios comisivos para la realización de los delitos fiscales o contra la Hacienda Pública.

Por consiguiente, tanto engaña o defrauda quien oculta la declaración como quien la presenta, si en ella se falsean los correspondientes datos, si hay, ello es obvio, propósito defraudador. También el silencio es capaz de generar este delito, incluso éste puede ser (es, sin duda) una forma de realización más importante cuantitativamente, y cualitativamente en su expresión y en el resultado (V. sentencia de 2 de marzo de 1988). El deber jurídico de declarar se le impone al ciudadano en el art. 31 de la Constitución, ya citado, así como en el 35 de la Ley General Tributaria que se concreta en cuanto al Impuesto sobre la Renta en el art. 34 de su Ley reguladora, normas que se integran en el tipo penal al ser los arts. 319 y 349 normas penales en blanco.

En conclusión, el tema ha sido objeto de pronunciamientos por esta Sala en sentido positivo; así, entre otras, las sentencias de 2 de marzo de 1988 y 26 de noviembre de 1990. La elusión del pago de impuestos, una de las formas alternativamente contempladas en la descripción normativa, puede consignarse declarando mal, de manera consciente, o no declarando, si en la no declaración concurre el elemento culpabilístico, indispensable, como corresponde a un Derecho penal basado en la culpabilidad del sujeto. Que exista o no *animus* defraudatorio es un problema de inferencias, como ya se ha indicado, en función de los datos anteriores, coetáneos y posteriores que corresponde decidir al juzgador *a quo*, y si dicha deducción no es ilógica, es decir, contraria esencialmente a las reglas de la propia experiencia humana y de la racionalidad, no son susceptibles de revisión aunque la parte pueda atacarlas por la vía del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

6. El delito fiscal o contra la Hacienda Pública puede ser, pues cometido bien por completa omisión de la declaración de la renta, sin exteriorizar ningún ingreso, como por comisión, consistente en declarar menos de lo debido, de tal forma que, siendo las dos actitudes rechazables, es la primera, como se ha anticipado, la que supone un mayor grado de reprochabilidad penal, ya que representa un máximo (no decir nada y por tanto defraudar todo) frente a una declaración en la que exista una parte mayor o menor ocultada. Todo ello con independencia de la concreta situación que en este caso se contempla, como ya quedó también dicho, consistente en la realización de actos positivos de la procesada en el sentido de llevar a cabo una labor obstaculizadora de la labor inspectora. El viejo artículo 319 presumía el ánimo defraudatorio en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstaculización a la acción de los investigadores de la Administración Tributaria. El precepto sería, hoy, sin duda, inconstitucional, pero ello no supone que tales circunstancias no puedan ser tenidas en cuenta, entre otras, para inferir el elemento culpabilístico. Como el elemento subjetivo del injusto también concurrió, como con acierto destaca la sentencia de instancia, a través de un proceso de inferencias, según se ha insistido en ello, conforme a la lógica y a las reglas de la experiencia nada puede objetarse a la afir-

mación de que también este elemento culpabilístico estuvo presente en el comportamiento que se juzga.

ARTICULO 364. INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS. OCULTACION POR OMISION. COMISION CULPOSA

(STS de 27 de octubre de 1990. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

En realidad la cuestión que bajo la problemática de la culpa presenta el recurrente se refiere a la posibilidad de admitir una realización por omisión del tipo del art. 364 Código Penal: la cuestión de la omisión de la acción típica no se debe confundir con la referente a la falta del cuidado debido y exige un tratamiento previo, dado que al procesado no se le imputa haber destruido, sustraído u ocultado activamente documentos. Ciertamente el art. 364 no contiene una definición expresa de la forma omisiva; sin embargo, ello no impide, en principio que la realización del tipo se pueda llevar a cabo mediante una omisión. La cuestión requiere, de todos modos, una verificación especialmente, referida al delito del art. 364.

La infidelidad en la custodia de documentos es un delito propio de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo. Como tal protege fundamentalmente la seriedad del ejercicio de la función pública en perspectiva es claro que no sólo adquieren carácter típico los comportamientos activos de destrucción, ocultación y sustracción sino también los omisivos consistentes en no impedir que los documentos sean destruidos, ocultados o sustraídos, pues resulta verdaderamente indiferente para el bien jurídico que su vulneración tenga lugar de una u otra manera: en ambos casos, acción u omisión de impedir el resultado, el funcionario infringe el deber de custodiar los documentos, que constituye la columna vertebral del tipo penal del art. 364 Código Penal Precisamente en estos casos, en los que el tipo penal se estructura sobre la infracción frente a determinados bienes jurídicos, la doctrina ha reconocido que es posible afirmar que cabe tanto una realización omisiva como activa del tipo.

Aclarado lo anterior, es posible plantear la cuestión específica de este caso referente al ocultamiento por omisión, dado que, salvo en un caso, los documentos constituidos por los sumarios enumerados en el capítulo de hechos probados, han sido encontrados y, respecto de los restantes consta su desaparición, pero no su destrucción o sustracción. En la STS de 10-6-87 esta Sala ha definido lo que se debe entender por ocultación afirmando que ésta será de apreciar cuando «desaparecen los documentos o se sitúan fuera del lugar habitual de custodia». A ello conviene agregar algo implícito en la formulación de la sentencia mencionada: que el concepto de ocultación requiere, además, que la situación de los documentos sea desconocida por quienes tengan legítimo acceso a los mismos (concretamente en el caso que ahora juzgamos las partes de los procesos y el Tribunal) y su descubrimiento requiera operaciones de búsqueda que por el tiempo y despliegue de esfuerzos que conllevan impliquen por sí mismas una perturbación del servicio público. Así entendido el concepto de ocultación, no cabe duda que en el caso de autos los documentos (sumarios) han estado ocultos hasta que se procedió a su búsqueda como consecuencia del procedimiento disciplinario incoado por el Con-

sejo General del Poder Judicial (verificado por esta Sala sobre la base del art. 899 LECr.).

Esta situación es indudablemente consecuencia del incumplimiento por parte del procesado de las obligaciones que le imponía su posición de garante surgida de la especial posición que caracteriza a los funcionarios públicos dentro del ámbito de su competencia específica. En efecto, en los hechos probados se hacen constar que el proceso dejó «de registrar y ordenar las causas» y que éstas eran «ilocalizables o de difícil localización». La comprobación de la inadecuación de las instalaciones de la secretaría, por parte, no impedía cumplir con el deber generado por la posición de garante, pues es público y notorio que se trata de un estado general de cosas, pero que no ha desembocado en incumplimientos similares en otras dependencias de la misma Audiencia Provincial a la que pertenecía la Sección en la que se desempeñaba el recurrente.

Por último, se trata de una omisión de cumplimiento de un deber de garantía que resulta equivalente a la realización activa del tipo penal. En efecto, esta equivalencia, que tiene carácter esencial para la configuración de una comisión por omisión, o un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades, pues no se requiere, por regla, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento. Este último es precisamente el caso del art. 364 Código Penal, que sólo requiere un resultado sobre el objeto de la acción (los documentos) que debe concretar en la destrucción o desaparición del mismo. En consecuencia, no siendo problemático que el procesado hubiera podido evitar el resultado con el cumplimiento de su deber de garantía, la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo no resulta discutible.

En suma, la omisión de cumplimiento del deber de garantía, es decir, del especial de evitar el ocultamiento de los documentos, es bien diferente de la realización de una acción sin el cuidado debido. Esta diferencia determina que no sea admisible la tesis del recurrente sobre la insuficiencia del tipo penal del art. 364 Código Penal para fundamentar la condena, pues no se trata de que en la sentencia se haya sancionado por medio del mismo la conducción descuidada de una oficina pública, sino del incumplimiento del deber de impedir el ocultamiento activo de los mismos.

Planteada la cuestión en estos términos, la cuestión de realización dolosa o culposa del delito del art. 364 Código Penal en forma omisiva no presenta ninguna particularidad.

ARTICULO 411, PARRAFO ULTIMO. ABORTO CON RESULTADO DE MUERTE. NUEVO REGIMEN DE LA CUALIFICACION. CONCURSOS

(STS de 15 de septiembre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Prescindiendo de otras consideraciones sobre el acierto o no del legislador respecto a la fórmula que acaba de citarse, es lo cierto que, en orden al art. 411, últi-

mo párrafo, conforme a la nueva redacción del art. 1 del Código Penal que venimos examinando, si el aborto se ha producido por imprudencia será de aplicación tal agravación que no vendrá ya producida por un resultado ajeno en todo al sujeto activo del delito de aborto, sino por una evidente imprudencia respecto de la muerte de la mujer embarazada, porque otra solución, sin perjuicio de reconocer las graves dificultades que su interpretación comporta, lo que explica la pluralidad de entendimientos del precepto y los inevitables cambios jurisprudenciales, conduciría a una fórmula que no parece ser querida por la Ley, de tal manera que, mediando dolo, sea éste directo o eventual (pues la subsanación de la conducta de uno u otro apartado es indiferente desde el punto de vista de la calificación, sin perjuicio del ejercicio de la facultad individualizadora de la pena; confróntese art. 61 y concordantes del Código Penal) estaríamos en presencia de un concurso de delitos porque desde la perspectiva legal sólo se contempla un dolo y el dolo eventual no es otra cosa, desde el punto de vista del derecho positivo, que una modalidad de aquél, mientras de *lege ferenda* no se establezca otra cosa. Por ello, en estos casos estaremos en presencia de un supuesto de dolo respecto del aborto y de dolo también respecto de la muerte y, por consiguiente, de un concurso de delitos, como acaba de señalarse, solucionable por la vía del art. 68, mientras que si la muerte es imputable a título de culpa es aplicable el precepto que ahora se discute, como también se indicó.

ARTICULO 420.3 (AHORA 421.2). LESIONES. DEFORMIDAD. CONCEPTO

(STS de 15 de noviembre de 1990. Pte. Sr. Barbero Santos)

Primero. Doctrina constante y pacífica de esta Sala es que la belleza en abstracto constituye un valor cultural básico. Y que, en lo que al hombre respecta, su morfología puede tener consecuencias graves en el aspecto económico, social, individual, psicológico e incluso, psiquiátrico de la persona. Se trate de una mujer o de un varón. Y con independencia de su profesión o edad puesto que toda persona tiene derecho a mantener su belleza o a que no se acentúe su fealdad.

El recurrente sostiene que la deformidad desde el plano legal se concibe como irregularidad física visible y permanente, en el sentido de ostensible a simple vista. Es cierto; la deformidad debe ser permanente, considerando tal la insubsanable por el transcurso del tiempo, sin que las eventuales mejoras obtenibles mediante posteriores intervenciones reparadoras pueda hacer perder a la deformidad este carácter de permanencia. Ha de ser también física, es decir, somática, con independencia de que pueda asimismo tener trascendencia sobre el psiquismo. Y ha de ser ostensible, o sea visible, lo que no quiere significar, en absoluto, que merezca tan sólo esta calificación la que afecte a la cabeza o manos, como el recurrente pretende, por ser las zonas del cuerpo humano que, de ordinario, no cubren las prendas de vestir. La noción de deformidad se extiende hoy a la generalidad del cuerpo, tanto porque éste se expone ahora con más frecuencia que antes en su práctica integridad a la contemplación ajena, como porque en la actualidad se conoce mejor que antes cuanto puede quedar afectada la vida afectiva o de rela-

ción por taras situadas en zonas del cuerpo ordinariamente tapadas. (Por todas, sentencias de 23 de abril y 18 de noviembre de 1986 y 30 de mayo de 1988).

ARTICULO 429.1.º VIOLACION. DUALIDAD DE PENETRACIONES. ACCION PUNIBLE UNICA

(STS de 13 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

Primero. El único motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal en beneficio del reo (*vid.* art. 876, párrafo segundo, de la ley de Enjuiciamiento Criminal) denuncia infracción de ley por aplicación indebida del art. 429.1 del Código Penal, alegando en apoyo del mismo, que ha sido deducido por la vía del número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que «la segunda penetración no deja de ser un momento dentro del acto sexual único como consecuencia del propósito y por el tiempo de realización del mismo».

Según el *factum* de la sentencia recurrida —intangible, dado el cauce procesal elegido por la parte recurrente (*vid.* art. 884.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)—, «el procesado Francisco Bueno Bueno, tras forzar la voluntad de Carmen Fernández Ayerdi, en la forma que en el mismo se describe, la penetró vaginalmente con el pene, eyaculando fuera porque la víctima no dejaba de moverse»... «y, posteriormente, volvió a penetrarla vaginalmente, tras lo cual se marchó...». Se describen, pues, dos penetraciones vaginales y el Tribunal de instancia, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, calificó los hechos como constitutivos de dos delitos de violación, condenando a sendas penas de trece años de reclusión menor.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado, en situaciones similares a la que es objeto de esta causa, que «... los casos de iteración inmediata del acceso carnal con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidadora o de violencia, es decir entre los mismos sujetos y en el marco de una misma ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar debe apreciarse la existencia de una sola acción punible» (*vid.* sentencias de 31 de enero de 1986 y de 27 de mayo de 1988).

Segundo. La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso, implica que, desde el punto de vista jurídico, la conducta enjuiciada, pese a relatarse en ella una doble penetración vaginal, debe ser considerada como constitutiva de «una sola acción punible», al concurrir la identidad de sujetos, activo y pasivo, identidad de ocasión y circunstancias, e inmediatez de tiempo y lugar. Consiguientemente, una sola «acción punible» debe corresponder a un solo delito. Por tanto, procede estimar el motivo examinado.

ARTICULOS 480 y 481.1.º DETENCION ILEGAL. DIMENSION TEMPORAL. SUBTIPO AGRAVADO

(STS de 25 de octubre de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. No le falta razón al Fiscal cuando en el primer motivo de su recurso denuncia la inaplicación de los arts. 480 (párrafo primero) y 481.1 del Código

Penal. El delito de detención ilegal no requiere ninguna motivación concreta, antes al contrario, basta en su vertiente subjetiva con el dolo referido a los elementos del tipo (como *dolus naturalis* de la doctrina finalista) o a tales componentes y, además, al conocimiento de la antijuridicidad (conforme al *dolus malus* de la doctrina causalista), y en el presente caso los procesados privaron de libertad a una persona, no encerrándola, como desplazamiento físico desde fuera, pero sí, al menos, reteniéndola en el lugar en que ya se encontraba, debiendo recordarse, además que el propio subtipo agravado del repetido n.º 1.º del art. 481 recoge la modalidad consistente en que la detención (en sentido amplio) fuera consecutiva a un delito contra la propiedad, que es, precisamente, lo que aquí ocurrió: la detención tuvo su origen en un robo y constituye, hasta cierto punto, una incidencia o secuela del mismo.

Segundo. De otro lado, en lo que afecta a la posible dimensión temporal del delito de detención ilegal, procede señalar que la jurisprudencia se inclinó tradicionalmente por entender que éste «se consuma en el momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de actuar..., sin que obste a esa plenitud de su perfeccionamiento el mayor o menor lapso de tiempo», según se lee aún, por ejemplo, en la Sentencia de 16 de febrero de 1988, y aunque más tarde se ha ido abriendo paso la exégesis que ve la distinción con las coacciones no sólo en la afectación de la facultad ambulatoria, sino también en una cierta proyección temporal o permanencia por lo que atañe al genuino contenido de la repetida detención (así las Sentencias de 9 de abril, 12 de junio y 16 de diciembre de 1986, y de 3 de noviembre de 1987, entre otras), no cabe duda que tal requisito se cumplió teniendo en cuenta que la privación de libertad se prolongó en el caso de autos durante tres cuartos de hora aproximadamente. El motivo debe ser pues, estimado.

ARTICULO 489 BIS (AHORA 489 TER). OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DOCTRINA GENERAL. SUBTIPO AGRAVADO

(STS de 24 de octubre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

El bien jurídico protegido en este delito es la solidaridad humana, es decir, el deber elemental que tienen todas las personas de prestar ayuda o socorrer a quien se halla en situación de peligro respecto a la vida o a la integración física.

La omisión de socorro a la víctima del accidente, causada por el conductor de un vehículo, constituye un subtipo agravado de la figura genérica al que son de aplicación los principios y requisitos que informan y exige la modalidad principal o tipo genérico. Por ello, si no hay peligro manifiesto y grave desamparo de la víctima ocasionada en el accidente porque la víctima esta ya muerta o porque otras personas distintas de la que ocasionó aquél atiendan a la persona lesionada, el delito no existe; así la doctrina de la Sala más reciente (Sentencias, entre otras, de 30 de mayo de 1973, 23 de abril de 1975, 23 de junio de 1980, 27 de noviembre de 1982, 5 de diciembre de 1983 y 27 de marzo de 1987) y gran parte de la doctrina científica.

Es evidente que el deber ético que impone al auxiliar a otra persona, elevado a la categoría de exigencia jurídico-penal por nuestro código, alcanza una especial

dimensión cuando la omisión se ejercita sobre la víctima causada por el agente (Sentencia de 24 de noviembre de 1989), aunque en los supuestos en los que la intervención de otras personas garantiza ya la prestación de la ayuda (teniendo además muy en cuenta la intoxicación etílica que el procesado sufría) no puede estimarse que el delito se ha producido (ver sentencia de 6 de octubre de 1989), de todo lo cual infirió el Tribunal de instancia, y la deducción no está carente de lógica, que el proceso tuvo conciencia de que otras personas estaban ya auxiliando a la víctima lo que, al menos constituye un tema sujeto a la duda en el que el principio *in dubio pro reo* impedirá constituir en este momento procesal otra calificación, en este caso, de signo acusatorio y, por tanto, condenatorio.

ARTICULO 489 BIS (AHORA 489 TER). OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DOCTRINA GENERAL. SUBTIPO AGRAVADO

(STS de 15 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

Tercero. antes de examinar el concreto punto planteado se hace preciso recordar que en el plano de la antijuricidad del delito descrito en el art. 489 bis, párrafo tercero, del Código Penal, el auxilio omitido ha de ser auxilio debido a la víctima del accidente causado por el omitente, deber de socorro que en el caso de conductor de un vehículo con el que se perpetró el hecho adquiere especiales acentos de antijuricidad a él personalmente dirigida y configurada ya en el ámbito de la norma administrativa por el art. 49 del Código de la Circulación, ratificado por el art. 51 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, texto articulado de 2 de marzo de 1990, que imponen a los conductores implicados en un accidente obligaciones de inmediato auxilio a las personas lesionadas en el mismo, lo que está indicando el especial reproche de la misma conducta omisiva en el indicado precepto penal a virtud de aquel previo deber jurídico de actuar que pesa sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de la penalidad que le convierte en garante de la asistencia al lesionado en orden a evitar en lo posible su agravación, asistencia que es carga personal e ineludible para todo conductor que causa con el vehículo una víctima, abstracción hecha de la eficacia causal que su auxilio pueda tener en la futura curación del herido siempre que el mismo no haya muerto instantáneamente y que tal muerte súbita se haga a todas luces patente, originando una «certeza moral» de la misma, como tampoco exime de prestar la asistencia, el problemático, esperado o inicial auxilio que puedan prestar otras personas, presentes o no, salvo que éste tenga visos de efectividad, y con más motivo si no se dan en absoluto tal auxilio de terceros por lo que, en todo caso, el concepto de persona desamparada que se exige en el tipo básico, ha de entenderse trasplantado el subtipo en el sentido relativo acabado de exponer (Sentencias de 13 de enero de 1975, 30 de junio de 1976, 29 noviembre de 1987, 23 de octubre de 1981, 9 de junio de 1982, 29 de noviembre de 1983, 12 de noviembre de 1984, 9 de abril y 10 de mayo de 1985, 27 de diciembre de 1986, 27 de marzo de 1987, 23 de marzo de 1988, 6 de octubre de 1989, 25 de enero de 1990 y otras).

ARTICULO 501.4.º ROBO CON TOMA DE REHENES. CONCEPTO DE REHEN. RELACION CON LA DETENCION ILEGAL

(STS de 18 de octubre de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

Tercero. El delito de robo con toma de rehenes, uno de los supuestos que el n.º 4 del art. 501 sanciona con pena de prisión mayor desde la importante reforma del Código Penal de 1983, plantea diversas cuestiones, la primera de las cuales es la relativa al concepto de rehén, en cuyo punto se advierten dos posturas en nuestra jurisprudencia:

a) Una más amplia que hace posible que cualquier detención ilegal de las que aparecen definidas como tales en el art. 480, cuando se realiza para facilitar el apoderamiento de la cosa mueble o ajena o la fuga del culpable, quede comprendida en este concepto, postura que aparece en las sentencias de 15-3-88, 14-4-88, 15-4-88, 26-12-88, 28-9-89 y 3-5-89, entre otras muchas.

b) Otra más estricta que, partiendo de la significación gramatical de la palabra rehén, entiende que no basta para el n.º 4 del art. 501 cualquier limitación de la libertad deambulatoria propia de la detención ilegal, sino que es necesario que alguien quede como garantía o escudo protector mientras está pendiente el cumplimiento de una exigencia del autor y en tal concepto sea utilizado, bien para remitir o facilitar la comisión del delito, bien para asegurar una posible huida (así SS. de 28-3-85, 17-5-85, 23-1-88, 14-3-88, 28-4-89, 3-10-89 y 9-2-90, entre otras).

Cualquiera que sea el concepto que se acoja de los dos antes expuestos, para solucionar el posible concurso de leyes entre esta figura y la detención ilegal, la doctrina de esta Sala acude al criterio de la especialidad y aplica la norma más específica de las dos, que es la que tipifica el robo con rehenes, con una limitación importante que hay que tener en cuenta en todos estos delitos complejos, pues cuando el delito de robo ha concluido, bien por su consumación, bien por haber terminado la dinámica delictiva de frustración o la tentativa, si entonces se produce la detención ilegal, ambas infracciones han de pensarse por separado como concurso real (SS. de 28-3-85 y 14-4-88).

En todo caso hay que tener en cuenta que para la aplicación de la figura de robo con rehenes ha de existir cierta intensidad en cuanto a la privación de libertad, porque en los supuestos ordinarios de aplicación del n.º 5 del art. 501, que constituyen la figura penal básica en esta clase de delitos de robo, siempre existe algún modo de coacción en la persona que ha de distinguirse de la toma de rehenes porque en este último caso se rebasa en el tiempo y también en el *modus operandi* lo que, de otro modo, habría de constituir el citado delito básico (sentencia de 28 de septiembre de 1989, entre otras).

ARTICULO 501. PARRAFO ULTIMO. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION. USO DE MEDIOS PELIGROSOS. PORTE INICIAL

(STS de 6 de noviembre de 1990. Pte. Sr. Soto Nieto)

Cuarto. Una jurisprudencia, ya superada actualmente, estimó abarcado en la previsión del precepto el uso de armas o medios peligrosos que, aun no penándose

consigo, se tomasen *in situ* para su inmediata utilización (Cfr. sentencias de 21 de enero de 1977, 7 de octubre de 1978 y 17 de diciembre de 1982).

No obstante, la doctrina legal enseñoreada posteriormente —así sentencias de 14 de septiembre de 1987 y 12 de febrero de 1988— se explicita en el sentido de que la agravación prevista en el precepto indicado para el uso de armas u otros medios peligrosos se condiciona a que el agente las «lleve», y esta exigencia sólo cobra sentido —y deja de ser superflua— cuando la actividad criminal empieza con ese porte, de manera que se acepte el riesgo inherente a la disponibilidad misma de esos instrumentos en el curso de una conducta cuyo desenlace no pueda adelantarse con seguridad. En realidad no puede equipararse la actuación de quien se arma *ab initio*, creando originariamente el riesgo y quien sólo episódicamente llega a tener en sus manos alguna de las armas o medios antedichos. El presupuesto fáctico de la sentencia parte de que las piedras con que golpeó el procesado a la víctima las cogió y utilizó en el momento de negarse aquélla a entregarle el dinero, no habiéndose acreditado que las portara. El motivo ha de ser, pues, desestimado.

**ARTICULOS 504.4.º Y 510.2.º ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS.
LLAVE. CONCEPTO FUNCIONAL. TARJETA DE CREDITO.
CAJERO AUTOMATICO**

(STS de 21 de septiembre de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

El concepto de llave no es rigurosamente semántico o literal, sino funcional; y esta declaración viene reiterada en la doctrina jurisprudencial (sentencias de 5 de noviembre de 1987, 6 de marzo de 1989, y 27 de febrero de 1990, por hacer cita de las más próximas), con apoyo en la equiparación o asimilación que hace el número 4 del art. 504 entre llaves y «otros instrumentos semejantes»; por consiguiente, las tarjetas de crédito, que no son llaves en el aspecto morfológico de la expresión, sí lo son en el aspecto funcional, por cuanto sirven en la práctica para accionar el cierre del local que da acceso al cajero automático, o para abrir el receptáculo del mismo cuando se halla instalado en el exterior del establecimiento bancario. Las tarjetas de crédito cumplen una primera función, la específica de llaves, puesto que son el único medio previsto para la apertura de un local o receptáculo sin hacer uso de clave o de número secreto alguno, y deben tener la conceptualización de llaves falsas al ser instrumentos legítimos de cierre substraídos a su titular (art. 510.2 del Código Penal). Dicho carácter de llave no se desvirtúa por el hecho de que tenga atribuida una segunda función, la de servir para la operación de extraer dinero pulsando un número secreto asignado exclusivamente al titular de la tarjeta, porque la acción típica del n.º 4 del art. 504 del Código está cumplida con la simple apertura del espacio cerrado, y la obtención del dinero, si se conoce y se pulsa adecuadamente el código de identificación, consumará la acción de apoderamiento, que quedará en otro caso, en grado imperfecto de ejecución. No agravaría, finalmente, dicha interpretación el principio de legalidad porque no existe una extensión analógica de «llave» superadora del art. 25 de la Constitución Española, sino una simple aplicación analógica expresamente autorizada en el

Texto penal bajo la fórmula legal de enumerar o mencionar previamente algunos medios concretos, de suerte que el juicio de semejanza o analogía no queda entregado a la libre valoración del Tribunal.

ARTICULOS 504.4.º Y 510.2.º ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. LLAVES SUSTRADAS AL PROPIETARIO. CONCEPTO

(STS de 14 de septiembre de 1990. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primero. Respecto al concepto de llaves falsas, y, más concretamente, en lo que concierne al art. 510.2 Código Penal, el término «sustraídas», que el legislador emplea, ha suscitado, desde siempre, una doctrina jurisprudencial que ha interpretado el precepto con laxitud y gran amplitud, siendo paradigma de lo que se dice la S. 18 mayo 1985, la cual sentó la siguiente doctrina: Dentro del art. 510.2 Código Penal, y a propósito del concepto y definición legal de llaves falsas, se hallan incluidas «las llaves legítimas sustraídas al propietario», es decir que en tales casos, y como se ha dicho con frase lapidaria, se trata del hurto de la llave o llaves para cometer un robo —art. 504.4 Código Penal—, debiéndose interpretar la palabra «propietario» como todo tenedor legítimo de dichas llaves, y como «sustracción», cualquier tipo de apoderamiento de las mismas con tal de que sea ilegítimo, sin que, en ningún momento, se atienda al valor intrínseco de las mentadas llaves, comprendiéndose, en consecuencia, en la definición mencionada, tanto la llave o llaves sustraídas propiamente al usuario o titular legítimo de las mismas, como las retenidas indebidamente y las apropiadas, así como las olvidadas en vivienda o local ajeno de modo circunstancial, las escondidas por el dueño o legítimo usuario, y obtenidas por el infractor mediante búsqueda —debajo del felpudo o estera anterior al umbral de la puerta de entrada o en hueco disimulado y apropiado para albergar la llave o llaves— habiéndolo declarado así, este Tribunal, en SS. 12 junio 1947, 27 abril 1960, 29 febrero 1952, 14 octubre 1961, 4 noviembre 1969 y 11 diciembre 1971, incluyéndose también las extraviadas o perdidas —véase antiguo núm. 2 del art. 514 y el párr. 2.º del actual art. 535 Código Penal—, siendo más dudoso el caso en el que la llave ha quedado en la cerradura por olvido del titular, en cuyo supuesto esta Sala ha entendido que no se trata de llave falsa, o prácticamente a disposición de quien la tomara, v.g. sobre la mesa de la portería o en el clavero o cuadro de un hotel, en cuyos supuestos, este Tribunal, en SS. 27 abril y 30 noviembre 1950 y 5 junio 1957, estimó que se trataba de delito de robo con fuerza en las cosas, mientras que declaró lo contrario, si bien los supuestos de hecho no eran exactamente los mismos que en los casos anteriores, en las SS. 30 junio 1960 y 9 octubre 1963. Pudiéndose agregar que, como ya se ha dicho, las llaves o llave olvidadas, no pertenecen al primer ocupante, ni dejan de corresponder al titular legítimo de las mismas, prosiguiendo en el patrimonio del referido titular o usuario, los que, a tenor de lo dispuesto en el art. 461 CC, ni siquiera pierden la posesión de ellas, las cuales —olvidadas— no pueden equipararse a cosas perdidas y menos aun a *res derelictae*, constándole, por lo demás, al infractor, en tales casos que, las llaves, pertenecen a otro, aprovechando tan favorable coyuntura, para tomarlas, y, con ellas, franquear la entrada en el hogar o inmueble ajenos o abrir la puerta y objeto cerrado de que se trate.

Segundo. La doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer se ha mantenido de modo uniforme e invariable, pero recientemente se ha abierto importante fisura en tan monolítica postura, pues esta Sala mediante SS. 16 febrero 1988 y 6 y 17 febrero 1989, se ha inclinado a restringir el concepto debatido reputando; «llave falsa», tan sólo a la que llega a poder del infractor, mediante robo, hurto, retención indebida, acción engañosa, es decir y en definitiva, «por un medio que constituya infracción penal», como se dice, con propósito generalizador, en el Proyecto del Código de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, por lo que si la entrada en el local de autos se perpetró mediante el uso de llaves extrañadas al titular, no habrá uso de llaves falsas, y no dejará de constituir hurto si lo que se pretende reviste caracteres de robo. Pero esta doctrina con ser, o intentarlo, renovadora, reposa sobre bases deleznable, pues el apoderamiento de llave perdida o extrañada por su titular legítimo constituye infracción penal, como lo demuestra el art. 532.2 Código Penal, redactado de conformidad con la LO 25 junio 1983 y el núm. 3 —hoy día 2— del art. 587 Código Penal. En conclusión, y en resumen, el apropiarse de bienes ajenos o extrañados con ánimo de lucro, íntegra, con arreglo a su valor, delito o contravención, pero en todo caso infracción penal, con lo cual ese origen antijurídico de la llave o llaves que se utilizan para la depredación enclava el comportamiento del infractor, de lleno, dentro de la fórmula legal, «sustraídas», que se encuentra en el 510.2 Código Penal. Procediendo, consecuentemente con lo razonado y expuesto, la desestimación conjunta de los dos motivos del presente recurso, amparados, uno y otro, en el art. 849.1 LECrim., y el primero, en aplicación indebida de los arts. 500, 504, 505, 506.2 y 510.2 Código Penal y, el segundo, en inaplicación del art. 514 Código Penal

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. RETENCIONES PARA HACIENDA

(STS de 25 de septiembre de 1990. Pte. Sr. García Ancos)

De los hechos declarados probados, a los que necesariamente nos hemos de ceñir, se infiere la concurrencia, en la actuación del agente, de todos y cada uno de los requisitos que el art. 535 Código Penal exige para entenderse cometido ese delito, cual son, en esencia: haber recibido una cantidad de dinero, en este caso importante, en calidad de depositario, administrador, etc., o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla; no haber hecho entrega en su momento oportuno de ese numerario a su legítimo propietario; y todo ello en propio beneficio (enriquecimiento injusto) y en lógico perjuicio del tercero afectado por la apropiación. Y esto es lo que, en síntesis, realizó el inculpado, ya que: a) Como titular de una empresa en la que trabajan diversos empleados, tenía al mismo tiempo, por mandado legal, la cualidad de depositario gestor (la denominación es indiferente) de las retenciones que pagaban sus empleados como tributarios a la Hacienda Pública. b) En tal cualidad, tenía la obligación (obvio es decirlo) de entregar puntualmente esas cantidades retenidas a su verdadero destinatario y único acreedor. c) No lo hizo así, apropiándose inicialmente, en beneficio propio y en perjuicio de ese legal destinatario, de las correspondientes sumas dinerarias.

**ARTICULO 548. INCENDIO. NATURALEZA JURIDICA.
PELIGRO ABSTRACTO Y RESULTADO**

(STS de 13 de julio de 1990. Pte. Sr. Barbero Santos)

El delito de incendio previsto en el art. 548 del Código Penal es un delito de peligro abstracto no de mera actividad, sino de resultado. Es el resultado de la acción, el incendio, lo que convierte la acción peligrosa. En otras muchas figuras de peligro abstracto es la sola acción la originadora del riesgo, sin que la estructura del tipo exija resultado alguno: v. gr., basta conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, para que se perfeccione la conducta prevista por el art. 340 bis a). 1.º, del Código penal. Aquí, no. Se requiere el incendio de un edificio, pero no de todo él, sino de alguna de sus partes o plantas siempre que exista peligro de propagación al resto, como ha estimado esta Sala de sentencias varias (*ad exemplum*, de 2 de noviembre de 1988). Se cumplen, por tanto, las exigencias del tipo objetivo por haber afectado el incendio al «conjunto de la habitación, importante hasta el punto que hizo necesaria la intervención del servicio público de extinción de incendios y el desalojo de los preventivos al generarse con ello grave riesgo de su vida». Y que el procesado conocía que en el edificio se hallaban más personas es asimismo hecho probado, puesto que consta que otros cuatro ciudadanos se encontraban detenidos con él en el Depósito Municipal de la localidad de Tarrasa. El incendio, pues, había afectado a una entera celda con posibilidad de propagación autónoma al entero edificio. El comportamiento integra la figura prevista por el art. 548 del Código Penal. El motivo se ha de desestimar.

**ARTICULO 563 BIS. CHEQUE EN DESCUBIERTO.
BIEN JURIDICO PROTEGIDO. EMISION IRREGULAR**

(STS de 13 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Tercero. Por la propia naturaleza de los títulos valores, se produce en ellos una incorporación del derecho al documento, llevándose así a cabo consecuencias de la literalidad y autonomía. Y concretamente en el cheque, que ineludiblemente ha de librarse contra un banco o entidad de crédito, según el art. 106.3 LCC de 16 julio 1985, tal incorporación es total y absoluta, pues el librado sólo está obligado al pago, si el título está como exige el art. 108.2 de la aludida Ley «regularmente emitido», y ninguna irregularidad mayor que la del libramiento por parte de quien exclusivamente no es titular de la provisión, ni del título valor que legitima para girar sobre la misma. Por consiguiente, aun cuando tal documento no tuviese en un aspecto estrictamente formal y en el ámbito del derecho mercantil, la cualidad de cheque, ello no obsta la aparición de la figura delictiva que precisamente sanciona la vulneración de la seguridad, normalidad y estabilidad del tráfico mercantil fiduciario, y obvio es que la emisión de un cheque por persona que no tiene la disponibilidad para ello, pues necesita el concurso del otro titular de la cuenta contra la que se libra, y sin ella, no podrá ser hecho efectivo, está claramente provocando una quiebra importante en el tráfico fiduciario, pues ello es desconocido por la persona a quien se le entrega en pago de una deuda precedente.

ARTICULOS 6 BIS A) y 321. ERROR DE PROHIBICION. INTRUSISMO

(STS de 21 de febrero de 1991. Pte. Sr Moyna Ménguez)

Segundo. El tema de la culpabilidad se trata también en el motivo anterior, con indudable corrección por cuanto pertenece a la estructura subjetiva del delito, pero al destinar un segundo motivo —el segundo— al examen del error de prohibición, exigencias de método aconsejan tratar este punto conjuntamente. La sentencia dio lugar al error la nota de invencible al admitir que el sujeto acusado no tuvo conciencia de la antijuricidad de su conducta, y, en consecuencia, se pronunció absolutamente sobre los hechos; pero no puede ser ignorado que la cuestión suscitada ha sido muy debatida en los últimos diez años tanto en el ámbito administrativo como en el penal, de ello son ejemplo las sentencia sobrantes en los repertorios jurisprudenciales, y es obvio que el controvertido estado de opinión y las decisiones judiciales sobre este punto no podían ser desconocidas de unos laboratorios dedicados a la producción y comercialización de especialidades de uso de veterinario, y, por supuesto, de quien ostentaba su representación y delegación, que no podía excusarse simplemente como base en el cumplimiento de los requisitos fiscales y en haber pasado, sin denuncia de irregularidades, las inspecciones farmacéutica y veterinaria de los organismos oficiales. Ha de admitirse, al menos, una actuación con dudas sobre la antijuridicidad, de la que pudo salir por los varios medios que tenía a su alcance, y concretamente recabando la información y antecedentes precisos en el ámbito de la empresa que representaba o de los organismos administrativos competentes; en definitiva, el error de prohibición debe tener carácter de evitable o vencible, al que ha de darse el tratamiento penal previsto en el art. 6.bis. a). último párrafo, del Código Penal, estimando en estos términos el segundo motivo del recurso.

ARTICULO 8. 1.º OLIGOFRENIA. GRADOS

(STS de 22 de febrero de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Segundo. La mayoritaria opinión de esta Sala establece que la oligofrenia engloba varios grados delimitados por sus características sintomáticas y por la intensidad de sus efectos que comprenden la idiocia, la imbecilidad y la debilidad mental, estados que tienen diferente repercusión en la imputabilidad y responsabilidad del agente, pues, así como la primera las excluye radicalmente y la segunda puede eximir o simplemente atenuar, según grado, la intensidad, la última, es decir, la debilidad mental, sólo siendo muy acusada las atenúa, en tanto que la mera levedad o torpeza, carentes de efectos modificadores de la responsabilidad, no produce ni tan siquiera efectos atenuatorios (sentencia de 4 de julio de 1978), estableciendo la de 30 de marzo de 1982 que la oligofrenia profunda engendra la eximente, la media la eximente incompleta, y la debilidad mental una causa atenuatoria y, por fin, las de 22 de noviembre de 1984, 22 de enero de 1987 y 27 de abril del mismo año enseña que tanto los idiotas como los imbéciles son totalmente inimputables, mientras que los débiles mentales lo son más o menos parcialmente, siendo totalmente imputables los simplemente torpes.

ARTICULOS 8.3.º Y 9. 1.º Y 10.º. ATENUANTE POR MINORIA DE EDAD. CRITERIO CRONOLOGICO.

(STS de 23 de febrero de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Segundo. Y respecto a la edad cronológica es preciso indicar que es ella a la que sin duda se refiere el legislador penal, dotando así de precisión y seguridad a esta circunstancia que opera como eximente si el culpable es menor de dieciséis años (número 3 del art. 8 del Código Penal) y como atenuante privilegiada si no alcanzó la edad de dieciocho (número 3 del art. 9). Ello no obsta a que cuando, a pesar de la edad, se acredite una inequívoca disociación entre la edad biológica y la edad cronológica, incluyendo en aquélla la edad mental, pueda operar la circunstancia de atenuación por vía de análoga significación (número 10 del art. 9); pero el simple dato de acabar de cumplir dieciocho años (V. sentencia de 22 de noviembre de 1982) equivaldría a desnaturalizar la circunstancia según la voluntad indiscutible del legislador.

ARTICULOS 9.4.º, 407 Y 565. HOMICIDIO CULPOSO. FALTA DE LESIONES. PRETERINTENCIONALIDAD. CONCURSO

(STS de 21 de enero de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

Tercero. La posición del recurrente ignora la doctrina firmemente asentada por esta Sala desde la S. de 28 de marzo de 1984, según la cual, desaparecida la preterintencionalidad heterogénea (lesiones seguidas de homicidio como supuesto más típico) por obra de la reforma de 1983 que suprimió el art. 50 en conexión con el anterior art. 1, párrafo tercero, del Código Penal, sólo subsiste la preterintencionalidad homogénea que se da entre delitos que atacan el mismo bien jurídico, pero con distinta intensidad (lesiones de manera característica), únicos a los que es aplicable la atenuante cuarta del art. 9 del Código Penal; de suerte que la primera y desaparecida especie de *preterintentionem* viene suplantada por un concurso de delitos o de falta y delito: el inicial doloso (hecho-base) y el resultante culposo (hecho-consecuencia), en tanto que pudo preverse el resultado más grave (culpa inconsciente), o que previsto no fuera aceptado por el agente (culpa consciente), pues si tal resultado se quiso de algún modo —directo o eventual—por el sujeto, la figura preterintencional se desvanece y surge con contornos definidos el delito doloso (SS. 12 de julio y 28 de octubre de 1984, 21 de enero de 1985, 13 de abril de 1985, 19 de diciembre de 1985, 7 de febrero y 15 de noviembre de 1986, 24 de julio y 27 de noviembre de 1987, 22 de marzo y 2 de noviembre de 1988, 21 de marzo y 13 de noviembre de 1989 y otras).

ARTICULOS 10.8.º Y 407. ABUSO DE SUPERIORIDAD. HOMICIDIO

(STS de 8 de febrero de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. La circunstancia agravante de abuso de superioridad, constituye una alevosía menor o de segundo grado, que al igual que la agravante de dicho

nombre, sólo puede ser aplicable en los delitos contra las personas, o en los que contemplen conjuntamente el ataque a la vida o la integridad personal y la agresión a otros bienes jurídicamente protegidos.

La doctrina de esta Sala de una forma muy reiterada ha declarado que el contenido de la agravante que examinamos está constituido por un elemento objetivo, consistente en una aminoración o debilitamiento de la defensa de la víctima, aun cuando no la elimina manifestada por la superioridad personal, instrumental o medial caracterizada por la mayor facilidad comisiva que ambas variantes otorgan, y además, un elemento subjetivo que requiere no sólo la conciencia de la diferente capacidad agresiva y defensiva, es decir el conocimiento por parte del autor de las circunstancias del hecho, sino además la actitud de aprovechamiento en el sentido de que se prevalega de él, lo que puede suponer una mayor culpabilidad, un plus de responsabilidad, una abyección de sentimientos, o incluso una antijuricidad más intensa —cfr. Sentencias del 26 de octubre de 1989 y 18 de marzo de 1990—.

La aplicación de esta circunstancia de agravación, debe serlo restrictivamente, por cuanto generalmente el resultado lesivo responde por una parte a una cierta superioridad dentro de la situación en que aquél se ubica, rechazándose, por otra parte, la circunstancia cuando existe una riña entre agresor y agredido. Igualmente, y aun cuando los medios comisivos utilizados pudieran configurarlas si son fruto de circunstancias que, por sí mismas, predicen su inaplicabilidad, en cuanto excluyen la posibilidad del grado de reflexión necesario para apreciar que concurre una actitud de aprovechamiento de la concreta situación de inferioridad de la víctima pues aquella superioridad no fue buscada, ni si quiera aprovechada, sino simplemente surgida en la dinámica comisiva.

En el caso aquí enjuiciado, del *factum* de la Sentencia impugnada, no puede deducirse, ni esa elección por parte del procesado, del medio empleado por él, uso de una marga, ni el ánimo tendencial de debilitar la defensa de la víctima, sino que su utilización, en el curso de la riña que mantenía con la víctima, fue el fruto del desarrollo de la pelea entablada.

ARTICULO 10.13.º. CUADRILLA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 18 de febrero de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)

Segundo. Para que concurra la agravante de cuadrilla, no basta la concurrencia de más de tres malhechores, sino que es preciso, además, que éstos lleven armas (no sólo armas de fuego, sino cualesquiera instrumentos ofensivos), y que exista un acuerdo de los delincuentes en orden a la ejecución del delito —bastado a tal fin que éste sea tácito y momentáneo— (vid. sentencias de 22 de mayo de 1871, 3 de octubre de 1935, 1 de mayo de 1985 y 20 de febrero de 1981, entre otras).

En el presente caso, según resulta claramente del *factum* de la sentencia recurrida los hechos enjuiciados fueron sometidos por los «cuatro» procesados, mas a la hora de precisar en que forma lo hicieron se dice en aquél que Antonio C. «sacó una navaja automática», uno de los procesados Cristóbal, Antonio U. o Daniel,

«que tomó a su vez otra no identificada», y «los dos restantes, objetos no determinados, entre ellos cadenas» y que, aceptando el fin letal, «comenzaron todos ellos a dar golpes...».

De lo dicho se desprende que, si bien en la comisión del delito intervinieron más de tres personas, al no haberse podido precisar el tipo de instrumento utilizado por cada uno de los intervinientes, no es posible apreciar la concurrencia de la agravante de la «cuadrilla», por cuanto, para ello, sería preciso determinar, previamente, si la totalidad de los instrumentos empleados podían ser considerados «armas», en el sentido que la jurisprudencia ha entendido este término al referirse a la circunstancia agravante examinada. De ahí que proceda la desestimación de este motivo; con independencia de que la intervención de los procesados, en la forma que lo hicieron, ha sido tenido en cuenta y valorada por el Tribunal de instancia al apreciar la concurrencia de la agravante de «abuso de superioridad», como ya se ha dicho.

ARTICULO 19. RESPONSABILIDAD CIVIL. RELACION CAUSAL

(STS de 6 de marzo de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

Segundo. El motivo en examen, plantea el interesante problema de la relación de causalidad entre la acción delictiva del agente y los perjuicios sufridos por el agraviado, relación o nexo exigido por el art. 104 CP para fundar la responsabilidad civil.

El tema ha venido a seguir —*pari passu*— los mismos avatares dogmáticos que la causalidad fundamentadora de la responsabilidad penal. En esta última el curso de la evolución doctrinal ha sido desde la teoría de la equivalencia de condiciones (representado en la jurisprudencia por el apotegma *causa causae causa causati*), hasta las teorías de la adecuación y de la relevancia, doctrinas éstas que han dado paso a la última tesis de la imputación objetiva que si bien identifica el nexo causal con el concepto natural y científico de la *conditio sine qua non* del resultado, exige, una vez trasplantado el ámbito jurídico penal, que sea relevante desde el plano de la tipicidad, o sea conforme al «sentido» del correspondiente tipo, el cual inspira a su vez en condiciones generalmente apropiadas o adecuadas. Es decir, que la llamada causalidad adecuada basada en la marcha normal de las cosas, en el curso de la vida, ha de estar enmarcada en los límites de la tipicidad.

Tal pensamiento evolutivo ha sido ya acogido por la jurisprudencia (SS 13 de octubre 1987 y 12 de junio de 1989).

Cifándonos ahora al tema de la indemnización de perjuicios, dos son los parámetros que gobiernan el tema: Primero, el de la constancia de tales perjuicios (lo mismo que los otros dos extremos de la responsabilidad civil, desposesión de la cosa y reparación del daño), lo que supone la existencia de un delito que los produzca (no todos los delitos los causan, pese al tenor absoluto del art. 19 CP) y que se den por la sentencia las bases de tales perjuicios, lo que es particularmente visible en delitos de lesiones en el que además del tiempo de curación o sanidad y de incapacidad temporal o permanente para el trabajo, son también de importancia a los efectos que tratamos las llamadas secuelas o consecuencias más o menos dura-

deras de las lesiones para la integridad física y psíquica del lesionado, sin olvido tampoco del daño moral para el caso de que exista. Estos datos de hechos que sirven de base para la indemnización, es norma jurisprudencial, que su omisión da acceso al recurso de casación, a diferencia del *quantum* de la indemnización que es cuestión reservada al prudente arbitrio de los Tribunales de instancia (SS. 28 de febrero y 8 de julio de 1986, 10 de julio de 1987 y 14 de julio de 1989).

La segunda cuestión a considerar alude ya a la relación de causalidad entre la infracción y el perjuicio. En principio, se considera por la doctrina que deben ser indemnizados todos los perjuicios, tanto directos como indirectos, debido sin duda a la influencia del art. 1.107 CC que, como ya hemos visto, establece que «en caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Como en caso de culpa del deudor (perjuicios previsibles) responderá éste de los que sean consecuencia necesaria del incumplimiento. Se ha pensado que si esto es así para el deudor, el autor de una infracción punible no puede merecer trato más benigno en este punto.

Sin embargo, la doctrina civilista como la penalista, conscientes de que la aceptación de postulados tan amplios (los propios de la equivalencia de condiciones) conducirían a una responsabilidad sin límites, acuden a criterios inspiradores en la teoría de la adecuación y relevancia. Incluso hay autores, especialmente germánicos, que entienden que la causalidad en Derecho civil se subordina al postulado de la tipicidad (que como es sabido sólo es propio del Derecho Penal) o la aptitud general de la causa para la producción de consecuencias de la clase dada, es decir, a la denominada adecuación. A tales conceptos cabe reconducir las indefinidas categorías de la causalidad directa y necesaria, con lo cual se logra, por otra parte, adoptar una noción causal para la responsabilidad civil *ex delicto* que no está en distonía con la que rige en la teoría general del delito.

Tercero. Las nociones que acaban de asentarse tienen particular relevancia para la cuestión íntimamente ligada a ellas de la interrupción del nexo causal y criterios que deben adoptarse para fijar los límites de tal interrupción o ruptura. Así como en la afirmación de la causalidad no faltan ya en la jurisprudencia referencias más o menos precisas a los criterios acabados de exponer (S. 24 noviembre 1989), es en este punto de la interrupción del nexo causal (aspecto negativo de la causalidad) donde se echa de ver mejor la mayor o menor amplitud que nuestra praxis otorga a la idea de la causa (aspecto positivo de la causalidad).

Ausente, también en este punto, de un asidero legislativo, la jurisprudencia a través del «accidente extraño», viene a coincidir con el criterio de otros Códigos (el italiano de modo especial) que distinguen entre causas antecedentes, concomitantes o posteriormente a la acción delictiva. Tales concausas no afectan al nexo salvo las posteriores o sobrevenidas, si tienen, por sí mismas, eficacia para determinar el resultado. Así, factores preexistentes a la acción (como «lesiones orgánicas anteriores de la víctima», «constitución física del herido», «predisposición del paciente») no viene a interrumpir el nexo causal. Tampoco lo alteran las condiciones concomitantes («infección de las heridas» como más típica, o la «ausencia de facultativos que puedan auxiliar a la víctima con prontitud»). En cuanto a los cursos causales sobrevenidos, ya sean producidos por la propia víctima o por terceros, el TS tiende a considerar interrumpido el nexo causal si tales hechos sobrevenidos son intencionales o doloso, e incluso si se deben a la imprudencia del lesio-

nado o de un tercero. No hay que decir que en caso de delitos de imprudencia, la concurrencia de conductas (de autor y víctima como más típico), elimina la relación de causalidad si el resultado punible se hubiera producido igualmente, aunque el autor hubiera obrado con la debida diligencia (SS. 31 octubre 1987, 5 octubre 1988, 2 marzo 1989, 8 septiembre 1989).

Cuarto. Aplicada la anterior doctrina al caso *subindice*, no duda de que en él se cumplen los dos factores que hemos visto exigidos por la indemnización de perjudicados decretada por la sentencia recurrida.

La constancia detallada de los perjuicios se dan en el *factum* cuando describen las lesiones que afectaron al intestino delgado del agredido, que hicieron necesaria la intervención quirúrgica, que degeneró en una trombosis de la arteria mesentérica que requirió nuevo tratamiento y sucesivas reintervenciones, curando el lesionado a los trescientos treinta y ocho días de asistencia con las secuelas de notable pérdida de peso, ausencia casi total de la parte de intestino referida, impotencia para el coito, mareos continuos, deambulacion asistida y absoluto mantenimiento de régimen alimenticio especial. Como se ve, se dan las bases tácticas para sentar la indemnización por secuelas, único punto accesible a la casación, puesto que el *quantum de* aquélla queda librado a la discreción judicial, con tal de que no rebase las cantidades pedidas por las acusaciones, cosa que también se ha observado en la sentencia.

En cuanto a la existencia de nexa causal y a la aducida ruptura del mismo debido a la condición patológica de la víctima (arteriosclerosis según el recurrente), la sentencia recurrida alude a tal condición patológica del agredido y dice pudo tener influencia en la evolución del posoperatorio; pero es que aun cuando fuera segura tal influencia, ya hemos visto que se trata de una condición preexistente que no tiene poderío para excluir el nexa causal en la gravedad de las lesiones producidas. No se trata, pues, de una presunción judicial que sienta la sentencia respecto a las complicaciones surgidas como consecuencia de la necesaria operación. Esta, como las sucesivas intervenciones, se hicieron necesarias para salvar la vida del paciente. Y es natural y lógico que en el caso de autos influyeran la edad del lesionado y la patología anterior del mismo. Por tanto, el curso causal entre la agresión y las lesiones, como sus posteriores incidencias, es conforme a la marcha normal de las cosas en el caso contemplado. En definitiva, hay causalidad adecuada y relevancia jurídica conforme al tipo de lesiones producidas que afectaron a una zona vital del organismo.

En consecuencia de todo ello, el motivo debe ser desestimado.

ARTICULO 33. PRISION PREVENTIVA. ABONO EN CAUSA DISTINTA

(STS de 15 de enero de 1991. Pte. Sr. Moyna Menguéz)

Unico. El abono de la prisión sufrida fue expresamente reconocido en el primer Código Penal español de 1822, cuyo art. 98 disponía que «el tiempo que hubiese estado será contado como parte de la pena». Los Códigos posteriores desconocieron este principio, lo que obligó a la promulgación de disposiciones especiales, como fueron los Reales Decretos de 9 de octubre de 1853 y 2 de noviembre

de 1879, en los que se concedía un abono limitado del tiempo de prisión preventiva. La Ley de 17 de enero de 1901 vino a dar una regulación a la materia —su vigencia en el aspecto procesal es la que autoriza el presente recurso—, pero sólo permitiría el abono de la prisión a quienes fueron condenados a penas correccionales, y en otros casos se computaba la mitad. La actual redacción del párrafo primero del art. 33 del Código Penal, procedente de la reforma de 1932, establece que la prisión preventiva se abonará «en su totalidad», y este Tribunal Supremo iniciando una interpretación amplia del precepto, ha considerado de abono el tiempo de detención y el arresto del quebrado (sentencias de 30 de enero de 1906, 26 de noviembre de 1946, 13 de mayo de 1958, y 24 de febrero de 1984), y en la misma línea, que es expresión del «espíritu de amplitud y generosidad a favor del reo que inspira la finalidad del precepto» (sentencia de 3 de noviembre de 1958), puede sostenerse —separándose de la estricta literalidad del precepto legal— la posibilidad de extender el beneficio del abono de la prisión preventiva en causas distintas a las que motivaron la condena, como medio hábil para que la prisión preventiva sea abonada «en su totalidad» y realizar así el fin de justicia material a que el precepto tiende, siendo un argumento sistemático que apoya esta tesis del párrafo segundo del art. 70.2 del Código Penal que permite la acumulación jurídica de la pena para determinados delitos aunque hayan sido en distintos procesos, pues al ser la liquidación de condena conjunta el tiempo de duración de las posibles prisiones preventivas sufridas en las diversas causas acumuladas se abonarán en la suma total.

Pero esta transmisión de la prisión preventiva de un procedimiento a otro tiene el límite de que las causas hayan estado en coincidente tramitación. La prisión preventiva no abonada en una causa —por exceder de la pena impuesta o por absolución— no puede permanecer en expectativa de futuro, según expresión de un razonado estudio doctrinal, y aplicarse a los posibles delitos que puedan cometerse; debe exigirse un paralelismo o coetaneidad en la tramitación de las causas para no generar, en quién tiene a su favor un tiempo de prisión preventiva, un crédito o saldo positivo de días a cuenta para un futuro delito, que repugna a la lógica y a los fines preventivos de la pena. En el supuesto contemplado, el sujeto ahora condenado fue absuelto con fecha 20 de junio de 1981 de los delitos de amenazas, violación y robo con intimidación en causa 74 de 1979, acordándose en la sentencia su inmediata libertad al hallarse en prisión preventiva desde el 19 de abril de 1979; y, por sentencia de 16 de febrero de 1987, fue condenado por robo intimidatorio y tenencia ilícita de armas a las penas de un año y de dos años de prisión menor por hechos cometidos el 17 de marzo de 1986, ejecutoria en la que el Tribunal Provincial hizo abono de la prisión preventiva sufrida en la causa de la que fue absuelto, finalizada cinco años antes.

La disponibilidad de los días de prisión preventiva excedentes de la pena impuesta o en el caso de no haberse impuesto pena alguna por absolución, puede reconocerse al condenado en causas que están pendientes simultáneamente, no para las causas futuras, en este caso incoada cinco años más tarde, pues ello equivaldría a una patente de impunidad para futuros delitos, siendo significativo que el anteproyecto de Código Penal de 1990 (art. 53) permita el abono en otras causas «siempre que hubieran tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión»; y no es válida en este supuesto, como argumento analógico utilizado por el Auto

recurrido, la llamada al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al art. 70.2 del Código Penal, porque ambos preceptos se refieren efectivamente a varios procesos, pero vinculados por la conexión que define el art. 17 de la Ley Procesal citada, y es presupuesto de la conexidad la pendencia «simultánea» de dos o más causas, y un nexo entre las pretensiones punitivas que pueden estar en relación de temporalidad —simultaneidad en la comisión—, en la unidad del responsable, o en el enlace objetivo de los hechos; y en este caso hay que poner énfasis en la ausencia de aquel presupuesto —pendencia simultánea de varios procedimientos penales— y en la falta, por tanto, su base legal alguna para transmitir la prisión preventiva sufrida en un proceso finalizado cinco años antes u otro en fase de ejecutoria, sin que las razones de justicia material sean actualmente invocables por la posibilidad de exigir una reparación en la vía procesal específica que abre el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. ANIMO TENDENCIAL

(STS de 4 de febrero de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Tercero. A) El delito de desórdenes públicos, del art. 246 del Código Penal, se había configurado en la jurisprudencia de esta Sala, tradicionalmente, entendiéndose que el ánimo de atentar contra la paz pública, tenía un carácter medial, en el sentido de que se atacaba la expresada paz como forma instrumental de posesión social o pública. Tal exégesis, se ha mantenido en numerosas sentencias, así las de 13 y 25 de febrero, 21 de abril, 24 y 28 de octubre y 21 de diciembre de 1987, y hasta cierto punto, la de 2 de mayo de 1988; pero ya en las de 25 de febrero, citada, se formuló voto particular, manteniendo la tesis contraria, rechazando tal interpretación, que es la seguida por la de 30 de abril de 1987, continuada por las de 6 de febrero, 17 de marzo y 12 de junio de 1989.

En ellas, se mantiene que, el delito de desórdenes públicos, se integra por cuatro elementos, debiendo concurrir todos para que el comportamiento delictivo se produzca: 1) Sujeto activo plural. 2) Producción de un resultado concreto legalmente previsto. 3) Que tal resultado altere el orden público, y 4) Que los autores pretendan atentar contra la paz pública.

Los hechos son similares a los del caso aquí enjuiciado. Una movilización de agricultores en protesta por la política agraria del Gobierno, llevaron a cabo un corte en la confluencia de la carretera C-527 en su cruce con la local ZA-303 kilómetro 15, atravesando tres tractores, y manteniendo aquél, impidiendo el tránsito de vehículos, desde las 17,15 a las 18 horas, siendo restablecida posteriormente la circulación, todo ello con la finalidad de llamar la atención sobre su descontento con la política gubernamental. No es cuestionable el que el sujeto activo fue plural, y que los agricultores obstaculizaron la circulación de la carretera. Dudosos es que se haya producido un desorden de cierta entidad, puesto que si es más leve ha de tener en encaje sistemático diverso. En el *factum* no consta que la ocupación de la calzada, produjese la detención de un número elevado o reducido de vehículos, ni que el hecho ocasionase o no, evidentes molestias a los

usuarios, lo que, *ab initio*, impide valorar adecuadamente la gravedad de la obstaculación, sobre todo al tratarse de carretera de segundo orden (comarcal y local) con poco tránsito.

Por otra parte, el propósito que guiaba a los agricultores era «llamar la atención sobre su descontento con la política gubernamental» sin que, indudablemente, pretendiese atentar contra la paz pública. Por ello, dichas sentencias, aprecian la falta del elemento subjetivo del injusto que configura el tipo legal de desórdenes públicos, al no poderse equiparar las expresiones «atentar contra la paz pública o alterar el orden». El elemento en cuanto subjetivo afecta a la culpabilidad, pero en cuanto integrante del tipo, atañe a la antijuricidad, siendo esencial en la determinación de la antijuricidad de la conducta, la actitud anímica, que el sujeto ha unido a ella, y que se refleja en el tipo. Y en todo caso, las normas han de interpretarse, según el art. 3.1 del Código Civil, en atención a la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas. Y el reproche social que hoy debe efectuarse, ha de tomar en consideración no sólo el resultado producido, el corte al tráfico temporal, y levemente de una carretera, sino al por qué de aquel resultado, es decir, sus motivaciones.

B) Al haberse probado que la conducta de los manifestantes fue pacífica, sin que se hubiese alterado el orden público con peligro para personas y bienes, primero de los requisitos que exige inexcusablemente el art. 21.2 de la Constitución Española, pues el único derecho que la Constitución protege es el derecho de manifestación «pacífica y sin más», y por otra parte no se ha acreditado que los manifestantes no hubiesen acreditado a la Autoridad gubernativa la realización de la manifestación, es necesario concluir que los recurrentes no han tipificado la conducta descrita en el art. 246 del Código Penal, al ejercitar su derecha fundamental de manifestación —cfr. Tribunal Constitucional Sentencia 59/1990 de 29 de marzo—.

ARTICULO 254. TENENCIA ILICITA DE ARMAS. PISTOLA SIN CARGADOR

(STS de 20 de enero de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)

Segundo. 1) El respeto obligado al relato de hechos probados que viene impuesto por la línea casacional adoptada por la representación del recurrente nos remite a su contenido para comprobar la viabilidad de la pretensión deducida. En el relato fáctico se describe el calibre, marca y modelo, así como el número de fabricación del arma ocupada en el domicilio del procesado. Se afirma, además, que era el propietario de la pistola y que su mecanismo era de doble acción, sistema semiautomático y de tiro a tiro, confirmándose que se encontraba en perfecto funcionamiento si bien no tenía cargador. Termina recogiendo, como dato complementario, que el procesado carecía de la documentación precisa para justificar la pertenencia del arma de fuego.

2) El fundamento de derecho primero, cuyo carácter integrador del hecho reclama el propio recurrente, incide de nuevo sobre el perfecto estado de funcionamiento razonado, acertadamente, que la falta de un elemento reemplazable como el cargador no la convierte en un artefacto inservible, sino que se encuentra en condiciones idóneas para disparar, incorporándole un accesorio como el carga-

dor, sin necesidad de realizar ninguna otra operación de ajuste. A mayor abundamiento, aun sin el repuesto podía efectuar disparos tiro a tiro, introduciendo una bala en la cámara con la ayuda de un punzón, bolígrafo u otro elemento semejante, lo que la convertiría en un artefacto idóneo para el disparo, sin necesidad de retocar o reparar ninguno de sus elementos esenciales. Por estas mismas razones la sentencia descarta como arma a integrar en el hecho punible, un revólver que estaba inutilizado para disparar por faltarle el muelle percutor, mecanismo de extracción y cachas.

ARTÍCULOS 322 y 470. USO PÚBLICO DE NOMBRE SUPUESTO. USURPACION DE ESTADO CIVIL. DIFERENCIAS

(STS de 26 de marzo de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)

Primero. El art. 470 CP castiga con las correspondientes penas al «que usurpare el estado civil de otro». Según sostiene la doctrina, este delito está constituido por la ficción del agente de ser una persona ajena con ánimo de usar de sus derechos; y que, por ello, no es bastante para la existencia de tal delito arrogarse una personalidad ajena asumiendo el nombre de otro, ya que, como ha declarado la jurisprudencia, es condición precisa que la sustitución de persona se lleve a cabo para usar de sus derechos y acciones (*vid.* SS. 5 mayo 1887, 7 octubre 1892, 16 abril 1901 y 15 diciembre 1982). En este sentido, dice esta última sentencia, que «... el verbo usurpar en su acepción gramatical significa el quitar a uno lo suyo y en su más amplia, arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, esto es, fingir su personalidad para usar de los derechos que le pertenecen...».

En mismo sentido, dice la S. 23 mayo 1986 que en el art. 470 se describe y sanciona el denominado delito de usurpación de estado civil, del que doctrinalmente se han dado muchas definiciones, «... la más antigua de ellas entiende que usurpar el estado civil de una persona es fingirse ella misma para usar de sus derechos, es suplantar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales, es la falsedad, aplicada a la persona y con el ánimo de sustituirse por otra real y verdadera...»; añadiendo que «no es bastante, para la existencia del delito, con arrogarse una personalidad ajena, asumiendo el nombre de otro para un acto concreto; es condición precisa que la suplantación se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la personalidad sustituida...». Constituye, pues, exigencia de este delito un elemento subjetivo del injusto —que no aparece en el tipo legal—: el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada (*vid.* SS. 21 diciembre 1893 y 16 abril 1901).

Plantea la figura penal aquí examinada el problema de marcar las líneas o rasgos distintivos de la misma frente a la de «uso público de nombre supuesto» (*vid.* art. 322 CP), con la que tiene muchos puntos de contacto, declarando en síntesis, a este respecto, la S. 15 diciembre 1982, que en el delito del art. 322, el autor «se limita a enmascarar o a disfrazar su propia identidad, pero sin suplantar o atribuirse otra ajena, ni subrogarse, o intentarlo, en la posición jurídico-familiar de otra persona».

Segundo. En el presente caso, partiendo del obligado respeto al relato fáctico de la sentencia recurrida (*vid.* art. 884.3 LECr.), es preciso tener en cuenta que —

como se dice en el mismo— el procesado «ideó buscarse una nueva identidad» al objeto de eludir la responsabilidad criminal que pudiera derivarse de la causa 123/1980 que por los presuntos delitos de desertión y fraude se le instruyó por la autoridad militar de la III Región Militar..., causa en la que se halla declarado rebelde», con tal fin, tras sacar una certificación de nacimiento de su hermano Juan — «del que no hay constancia en las diligencias de si vive o ha fallecido»—, solicitó y obtuvo un DNI con tal nombre, y, luego, un permiso de conducir, en igual forma.

Así, con la referida identidad falsa, el procesado intervino en el acto de la vista del juicio oral, celebrada en la AP Córdoba, en el mes de mayo 1982, en la causa 139/1980, siendo condenado con tal nombre. Posteriormente, según se precisa en el *factum*, «en todas las ocasiones en que ha sido detenido o iniciado diligencias por presuntos delitos ha manifestado y aportado para su identificación los documentos que obtuvo con el nombre de Juan, como hizo en Alicante en fecha 6 septiembre 1984, en Valencia el 18 junio 1985 y en Palma de Mallorca el 15 octubre 1986...».

Es patente, por lo anteriormente dicho, que el procesado no actuó con el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada, es decir, de su hermano Juan, respecto del cual dice el *factum* de la sentencia recurrida que no consta si vive o ha fallecido; hipótesis, esta última, en que se discute la posibilidad de que pueda existir el delito de «usurpación del estado civil» (*vid.* S. 5 mayo. 1887). Su único propósito no fue otro que el buscarse una nueva identidad para eludir la acción de la justicia. Consiguientemente, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento anterior, es preciso concluir que la conducta descrita en el relato histórico de la sentencia recurrida no es constitutiva del delito de usurpación del estado civil del que viene acusado y por el que ha sido condenado el hoy recurrente.

Por el contrario, aquélla encaja perfectamente en el delito de «uso público de nombre supuesto», previsto y penado en el art. 322 CP, y concretamente en el subtipo agravado del párr. 2 de dicho precepto, por cuanto, al usar el procesado el nombre de su hermano Juan, lo hacía con el propósito de «eludir la responsabilidad criminal que pudiera derivarse de la causa 123/1980», instruida por la autoridad militar de la III Región Militar.

ARTICULO 325 BIS. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. OBSTRUCCION. DOCTRINA GENERAL

(STS de 22 de febrero de 1991. Pte. Sr. Soto Nieto)

Cuarto. Partiendo de la intangibilidad de los hechos considerados probados, la presencia del delito tipificado en el art. 325 bis CP está fuera de toda duda. El Cap. 1 Tít. IV, Libro II CP, se enriqueció con la incorporación de unas nuevas figuras delictivas asumidas en la reforma llevada a término por la LO 8/1983 de 25 junio, al adicionar el art. 325 bis, reproducción del art. 436 Propuesta de Anteproyecto del Nuevo CP y en directa conexión con el art. 512 del Proyecto de LO CP, que incluía entre los delitos contra la administración de Justicia y bajo la rúbrica de «Obstrucción de la justicia», los tipos que ahora aparecen incorporados al referido

art. 325 bis, con determinadas modificaciones. En todos ellos alienta la idea básica de protección a la libre administración de justicia, subordinada a la posibilidad y garantía de desarrollo de un proceso al que pueda llegarse merced al normal ejercicio de las facultades de denuncia o postulación, ausente, asimismo, de trabas, constricciones o condicionamientos, y en el que puedan confluír, sin violencias físicas o morales que las eliminen o desvíen, las aportaciones de cuantos, fuera de los que oficialmente integran o sirven al Tribunal, son llamados para hacer llegar al mismo sus experiencias o conocimientos fácticos, periciales o científicos; preservación que se busca también *a posteriori*, sancionando a quienes urdan represalias o venganzas contra aquellos promotores o colaboradores del proceso. Cifrándose el bien jurídico protegido por el precepto no sólo en el más elevado y conspicuo de la regular administración de justicia, salvaguardando la posibilidad de plena información del Tribunal para la más adecuada resolución en el fondo, así como el buen funcionamiento de los dispositivos procesales, sino también, otros bienes privados tan preciados como la libertad, la vida, la integridad, seguridad o patrimonio de las personas, merced a cuyo atentado se busca o pretende alterar la marcha de la justicia. Como expresa la S. 23 julio 1988, el bien jurídico protegido es, en ambos párrafos, el mismo, de modo próximo, la Administración de Justicia, cuyos medios personales de actuación se ven privados de su libertad de decisión o de cooperación, y, más remotamente, la voluntad y la seguridad, cuando no la vida o la integridad personal, de las personas a que se refiere el precepto. El supuesto a que provee en el art. 325 bis. 1 radica en el ejercicio de cualquier forma de violencia física o moral proyectada sobre las personas que se enumeran, merced a cuya instrumentación se intentare, contando con el efecto paralizador o intimidatorio provocado, la consecución de alguno de los comportamientos neutralizadores, omisivos o desleales a que se alude. Nos hallamos ante un delito de tendencia o de actividad —no se exige la producción de un «resultado»—, lo que conlleva la imposibilidad de admisión de formas imperfectas de ejecución (Cfr. SS. 9 mayo 1986, 23 julio y 21 septiembre 1988 y 16 mayo 1990). La conductas esperadas o forzadas en el sujeto pasivo consisten en retractarse de su denuncia, desistir de la acción, dejar de prestar su declaración, informe o traducción, o prestarlas desviadamente. El párr. 2 recoge la actuación en represalia —en su sentido extensivo de daño causado a otro como venganza— contra las personas enumeradas en el párrafo precedente, en razón a su actuación en un procedimiento judicial. La conducta típica habrá de consistir en un atentado contra la vida, integridad, libertad, seguridad o bienes de los sujetos pasivos típicos. Igualmente nos encontramos ante una infracción tendencial; la lesión o resultado, de producirse, consumará un delito en concurso, pero siendo irrelevante para la consumación del delito de base, inexistente de tal requisito consumativo. No sólo se excluye la ejecución culposa, sino que la finalidad de represalia es exigencia del tipo.

ARTICULO 335. APROPIACION INDEBIDA. CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. IMPOSIBILIDAD REAL DE PAGO

(STS de 15 de enero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Segundo. Cierto es que una reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala ha venido declarando (SS., por ejemplo, de 21 de diciembre de 1978, 22 de

enero de 1979, 23 de junio de 1980, 25 de marzo de 1981, 28 de abril de 1983, 7 de junio de 1984, 20 de diciembre de 1985, 24 de febrero de 1986 y 11 de noviembre de 1988) que pueden residenciarse en el tipo delictivo de la apropiación indebida aquellos supuestos en que, producidas las retenciones correspondientes a pagos fiscales o de seguridad social no se haga efectivo su ingreso en los organismos correspondientes, con base (lo que ciertamente no parece compararse estrictamente con las exigencias de taxatividad de los tipos penales y de vedada analogía en contra del reo) en la estimación de que existe la figura jurídico-civil del «*constitutum possessorium*»; no es menos cierto que esta misma doctrina ha matizado su aparente generalidad al señalar que ello ocurre cuando «la efectiva continuidad de la relación laboral revela la efectiva disponibilidad de las cuotas» (S. de 7 de octubre de 1986), indicando que «exige para que se dé el delito de apropiación indebida, la efectiva disponibilidad de tales cuotas por el empresario en cuanto éste paga al obrero su salario, pero retiene una parte para darle el destino social o fiscal de que se trata, pues en tal caso puede decirse que la retención de la posesión, con correlativo traslado al trabajador de su cuota, es real y no ficticia, pero si la empresa perdió capacidad del pago debido a sus obreros, entonces no puede haber retención de lo que no podía entregarse y se estaría en una ficción jurídica o en una aplicación por analogía contraria a los postulados del derecho penal (SS. de 7 de octubre de 1987 y 1 de enero de 1989)». Tal doctrina, ya con anterioridad mantenida por la jurisprudencia de esta Sala en las SS. de 23 de junio de 1980, 7 de julio de 1984 y 20 de diciembre de 1985, se ajusta plenamente a la situación fáctica contemplada en la sentencia sometida a recurso y que precedentemente se reprodujo en lo esencial y por ello el recurso debe ser desestimado.

ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. NOTORIA IMPORTANCIA. HEROINA

(STS de 14 de febrero de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. Esta Sala ha declarado reiteradamente que para apreciar el subtipo agravado, tiene mayor trascendencia la cantidad de droga que la pureza de la misma, por la literalidad del precepto, y la peligrosidad a su vez, de las sustancias adulterantes. En todo caso, dada la cantidad de heroína objeto de tráfico, 255,420 gramos, es indudable que aquélla ha de reputarse de notoria importancia, pues apreciándose la existencia del subtipo aludido conforme a la doctrina jurisprudencial, a partir de los sesenta u ochenta gramos, dada la droga aprehendida, aunque su grado de pureza no fuera elevado, siempre habría de exceder de la cuantía mínima ya señalada como precisa para la existencia del subtipo agravado. Y a ello puede añadirse el valor apreciado por los 255,420 gramos, que es según el *factum* de 7.860.000 pesetas, es decir a unas 30.000 pesetas gramo, lo que indica su alta calidad, ya que nadie pagaría tan elevado precio si no es por un producto de excelente factura. Procede, pues, la desestimación del motivo, y del recurso en su integridad —cfr. T. Supremo 5 de abril 1990 y 14 de septiembre 1989—.

**ARTICULO 349. DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA.
FIJACION DE LA CUOTA DEFRAUDADA**

(STS de 9 de febrero de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)

3. Los motivos tercero y cuarto se fundamentan en que si como consecuencia de la elevación del precio pactado al normal del mercado se produce el hecho imponible ello podría dar lugar a que la Inspección tributaria levante el correspondiente acta, pero no imponer una sanción ni siquiera de carácter administrativo, menos aún penal. El motivo cuarto parte de que constituye un requisito implícito del tipo delictivo contemplado en el art. 349 del Código Penal la existencia de una liquidación previa practicada por la Administración tributaria en la que se fije la exigencia del hecho imponible, la base, el tipo y la cuota defraudada.

Ambos motivos olvidan que tras la modificación parcial de la Ley General Tributaria por Ley de 26 de abril de 1985, y la derogación de forma expresa por L.O 2/85, de 29 de abril del anterior art. 37 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, el vigente art. 77.6 de la Ley General Tributaria establece que en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delitos contra la Hacienda pública regulados por el Código Penal, la Administración se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme. No existe cuestión prejudicial administrativa, ni compete a la Administración fijar la cuota defraudada. Tal fijación corresponde al Tribunal juzgador, de acuerdo con la valoración de la prueba practicada en el juicio oral y sin sujeción al acta que aquélla pudiera haber levantado, de conformidad con lo establecido por el art. 741 de la L. E. Criminal. Como así hizo: la cuota defraudada ascendió a 10.701.276 pesetas.

Ninguno de los dos motivos puede prosperar.

**ARTICULO 357. PREVARICACION. JUEZ DE PAZ. RETARDO
MALICIOSO**

(STS de 15 de marzo de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. Se pretende negar la concurrencia de «malicia» en el comportamiento del procesado que tan sólo se proponía, se afirma, dar cumplimiento del acuerdo judicial que su cargo de Juez de Paz le imponía, ya que pretendía resolver la obligación, pagando como realmente hizo.

Obrar con malicia, como enseñó alguno de nuestros mayores dogmáticos, es obrar a conciencia de que se procede mal. Al menos la figuras que incluyen este elemento subjetivo en el tipo requieren que el autor conozca la significación anti-jurídica de su comportamiento. Componente subjetivo que como tal se exterioriza de la misma forma que los objetivos y que ha de deducirse de éstos. Y el actuar externo evidencia sin asomo alguno de duda que el retardo en la administración de Justicia fue malicioso, como se manifestó en el fundamento jurídico primero de la Sentencia: El Juez acusado, lejos de abstenerse, como hubiera debido hacer por tratarse de un asunto propio para que interviniera el Juez de Paz sustituto, ordenó retener el exhorto para ganar tiempo, paralizando voluntariamente

la tramitación de la reclamación en su contra durante un año, plazo excesivo e injustificado que perjudicó los intereses legítimos de la entidad acreedora, sin que sea posible alegar ignorancia o falta de malicia ya que es hecho probado que el Secretario del Juzgado le recordó en reiteradas ocasiones que debería darse curso al exhorto citado.

El motivo no puede prosperar.

ARTICULO 407. HOMICIDIO. RELACION CAUSAL. IMPUTACION OBJETIVA. FIN PROTECTOR DE LA NORMA

(STS de 25 de enero de 1991. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Primero. En la antigua jurisprudencia de esta Sala, y sobre el tema de la relación causal que suscita el motivo quinto del recurso —primero de los admitidos—, fue teoría predominante la de la equivalencia de las condiciones, pasando después a adoptarse el criterio de la causalidad adecuada; no obstante, algunas resoluciones ya intuyeron matices diferenciales en el nexo causal cuando contraponían causalidad «material» a causalidad «jurídica», al distinguir los aspectos «ontológico» y «normativo» de la causalidad, o cuando preconizaban, para restringir el ámbito de la teoría de la condición, una selección entre las posibles causas con el fin de establecer la «eficiente», «principal», «adecuada», o la más «relevante» o «trascendente». La sentencia de 20 de mayo de 1981 separaba en distintos planos la relación causal y la llamada imputación objetiva, acudiendo para determinar aquélla a la teoría de la equivalencia de condiciones, y hacía de la imputación objetiva del resultado una categoría independiente y separada, de carácter normativo e inscrita en el ámbito de la tipicidad, que elegía la condición por sus notas de adecuación o eficacia; una sentencia posterior, datada el 5 de abril de 1983, insistía en esta nueva vía jurisprudencial y mantenía la adecuación como uno de los criterios de imputación objetiva, no el único, refiriéndose enunciativamente a la relevancia, a la realización del peligro inherente a la acción base, al incremento o disminución del riesgo, o al fin de protección de la norma, todos ellos con el común designio de acotar objetivamente al ámbito de la responsabilidad del sujeto, antes de actuar los criterios subjetivos inherentes al juicio de culpabilidad, que en principio, se utilizaron en exclusividad para restringir el amplio e insatisfactorio campo de la teoría de la condición.

Esta compendiada referencia de antecedentes invita a retomar la línea jurisprudencial iniciada, precisando que la causalidad es el nexo que ha de concurrir entre acción y resultado para que éste pueda imputarse al autor como hecho propio, y exige la comprobación de que el resultado típico es producto de la acción, la cual ha de estar entre las condiciones del mismo, pero, además, es necesaria una relación específica que permita imputarle objetivamente al sujeto; hay, consiguientemente, un primer plano de causalidad en que operan criterios derivados de las leyes naturales y de la experiencia científica, y una primera corrección de su ámbito, de naturaleza normativa, que constituye la imputación objetiva del resultado, para el que se vino utilizando el criterio de la adecuación, aunque al depender de la experiencia general y de la probabilidad, sus soluciones no eran muy limitadas y resultaban contaminadas por apreciaciones pertenecientes al juicio de culpabili-

dad. Un avance de importancia decisiva, en ese designio de restringir la amplitud de la teoría de la equivalencia de condiciones, ha sido el criterio de la relevancia jurídico-penal que las selecciona, en cada caso, según el sentido del correspondiente tipo penal —conducta ajustada al tipo—, y en él reside el germen o esencia de la teoría de la imputación objetiva que toma en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma de suerte que es objetivamente imputable un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado mediante una acción, creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado.

Los hechos relatados en la sentencia recurrida se concreta en un disparo por arma de fuego que penetró entre séptimo y octavo espacio intercostal interesando, entre otros órganos, el bazo y el colon transversal, provocando la salida de heces y un proceso de peritonitis que veintisiete días después terminó con la vida de la víctima por un fracaso multiorgánico; y al aplicar a los mismos el criterio doctrinal antes expuesto, no puede cuestionarse que, en el plano de la causalidad natural u ontológica, la acción fue causal del resultado, y éste es objetivamente imputable al acusado y recurrente porque el disparo creó un riesgo en el ámbito de protección de la norma penal que protege la vida humana, siendo la muerte acaecida la realización de este riesgo, al que pertenece también la infracción y peritonitis consecutiva. Y se realizó el riesgo creado por el acusado y no el proveniente de una errónea intervención médica, que es la tesis sugerida por el recurso, porque la operación a que fue sometida la víctima a raíz de los hechos trató de cohibir la hemorragia y la salida de heces sin conseguir el control del proceso peritonítico por las razones que explica la sentencia recurrida, siendo la intervención quirúrgica adecuada a la situación de urgencia, aunque otras causas, entre ellas la explectomía, contribuyeron a disminuir las defensas orgánicas del paciente, sin que los medios interpuestos: lavados, drenajes, tratamiento de antibióticos, y una segunda operación pudieran evitar el cuadro septicémico terminal.

Procede, en definitiva, desestimar la impugnación que cuestiona la relación causal.

ARTICULOS 429.1 Y 480. VIOLACION. DETENCION MEDIAL DE TERCEROS

(STS de 8 de abril de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)

Llegados a este punto, parece obligado distinguir dos tipos distintos de «necesidad», en la relación de medio a fin, para la comisión de determinados delitos. Existe, en primer término, una «necesidad en abstracto», en la que la comisión de un determinado tipo de delito demande siempre u ordinariamente la comisión de otro delito distinto. Así sucede, por ejemplo, en la comisión de los delitos de violación, en que, aparte de las agresiones sexuales previas o coetáneas al coito y de algunas posibles lesiones de la víctima inherentes a dicho acto, se da también una privación de libertad ambulatoria de la misma. De otro lado, cabe hablar también de una «necesidad en sentido contrario» la cual surge cuando, en el caso analizado, un determinado delito no puede cometerse sin la previa comisión de otro distinto; sin que ello pueda predicarse genéricamente en todos los supuestos de comi-

sión del primer delito. Este parece, sin duda, el supuesto descrito en el «factum» de la sentencia recurrida. El procesado no podía violar a Jaqueline, si previamente no privaba a su compañera Danielle de su libertad ambulatoria. En definitiva, pues, la privación de libertad ambulatoria a Danielle era «necesaria, en el caso contrario», para violar a su compañera Jaqueline. Solamente en el primer caso debe jugar el principio de consunción. Sólo en él podría plantearse, por tanto, la cuestión del principio «non bis in idem».

En el caso enjuiciado, es patente que, amenazada con una navaja y atada Jaqueline —la joven holandesa violada—, con ultraje no sólo de su libertad sexual, sino también —«necesariamente»— de su libertad ambulatoria, la conducta del procesado respecto de ella, reúne todos los requisitos precisos para la existencia del delito de violación del art. 429.1 del Código Penal. El hecho de que el procesado atase también previamente, a Danielle —compañera de aquella—, para poder cometer la violación, constituye, sin duda, un «plus» de violencia y de antijuricidad que cabe reputar «necesario», para la comisión de esta concreta violación, dadas las circunstancias concurrentes; pero que, en ningún caso, puede considerarse como algo integrante del delito de violación, en su consideración abstracta. Por ende, no debe estimarse subsumida tal acción en una valoración «global» de la conducta del procesado. En este sentido, es verdaderamente significativo que ese «plus» de antijuricidad recaiga sobre un sujeto pasivo distinto de la joven violada, y, en definitiva también, respecto de un bien jurídico protegido distinto del que es propio y específico del delito de violación (la libertad sexual).

Procede, por tanto, estimar el motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, si bien, es preciso reconocer, al propio tiempo, que, dada la concreta relación de medio a fin, de la privación de libertad de Danielle (*vid.* art. 480 del Código Penal) para cometer la violación de su compañera Jaqueline (*vid.* art. 429.1 del Código Penal); ambos delitos deben castigarse de acuerdo con las normas del denominado «concurso medial» del art. 71, párrafo primero inciso segundo del Código Penal.

ARTICULO 440. RAPTO. NATURALEZA. ELEMENTOS. DIMENSION TEMPORAL

(STS de 21 de enero de 1991. Pte. Sr. De Vega Ruiz)

Segundo. El delito de rapto del art. 440 fue redactado últimamente por Ley 46/78, de 7 de octubre. Como se desprende del mismo, la existencia penal de la infracción exige tres condicionantes: a) que se produzca el rapto de una persona (hombre o mujer); b) que sea ejecutado contra su voluntad (excepción de la persona raptada menor de doce años), y c) que el rapto tenga por finalidad atentar contra la libertad sexual del sujeto pasivo.

Son sin embargo distintas las cuestiones que el tipo presenta y que en realidad reflejan las vacilaciones a que han estado los sujetos legisladores a la hora de encuadrar su exacta naturaleza. Desde la consideración como ataque a la familia, pasando por la tesis que se refería a la seguridad y a la libertad en general, hasta

definirlos desde el Código de 1848 como delito contra la honestidad. Mas las oscilaciones, que partían de distintos supuestos según el estado civil de la raptada (entonces sólo se hablaba de mujer) o según las consecuencias que se hubieren originado en ésta, llegaban a preconizar, como juicio condenatorio, la pena de muerte o, en giro copernicano, el obligado consenso con la pertinente indemnización económica.

Al situarnos en los últimos tiempos es curioso que sólo a partir de la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, viene el delito comprendido dentro de las infracciones contra la libertad sexual, aun cuando es cierto que desde la reforma del tipo operada por la Ley al principio de este razonamiento referida, el delito de rapto, aun dentro de los que vulneran la honestidad (en expresión ya felizmente desterrada), suponía un verdadero atentado contra la libertad sexual.

Por rapto, y estamos en el primero de los requisitos, ha de entenderse toda acción que suponga llevarse a una persona consigo contra su voluntad (si se tratare de mayor de 12 años) o con su anuencia (si fuere menor de 12 años). Como sinónimo de secuestro, expresión ésta sin embargo más amplia y genérica que no tiene por qué coincidir siempre con el rapto propiamente dicho, se trata en suma de una «admotio de loco ad locum» aunque su contenido haya de ser mucho más amplio que el de «situar a la mujer fuera del lugar de su domicilio».

Pero este primer requisito obliga a una mayor profundización. Es un delito de mera actividad que no requiere para su perfección la producción de resultado ulterior alguno y que se consuma, en su aspecto objetivo, material, físico y externo, se consuma, se dice, con la simple retención, ciertamente que perfectamente configurada, puesto que la privación de libertad, como ilegal detención del sujeto pasivo, en que se cifra la dimensión del rapto, no precisa de duración mínima alguna (Sentencias de 4 de diciembre de 1987 y 4 de mayo de 1988). Quiere ello decir que tan pronto la víctima sea compelida contra su voluntad y con la finalidad específica que el tipo describe, se consuma la infracción cualquiera que sea la duración de la retención y la distancia a que fuere trasladada, donde quiera que el sujeto pasivo estuviere cuando aquélla se produce.

Es, no hay que ocultarlo, uno de los extremos más discutidos hoy y uno de los que origina criterios dispares en el Tribunal Supremo. El ámbito temporal y el espacial, tiempo de duración y espacio recorrido con la persona raptada, son las cuestiones a dilucidar, si bien el problema espacial podría carecer de mayor trascendencia en supuestos especiales (piénsese en el rapto de la vecina que vive pared por medio).

De la misma manera, si el dolo finalista es atentar contra la libertad sexual, igualmente ha de ser intrascendente si el sujeto activo pretendía el acceso carnal (vaginal, bucal o anal) o sólo quería llegar a una actividad sexual de menor entidad, siempre trascendente en cuanto que como vulneración de la libertad sexual, se avasalla, se comprime y se elimina en todo caso uno de los dones más preciados, la libertad en el sexo, que posee la naturaleza humana, cualquiera que fuere la pretensión que dentro de ese contexto busca el sujeto activo (en el supuesto de que se tenga definido hasta dónde y cómo desea actuar) porque de todas las formas se exterioriza, intrínsecamente, el ultraje a la más elemental dignidad humana, y no se olvide que la consideración y defensa de la libertad llega a todas las cuestiones, a todos los terrenos hasta el sexo, hasta el infinito (*Aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur*).

La Sentencia de 13 de marzo de 1990 matiza por el contrario la duración al exigir una cierta prolongación en el tiempo por lo que la simple traslación de la víctima a otro lugar con una finalidad sexual no tiene por qué constituir ni siquiera la tentativa de la infracción.

En definitiva sería, en tal hipótesis que no compartimos, una cuestión de equilibrio, de límites temporales a estudiar concretamente, lo que en cierta medida es labor a realizar siempre y en todo caso.

Sin embargo pensamos que no habría de juzgar tal consideración restrictiva del tipo cuando, como ahora acontece, la duración, mayor o menor, de esa privación deambulatoria se interrumpe, más o menos brusca o violentamente, por la propia acción del sujeto pasivo que rompe, por así decirlo, la intención criminal con actos propios en momentos en que, y eso no se puede poner en duda, la infracción está consumada porque los requisitos del tipo se cumplieron y la repulsa o reacción violenta del ofendido se propició cuando el núcleo delictivo habíase desarrollado, cuando el ultraje y la vulneración a la libertad sexual habíase ya consolidado. Distinto sería si esa reacción de las mujeres se hubiera producido, con el consiguiente forcejeo, en el instante en que el procesado, por seguir un poco el contenido del «factum», pretendía introducirlas en el vehículo, supuesto en el cual sí podría llegarse a la tentativa.

ARTICULO 480. DETENCION ILEGAL. DOCTRINA GENERAL. DELIMITACION

(STS de 13 de febrero de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)

1. En el hecho probado se declara que los funcionarios de Aduanas fueron colocados e inmovilizados junto a una pared durante una hora u hora y media, tiempo que precisaron para sacar la mercancía del lugar donde estaba almacenada.

Bajo la rúbrica general de delitos contra la libertad y seguridad tienen su encaje en la modalidad delictiva de la detención ilegal y el delito de coacciones. En ambos el bien jurídico genéricamente protegido es idéntico pero sus modalidades comisivas presentan puntos diferentes.

En la detención ilegal se priva al sujeto pasivo de su libertad ambulatoria con una cierta duración en el tiempo por lo que las formas de retención momentánea o pasajera quedará fuera de las previsiones del tipo. La conducta típica que describe el art. 480 del Código Penal consiste en «encerrar» o «detener» privando al sujeto pasivo de la facultad de trasladarse libremente de un lugar a otro.

La detención ilegal en su modalidad de encierro exige por su naturaleza la ubicación de la víctima en un lugar cerrado que impide la salida del mismo. La detención admite la realización o comisión en lugares abiertos pero necesita del empleo de fuerza física o violencia psíquica que prive al sujeto pasivo de su libre capacidad de traslado ambulatorio.

2. No obstante en ambos casos nos encontramos ante una modalidad eminentemente dolosa que exige como elemento subjetivo del injusto el propósito claro y definido de privar al sujeto de su libertad ambulatoria, ya que como tiene señalado alguna sentencia de esta Sala —S. 20 abril 1987—, si no se deduce o

desprende de la acción tal propósito, resulta notorio que sería improcedente la calificación del hecho como detención ilegal.

En la práctica se presentan dificultades para establecer una neta separación entre el delito de coacciones y algunas modalidades de la detención ilegal que coinciden —como hemos dicho—, en torno al bien jurídico de la libertad y seguridad, pero que obedecen a finalidades delictivas. La jurisprudencia de esta Sala ha venido decantándose en favor de la detención ilegal por aplicación del principio de especialidad siempre y cuando la forma comisiva encarnada en los verbos tipo encerrar o detener inflige no sólo un acto coactivo que nadie discute, sino además una agresión inmediata a un derecho fundamental de la persona como es el del su libertad de circulación de la que se aparta de una manera directa e inmediata.

Por el contrario, en las coacciones el empleo de la fuerza física o la violencia intimidativa está encaminada a torcer la voluntad de la víctima, obligándole a comportarse de un modo distinto al que determina su libre voluntad. En el caso presente el ánimo tendencial o finalístico aparece descrito en el pasaje del hecho probado que afirma que la finalidad perseguida por los autores era la de impedir cualquier intervención de los agentes de Aduanas para obstaculizar o evitar que todos los miembros del grupo sacaran las mercancías. La inmovilización duró el tiempo necesario para realizar esta operación, por lo que el elemento subjetivo o ánimo tendencial no aparece reflejado en el relato de hechos ni puede inferirse de su literalidad que más bien parece describir la existencia de un delito de atentado y un delito de robo con violencia e intimidación que, de haberse planteado en la instancia, hubiera permitido penar la conducta que se imputa a los procesados con una pena adecuada a la gravedad de los hechos; pero al ceñirse el recurso del Ministerio Fiscal al punto concreto del delito de detención ilegal no puede prosperar por las razones anteriormente expuestas lo que nos lleva a desestimar el motivo.

ARTICULO 489 TER. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DESATENCION AL ENFERMO. DOLO EVENTUAL

(STS de 7 de marzo de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Primero: Se formula por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim, al entender que la condena por delito de omisión del deber de socorro del art. 489.3.1 CP es incorrecta, teniendo en cuenta que debió aplicarse el art. 565.1 del mismo texto legal, toda vez que el relato histórico está describiendo una conducta temerariamente imprudente, puesto que, a pesar de haber sido advertidos los acusados, en varias ocasiones, del peligro de muerte en que podía encontrarse su padre, marido y suegro, no sólo no hicieron nada por ayudarlo, sino que pusieron todo tipo de trabas a que otros le asistieran, retrasando con ello la acción o auxilio médico.

Ante todo hay que señalar que, atendida la vía impugnativa, obligado resulta el más absoluto sometimiento al relativo histórico de la sentencia de instancia y de ella resultan, entre otros, los siguientes particulares: 1) No está acreditado que la conducta omisiva de los acusados fuera la causante del resultado letal, en el sentido de establecerse una idónea relación de causalidad entre la omisión y el resultado. Sin embargo, sí consta que el fallecimiento, de haberse prestado el auxilio, hubiera sido indoloro y digno. 2) La víctima murió por edema de pulmón agudo,

tras varios días de agonía en su domicilio. 3) La víctima era un alcoholístico y a pesar de tener sólo 52 años era pensionista al estar retirado por enfermedad, y las relaciones con la acusada eran distantes, limitándose a pernoctar en su domicilio, sin que en el mismo se le prestara ninguna asistencia, salvo la limpieza esporádica de la habitación. 4) Los acusados fueron alertados de la carencia de noticias, pese a lo cual no hicieron comprobación alguna sobre su situación.

La sentencia del Tribunal *a quo*, muy razonada y descriptiva, sobre este soporte fáctico, reflexiona hasta alcanzar la calificación jurídica que entendió más correcta.

Esta tarea ha de realizarla también esta Sala dentro siempre de los parámetros y límites que fija el propio contexto del recurso, sin extravasamientos prohibidos.

El delito de omisión de socorro es una figura de omisión pura y consiste en la no prestación de ayuda cuando ésta es necesaria, reduciendo su gravedad o su probabilidad de agravamiento, siempre que tal ayuda implique algún tipo de eficacia. Se trata, según la opinión más generalizada, de una infracción dolosa. En definitiva, con el delito de omisión se ha pretendido transformar el deber moral de prestar auxilio a un semejante que lo precisa en la obligación jurídico-penal, mediante la tipificación de tal insolidaria actividad.

Existe en este caso, por consiguiente y conforme a lo indicado, un dolo eventual. Si admitieron la probabilidad de que el enfermo estuviera en la vivienda y en la cama y no hicieron absolutamente nada por comprobarlo, sin tomar medida alguna para salir de duda cuando los demás familiares lo requerían, consumaron el delito, como bien relata la sentencia de instancia.

No concurren, en cambio, los elementos que caracterizan y dan vida a la imprudencia, entre ellos el resultado lesivo: la muerte no se produjo como consecuencia del comportamiento de los acusados que llevaron a cabo una conducta, desde el punto de vista de los valores sociales, más reprochable, si cabe, que la imprudente, como lo es la de, pudiendo hacerlo prestar un auxilio a una persona, en este caso a un familiar muy directo para aliviar su penosa y triste situación, no lo hicieron. En un orden de valores es más grave el comportamiento sancionado que el que se pretende.

Procede la desestimación del motivo y del recurso.

ARTICULOS 501 y 516 BIS. 1, 2 y 3. UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. ABSORCION EN ROBO

(STS de 16 de febrero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Primero. El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en favor del reo se inicia con un motivo por infracción de ley con sede procesal en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se denuncia la vulneración por aplicación indebida de los párrafos primero, cuarto y quinto del art. 516 bis del Código Penal a los hechos narrados en el apartado B) de la resultancia probatoria de la sentencia ahora sometida a recurso. El sentido final de la impugnación radica en la estimación de que los hechos referidos («amenazando con una navaja a José O.F., conductor propietario del coche Z-5227-B, consiguió que éste le entregara 11.300 pesetas, con las que huyó en el vehículo, que abandonó poco después») integran

un delito único de robo con intimidación en las personas al quedar absorbido el posible tipo de utilización ilegítima de vehículo de motor, por la conexión espacio-temporal, en aquél. El motivo debe ser estimado, por cuanto una muy reiterada y reciente doctrina de esta Sala, abandonando la primera conceptualización de que en tales supuestos existía un concurso delictivo real (SS., entre otras, de 30 de enero y 13 de octubre de 1985) o incluso un concurso ideal en su modalidad medial (S. de 29 de julio de 1987), se pronuncia (SS., entre otras, de 31 de mayo y 4 de julio de 1988 y 20 de enero y 16 de junio de 1989) por la existencia de un tipo delictivo único pese a la desidentidad de los comportamientos y con la finalidad *pro reo* (dada la evidente falta de proporcionalidad punitiva) una conducta dirigida a fugaz utilización temporal con la típicamente conminada de manera no asumible como penalmente parificada al apoderamiento definitivo.

ARTICULO 504.3. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. FRACTURA. CADENA SUJETADORA DE CICLOMOTOR

(STS de 8 de febrero de 1991. Pte. Sr. García de Miguel)

Primero. El único motivo de recursos interpuesto por el Ministerio Fiscal se formula al amparo del n.º 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se denuncia como infringidos los arts. 500, 504.3 y 505 del Código Penal por falta de aplicación y los 514 y 515 por aplicación indebida, y el motivo debe ser estimado dado que la sustracción de un ciclomotor con rompimiento de la cadena con la que se hallaba sujeto a un poste ha merecido la calificación de robo por cuantas reiteradas sentencias se han pronunciado sobre la materia, en las que se ha venido declarando que los términos rompimiento, fractura y quebrantamiento, son sinónimos, en su significación, a la de violentar una cosa con esfuerzo o dejarla fuera de función mediante la fuerza ejercida sobre ella y que el texto de la circunstancia 2.ª del art. 504 no comprende sólo el rompimiento o fractura de puerta y ventana, sino que abarca a las cerraduras de cualquiera de sus elementos, cerrojos, picaportes, aldabas, fallelas, candados y sus anillas de sujeción, cadenas de seguridad o a cualquier mecanismo de cierre o seguridad ya sean mecánicos, eléctricos y electrónicos, en cuanto que el término forzar o el de fuerza equivale a vencer los obstáculos que los propietarios suelen poner para la defensa o protección de sus bienes, como resulta, entre otras, de las sentencias de 2 de febrero de 1983, 18 de noviembre de 1987, 10 de octubre de 1988 y 30 de junio de 1989.

ARTICULO 506.2. ROBO. CASA HABITADA. CONCEPTO

(STS de 25 de febrero de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

Segundo. Como expone el Ministerio Fiscal, la doctrina de esta Sala viene entendiendo hace largo tiempo que el fundamento de la agravante específica o

tipo complementado de que se trata, es dual, pues de un lado, protege, como dice la sentencia *a quo* del riesgo que puede suponer para las personas que habitan la casa o domicilio y que se encuentran accidentalmente fuera del mismo que regresen al mismo en el momento en que el autor del robo lo está cometiendo; pero, de otro lado, se protege la intimidad del hogar al que se ofende y menosprecia con la indeseada entrada de personas extrañas al mismo y que, por lo mismo, actúan contra la voluntad tácita del morador, tal como se prevé en el delito de allanamiento de morada, pues si bien la Ley de 7 de abril de 1952 suprimió la locución «contra la voluntad expresa o tácita», ello se debió, como interpretan conjuntamente doctrina y jurisprudencia, a la ampliación del tipo contenido en el art. 409 (sic) en el que, por dicha Ley, se incluyó no sólo el allanamiento activo: la entrada en morada ajena, sino también el allanamiento pasivo: mantenerse en la misma con la oposición del morador una vez que se había entrado con el asentamiento de éste, lo que implicaba que el posterior cambio de actitud se hiciera de manera ostensible. Por lo demás, el mejor signo externo (*facta concludentia*) de voluntad contraria de que se entre en la morada, en ausencia de los que la habitan, es el mantener cerradas las puertas de acceso o ingreso a la misma. Finalmente, la inviolabilidad del domicilio en los términos expresados, junta a la intimidad personal y familiar, viene dada por la C.E. cuya protección se consagra en el art. 18.1 y 2 con la consiguiente repercusión y resonancia en el ámbito jurídico-penal.

Las más recientes resoluciones de esta Sala van por el camino interpretativo que se acaba de diseñar, de modo que se da la agravación aunque el delincuente se cerciore previamente de la ausencia de moradores en el domicilio que se propone expoliar, si tal ausencia es accidental y pasajera, único requisito exigido por el precepto penal (también interpretado por esta Sala con amplitud del bien jurídico protegido: la llamada en términos actuales la «segunda vivienda»), accidentalidad que no se cuestiona en el caso de autos (SS. 5 de julio 1988, 9 octubre 1989, entre las recientes).

ARTICULO 506.4. ROBO. OFICINA EN QUE SE CONSERVEN CAUDALES. SUPERMERCADO

(STS de 27 de febrero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

II. El art. 506.4 CP sólo hace referencia a la persona que custodia o transporta caudales, sin otros aditamentos, ni en cuanto al tiempo, ni en cuanto a la razón o cargo por el que se haya cumplido tal misión, por lo que nada importa que la persona que los transportaba lo hiciera de modo ocasional; tal subtipo agravado parifica como sujeto pasivo a la oficina bancaria con la recaudatoria y con la genéricamente mercantil, pero estableciendo el requisito de que en la misma se conserven caudales, lo que no ocurre en el supermercado del caso, cuya naturaleza es puramente comercial y no tiene por finalidad «conservar caudales», por lo que entender lo contrario sería tanto como ensanchar la tipicidad del supuesto específicamente agravado, con olvido no sólo del esencial principio de taxatividad de los tipos penales, sino también desconociendo el auténtico bien

jurídico tutelado mediante la especial agravación (Cfr. TS 2.ª SS. 11 octubre 1983 y 29 marzo 1986).

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. CREDITOS NO VENCIDOS

(STS de 4 de febrero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Segundo. Dicho motivo también debe ser desestimado. Concurren en el supuesto enjuiciado todos los presupuestos necesario para la aplicación del artículo 519 del Código Penal. El delito de alzamiento de bienes es un tipo penal, según recuerda la más reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala (por todas, SS. de 27 de noviembre de 1987, 27 de octubre de 1988, 5 y 13 de junio de 1990), de actividad o riesgo o de resultado cortado, pues basta la existencia de una situación de insolvencia parcial provocada para burlar la actuación judicial o extraprocésal de los acreedores para que se produzca la consumación del mismo. El no vencimiento de varios de los créditos en el momento de la venta fraudulenta no afecta a la existencia del tipo penal objeto de condena, dadas las proximidades de fechas, porque, como indica la S. de esta Sala de 24 de noviembre de 1989, «es muy frecuente que los defraudadores, ante la inminencia del vencimiento de un crédito futuro, se anticipe al nacimiento del crédito o créditos o a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, frustrando o abortando las futuras y legítimas expectativas de sus acreedores». Subsistentes como se expresó los dos datos fácticos relevantes para la subsunción dentro del art. 519 citado, el recurso debe ser desestimado sin precisión de insistencias fundamentadoras que se traducirían en meras reiteraciones.

ARTICULO 528. ESTAFA. ENGAÑO. RELACION DE CONFIANZA

(STS de 31 de enero de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

En definitiva, en ambos motivos se cuestiona la realidad del delito de estafa. Los elementos esenciales del mismo son: 1) Un engaño precedente o concurrente, plasmado en algunos de los artificios incorporados a la enumeración que el Código efectuaba, y hoy concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece. 2) Dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial. 3) Producción de error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la que constituía la realidad. 4) Un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo. 5) Nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el *dolo subsequens*, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, y 6) Animo de lucro, incorporado a la definición legal desde la reforma del año 1983, que constituye el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de

índole patrimonial que la doctrina jurisprudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos —cfr. sentencias T. Supremo 6 febrero 1989 y 5 marzo 1990—.

Aplicando tal doctrina al supuesto aquí enjuiciado, es evidente que en él falta el requisito esencial del engaño, porque, no lo hay en los términos de la estafa, o porque en todo caso, el que engaña, en el sentido de desleal, es el que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que excluirá la tipicidad del art. 528 del Código Penal. No hay pues engaño precedente o concurrente con suficiente entidad para provocar el traslado patrimonial, con producción de un error esencial en el sujeto pasivo, que desconociera lo que constituiría la realidad. Y por último falta el acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo, ausente también en el relato fáctico.

En definitiva, se trataría de verdaderas administraciones fraudulentas, en que se intenta fundar la existencia de un engaño, que realmente no sería sino el quebrantamiento de la relación de confianza entre el comitente y el apoderado. Mas tales infidelidades no reúnen los elementos del engaño, y por tanto, no podrían tipificar el delito de estafa, por lo que procede, con estimación de los motivos, casar y anular la sentencia de instancia de tal particular.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. MINUTA DE ABOGADO. IMPOSIBILIDAD DE COMPENSACION

(STS de 28 de enero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Segundo. En el motivo correlativo, la recurrente se apoya procesalmente en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia la vulneración por falta de aplicación de los preceptos contenidos en los arts. 24.2 y 117.3 de la Constitución, 1.726 del Código Civil, 5.5, 8, 12, 427 y 28 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 56 y 62.10 del Estatuto General de la Abogacía; siendo la dirección impugnativa tratada de mostrar con tan abigarrada y dispar cita de preceptos legales la imposibilidad de aplicar el tipo penal del art. 535 del Código Penal, pues, de un lado, al no practicarse un liquidación previa era imposible determinar cuál de las partes era acreedora de la otra y, de otro, que la vía para determinar el saldo entre partes era la prevista en el citado art. 8 de la Ley procesal civil. El motivo es esencialmente idéntico al tercero y final del recurso, en el que por el mismo cauce procesal denuncia la vulneración por aplicación indebida de los preceptos penales sustantivos constituidos por los art. 535, 528, párrafo segundo, y 529.7 del Código penal; por lo que ambos deben ser analizados de manera conjunta, pues en definitiva ambos pretenden lo mismo: que la procesada ahora recurrente podía retener de la cantidad cobrada la correspondiente a sus honorarios como Letrada al servicio de la perjudicada.

Tercero. Los dos motivos indicados carecen de toda consistencia suasoria. La doctrina de esta Sala en casos similares ha declarado que no cabe aplicar por actos de autoridad propia por un Letrado al pago de los servicios prestados por él (S. de 19 de enero de 1981), que «por lo que hace a la minuta de honorarios que presentó

para compensar con ella las cantidades a que dio distinto destino del que debía, porque dicha minuta, la ser puesta en tela de juicio por su destinataria, no es instrumento hábil para realizar la expresada compensación , ya que por sí misma y por proceder de acto unilateral de quien la libra no justifica la existencia de un crédito real y vencido, que es condición imprecindible para que opere la citada compensación» (S. de 29 de marzo de 1984); pues, en definitiva, sólo la existencia de un derecho de retención con arreglo a las normas civiles puede integrar la causa de justificación del art. 8.11 del Código Penal (S. de 2 de febrero de 1989); y tal derecho de retención (necesariamente típico civilmente, al suponer ópticamente una excepción al principio general de interdicción de la autotutela) no corresponde a los Letrados o Abogados, como rectamente entendió la sentencia ahora sometida a recurso; de ahí que, como se señaló, proceda la desestimación íntegra de aquél.