

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

## ARTICULOS 8.1.º Y 9.1.º ENAJENACION MENTAL. DROGADICCION. EXIMIENTE INCOMPLETA. FALSIFICACION DOCUMENTAL

(STS de 23 de julio de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

1. El *único motivo* del recurso del Ministerio Fiscal, con amparo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende indebidamente aplicado el artículo 9.1.º en relación con el artículo 8.1.º del Código Penal, es decir, la eximente incompleta de enajenación mental, porque a su entender no basta que el procesado estuviera afecto a una importante adicción a la heroína en la época en que cometió los hechos, y que la misma, según la narración probatoria, compelia de modo profundo los frenos inhibitorios de su voluntad en actuaciones como las que describe, con los que obtener la sustancia que le era precisa y su cuerpo exigía.

Basa fundamentalmente el Ministerio Público su apreciación en al índole del delito cometida (una falsedad documental) que requiere un dominio del entendimiento y voluntad consciente que impide estimar la eximente incompleta aplicada en la instancia, máxime que no se dice que el acusado obrase bajo el impulso de una crisis de abstinencia, lo que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala bastaría para admitir la atenuación analógica pero no el grado de inimputabilidad estimado en la instancia.

2. Ciertamente que cuando obra el drogadicto en fase carencial de la droga o en plena crisis de abstinencia, esta Sala viene estimando la eximente incompleta de enajenación mental reservando la atenuante analógica para cuando el déficit psíquico nacido de la dependencia a la droga se traduzca en simple debilitamiento o restricción de las facultades anímicas del sujeto, especialmente de la voluntad, de tal modo que éste queda disminuido «en algún grado» (Sentencia 12 de abril de 1989 y las que en ella se citan).

En el caso de autos, junto a la dependencia a la heroína que el *a quo* califica de «importante», se añade que la misma compelia de «modo profundo» los frenos inhibitorios de la voluntad, tendente a obtener la sustancia de que era dependiente; es decir, que la Sentencia de instancia no sólo refleja la condición de heroínómano del procesado, sino que la misma, por su importancia, producía una grave o profunda deficiencia en la facultad volitiva productora de su ansia para procurarse la droga.

En tales condiciones, *la índole del delito cometido, una falsedad continuada en cheques sustraídos por el procesado a su padre, no es incompatible con la apreciada*

*eximente incompleta*, pues si la facultad intelectual no estaba especialmente afectada por el consumo de la droga, en cambio, como suele ocurrir en la drogadicción, *era la potencia volitiva la profundamente afectada*, disociación psíquica que permite la comisión de delitos tanto violentos, como los que exigen un cierto punto de madurez y claridad intelectual, tal el de autos.

En consecuencia, el juicio valorativo de la Sala de Instancia basado en la prueba documental y en las manifestaciones del correo absuelto, se acomoda a las directrices jurisprudenciales antes expuestas, lo que conduce a desestimar el motivo.

## ARTICULOS 8.1.º Y 9.2.º Y 10.º EMBRIAGUEZ. VALORACION EN LA IMPUTABILIDAD

(STS de 12 de julio de 1991. Pte. Sr. Martínez Pereda)

Para que la embriaguez pueda dar lugar a un trastorno mental transitorio con eficacia de eximente —art. 8.1.º— debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad, exigiéndose por la doctrina de esta Sala, en cuanto al origen que sea fortuita, en cuanto al grado que sea plena y en cuanto al efecto sobre la conciencia que sea total —Sentencias de 3 de noviembre de 1981, 18 de marzo y 7 de abril de 1982, 2 de marzo y 20 de diciembre de 1983, 5 de mayo de 1986, 27 de abril y 29 de septiembre de 1987, 23 de febrero de 1988 y 24 de noviembre de 1989—.

En cuanto a la distinción entre la semieximente —pretendida en el motivo de forma subsidiaria— o la atenuante, como ha preferido el órgano *a quo* en su resolución, se ha de resolver, según criterios de esta Sala, quedando la eximente incompleta para los casos en que la ingesta alcohólica contribuye a la minoración de las debilitadas facultades mentales del sujeto como consecuencia de su enfermedad —Sentencia de 11 de febrero de 1981—, a toxifrenia continuada persistente por la actuación etílica en el sujeto, productora de efectos crónicos de enfermedad mental, pero sin pérdida total de las facultades mentales —Sentencia de 10 de diciembre de 1981—, a supuestos de embriaguez patológica imputables al propio sujeto —Sentencia de 24 de octubre de 1981—, al alcoholismo crónico en situaciones de tensión y angustia —Sentencia de 19 de mayo de 1981— o a psicosis alcohólica y celopatía —Sentencia de 23 de febrero de 1985— o al alcoholismo crónico y la oligofrenia —Sentencia de 21 de marzo de 1985—.

Fuera de tales casos, se ha exigido el carácter fortuito de la intoxicación —Sentencias de 13 de febrero, 18 de marzo, 7 de abril y 20 de octubre de 1982, 8 y 20 de mayo de 1986, 29 de septiembre de 1987, 29 de febrero de 1988 y 24 de noviembre de 1989—.

Por el contrario, la específica atenuante de embriaguez conocida y que llega en su intensidad y grado bastante a perturbar la inteligencia y limitar la voluntad —Sentencias de 10 de febrero de 1982 y 26 de enero de 1983—, sin base patológica —Sentencia de 27 de noviembre de 1984— y sin llegar a ser plena, es la que encuentra la minoración penal a través de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal 2.ª del art. 9.º del Código Penal. Ha de tratarse de una embriaguez voluntaria, o cuando menos culposa, que no priva en absoluto de la voluntad —Sentencias de 21 de marzo, 7 de abril, 17 de junio y 27 de septiembre de 1983— que se distingue de la eximente incompleta, atendiendo a su causa y a su intensidad. Cuando es patente la disminución del intelecto y de la volición, sin especial intensidad en el sujeto, procede la atenuante 2.ª del art. 9.º, concurriendo los demás requisitos del precepto —Sentencias de 20 de mayo de 1986, 29 de septiembre de 1987, 22 de septiembre de 1988, 24 de noviembre de 1989 y 24 de enero de 1991—.

Como resumen, si en los hechos probados se dice del procesado que se encontraba en estado de embriaguez que disminuía sus facultades intelectivas y volitivas, el juicio valorativo de la Sala de instancia ha de estimarse correcto y acordado a la doctrina de este Tribunal de Casación.

#### **ARTICULOS 8.4.º Y 420. LEGITIMA DEFENSA. NECESIDAD DEL MEDIO EMPLEADO. INTERPRETACION FLEXIBLE. LESIONES**

*(STS de 27 de mayo de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)*

A este respecto, es preciso reconocer que el Tribunal sentenciador expone, en los fundamentos de derecho primero, segundo y tercero de la Sentencia recurrida, las razones en virtud de las que ha estimado procedente la concurrencia de la discutida eximente. En tal sentido, de acuerdo con los datos recogidos, en el relato fáctico (de obligado acatamiento, como se ha dicho), dice aquél, que ha existido «un acometimiento iniciado, con inequívocos propósitos agresivos, situación que no ha provocado el procesado, sino otros implicados»; añadiendo, a continuación «en cuanto a la necesidad racional del medio utilizado para impedir la» (en referencia a la agresión padecida o temida como inminente), que es menester atender a la «situación concreta»; afirmando que el defensor debe utilizar los medios que tiene a su alcance, no siendo posible exigirle una «excogitación» de tales medios, cuando, dada la hora (cinco menos cuarto de la madrugada), el lugar (una calle desierta) el número de personas (tres jóvenes desconocidos); sus edades, características físicas (uno de ellos con ostensible envergadura física), su estado de embriaguez, «su clara voluntad de enfrentamiento» y el hecho de no asustarse pese a ver que el procesado montaba su arma; la propia edad y condición física del procesado (ahora jubilado), el desconocimiento por parte de éste de las últimas intenciones de los jóvenes y de si los mismos llevaban armas blancas, así como el «clima de inseguridad ciudadana, que actualmente se vive en la sociedad española», constituyen un conjunto de circunstancias concretas del hecho enjuiciado, que han llevado al Tribunal *a quo* a estimar «por unanimidad» que no le es exigible al procesado esperar al último momento, cuando las consecuencias de la tensa situación causada por los perjudicados... ya no tuvieran remedio; afirmando que ello «sería sumamente arriesgado como más de una vez ocurre en la realidad, según nos transmite la prensa diaria...», recordando a este respecto «el triste final del comisario madrileño, que esperó a última hora para adivinar las intenciones de los que le aborronaron».

Según ha declarado esta Sala, es doctrina reiteradamente establecida, la de que sería en contra no ya solamente de los fundamentos de esta eximente y de sus posibilidades de eficaz aplicación, sino incluso de las más profundas convicciones éticas y jurídicas, si se entendiese que la necesidad ha de ser absoluta y que ha de darse una exacta proporcionalidad o equiparación entre el medio empleado por el agresor y el utilizado para la defensa, pues la ley habla de que la necesidad del medio empleado ha de ser racional, y este concepto ya está revelando una flexibilidad o graduación, es decir, que no puede estar sujeta a tasa *ni medida ni someterse a reglas predeterminadas, sino que ha de subordinarse a lo que en cada caso y momento requiera la especial situación en que se encuentre el agredido antes de actuar en reacción de defensa, la imposibilidad de ser amparado el que se defiende por otras personas o por el poder público, dadas las condiciones del lugar y ocasión, y, en fin, una serie de circunstancias de las que quepa inferir que el agente, ante el estado de ánimo que aquéllas le producen, no pudo tener la serenidad de juicio indispensable para medir el alcance del medio empleado, puesto que no se le puede exigir la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para excogitar los medios de defensa (vid. Sentencia de 24 de marzo de 1952).*

### ARTICULO 9.10.ª ATENUANTES POR ANALOGIA. CORRUPCION DE MENORES. HOMOSEXUALIDAD

(STS de 9 de julio de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)

**Primeramente.** El motivo primero se formaliza por la vía del art. 849.1 LECrim. por no aplicación de la atenuante analógica de homosexualidad del art. 9.10 del Código Penal.

1. Todas las atenuantes analógicas tienen como referente alguna de las comprendidas en los números anteriores del art. 9 del Código Penal con las que guardan parecido o presentan análoga cualificación.

La vía casacional elegida obliga al más estricto respeto al contenido del relato de hechos.

Remitiéndonos al relato fáctico no observamos que se incluya ningún pasaje o dato que haga referencia a determinadas anomalías constitucionales o psíquicas que puedan sugerir la presencia de una homosexualidad psicopática.

Por ello hemos de ajustarnos a la narración histórica que afirma la existencia de instintos sexuales desviados de carácter homosexual para argumentar —en el fundamento de derecho tercero—, que esta homosexualidad no significa en modo alguno una disminución de su capacidad intelectual o volitiva.

2. La homosexualidad es una tendencia del instinto sexual que como ha dicho algún autor supone una variante de las posibilidades de satisfacción erótica. Sin entrar en análisis estadísticos de su implantación y frecuencia, representa una modalidad o forma de expresión de una determinada personalidad que concentra su máxima afectividad a través de una relación con personas del mismo sexo. La existencia de esta tendencia no revela ninguna anomalía del sujeto ni supone la alteración de su personalidad que se manifiesta en las relaciones sociales con absoluta naturalidad y sin alteraciones psicóticas o psicopáticas. No existen datos fácticos que se refieran a trastornos de conducta o a desviaciones incontroladas de la sexualidad. A lo largo de la tramitación del sumario no se han realizado exámenes psiquiátricos o psicológicos de la personalidad del procesado que permitan establecer, por la vía de error de hecho, una posible modificación del relato fáctico o una sustitución del juicio de valor al que ha llegado la Sala sentenciadora.

Ni en su relación con el trastorno mental incompleto que se contiene en el art. 9.1 del Código Penal ni en relación con las atenuantes de estado pasional puede equipararse la inclinación homosexual a una atenuante analógica por lo que el motivo debe ser desestimado.

### ARTICULO 69 BIS. DELITO CONTINUADO. ABUSOS DESHONESTOS. PLURALIDAD DE VICTIMAS. INAPLICACION

(STS de 21 de junio de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

**Primeramente.** Se articula un exclusivo motivo de impugnación por el procesado Juan L. B., al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se alega inaplicación del artículo 69 bis del Código Penal. Argumenta el recurrente que debe tomarse en consideración el precepto citado del Cuerpo sustantivo, ya que los hechos tuvieron lugar continuamente, infringiéndose claramente un solo propósito criminoso. Sin embargo, el motivo no puede prosperar. *Dos diferentes niñas menores de edad han sido las víctimas, habiéndose atacado un bien eminentemente personal* como es la libertad sexual, en quienes por su edad no se encuentran capacita-

das para mostrar oposición o aceptación. Por ello, la jurisprudencia de esta Sala, se ha inclinado en sentido opuesto a aplicar la figura del delito continuado a los abusos deshonestos, tanto antes, como después de la reforma de 21 de junio de 1983.

Normalmente la doctrina del delito continuado, no es aplicable a las infracciones contra la libertad sexual, *excepcionalmente* ateniendo a la naturaleza del hecho o del precepto infringido, puede aplicarse la continuidad delictiva, en los supuestos de interacción inmediata del coito con el mismo sujeto pasivo, por insatisfacción o por dominio del furor erótico, siempre que lo sea en el marco de unas mismas circunstancias de tiempo y lugar, y bajo la misma situación intimidatoria —cfr. Sentencias Tribunal Supremo de 14 de abril y 15 de mayo de 1989 y 11 de julio de 1991—, cuya doctrina es aplicable con mayor razón aun al anterior delito de abusos deshonestos que las varias ocasiones se engloban en un delito continuado.

En el supuesto aquí enjuiciado, la diversidad de sujetos pasivos, acredita que cada acto no es una etapa de una infracción incompleta que sucesivamente se va perfeccionando sino una infracción única y perfecta que precisa de un dolo nuevo y repetido en cada ocasión.

## ARTICULO 218. SEDICION. REBELION. COACCIONES. DIFERENCIAS

(STS de 23 de julio de 1591. Pte. Sr. García Miguel)

**Segundo.** El segundo de los motivos se interpone utilizando el cauce procesal del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y mediante él se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 218.5 en relación con el 219.1 y el 224 del Código Penal por entender el recurrente que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de *sedición* y no de un delito de *coacciones* como fueron calificados por el Tribunal de instancia, y la procedencia de desestimar el motivo queda puesta de relieve por las razones siguientes: tanto si se atiende al epígrafe del Título II del Código Penal en el que se hallan enmarcados los dos Capítulos respectivamente relativos a los delitos de *rebelión* y de *sedición*, como es el de «Delitos contra la Seguridad Interior del Estado», como al desenvolvimiento histórico de la normativa reguladora de ambas figuras, así como a las disposiciones comunes contenidas en el Capítulo V del referido Título, claramente resulta la afinidad existente entre las dos figuras punibles por su común finalidad de subversión política o social, *teniendo las dos un carácter plurisubjetivo y una idéntica dinámica tumultuaria y violenta* existiendo entre ellas una diferencia meramente cuantitativa en razón de los fines perseguidos, en cuanto que, como se ha sostenido por la Doctrina, la rebelión tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar mientras que la sedición tiende a atacar las secundarias de administrar y juzgar, razón por la cual por algún autor patrio se ha calificado a la sedición como «rebelión en pequeño», de ahí pues, la referida procedencia de desestimar el motivo dado que del relato fáctico no aparecen que el procesado y acompañantes se propusieron ninguno de los mencionados fines de carácter político o social, sino, simplemente, totalmente privados como era, el impedir que las aguas que se hallaban sitas en la finca denominada «A.V.» fuese trasladada, a través del «Canal de Taibilla», para suministrar el líquido a la «E.N., S. A.» (Entrepol) por creer que con ello se produciría la desecación de los pozos de la comarca. Por otra parte la «clase de personas» a las que se refiere el número 5.º del artículo 218 no puede entenderse referido a cualquier clase social sino clases oficiales como lo abona la referencia expresa que en el número anterior se hace a «clase del Estado», así como todos los antecedentes históricos y la propia naturaleza o carácter político o social del delito a la que se ha venido haciendo alusión.

**ARTICULO 231.1.º ATENTADO IMPROPIO. IMPUNIDAD**

(STS de 20 de mayo de 1991. Pte. Sr. García Arcos)

**Segundo.** El siguiente y último motivo se alega con sede adjetiva en el número 1.º del artículo 849 de la misma ley procesal, y con fundamento sustantivo en la indebida aplicación del artículo 231.1.º, en relación con el 236, ambos del Código Penal.

Para resolver el problema planteado en este motivo, y aunque sea inicialmente desde un plano puramente teórico, hemos de indicar brevemente lo que sigue: el delito o delitos de *atentado*, al igual que los de rebelión y sedición, tuvieron su ubicación tradicional dentro de los delitos contra el orden público, con su adecuada y concreta tipicidad y también con su correspondiente penalidad, y así tenemos como ejemplo legislativo más cercano el Código de 1932; sin embargo, a partir del Código de 1944 se crea la figura del atentado como una especie de delito especial, en sus dos vertientes de *atentado llamado «impropio»* y atentado considerado como «propio», que se incluyen, respectivamente, en los números 1.º y 2.º del artículo 231, manteniéndose tales tipos delictivos a través de las sucesivas reformas legislativas, incluida la llevada a cabo por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que en la actualidad se halla vigente a los efectos que aquí nos ocupan. A pesar de esas múltiples reformas y del tiempo transcurrido desde el año 1944, es de resaltar que, si bien la figura del atentado propio (acometiendo a la autoridad o a sus agentes) tiene su desarrollo punitivo en los diversos apartados del artículo 232, no ocurre lo mismo con el *atentado impropio*, que aunque aparece definido y tipificado de manera adecuada en el número 1.º del artículo 231, *carece de sanción legal*, al no haberse establecido ninguna clase de pena, ni dentro del propio precepto definidor, ni tampoco en ningún otro de carácter remisorio; es decir, y aunque parezca absurdo, se ha mantenido a través de un tiempo muy dilatado, y se continúa manteniendo, una *figura delictiva totalmente inocua* en cuanto que, obvio es decirlo, uno de los componentes imprescindibles de todo delito, amén de la tipicidad, es que se halle sancionado por la ley.

**Tercero.** Ese vacío o defecto legislativo, ha de tener total incidencia en el caso concreto sometido a debate, ya que, de una parte, la acusación pública calificó los hechos como constitutivos de un delito de atentado del número 1.º del artículo 231, en relación con los 228.2.º y 236 y, de otra, el Tribunal *a quo*, en su sentencia, aceptó esa misma calificación, imponiendo a los procesados, ahora recurrentes, la pena de prisión menor que es la señalada en ese artículo 236. Es claro, por tanto, que no sólo se hace una *interpretación extensiva* e la norma, sino que se llega aún más lejos al tratar de «completarla» con otra diferente, que si bien está comprendida en el mismo capítulo del Código, define un tipo delictivo de características diferentes, para cuya comisión se exigen también requisitos y formas de actuar distintos, empleándose así el criterio hermenéutico de la «analogía», sistema que, obvio es decirlo, está radicalmente prohibido al intérprete en el área del Derecho Penal.

Por lo expuesto, este segundo motivo deberá ser aceptado con las demás consecuencias legales.

**ARTICULO 240. DESACATO A LA AUTORIDAD. EXPRESIONES VERTIDAS EN EL JUICIO ORAL**

(STS de 3 de julio de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

**Primero.** Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega aplicación indebida del párrafo 2 del artículo 240 del Código Penal,

al estimar como injuria grave la exclamación del procesado «vete a tomar por el...», considerando que la exclamación no era injuria grave atendida la no adecuada aplicación de la regla 3.ª del artículo 61 del mismo cuerpo legal, respecto al arbitrio judicial o principio de discrecionalidad reglada y no aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Explica el motivo que la expresión referida es hoy una exclamación que se oye con reiteración en personas jóvenes y que su significado ha de atenuarse en función de esta realidad y de la tensión que soportaba el procesado con las manos a la espalda, sujetas con esposas.

En el recurso se mezclan temas distintos: el de la discrecionalidad respecto a la pena que haya de imponerse dentro de los términos legalmente establecidos, que no es susceptible de impugnación en vía casacional, el de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, que tampoco tiene acceso a la casación, salvo en los supuestos excepcionales en que la duda quedara precisamente reflejada en la resolución recurrida, porque entonces quedaría acreditada la vulneración de una norma procesal penal que hunde sus raíces en tiempos inmemoriales, pero no cuando la duda nace en el recurrente y no en el juzgador que hizo correcto uso del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con tal de que haya prueba de cargo.

Y, en último término, la significación jurídico-penal de la frase proferida y dirigida al Presidente del Tribunal, hechos probados e inferencia que obedecen a un proceso intelectual lleno de lógica y buen sentido, desde el punto de vista de las reglas de la experiencia.

Respecto al estado anímico del procesado, la Sala lo tiene en consideración y aprecia la atenuante de arrebató. La frase, no cabe duda, de que supone una expresión gravemente injuriosa para quien presidía el Tribunal penal juzgador, cualquiera que sea el uso que en el lenguaje coloquial se haga de ella. Todo el mundo distingue aquellas expresiones que en determinados círculos se consideran inocuas y que en otros, alcanzan inequívocamente el rango de injuriosas y gravemente despreciativas. Ello es una regla inequívoca de experiencia.

Que en dicha frase concurren el elemento objetivo y el subjetivo o culpabilístico, en cuanto se profiere con ocasión de que el Presidente da la orden de expulsión, no ofrece duda, por consiguiente.

Procede la desestimación del motivo.

## **ARTICULOS 302 Y 303. FALSIFICACION. CHEQUE. AUSENCIA DE DOLO FALSARIO**

*(STS de 23 de mayo de 1991. Pte. Sr. Huerta y Alvarez de Lara)*

**Primero.** Denuncia el procesado en el motivo primero del recurso de casación por él formulado al amparo del artículo 849.1 LECrim., la indebida aplicación del artículo 303 en relación con el 302.3 del Código Penal, fundamentándolo en que conforme a los hechos probados de la Sentencia recurrida la conducta del recurrente ha de ser considerada como atípica, ya que no puede ser encuadrada en ninguna de las formas comisivas descritas en el citado artículo 302; en efecto, entendiéndolo por *falsedad documental* dentro de la órbita penal y con relación a la tipicidad establecida en el artículo 303, conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, la mutación de la verdad, la que debe afectar de algún modo a la integridad del documento y a los efectos que el mismo debe producir en el tráfico jurídico a que se destina, debiendo recaer sobre aspectos o extremos sustanciales de aquél y no en lo que sea o tenga carácter accidental, intrascendente o inefectivo del mismo, y de los hechos declarados probados aparece cómo el

procesado se encontró en la vía pública un cheque firmado en blanco por una persona, que resultó ser una de las autorizadas para ello, talón que completó de su propia mano, con las circunstancias: «10.000 pesetas», «al portador», «10.000 pesetas» y la fecha, presentándolo a la entidad bancaria contra la cual iba girado, no haciéndoselo efectivo, entre otras causas, por haber sido denunciada su desaparición por los titulares de la cuenta corriente, por lo que es incuestionable que no contrahizo, ni fingió, ni imitó la letra, firma o rúbrica de su titular, que él creía estaba puesta, al ignorar que tal talón requería la firma de dos personas autorizadas por la entidad titular de la cuenta corriente, ni atribuyó a su firmante declaraciones diferentes de las que hubiere hecho, pues al estar en blanco no se había hecho declaración alguna que alterar, con lo que *falta* — como dice el Tribunal Supremo, Sentencia de 14 de octubre de 1982 dictada en caso idéntico al que ahora nos ocupa— *el esencial dolo falsario* constituido por el conocimiento de que se altera la veracidad genuina y la voluntad real de cambiar ésta con conciencia de su ilicitud, ello sin perjuicio de que rellenado en los demás extremos o particulares que se dicen el citado documento mercantil y presentado en la oficina bancaria correspondiente con la intención de que se le hiciera efectivo, presuponga la tipicidad sancionada para la *falta de estafa* en el artículo 587 del Código Penal, también estimada con autonomía, condena que queda subsistente; todo lo cual conduce a la estimación de este motivo del recurso.

#### **ARTICULO 321. USURPACION DE FUNCIONES. DIRECTIVA DEL CONGRESO DE EUROPA. AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA**

(STS de 28 de junio de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

**Primero.** Al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula el primer motivo de impugnación, en el que se alega infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 321-1.º y 2.º del Código Penal.

A) La vía procesal elegida por el recurrente, obliga, si no se quiere incidir en la causa de inadmisión 3.ª del artículo 884 de la Ley Procesal Penal, a respetar los hechos declarados probados. Ello releva el tener que efectuar cualquier consideración sobre si la procesada podía realizar lícitamente las funciones que se detallan en el *factum* de la Sentencia impugnada, en base a su condición de Asesora en Transmisiones Patrimoniales, que en aquél no le atribuye, y más aun cuando en el fundamento de derecho primero se afirma, con mención al folio 32 del Sumario, que se dio de baja en tal régimen fiscal, que no se especifica, en 15 de abril de 1986, con lo que se da a entender, que desarrolló las actividades aquí enjuiciadas, incluso después de darse de baja en la licencia fiscal, no obstante la indeterminación temporal relativa que se observa en la narración fáctica, aparte de que como el propio fundamento concreta, la habilitación derivada del cumplimiento de tal requisito, habría de reducirse al ámbito puramente fiscal, sin que de ello pudiera derivarse licencia o facultad para el desempeño de funciones propias de una determinada profesión.

B) el delito de usurpación de funciones, dicen las Sentencias de esta Sala de 21 de abril y 20 de octubre de 1988 y 10 de enero de 1991, es una infracción formal o de mera actividad, ya que no precisa para la perfección del delito la existencia de un resultado determinado, de mero peligro e integrante de falsedad personal, constituyendo un ejemplo de las denominadas leyes penales en blanco, y preceptos punitivos incompletos, puesto que gran parte de los requisitos o elementos de la infracción no figuran en el artículo 321 del Código Penal, y han de tomarse de preceptos extrapenales, general-



mente de naturaleza administrativas, normas nacionales o internacionales que establecen las funciones propias y características de determinadas profesiones, así como las condiciones y requisitos que habilitan para la obtención del título académico oficial reconocido por disposición legal o convenio internacional.

El delito tipificado en el aludido artículo 321, se caracteriza por el ejercicio de actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título oficial o reconocido por leyes del Estado o convenio internacional, sin estar en posesión de él, o que estándolo, no sea de los legalmente reconocidos, ni es nacional, ni amparado por un Convenio Internacional que autorice su ejercicio en España, si es extranjero.

El delito de intrusismo no precisa en general para su perfección, una habitualidad o repetición de actos, que no exige el artículo 321, y por consiguiente puede consistir, indiferentemente, en el ejercicio continuado o en un simple acto aislado, siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión invadida, si bien las actuaciones esporádicas, de amistad o mera complacencia, sin contraprestación, son atípicas. Sin embargo, tal exigencia de habitualidad, puede provenir de la profesión misma, en tanto su propio título y regulación específica contempla como requisito la continuidad —Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1981, 23 de febrero de 1983 y 24 de marzo de 1988—.

La profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, no carecía de normativa legal, pues tanto en la regulación de 4 de diciembre de 1969, como en la de 19 de junio de 1981, se exigía para el ejercicio de tal profesión, titulación académica, unida a la superación de unas pruebas de aptitud. Así, en el Decreto de 1969, para tomar parte en los exámenes, era preciso entre otros requisitos, hallarse en posesión de un título oficial expedido por Universidades en el grado de Licenciado; por Escuelas Técnicas en sus grados superior y medio, por Escuelas de Comercio desde el grado de Profesor Mercantil; por Escuelas Normales de Magisterio, u otro título de carácter oficial que esté legalmente equiparado expresamente a éstos, mediante disposición legal o reglamentaria.

Y el artículo 5.º del Real Decreto de 1981, dispone «para obtener el título profesional de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria serán requisitos necesarios: a) hallarse en posesión de un título oficial universitario de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado en Derecho, en Ciencias Económicas o Empresariales, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico o Profesor Mercantil; b) superar las pruebas de aptitud a que se refiere los dos artículos siguientes». Y en el artículo 4.º para el ejercicio de la profesión, se exige, además, la inscripción en el Colegio.

C) La cuestión, pues, queda reducida a decidir si, para que entre en juego el artículo 321 del Código Penal, es preciso que los actos que allí se amparan sean exclusivos de la profesión para cuyo ejercicio se requiere título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional, puesto que tal exigencia ha de predicarse de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, como se desprende de los artículos 4.º a 6.º del Real Decreto de 19 de junio de 1981, regulador de los Estatutos Generales de la Profesión, y de sus Colegios Profesionales y Consejo General, tema al que habrá de darse una contestación negativa. Porque el artículo 1.º del citado Real Decreto admite la existencia de funciones que los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria han de compartir con otros profesionales, pues se le atribuyen como propias las funciones, de mediación, tramitación, informe y consejo en las operaciones que luego se detallan «en cuanto las mismas no incidan en la competencia exclusiva de otras profesiones o entidades», pero ello no supone que queden al margen de la protección jurídica penal los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, en el desempeño de sus funciones propias. Lo que se desprende también de los propios términos del precepto que se estudia, que se refiere a actos propios y no exclusivos de la profesión, entendiéndose tal término, como lo hizo la Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1974, como comprensivo de las características de la profesión que se dice usurpada, es decir, como las que imprimen carácter al

oficio o profesión, por lo que, debe entenderse amparada la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria caracterizada por su dedicación profesional en exclusiva y reservada a la mediación y corretaje.

D) Siendo, pues, funciones propias de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, la mediación en traspasos, arrendamientos y compraventa de bienes inmuebles, la realización de tales actos por la procesada, que evidentemente no tenía título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, ni se dice que desempeñara legalmente autorizada otra profesión que le permitiera realizarla, ha de incardinarse su conducta en el párrafo 1.º del artículo 321 del Código Penal, y como quiera que la oferta de esos actos, característicos de los aludidos Agentes, lo efectuaba anunciándolos en un periódico local, lo que supone la atribución pública de esa condición profesional, ha de aplicarse también la circunstancia específica de agravación, que se prevé en el párrafo 2.º del referido precepto. El motivo, pues, debe rechazarse.

**Segundo.** Por infracción de ley, y con sede procesal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegándose haberse cometido infracción a lo dispuesto en la Directiva 67/43 del Consejo de la Comunidad Económica Europea, que de conformidad con el Tratado de Adhesión de España a la CEE, tiene carácter supranacional, y efecto directo de ordenamiento jurídico comunitario, por lo que se suprimen todo tipo de restricciones a las actividades que se citan, entre las que se encuentran la de la procesada, sea cual fuere la denominación de las personas que la ejerzan.

Efectivamente el acta relativa a las condiciones de adhesión de España a las Comunidades Europeas, establece en sus artículos 392 y 395 que desde el momento de la adhesión, España será considerada como destinataria y ha recibido notificación de las Directivas y Decisiones Comunitarias, y vendrá obligada a poner en vigor las medidas que sean necesarias para cumplir las disposiciones de las mismas desde la adhesión, salvo cuando se haya señalado un plazo al efecto. La Directiva del Consejo 67/43 CEE de 12 de enero de 1967, modificada en razón de la Adhesión de España por la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio de 1985, establece la supresión de las restricciones que en cuanto a las actividades no asalariadas, relativas a los negocios inmobiliarios puedan existir entre los Estados miembros que impidan a los beneficiarios establecerse en el país de acogida o prestar en él servicios en iguales condiciones y con los mismos derechos que los nacionales. En desarrollo de la Directiva mencionada, se publicó el Real Decreto número 1464/1988 de 2 de diciembre, que se dictó a propuesta del ministro de Obras Públicas, y oídos los Consejos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de Administradores de Fincas, disponiendo en su artículo 1.º que el establecimiento en España de los nacionales de otros Estados miembros de la CEE para la realización con carácter profesional de actividades no asalariadas, incluidas en el sector de negocios inmobiliarios y la prestación de dichos servicios, se efectuará cumpliendo los mismos requisitos y en iguales condiciones y con los mismos derechos que los españoles. Y en su artículo 2.º que el ejercicio del derecho de establecimiento y de prestación de servicios en el sector de la actividad propia de los Agentes de Propiedad Inmobiliaria y de los Administradores de Fincas exigirá la incorporación de los interesados al Colegio en cuyo ámbito territorial pretendan ejercer la profesión. En virtud de esta colegiación, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los colegiados españoles, quedando sometidos a los estatutos y reglamentos respectivos y demás normas que le sean aplicables en el ejercicio de la profesión.

Por tanto, conforme a la legislación expuesta, con ella se pretende eliminar cualquier hecho que suponga la discriminación de una persona por razón de su nacionalidad, toda vez que hace referencia al establecimiento de los nacionales de otros Estados miembros de la CEE en España, y además exige el requisito de la colegiación en el

lugar donde pretenda ejercer la profesión. Obvio es que la procesada es española, y no nacional de otro país, y que tampoco solicitó la incorporación al Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Valladolid, y, por tanto, no puede acogerse a las normas del Decreto que desarrolla dicha Directiva Comunitaria. El motivo, pues, debe rechazarse.

#### **ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. DONACION. DIFUSION EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO**

*(STS de 28 de junio de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)*

**Segundo.** La Defensa alega en segundo lugar la infracción del artículo 344 del Código Penal, pues, afirma, en dicho texto legal «no aparece la donación como conducta tipificada del delito contra la salud pública». Agrega, por otra parte, que «la donación dirigida a una persona consumidora como lo es el interno Julio A. (...) no se encuentra tipificada en el art. 344 del Código Penal.

El motivo debe ser desestimado.

La jurisprudencia de esta Sala es firme en lo referente al carácter típico de la donación respecto del artículo 344 del Código Penal. Por un lado se ha sostenido que ello es consecuencia de la interpretación del verbo típico «traficar», que no se debe entender gramaticalmente, sino teleológicamente. Esta interpretación se acomoda al fin de la norma de impedir el favorecimiento del consumo de drogas mediante actos que pueden afectar a la salud pública. Una reducción de estos actos a aquellos en los que el autor percibiera un precio carecería de sentido, pues dicho precio no es una condición esencial de la lesión del bien jurídico, ni del reproche jurídico-penal de la conducta.

Tampoco es acertado el punto de vista del recurrente en lo referente a la entrega de droga para auto-consumo. La argumentación de la Defensa no tiene en cuenta que la procesada no ha sido condenada por intentar participar en un hecho atípico de autolesión, sino como autora de un delito de peligro contra la salud pública, que se consuma con total independencia de la exclusión de la tipicidad y la antijuricidad de las lesiones que el consumidor se produzca a sí mismo con la droga.

**Tercero.** En conexión con lo anterior sostiene, por último, la recurrente que, en todo caso, el intento de introducir la droga en establecimiento penitenciario no se ha materializado, dado que la posesión de la droga fue descubierta antes de lograr ponerse en contacto con el recluso, al que la droga estaba destinada.

El motivo debe ser estimado.

Una vez aclarado que el delito se consuma con la tenencia destinada al tráfico y que la donación es una forma del mismo, se debe establecer cuáles son las condiciones para la aplicación de la agravante específica de difusión en establecimiento penitenciario. La jurisprudencia de esta Sala se ha decidido que dicha agravante sólo será de apreciar cuando la acción genera un peligro real de propagación de la droga dentro de la institución penitenciaria. Por tanto, tal agravante se excluye, en principio, cuando la cantidad sea reducida y la droga sea destinada a un sujeto concreto, pues en estos casos si bien habrá una acción de tráfico, no existirá el riesgo adicional para el orden y la organización del establecimiento que fundamenta la agravación.

En el presente caso se trata del intento de introducción de menos de cinco gramos de cocaína, de la que no consta su pureza, destinada precisamente al interno Julio A. Estas circunstancias, por sí solas, no permiten afirmar que la procesada haya creado el riesgo concreto exigido para apreciar la concurrencia de la agravante.

**ARTICULOS 394 Y 396. MALVERSACION. MODALIDADES. REENVIO**

(STS de 19 de junio de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

**Segundo.** Por infracción de Ley, al amparo ahora del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la improcedencia de la aplicación conjunta de los artículos 396 y 394.2 «puesto que siendo idéntico el elemento objetivo de las dos figuras delictivas» no existe otra diferencia que el elemento psíquico de la infracción, surgiendo la primera cuando concurre el *animus rem sibi habendi* y la segunda cuando el *animus* concurrente sea *utendi*, es decir, cuando exista la intención o propósito de restituir.

No sólo es equivocado el trámite elegido por la vía del número 2 cuando se trata de un error de derecho en la aplicación de una norma sustantiva, lo que puede ser y sin duda será, que responda a una equivocación puramente material, sino que no se capta bien por el recurrente, lo que la Sentencia recuerda con acierto en sus fundamentos jurídicos.

Los hechos probados, se declara en la resolución judicial objeto de este recurso, son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el artículo 396, párrafos 1 y 2 del Código Penal, en relación con el 394.2 del mismo cuerpo legal y, por consiguiente, no hay ningún tipo de concurso o concurrencia.

La Ley distingue bien dos supuestos, perfectamente diferenciados y diferenciables: 1) cuando el autor tiene *intención de apoderamiento definitivo* de los caudales públicos convirtiendo en propio lo ajeno, existiendo, por tanto, *animus rem sibi habendi* (art. 394), y 2) cuando el funcionari**o** aplica los caudales, puestos a su cargo a usos propios o ajenos sin ánimo de lucro, en el sentido propio de esta última expresión de apropiación definitiva, sino con intención, en efecto, de uso (análogo al hurto de uso que se contempla en otros supuestos).

Ahora bien, dentro de este último supuesto, el Código distingue: a) si verifica el reintegro dentro de los diez días siguientes al de la incoacción del sumario, la pena es de inhabilitación especial, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público y de suspensión, si no resultare; b) si tal reintegro no se efectúa las penas son las correspondientes al delito previsto y penado en el artículo 394. No hay en este último caso un cambio en la naturaleza jurídico penal de la infracción. Sería contrario a los principios más esenciales y elementales del Derecho Penal que el simple hecho del reintegro modificara el núcleo rector de la figura penal. No se modifica, pues lo que sucede, por razones puramente utilitarias, como estímulos o alicientes al reintegro, es que, en tales casos, en las que no hay reintegro (y no corresponde a la Sala hacer en este momento una crítica del sistema, si hubiera lugar a ello), se produce un reenvío penalógico al artículo 394 del Código Penal, sin que, esto parece muy importante, se cambie, como ya se anticipó, la naturaleza del delito, porque de ser así estaríamos en presencia de una presunción contraria al reo respecto a la acción penal, es decir, al elemento culpabilístico o subjetivo del injusto, por el solo hecho de no reintegrar (confróntese el artículo 516 bis), lo que no sería correcto. Lo que sucede, sencillamente, en estos concretos supuestos es que el legislador establece unas penas más graves, nada más.

**ARTICULOS 394 Y 396. MALVERSACION. MODALIDADES. DIFERENCIAS**

(STS de 8 de julio de 1991. Pte. Sr. Delgado García)

**Segundo.** En dicho motivo único, al amparo del número 1.º del artículo 8490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega que hubo aplicación indebida de los artículos 394 y 396.2.º y que debió aplicarse el artículo 396.1.º, todos del Código Penal.

Del propio texto de tales normas, conforme han sido interpretadas por la jurisprudencia constante de esta Sala (Sentencias de 26-6-89, 12-1-90, 5-6-90 y 20-9-90, entre otras muchas), se deduce claramente que la diferencia entre el delito de malversación del artículo 394 y el del artículo 396 se encuentra en que en el primero el autor del hecho ha actuado con una intención de apropiación definitiva de los caudales que como funcionario público tiene a su disposición (*animus rem sibi habendi*), mientras que en el segundo, sancionado con penalidad mucho menos grave, se contempla una mera acción de aplicación de tales caudales públicos a usos propios o ajenos, siendo el fundamento de esa menor penalidad con que esta última infracción se castiga el que solamente existe un ánimo de utilización temporal del objeto distraído porque hay intención de devolverlo en un momento posterior. Pero, incluso, pese a existir este propósito de mero uso, la Ley ordena (artículo 396.2.º) que se apliquen las graves penas del 394 si no se realiza el reintegro de lo indebidamente utilizado dentro de los diez días siguientes al de incoación del sumario.

**Tercero.** Aplicando tal doctrina al caso presente, es evidente que ha de ser rechazado el motivo de casación ahora examinado, pues de la relación de hechos probados que nos ofrece la Audiencia Provincial de Tenerife se deduce con evidencia manifiesta la concurrencia de todos y cada uno de los elementos del tipo del mencionado artículo 394, al narrar una conducta de sucesiva apropiación de fondos de la oficina de Correos de cuya administración estaba encargado el procesado como funcionario del Cuerpo Ejecutivo Postal y de Telecomunicaciones, lo que ocurrió a lo largo de un período de tiempo comprendido entre los años de 1983 y 1985, hasta quedarse para sus negocios particulares y para el mantenimiento de la familia con la expresada cantidad total de 5.308.702 pesetas.

Aparece claro que de tales hechos, realizados por parte de un funcionario que, como luego se vio, carecía prácticamente de otros ingresos que no fueran los de su propio sueldo, en cantidad realmente elevada para su condición de modesto empleado público, necesariamente ha de deducirse su propósito de quedarse para sí de forma definitiva con los mencionados caudales públicos. Pero, aunque así no fuera y con criterio benevolente se llegara a entender que hubo sólo un ánimo de apropiación temporal con propósito de devolución de lo sustraído, es evidente que no existió el reintegro exigido por el párrafo 2.º del artículo 396, por lo que, en todo caso, habría de aplicarse el artículo 394, pues el convenio acordado con la Administración sobre devolución de lo indebidamente apropiado a razón de 25.000 pesetas al mes, al que se refiere expresamente el hecho probado de la Sentencia recurrida (nada se dice respecto de la forma y persona que actuó en representación de la Administración en tal convenio, probablemente nulo), no puede reputarse, como parece pretender el recurrente, equiparable al reintegro exigido por el citado párrafo 2.º del artículo 396.

## ARTICULO 406.1.º ASESINATO. ALEVOSIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 18 de junio de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

5. El motivo cuarto, también por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce indebida aplicación de la circunstancia 1.ª del artículo 406 del Código Penal, es decir, de la agravante cualificativa de la *alevosía*.

Si nos atenemos de nuevo al relato de hechos probados, de ellos se desprende que en el forcejeo sostenido por el procesado con su víctima, a ésta le cayeron en la calzada las gafas que portaba, de modo que al agacharse para recogerlas y en el momento en que se incorporaba y sin haber recuperado la posición vertical, aprovechó de ello el

procesado para extraer un cuchillo o puñal de grandes dimensiones que ocultaba a su espalda e inesperadamente asestó a Víctor una puñalada en el hemitórax izquierdo que alcanzó el corazón, si bien no le causó la muerte por la rápida intervención de los agentes de policía que lo trasladaron de inmediato a un centro asistencial.

De este *modus operandi* del procesado el *iudicium* del *a quo* concluye que la acción agresora fue «súbita, inopinada e inesperada»; aprovechó la momentánea distracción de la víctima que se agacha a recoger las gafas que habían caído al suelo, sin poder esperar ni sospechar en modo alguno un ataque contra su vida; de modo que la tripartición de supuestos que doctrina y jurisprudencia encuentra en la alevosía: el proditorio o de acecho a la víctima; el ataque súbito y sorpresivo, y el que se prevale de circunstancias de desvalimiento inherentes a la propia víctima, la Sala de instancia se acoge al segundo que es aquel que en lugar de buscar de antemano la indefensión de la víctima la aprovecha aun cuando tal situación se produzca de forma repentina y transitoria, pero bastante para que la víctima no pueda reaccionar ante el inesperado ataque; tal como sucedió en el caso de autos en que la víctima transitaba por la calle, desconociendo totalmente al procesado y haciendo caso omiso cuando éste le exigió con gestos y palabras que se acercara al lugar en que se hallaba discutiendo violentamente con su compañera; ante cuya actitud elusiva, el acusado reaccionó dándole alcance, reprochándole que no le hubiera hecho caso, obligándole a un forcejeo con mutuos empujones que por sí solos no podían presagiar el ánimo de muerte que animaba al procesado, quien aprovechando, como se ha dicho, la posición totalmente indefensiva e inerte de su antagonista buscado coactivamente, le asestó cuando aún estaba agachado la tremenda puñalada con el puñal de grandes dimensiones que llevaba oculto el procesado, nuevo modo de impedir la previsión defensiva de la víctima.

Se dio, pues, el elemento objetivo de antijuricidad de la alevosía: acción de aseguramiento del golpe e indefensión de la víctima y el subjetivo de culpabilidad: el dolo del agente se proyecta tanto sobre la acción como sobre la repetida indefensión, sea ésta buscada o simplemente aprovechada, supuesto este último inherente a la modalidad de alevosía que contemplamos (Sentencias de 5 de julio de 1985 y 24 de noviembre de 1989, entre otras).

El recurrente quiere anular la agravante con la idea de que mediando una contienda en cuyo curso se produce la agresión no cabe la alevosía según doctrina jurisprudencial. Pero como enseña esa misma doctrina, si bien la situación de contienda existente se compagina mal, por lo común, con la plena sorpresa que caracteriza a la variedad de alevosía apreciada en la instancia, la expresión de que no cabe referirse a «alevosía sobrevenida» es muy cuestionable, por cuanto la idea finalística de eliminar toda defensa por parte del sujeto pasivo del delito puede encontrar cauce o apoyo dentro de la propia contienda en curso (Sentencia de 9 de febrero de 1989), tal como ocurren en el caso de autos, a tenor de lo ya expuesto.

El motivo, pues, debe ser desestimado.

#### **ARTICULO 407. HOMICIDIO. COMISION POR OMISION. OMISION DE TRATAMIENTO MÉDICO ADECUADO**

(STS de 8 de julio de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

**Primer.** Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 LECrim., se formula este motivo por inaplicación del artículo 575 (sin duda se trata de un error mecanográfico y quiere decir 565), párr. 1, en relación con el artículo 407 del Código Penal y subsiguiente indebida aplicación de este último.

Teniendo en cuenta el cauce procesal seleccionado por el recurrente, es incuestionable que han de respetarse los hechos probados y de ellos aparece lo siguiente: a) el procesado, que se hace pasar por médico sin serlo (y sorprende desagradablemente la carencia de los correspondientes y eficaces controles en los Centros Sanitarios donde prestó sus servicios, en este orden de cosas) alcanza la confianza de una señora de ochenta y cuatro años de edad en términos de desplazamiento de su patrimonio, que explica la Sentencia de instancia con detalle y a la que nos remitimos, que había ingresado en la Clínica y que —hay que repetirlo— incomprensiblemente dirigía, necesitada simplemente de ningún otro tratamiento médico que no fuera el vitamínico; al conocer que dicha señora se había dado cuenta del engaño de que estaba siendo víctima —había extraído de su cuenta 3.672.047 pesetas— se encarga directamente de los «cuidados» médicos de la misma administrándole «Valium» y «Haloperidol», que la llevan a un estado de inconsciencia y sedación en unos momentos y de agitación en otros. Se le prohíbe salir de la clínica, por supuesto, se le impide presentar la correspondiente denuncia y se le continúa administrando los referidos fármacos. De esta manera el deterioro físico de la señora era cada día mayor y en vez de decidir el tratamiento adecuado, temeroso de que se descubriera su acción, se limita, aceptando que el resultado de muerte se produciría de inmediato, a mantener el estado ya descrito continuando en la misma actitud y produciéndose el fallecimiento el 28 de febrero de 1985, quince días después de la operación bancaria ya referida, durante los cuales, sin escrúpulo alguno, fue sacando el dinero pese a la evidencia de que su salud se deterioraba hasta su fallecer.

Como en este caso los hechos tienen una prueba tan abrumadora, extensa y plural, lo único que se discute es la calificación jurídica y hay que señalar que el comportamiento del procesado alcanza tales niveles de antijuricidad y de culpabilidad que la determinación de la conducta como homicida y la imposición de la pena en el grado mínimo que esta Sala no puede rectificar, resultan especialmente benévolas, posición del Tribunal *a quo* respetada y respetable, sea o no compartida.

En el homicidio cabe la modalidad de realización del tipo penal activa y omisiva, y también, por supuesto, cabe la de comisión por omisión, sin problema alguno con respecto al principio de legalidad, que no se ensancha en absoluto con esta interpretación. El Código se refiere al que matare a otro y, en estos términos, la muerte dolosa puede y debe ser imputada a cualquiera que ponga una condición suficiente para producirla. Lo importante es que se llegue, por una vía correcta, a la inferencia del *animus necandi* que en este caso aparece especialmente probado, como ya se dijo.

La doctrina científica se refiere, al tratar del delito llevado a cabo mediante la modalidad de comisión por omisión, a que el sujeto estuviera en condiciones de evitar el resultado y que ocupara la llamada posición de garante, es decir, que hubiera en el sujeto activo una obligación de actuar para evitar el resultado lesivo o, como en este caso, letal.

Ni siquiera hay que acudir, para llegar al resultado penal, a esta figura que, en este caso, se daba con exceso y que nadie podrá poner en tela de juicio: es quien se hace pasar por médico y gana la confianza de la enferma, mujer de ochenta y cuatro años, hasta el punto de autorizarle la extracción de todos sus ahorros, quien actúa de la manera que queda relatada. Y este actuar ni siquiera es de los que han de subsumirse en la modalidad de comisión por omisión, sino que alcanza una expresión específica de omisiva, porque se trata de un actuar entre activo y omisivo, según las circunstancias, conjugando directamente el verbo del delito porque él sabe que eliminando toda ingesta vitamínica y prescribiendo fármacos como los que han quedado reflejados anteriormente, el resultado de su muerte se produciría fatal e inmediatamente. Lo sabe y lo quiere y, de esta manera, la calificación de homicidio no ofrece duda.

Aparece así inequívoca, como con acierto describe en su informe el MF, la intención de producir la muerte; no es que se representara el resultado de muerte, sino que éste se quería, y se quería de manera directa, precisamente para tapar su actuación depredadora con respecto al patrimonio de la anciana, que se confió a su falso protector, humana y profesionalmente. Hablar en este estado de cosas de imprudencia carece de la más mínima fundamentación.

Procede la desestimación.

#### **ARTICULO 407. HOMICIDIO. DOLO EVENTUAL. POSICION DE GARANTE. COMISION POR OMISION**

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

**Primero.** El único motivo de impugnación formulado por el procesado B. el M., al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce aplicación indebida del artículo 407 y 1.º del Código Penal, y vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española, fundado en que al no inferirse de los hechos probados el *animus necandi*, debió estimarse el hecho como constitutivo simplemente de un delito de lesiones.

Partiendo del respeto absoluto a los hechos probados, dada la vía procesal elegida por el recurrente, hay que resaltar respecto a aquéllos: 1.º) los dos procesados, uno de ellos el recurrente, sin conocer previamente a la víctima, aunque en el curso de la conversación sospecharon que les había efectuado determinadas sustracciones, le golpearon repetidamente con los puños y los pies, desde las últimas horas de la tarde del día 2 de abril de 1987, durante largo tiempo, hasta la madrugada del día 3. Tanto los procesados como la víctima, se encontraban bajo la influencia de la ingestión de alcohol, que no les privaba de su capacidad de conocimiento y voluntad, y 2.º) posteriormente, le abandonaron a su suerte, falleciendo a consecuencia de los golpes recibidos y consecuente shock traumático, al que coadyuvó el frío y la lluvia al haberse quitado la víctima las ropas que vestía.

Las tesis del recurrente es que las heridas que causaron al luego fallecido, podían ser graves pero no mortales, porque no interesaban órganos vitales, y en consecuencia, ello es argumento suficiente de orden subjetivo contrario al ánimo de matar de los procesados, pues si hubieran querido efectuarlo, hubieran obrado de forma diferente. La situación del herido se vio complicada por circunstancias objetivas fuera de la órbita de los procesados, que colaboraron en la producción del desenlace fatal, tales como la embriaguez, la desnudez, el frío y la lluvia, fueron circunstancias concurrentes y acaso determinantes de aquella muerte.

El informe pericial emitido en el acto del plenario por los peritos, uno de ellos médico forense que practicó la autopsia al cadáver, que a preguntas del defensor, sin que conste a cuál de ellos, manifestaron «que la causa de la muerte derivada de un politraumatismo. Cada herida considerada individualmente no era susceptible de producir la muerte, pero en conjunto la produjeron. Por el olor se notaba que había bebido. Esto unido al frío agravó la situación. Estas circunstancias coadyuvaron pero la causa principal fue la paliza. Había heridas de arma blanca. Que piensa que por la cantidad de golpes fueron varias personas las que lo agredieron. Que la diferente calidad de las heridas producidas por diversos objetos hacen improbable la agresión por una sola persona. Que alguno de los golpes fue realizado por un objeto contundente.

Es obvio, pues, que el *animus necandi* debe apreciarse cual hizo la Sentencia de instancia. La causa de la muerte fue la descomunal paliza que le propinaron los proce-



sados, y que según los peritos médicos, fue la causa principal, porque aunque aisladamente consideradas las heridas no fueran mortales, el politraumatismo global sí que era apto para producirla. Y las circunstancias concurrentes, frío, embriaguez y desnudez coadyuvaron a dicha muerte, pero no fueron causa determinante de la misma. Es por ello que con la multiplicidad de golpes que le propinaron con los puños e infiriéndole patadas, el propósito de muerte resulta evidente, al menos con dolo eventual.

Esta Sala no ha ignorado el arduo problema de señalar con precisión la línea diferencial entre el dolo eventual y la culpa consciente, y ha asumido las tres teorías principales sobre esta cuestión: la de la probabilidad del resultado captado por el sujeto, la del sentimiento y la del consentimiento. La jurisprudencia ha reputado la teoría del consentimiento como la más seguida en la doctrina frente a las otras —Cfr. Sentencia Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990— y con ella son constantes las referencias a la aceptación del resultado de no necesaria originación, frente al dolo directo, ya sea de primer grado o dolo de propósito en que hay absoluta concordancia entre la intención y el resultado, ya en la especie del segundo grado, llamado de consecuencias necesarias o indeterminado en que a sabiendas de las consecuencias más graves, indefectiblemente unidas al resultado querido no se retrocede ante aquéllas. Es indudable que, cualquiera que sea la teoría que se admita para la fundamentación del dolo eventual, los procesados aceptaron el resultado de la muerte, representado como probable, y sin embargo, consentido. A igual conclusión llega el Tribunal de instancia, que en virtud de los principios dominantes en el ordenamiento jurídico penal, principalmente el de inmediación, en virtud del cual apreció todas las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, viendo y oyendo a los testigos y peritos, así como el interrogatorio de los procesados, pudo valorar más directamente aquéllas, deduciendo del conjunto de todas ellas la existencia del *animus necandi* en el propósito de los procesados, con una deducción racional, lógica y coherente, que debe mantenerse.

Por último, en todo caso, una vez que los propios procesados habían creado la situación tan gravosa para la víctima, se convirtieron en posición de garantes para obviar el resultado dañoso que pudiera producirse, y al no evitar aquél, son autores en comisión por omisión del fallecimiento posterior de la persona a la que previamente habían inferido múltiples golpes, que normalmente debieron producir su muerte, a lo que coadyuvaron las circunstancias ambientales, sin que los procesados hicieran nada por intentar reducir los riesgos que debían haber previsto.

#### **ARTICULOS 407 Y 501. ROBO Y HOMICIDIO. TIPO COMPLEJO. DUALIDAD DE DELITOS. DIFERENCIAS**

*(STS de 15 de julio de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)*

**Unico.** El recurso se interpone por un solo motivo, por infracción de Ley, y apoyo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 501.1.º y último párrafo del Código Penal y no aplicación del mismo artículo 501, pero el número 5.º, y último párrafo, y no aplicación de los artículos 407 y 61.4 todos ellos del mismo Código y al mismo tiempo no tener en cuenta los principios jurídicos de discrecionalidad reglada y del *in dubio pro reo*.

De acuerdo con el recurrente «si los sucesos se hubieran producido con normalidad solamente contemplaríamos un delito de robo, ya que era impensable que la víctima en un rapto de valentía, heroísmo o más bien de modo imprudente se lanzara contra el procesado armado con un palo. Esta actitud era imprevisible...» Estima, en consecuencia, que se consumó un delito de robo, en cuantía inferior a 30.000 pesetas, al que se añadió un homicidio como hecho independiente del robo.

El recurrente se aparta del planteamiento seguido en la instancia. Las conclusiones provisionales fueron simplemente negativas respecto del relato fáctico del Ministerio Fiscal; en las definitivas, formuló un relato fáctico que estimó constituido de robo con homicidio culposo. Su tesis ahora es otra: que no existe delito complejo de robo con homicidio, es decir, que el homicidio no se causó con motivo u ocasión del robo, porque el robo ya se había terminado.

*Hecho probado* es que tras la sustracción del dinero y de las prendas de vestir «Juan Carlos B. Juan Carlos B. se dirigieron hacia la puerta del establecimiento momento en el que el propietario del establecimiento Antonio D. M. coge un palo y le dice al dependiente Angel R. G. “a por ellos”, ante lo cual aquellos dos reaccionan y se encaran con Antonio D., al que Juan Carlos B. S. le apunta con la pistola que portaba (...) y efectúa tres disparos contra el cuerpo de Antonio D. siendo alcanzado por uno de ellos que penetra por región izquierda de la cara posterior del tórax a ocho centímetros por fuera de la línea constituida por las apófisis espinosas y a cinco centímetros por debajo del relieve del deltoides, con dirección de izquierda a derecha, quedando alejado el proyectil (...) entre la primera y segunda costilla en el vértice del pulmón derecho, impacto que produce la muerte en momentos inmediatos posteriores del mencionado Antonio D.».

Cuando la violencia o intimidación surge con posterioridad al ataque contra la propiedad (robo con fuerza en las cosas, hurto, etc.) algunos ordenamientos prevén una figura autónoma: rauberisch Diebstahl, los alemanes; rapina impropia, los italianos, etc.). La violencia en estos supuestos no precede a la sustracción, es ulterior. En el caso que se analiza esto no ocurre. La violencia concurre *ab initio*. Se trata, pues, de un robo con violencia en las personas. La cuestión a resolver es si está consumado o no. Esta Sala sostiene en doctrina constante que ello ocurre cuando el autor posee la disponibilidad sobre la cosa, sin que mera desposesión de la víctima. Pero los autores carecieron de tal disponibilidad fáctica, ya que cuando Juan Carlos B. disparó contra Antonio D. se encontraban aún en el establecimiento, no habían traspasado la puerta, hacia la que se dirigían. La muerte está en relación con el robo: se ha cometido con ocasión de éste. No existe disociación o ruptura entre una y otro. Carece de apoyo jurídico la argumentación del recurrente.

#### **ARTICULO 452 BIS D), 1.º Y 2.º DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCION. TERCERIA LOCATIVA. IMPUNIDAD GENERALIZADA**

*(STS de 19 de julio de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)*

La Audiencia Provincial de Castellón condenó al luego recurrente como autor de un delito relativo a la prostitución. El segundo motivo del recurso —se prescindirá del primero, concerniente a la presunción de inocencia— denuncia la aplicación indebida del artículo 452 bis d), 1.º y 2.º del Código Penal. El Tribunal Supremo desestima ambos reproches.

**Segundo.** 1. El segundo motivo, con idéntico apoyo procesal que el precedente, artículo 849.2.º y 1.º de la LECrim., denuncia la aplicación indebida del artículo 452 bis d) 1.º y 2.º del Código Penal, y determinadas Sentencias de esta Sala, pues los hechos han de ser de entidad «suficiente para producir la repulsa social y no es menos cierto que los hechos descritos por sí mismos pueden ser moralmente reprobables, pero no revisten entidad suficiente como para, por sí mismos, ser objeto de una condena en el orden penal». En el escrito que responde al informe del Ministerio Fiscal se añade que en la propia carretera de Madrid a Valencia hay más de 100 locales de idénticas

características al que regentaba el procesado y que en los periódicos aparecen anuncios de mujeres que ejercen la prostitución ofrecidas en un local en el que nadie puede creer que trabajen en plan de cooperativa. La conducta del procesado, sin duda reprochable en opinión de algunos ciudadanos, se añade, no reviste entidad suficiente para ser objeto de una condena en el orden penal.

2. El carácter penal de un comportamiento lo determina el Legislador. No el Juez. Aquél es quien establece si posee o no entidad suficiente para ser merecedor de una condena en el orden penal. A éste simplemente le compete fijar si la acción que enjuicia tiene o no cabida en la previsión legal. Si llega a la conclusión que el hecho es delictivo ha de imponer la pena conminada, dentro de los márgenes que la Ley le otorga, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. La impunidad de comportamientos análogos al que se enjuicia no puede llevar a la impunidad de éste. Doctrina que corresponde con la sostenida por el Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia de esta Sala.

Así las cosas, es evidente que el procesado es arrendatario de un local en el que se ejerce la prostitución. Y así lo reconoce el propio recurrente. Su conducta tiene enmarque en la figura que se conoce como tercería locativa, de los números 1.º y 2.º del artículo 452 bis d) del Código Penal.

El motivo no puede prosperar.

#### **ARTICULOS 504 Y 514. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. PUERTAS DE ACCESO A LA PROPIEDAD. HURTO**

*(STS de 22 de julio de 1991. Pte. Sr. García Ancos)*

**Primero.** El único motivo de casación se interpone por el MF en favor del procesado Francisco Javier M. G. por entender, con amparo procesal del artículo 849.1 LECrim., que la Sala de instancia incidió en error de derecho al calificar la acción enjuiciada como constitutiva de un delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 504.2 del Código Penal, en vez de considerar que los hechos son constitutivos de un delito de hurto previsto y sancionado en los artículos 514 y 515.1 del Código Penal.

Para resolver el problema así planteado, es necesario indicar, con carácter previo, que los referidos hechos se resumen, en lo que aquí interesa, del siguiente modo: el referido inculpado, entre los días 3 y 6 de agosto de 1987, se apoderó de cinco puertas de propiedad ajena, tras arrancarlas de sus respectivos goznes, haciendo venta de ellas con ánimo de lucro; las referidas puertas, a excepción de una, no sufrieron daños.

**Segundo.** Como bien razona la parte recurrente, tales acciones no pueden ser tipificadas como un delito de robo con fuerza en las cosas, según acordó la Sentencia impugnada, sino como un delito de hurto, dadas estas razones: a) el concepto de fuerza en las cosas como calificativo del robo no es totalmente coincidente con su definición gramatical, sino que el artículo 504, en sus diversos apartados hace selección de lo que debe entenderse por «fuerza» para tipificar el delito de robo, y ello aunque no deba entenderse que el legislador tuvo ánimo, en su descripción enumerativa, de imponer al intérprete un número absolutamente «cerrado» o «clausurado» de supuestos que puedan emplearse como vehículos comisorios de la acción; b) en esa selección (o relación) que el precepto hace, no puede entenderse incluida la simple fuerza que se ejerce en el objeto sustraído cuando con tal fuerza, y sin necesidad de otras actividades, bien antecedentes, bien consiguientes, se agota la actividad delictiva de la sustracción, pues no en balde y según bien se razona, todas las circunstancias del artículo 504 «tienen de común estar orientadas a procurar el acceso a un inmueble o a la apertura de cosas

muebles cerradas o selladas», o, lo que es lo mismo, sólo existe fuerza para tipificar el robo cuando «se quebrantan las protecciones de cierre y guarda que el propietario adoptó para defender su propiedad», pero no cuando es el mismo objeto protector (las puertas en este caso) lo único que se violenta y sustrae sin intención posterior de acceder al contenido del bien que con tales objetos trata de protegerse.

**Tercero.** Por lo expuesto, se deberá acceder al recurso interpuesto, condenando al recurrente en vez de por un delito de robo con fuerza en las cosas, por un delito de hurto, siendo aplicable esta misma calificación a los demás condenados, ya que independientemente de lo dispuesto en el artículo 903 LECrim., es necesario tener en cuenta que éstos fueron condenados como encubridores del delito cometido por el autor, aunque también es necesario resaltar que a estos encubridores, por razones obvias, no se le puede imponer pena de multa inferior a la señalada para los delitos.

#### **ARTICULOS 504 Y 514. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. HURTO. DIFERENCIAS GRANDES ALMACENES. SISTEMAS DE ALERTA**

*(STS de 13 de mayo de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)*

1. La línea diferencial entre el delito de hurto y el delito de robo viene marcada tanto por la acción traslativa del dominio de la cosa descrita por el verbo tipo —tomar en el hurto y apoderarse en el robo—, sino por las formas típicas en que se lleva a cabo el desplazamiento de la cosa, de tal manera que se puede afirmar que el hurto tiene un carácter residual o negativo en el sentido de considerar constitutivas de hurto todas aquellas formas de apoderamiento en las que no existe la fuerza o la intimidación específicamente recogida en los tipos penales que describen las modalidades de robo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas.

2. El MF concentra toda su argumentación en tratar de demostrar que, en los casos que se describen en los apartados *b)*, *c)* *d)* y *e)* del hecho probado, se aprecia la concurrencia de una fuerza material llevada a cabo sobre las cosas que aparece tipificada en los apartados correspondientes de los artículos que cita. Con carácter general se establece que existe robo cuando se fracturan armarios, arcas u otra clase de objetos cerrados o sellados, abarcándose en la descripción típica todos aquellos supuestos en los que el autor del hecho punible violenta o fuerza todas aquellas trabas o impedimentos que el titular de las cosas ha colocado para resguardar sus propiedades de la codicia ajena. Estas precauciones pueden consistir en guardar las cosas en cualquier clase de objetos cerrados y comprende también a la protección o custodia que se ejercita por medio de la colocación de sellos u otras formas de protección cuyo quebranto permite el acceso a las cosas y el subsiguiente apoderamiento. Una interpretación literal y restrictiva nos lleva a considerar que el legislador se ha referido exclusivamente a las distintas modalidades de cerrar un contenedor, recipiente, armario o arca, que éstas pueden hacerse mediante la colocación de cerraduras o sellos cuyo quebranto o fractura tipifica el delito de robo con fuerza en las cosas.

3. El concepto de fuerza que se recoge en el artículo 504 del Código Penal no es homogéneo. Por un lado se describen acciones que suponen el uso de la fuerza física para realizar el robo actuando directamente o aplicando el acto impulsivo sobre paredes, techos, suelos, puertas o ventanas o bien sobre los objetos cerrados o sellados y, por otro, configura la fuerza típica calificadora del delito de robo en acciones en las que predomina la utilización de la inteligencia para lograr el acceso a los espacios edificadas en los que sus moradores o usuarios distribuyen sus enseres y objetos; así se entra en la vivienda por un lugar no destinado al efecto o se utilizan llaves falsas o las legiti-

mas sustraídas a su propietario. En todo caso, una interpretación restrictiva de los preceptos sancionadores nos lleva a señalar que la fuerza típica se agota en estas modalidades sin que se puedan extender a supuestos distintos, utilizando la fórmula descriptiva del artículo 500 del Código Penal que se refiere, en general, al empleo de fuerza en las cosas.

4. Los modernos métodos magnéticos de identificación, marca y etiquetado de los objetos que se venden en las tiendas y grandes almacenes sirven para controlar las ventas y las disponibilidades existentes en los depósitos de mercancías y se utilizan, además, para detectar las salidas de estos objetos sin pasar por las cajas registradoras dotadas de los medios técnicos necesarios para desactivar las alarmas sónicas que se ponen en marcha cuando se intenta sacarlos subrepticamente de los establecimientos.

*Estos sistemas de alerta no pueden ser equiparados a los cerramientos o fijaciones con las que se custodian y defienden las cosas para dificultar su apoderamiento. La sustracción de estos objetos o mercancías expuestos, generalmente al público sin ningún sistema de sujeción o cierre, no integra el elemento constitutivo del delito de robo tal como se configura en el artículo 504 del Código Penal. La acción de apoderamiento se realiza de forma subrepticia y sin fractura alguna tratando de burlar la vigilancia directa de los empleados de la tienda que disponen, como último control de seguridad ante esta modalidad de sustracción, de los mecanismos de activación y desactivación que se instalan en las cajas registradoras y en los accesos a la tienda. Esta seguridad adicional defiende mejor los intereses de los titulares de estos establecimientos, pero no constituye un obstáculo o impedimento insalvable que sea necesario forzar o burlar aplicando alguno de los medios que tipifican de manera específica y restrictiva la fuerza componente del delito de robo.*

El motivo debe ser desestimado.

## **ARTICULO 528. ESTAFA. POLIZA DE CREDITO. DESCUENTO BANCARIO. LETRAS FICTICIAS**

*(STS de 10 de julio de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)*

**Primero.** El primer motivo de casación se ampara en el artículo 849.1 LECrim. por aplicación indebida del artículo 528 del Código Penal.

1. Estima el recurrente que se ha infringido el precepto indicado toda vez que en los hechos que se declaran probados no aparecen los requisitos configuradores del engaño como elemento fundamental para la tipificación de la estafa y al mismo tiempo no existe una relación causal entre el engaño y el perjuicio patrimonial ocasionado. Invoca una doctrina jurisprudencial contenida en una Sentencia de 30 de abril de 1981 que estima que las letras de favor han sido admitidas como vehículo idóneo para la obtención de crédito bancario.

2. No podemos olvidar que, por elección del recurrente nos encontramos en la vía marcada por el artículo 849.1 LECrim. que nos obliga a un estricto respeto del contenido del relato de hechos probados. Según consta en la declaración fáctica del procesado y la entidad bancaria habfan firmado una póliza de crédito para la negociación de letras de cambio, efectos de comercio y otros documentos entre cuyos extremos se encontraba el descuento de letras de cambio respondiendo el procesado, entre otros extremos, del buen fin de las mismas, lo que equivale a considerar que la entidad mercantil esperaba y confiaba que las letras tuviesen un destino comercial o mercantil, cuyo desenlace económico estaba garantizado por la cobertura que le proporcionaba la cláusula de garantía que había firmado el suscriptor de la póliza de crédito.

3. Como ha señalado una reiterada doctrina de esta Sala —Sentencias de 12 de diciembre de 1986 y 17 de julio de 1987—, la operación de descuento bancario va acompañada como elemento inherente a su naturaleza y contenido de la cláusula «salvo buen fin» reveladora de que el banco anticipa el importe de la cambial a condición de que ésta sea abonada por el librado en la fecha de su vencimiento. La existencia de una previa póliza de crédito o línea de descuento no exime al cliente de la obligación de veracidad y de lealtad al suministrar a la entidad que realiza el descuento los datos que figuran incorporados al efecto mercantil que sirvió de resorte para la concesión de la cantidad que figuraba en la letra librada por el procesado.

4. La firma de una póliza de crédito para el descuento de letras no abre una línea de crédito indistinto y generalizado, ya que la operación tiene como motivo o causa la negociación de letras de cambio y se supone que ambos firmantes, la entidad bancaria y el procesado, se comprometen a cumplir estrictamente las condiciones y fines que les impone la letra del contrato. No estaban amparadas por el contrato la emisión de letras ficticias que no respondiesen a operaciones mercantiles y que se presentan al descuento como auténticas cuando en realidad están desprovistas de contenido causal al incorporar a su texto como deudoras personas o entidades que nada deben al librador y con el que no han tenido relación alguna.

5. La cláusula «salvo buen fin» quiere decir, como ya se ha expuesto, que la entidad bancaria anticipa el importe de la cantidad a condición de que la letra de cambio sea pagada en el momento de su vencimiento y si no se produce así le queda la posibilidad de dirigirse al aceptante, si éste existe, o hacia el librado o librador para hacer efectivo su pago, adeudando el importe en la cuenta de este último cuando ninguno de los anteriores ha pagado. Coexiste, en el caso concreto, el elemento del engaño en cuanto que la entidad crediticia confiaba en el buen fin de la letra de cambio.

Ha existido además un desplazamiento patrimonial originado por la mendacidad antes aludida y por la ocultación a la entidad bancaria de la situación económica por la que atravesaba y que desembocó, también según el hecho probado, en la solicitud de acogerse a los beneficios de la suspensión de pagos meses después de producirse el impago de la letra.

Por último, aparece claramente perfilado el ánimo de lucro y el daño o perjuicio económico ya que según se afirma el importe de la letra no ha sido recuperado por el Banco descontante.

Por todo lo expuesto procede desestimar el motivo.

## **ARTICULO 528. ESTAFA. DOCTRINA GENERAL. ENGAÑO. NEGOCIOS JURIDICOS PATRIMONIALES**

*(STS de 11 de julio de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

**Cuarto.** En el quinto motivo de impugnación, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 528 del Código Penal, pues aun partiendo de los hechos declarados probados, que se consideran intangibles, en aquéllos no se contiene ninguno de los elementos o requisitos que exige el artículo 528 del Código Penal.

A) Los elementos esenciales del delito de estafa son según una reiterada doctrina jurisprudencial —Cfr. Sentencias Tribunal Supremo 5 de marzo, 11 de octubre y 12 de noviembre de 1990 y 31 de enero de 1991—.

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 un 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.

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.

Antes y después, por tanto, de la vigencia de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que reformó profundamente el delito de estafa, el requisito fundamental de esta infracción delictiva, lo es el engaño, en el que hace especial hincapié el recurrente, cuyo engaño, tendrá que ser necesariamente, antecedente, causante y bastante. Antecedente, por cuanto que tendría que preceder y determina el consecutivo perjuicio patrimonial, no siendo aptas para originar el delito de estafa las hipótesis del denominado *dolo subsequens*. Causante, ya que el engaño debe hallarse ligado por un nexo causal con el perjuicio patrimonial, de tal forma que éste haya sido generado por aquél. Y por último, bastante, toda vez que la evolución doctrinal en la actualidad no sigue la teoría objetiva, según la cual, la mendacidad en que radica el engaño, debía ser capaz de incidir a error a una persona medianamente perpicaz, sino que se ha adoptado una teoría subjetiva, la que propugna la idoneidad del engaño en cuanto sea suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño.

En el campo civil, dice la Sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 1989, especialmente en los negocios jurídicos de naturaleza patrimonial, se conocen dos especies del denominado dolo civil: uno, el dolo vicio de la voluntad o del consentimiento al que se refieren los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código Civil, el cual es fácilmente criminalizable, con tal de que concurren los restantes requisitos de la estafa, y el dolo en el incumplimiento de las obligaciones, dolo sobrevenido, *subsequens* o *a posteriori*, regulado en los artículos 1101 y 1102 del Código sustantivo civil, el cual es difícilmente criminalizable, sino que sitúa la acción en el área civil, salvo que por los datos en que se manifieste dicho dolo civil, se adquiera la convicción de que ese deseo de incumplimiento, aunque se manifieste *a posteriori*, ya había surgido en la psique del agente en el momento de la celebración del contrato.

Aplicando dicha doctrina al supuesto aquí enjuiciado, es evidente que en él falta el requisito esencial del engaño precedente con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial, con producción de un error esencial en el sujeto pasivo que desconociera lo que constituía la realidad.

El engaño precedente, como es cualificado el atribuido a los acusados en el fundamento de derecho primero de la Sentencia de instancia, no se desprende del relato fáctico, en el que se parte de una actividad negociada de índole civil, establecida con la Comunidad, dueña de la obra, y de la que el querellante forma parte. Se pretendía entre Comunidad y socio determinar la situación del Sr. Dobón, como consecuencia de la adjudicación de un solo piso, a aquél, y la cesión a la Comunidad de los restantes que en principio tenía adjudicados, llamándose a la Constructora para conocimiento de quién asumía la obligación de pago de los pisos asignados hasta entonces al Sr. Dobón. Pero

no consta en el *factum* que Riobra negociara o conviniera nada con aquél, sino que aporta su firma, si bien para su ejecución, convenía que el tenedor de las letras aceptadas las retirara, pero ello no es lo que mueve o motiva al querellante para su suscripción, ni que Riobra maquinara o promoviera el contrato, y, por tanto, pueda imputársele el engaño precedente necesario para la aparición del delito de estafa, ni fuese bastante, en todo caso, para determinar al querellante a suscribir el convenio con la Comunidad.

El motivo, pues, debe ser estimado, casando y anulando la Sentencia de instancia, dictándose a continuación la procedente.

### **ARTICULOS 528, 529.4.º Y 556. ESTAFA AGRAVADA. INCENDIO DE BIENES PROPIOS. DIVERSIDAD DE DOLOS. CONCURSO DE DELITOS**

(STS de 5 de junio de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

**Segundo.** El motivo segundo, subsidiario del anterior, se ampara en el artículo 849.1 LECrim., y aduce la aplicación indebida del artículo 528, en relación con el artículo 529.4.º y 7.º del Código Penal, y en relación con el artículo 71 del mismo texto legal, toda vez que el Tribunal *a quo* condena al recurrente como autor de un delito de incendio en bienes propios del artículo 556 del Código Penal, y de otro lado como autor de un delito de estafa, agravado por haberse producido destrucción o daño en cosa propia, y por su especial gravedad atendido el valor de la defraudación, de modo que el delito de incendio sirvió de medio para cometer el de estafa con dichas modalidades agravatorias, siendo así que la descripción típica del delito de incendio de bienes propios ya abarca el propósito defraudatorio y absorbe por tanto el delito de estafa, lo que elimina el concurso de delitos apreciado en la instancia suplantado por un concurso de normas regido por el principio de la consunción, lo que en el caso impediría castigar el delito de estafa consumido por el de incendio.

El problema planteado por este motivo, arduo en verdad, se ha agudizado más si cabe tras la reforma penal de 1983 en tanto que ésta al incluir la estafa de seguro en el artículo 529.4.º del Código Penal parece incidir en la misma descripción típica del artículo 556 en el que se castiga el incendio de bienes propios con propósito de defraudar a tercero, o si causare tal defraudación, como una de las modalidades descritas en dicho último precepto.

Ahora bien, como enseña la doctrina científica y la de esta Sala, la modalidad agravatoria del delito de estafa exige que se den todos los requisitos del delito básico descrito en el artículo 528: engaño que produciendo error en el sujeto pasivo le induzca a un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero. Es decir, que para aplicar el artículo 529.4.º no basta con la intención de defraudar o de causar daño efectivo al asegurador, sino que es menester que el asegurado, en este caso el incendiario, realice su conducta con propósito de inducir a error al asegurador y con él lograr la correspondiente indemnización. Si se lleva a término dicha conducta habrá lugar a estimar el delito de estafa de seguro en concurso con el delito de incendio de cosa propia, en cuanto que para este último, basta que se produzca el incendio con propósito de defraudar y que se cause incluso el perjuicio al asegurador pero sin que éste haya sufrido error alguno como consecuencia de aquella actividad engañosa.

Redunda también la jurisprudencia al respecto, al decir que puede existir *concurso de ambos delitos* si concurren tanto el dolo incendiario como el defraudatorio, de modo que además del primero, el dolo se dirige a engañar al asegurador, creando en el mismo un estado intelectual erróneo de falsa apreciación de las causas del incendio y como consecuencia de todo ello indemniza al asegurado (Sentencia de 9 de abril de 1984, con cita de las anteriores).



Tal doctrina es la aplicada por la Sala de instancia para fundar el concurso de delitos: El del artículo 556 al procurar los procesados el incendio de bienes propios de uno de ellos con propósito defraudatorio, lo que ya consumó tal delito, y luego instar de la Compañía Aseguradora el pago de la indemnización utilizando el medio falaz de presentar el incendio como causal y fortuito, siendo así que fue intencionado uniéndose al dolo incendiario el dolo engañoso propio de la estafa, con todos los engarces causales que hemos visto conlleva este último dolo.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

## ARTICULOS 528 Y 535. ESTAFA. APROPIACION INDEBIDA. APUNTES POR ORDENADOR

*(STS de 19 de abril de 1991. Pte. Sr. Soto Nieto)*

**Primero.** El primer motivo del recurso interpuesto por el procesado, con base en el número 1.º del artículo 849 de la LECrim., atribuye a la Sentencia haber cometido error de derecho al calificar los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de estafa y no de apropiación indebida. En el *factum* de la Sentencia se atribuye al recurrente que, siendo empleado a la sazón de la Sucursal bancaria de Recogidas del Banco Hispano Americano, con la categoría de apoderado, manipulando las cuentas corrientes de diversos clientes haciendo apuntes inexistentes por vía del ordenador, consiguió incorporar a su peculio las cantidades que se enumeran. Para la consumación del delito de estafa del artículo 528 del Código Penal, se precisa, como elemento básico configurador, un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, antes traducido en alguno de los ardidés o artificios incorporados al listado de que el Código hacía mención, y hoy concebido con criterio de laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto. Tal engaño ha de mostrarse como originador o productor de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la falacia, mendacidad, fabulación o artificio que le antecede (Cfr. sentencias, entre muchas, de 17 de febrero, 9 y 27 de mayo y 24 de octubre de 1988, 29 de marzo y 6 de abril de 1990). Como consecuencia de la insidiosa o mendaz actividad del agente se provoca una situación de error esencial, juicio falso determinante de un acto de disposición patrimonial por el sujeto pasivo, en íntimo nexo causal con la fingidora maquinación precedente. *Para que un determinado acto de disposición llegue a tener relevancia típica ha de ser inducido por el error causado y realizado, por tanto, por la víctima del ardid.*

**Segundo.** A la vista de ello, mal puede concluirse la perpetración de un delito de estafa por parte del procesado, al impedirlo la concepción legal y jurisprudencial del engaño, ardid que se produce e incide por y sobre personas, surgiendo en el afectado un vicio de voluntad por mor de la alteración psicológica provocada. La «inducción» a un acto de disposición patrimonial sólo es realizable frente a una persona y no frente a una máquina, implica una dinámica comisiva con acusado substrato ideológico. Con razón

se ha destacado que a las máquinas no se las puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que los casos en los que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesarios para el delito de estafa. Sin engaño, elemento cardinal de la estafa, no puede entenderse producida ésta.

**Tercero.** En relación con la consideración del hecho contemplado como constitutivo de un delito de apropiación indebida, ha de señalarse que tal fue la tesis de la defensa en la instancia, alternativa a la de la libre absolución, según se hace constar en el tercer antecedente de hecho de la Sentencia recurrida. En la exposición del motivo primero del recurso se vuelve a insistir en ello, aduciendo, tras rechazar la existencia de una inducción a otro a realizar un acto de disposición patrimonial, que existió auténtica disposición por parte del Sr. V. M., quien ostentaba la condición de apoderado —Banco Hispano Americano— de los fondos que le fueron entregados para su administración, elemento básico del tipo de apropiación indebida. Siendo ello así, bien se deduce que el inculpado se apropió de dinero que tenía a su alcance por razón de su condición de apoderado de la entidad bancaria y en cuya administración tenía intervención directa, encaminándose los apuntes falsarios efectuados en el ordenador a justificar formalmente la disminución patrimonial de fondos derivada del hecho de la apropiación. *El supuesto ha de subsumirse en el tipo penal de la apropiación indebida.* El artículo 535 del Código Penal, tipificador de dicha infracción, remite al artículo 528, en orden a las penas a imponer, por lo que, aun dándose lugar al motivo, variación del *titulus condemnationis*, ello no supondrá alteración en la pena correspondiente, vigente la apreciación de la circunstancia 7.ª del artículo 529. El motivo ha de estimarse en el sentido y con el alcance expuesto.

### ARTICULO 543. USURA ENCUBIERTA. SIMULACION DE PRÉSTAMO LICITO

(STS de 23 de mayo de 1991. Pte. Sr. Delgado García)

**Quinto.** Nuestro Código Penal en el capítulo VI del título XIII del libro II, bajo la denominación «De la usura y de las casas de préstamos sobre prendas», junto a dos figuras penales (arts. 545 y 546) que son meras infracciones administrativas elevadas al rango de criminales, recoge otras tres que se asientan sobre realidad de unos préstamos que, desde el punto de vista civil, fueron declarados nulos por la Ley de Azcárate de 23 de julio de 1908 por su contenido usuario, las cuales alcanzan la categoría de delito, por razón de la habitualidad (art. 542) del encubrimiento (art. 543) o la cualidad del sujeto pasivo, un menor de edad de cuya impericia o pasiones se abusa (art. 544).

Refiriéndose a la figura del artículo 543, que es la utilizada por la Audiencia de Zaragoza para condenar a quien ahora recurre, ha de decirse que aparece integrada por dos elementos:

a) Que exista un préstamo usuario, es decir, un contrato que responda a las características del definido en los artículos 1753 y ss. del Código Civil o 311 y ss. del Código de Comercio, que, además, responda a alguna de las modalidades que recoge el artículo 1.º de la mencionada Ley de Azcárate.

b) Aquel elemento que aparece como verdadera razón de ser de la punibilidad esta conducta, el encubrimiento de la realidad del préstamo usurario con otra forma contractual, con lo cual el legislador trata de dar respuesta penal a un procedimiento utilizado desde antiguo por los usureros preocupación de nuestros legisladores ante la frecuencia con que tras la apariencia de un contrato lícito se oculta una operación de

usura, constituyendo la simulación el fundamento del castigo por la vía penal precisamente porque con ella el sujeto activo de la conducta punible oculta la realidad de su actividad, especialmente despreciada por la sociedad porque con frecuencia va unida al aprovechamiento de situaciones de ignorancia o especial necesidad, quedándose para sí con un medio de prueba normalmente eficaz frente al prestatario que se encuentra así privado de unas posibilidades de defensa con las que acreditar la realidad de lo verdaderamente contratado.

Cualquier procedimiento de simulación relativa, por el cual las partes acuerdan aparentar bajo un determinado negocio (contrato simulado) la realidad de aquel que en verdad se concertó (contrato disimulado) cuando este último es un préstamo usurario, sirve para integrar el tipo de delito del artículo 543 del Código Penal, y a tal menester no es necesario que se adopte un contrato de clases diferente, pues la apariencia de un préstamo lícito puede utilizarse, y de hecho se utiliza con frecuencia, para enmascarar un supuesto de préstamo usurario, alcanzándose la misma eficacia en contra del prestatario que cuando se utiliza un contrato diferente (por ejemplo, una compraventa con pacto de retroventa), pues en definitiva lo único que importa es la conducta de encubrimiento que es lo que exige el texto del precepto penal citado, por medio de la cual se oculta la realidad del negocio ilícito, bastando, desde luego, la simulación de la cantidad recibida, cuando se hace constar como prestada una superior a la entregada. Si la diferencia es importante, de modo que en verdad constituye «un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», como dice el citado artículo 1.º de la Ley de Azcárate, es indudable que nos encontramos ante un caso tipificado en el artículo 543.

Y esto es lo que ocurrió en el supuesto presente, en el que sólo hubo una entrega de 700.000 pesetas y se hizo constar en escritura pública haber recibido 3.800.000 a devolver sin intereses en sesenta meses para cuyo pago se firmaron las correspondientes letras de cambio, lo que supone unos intereses anuales próximos al 90 por 100 (620.000 pesetas cada uno de los cinco años).

En esta línea de interpretación se ha movido la jurisprudencia de esta Sala, que en Sentencia de 21 de diciembre de 1970 condenó por este delito del artículo 543 cuando se hizo constar haber recibido 300.000 pesetas y sólo se habían entregado 217.000, así como la de 22 de mayo de 1971 en que se aparentó una entrega de 1.300.000 por las 805.000 que se recibieron, y la de 9 de octubre de 1984 que, aun reconociendo que la doctrina jurisprudencial no es unánime, dice así: «esta forma contractual cualquiera no necesita que se realice un contrato diferente del préstamo, sino que puede ser el mismo por el que se recibe la cantidad, siempre que impida descubrir la existencia de interés usurario, como es el supuesto en el que se haga constar mayor cantidad que la recibida y el exceso pueda estar comprendido dentro de los límites de la usura, ya que la ocultación se refiere a la existencia del préstamo usurario y no a la simulación contractual».

Por todo ello, tampoco pueden ser acogidas estas alegaciones que realizó el recurrente en su motivo 1.º sobre infracción de Ley por aplicación indebida de una norma del Código Penal.

#### **ARTICULO 546 BIS B). RECEPCION. PRESUNCION DE HABITUALIDAD. INCONSTITUCIONALIDAD**

*(STS de 8 de mayo de 1991. Pte. Sr. García Ancos)*

**Segundo.** El siguiente motivo del mismo procesado, con sede formal en el artículo 849.1, tiene su fundamento sustantivo en la indebida aplicación del artículo 546 bis

b) del Código Penal en cuanto presume la habitualidad, como circunstancia agravatoria de la pena impuesta al delito de receptación, a los que fuesen dueños, gerentes o encargados de establecimientos abiertos al público.

No cabe duda que esta presunción de habitualidad (de carácter, además, *iris et e iure*) expresada en la norma, aparecía claramente como contraria a la CE, y para ser más exactos, a otro principio presuntivo, pero a favor del reo, cual es el contenido en el artículo 24.2 CE (el de inocencia), no obstante lo cual el referido precepto, de manera poco comprensible, se mantuvo en la reforma de 1983, siendo difícil a los Tribunales, por tratarse de inconstitucionalidad sobrevenida, hacer caso omiso o inaplicación del referido precepto, a no ser a través de la vía «incidental» de recurso ante el TC, con los inconvenientes que ello supone de paralización de los procedimientos judiciales ordinarios. De ahí que la jurisprudencia, sobre todo a partir de 1985, utilizase diversas fórmulas, dentro de su ámbito, para evitar la aplicación directa y sin más de ese precepto, bien fuera la invocación del principio de culpabilidad, bien el de presunción de inocencia (Sentencia 5 de diciembre de 1987, que a su vez se remite a las de 23 y 25 de octubre de 1985 y 8 y 20 de julio de 1987).

Sin embargo, en la actualidad, esta problemática ha quedado resuelta o, al menos, paliada, después de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 21 de junio de 1989 que da nueva redacción al precepto en el doble sentido de que, de una parte, elimina esa presunción de habitualidad, y, de otra, crea un delito de receptación más agravado pero con vida propia e independiente del que podríamos denominar definidor del tipo genérico, requiriéndose, además, como requisito subjetivo para su comisión el de que el agente «ponga» el establecimiento o los establecimientos «al servicio» concreto del delito de receptación.

#### **ARTICULO 8.4.ª LEGITIMA DEFENSA. LESIONES. NECESIDAD DEL MEDIO EMPLEADO. JUICIO EX ANTE**

*(STS de 23 de octubre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)*

**Unico.** El único motivo de este recurso se fundamenta en al «falta de aplicación del art. 8.4.ª CP (requisito segundo)». Estima el recurrente que en las condiciones en las que se produjo el hecho (encuentro en su casa apartada con una persona extraña a las 22.30 horas) «mal puede pedirse al procesado (...) una capacidad de discernimiento rápido, pues los hechos ocurrieron rápidamente, para elegir el medio a emplear en la defensa». En este sentido agrega que «si por la propia Sala se nos dice que, por las circunstancias que concurren, no puede exigirse al procesado, conforme a los dictados de la razón, que se encuentre en condiciones de dirimir su actitud frente al que le ataca, no parece lógico que termine exigiendo precisamente esa capacidad de discernir su actitud que acaba de negarle».

Por otra parte, la Defensa del procesado cuestiona que el disparo de escopeta haya sido, en las circunstancias del hecho, un medio excesivo sólo por el autor, al haber podido contar con la ayuda de su cuñado, tenía a su disposición medios menos gravosos para neutralizar la agresión.

El recurso debe ser estimado.

La Audiencia sostuvo que el presente caso «el exceso en la defensa viene dado no sólo por el medio empleado, sino también por la posibilidad de impetrar la ayuda de su cuñado que le acompañaba, hombre de corpulencia, capaz de hacer frente a esa situación y atajarla de manera menos dolorosa que, como hizo el acusado, empleando un arma de fuego».

El punto de partida de la Audiencia es indudablemente correcto: la exigencia de necesidad de la acción de defensa determina que el art. 8.4.<sup>º</sup> del Código Penal sólo justifique aquellas reacciones defensivas que produzcan el menor de los daños posibles al agresor:

a) La primera crítica del recurrente a la Sentencia es, en este sentido, injustificada. En efecto, su representación procura combatir la decisión de la Audiencia respecto de la necesidad de la acción defensiva alegando que el procesado, por haber sido objeto de anteriores agresiones a su propiedad no estaba en condiciones de ponderar los medios y la necesidad en la forma exigida por el Tribunal *a quo*. *Pero si se acepta* que la acción de defensa era objetivamente innecesaria, pues cabían otras menos dañosas, la única posibilidad de excluir la punibilidad dependería de que se apreciara un error inevitable sobre la necesidad racional de la acción. Tal error, sin embargo, carece de toda base fáctica, pues en los hechos probados no consta que el procesado haya obrado sobre la base de una presentación errónea.

b) La segunda objeción del recurrente, por el contrario, debe prosperar. El Tribunal *a quo* no ha tenido en cuenta que el juicio sobre la necesidad racional del medio empleado para la defensa se debe establecer objetivamente *ex ante*, es decir, en el momento de la realización de la acción defensiva. La conclusión a la que llega la Audiencia, sin embargo, está determinada, indudablemente, por un juicio *ex post* referente a la necesidad, pues sólo una vez ocurrido el hecho se pudo comprobar que el intruso no estaba armado y que con la ayuda de la corpulencia del cuñado hubiera sido suficiente para repeler la agresión.

El juicio *ex ante* sobre la necesidad de la acción requiere que el Tribunal de los hechos adopte la perspectiva de un tercero razonable en el momento de la agresión y a partir de las circunstancias entonces conocidas y cognoscibles establezca cuál es la acción que aparece como apropiada y menos lesiva para lograr el cese inmediato de la agresión.

Como se lo ha subrayado en la doctrina más reciente en el momento de la acción se puede presentar aquí la *cuestión de la inseguridad de los efectos del medio defensivo*. En tales supuestos se trata, se señala, de una decisión respecto de si cabe emplear un medio más riguroso cuando el efecto del medio menos contundente aparece como inseguro y la utilización sucesiva de ambos medios no es posible sin riesgo para la defensa. Esta situación se da en los casos en los que la advertencia o la intervención más débil puede generar razonablemente un aumento de la agresión de parte del agresor difícil de repeler con los medios que quedan a disposición del agredido o que pueden generar un peligro todavía mayor para éste. En estos casos, el agredido no estará obligado a mantenerse dentro de los límites de la defensa más reducida si es de prever que, fracasada ésta, un segundo intento podría ser ineficaz o, directamente, imposible.

De acuerdo con estos principios, en el caso que ahora se juzga se debe admitir la concurrencia plena del segundo requisito establece en el art. 8, n.º 4 del Código Penal. Naturalmente —como se dijo— el procesado podría haber repelido la agresión expulsando al agresor de su morada a golpe de puños con la ayuda de su cuñado o, acaso, efectuando sólo un disparo de advertencia. En el momento de la defensa, sin embargo, este medio aparecía como sumamente inseguro, pues no *era posible saber si el agresor estaba armado y no era impensable, ni mucho menos, que lo estuviera*, dado que se proponía realizar una acción que —por los riesgos que implicaba— sugería como razonable tal posibilidad. Cualquiera de las otras alternativas defensivas a disposición del acusado implicaban asumir el peligro de una respuesta contundente de parte del agresor que —en las circunstancias del caso— cabía, por tanto, presumir armado. Despejar esta incógnita antes de borrar, por otra parte, hubiera implicado para el autor asumir otros peligros que, en verdad, no le eran exigibles, dado que es muy difícil prever la reacción

del agresor que se siente descubierto. En este marco la acción de disparar a las piernas de aquél resulta un medio necesario para conjurar el peligro representado por la agresión, dado que sin debilitar al agresor el autor podría haber quedado a merced de un riesgo para su persona.

En la vista del recurso la representación de la Acusación Particular alegó que la protección que dispensa a la vida el art. 2 CEDH excluye la legítima defensa de la propiedad cuando el primero de los bienes jurídicos se vea afectado por dicha defensa. Al respecto la Sala debe hacer las siguientes consideraciones. En la situación *ex ante* no cabía excluir que la agresión afectara también a otros bienes jurídicos, particularmente la integridad corporal y la vida del procesado. Pero, fuera de ello, lo cierto es que, en principio, el art. 2 CEDH establece básicamente una obligación del estado frente a los individuos, razón por la cual no cabe deducir las consecuencias postuladas por la Acusación Particular para la legítima defensa de las personas frente a agresiones de particulares. Ello no excluye, de todos modos, que la jurisprudencia y la doctrina haya admitido límites (llamados a veces límites éticos) al derecho de defensa, sobre todo en aquellos casos en los que existe una total desproporción entre el interés defendido y el afectado por la defensa. Pero en el presente caso no es necesario entrar en la discusión de la legitimidad de estos límites, previnientes del principio de proporcionalidad, porque la acción de defensa no ha afectado la vida del agresor.

#### **ARTICULO 14. COAUTORIA POR OMISION. POSICION DE GARANTE. LESIONES**

*(STS de 31 de octubre de 1991. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez)*

Se fundamenta el recurso en la falta de apreciación por el Tribunal de instancia de la conducta de dicha procesada como coautora por omisión del delito de lesiones del número 4.º y párrafo último del art. 420 del Código Penal y que fue causado materialmente por el otro procesado y cónyuge, Juan Romero Rodríguez, ya que conociendo que éste hacía objeto de malos tratos en forma persistente a su hija Alexandra de tres años de edad, «al menos desde aproximadamente un mes», toleró los mismos y no los evitó como era su obligación de madre.

El cauce procesal utilizado por el motivo obliga a un escrupuloso respeto a los hechos probados consignados en la Sentencia recurrida, pero en ellos se expresa: a) que «no se ha probado que la procesada Roser Ruano infiriese lesión o maltrato alguno a su hija, aunque sí con conocimiento de los que era objeto por parte de su marido no denunció tales hechos, antes de adquirir la gravedad que tuvieron»; b) que el esposo de Roser, tutor de la menor, a la sazón de tres años, Alejandra Romero Ruano, le hizo objeto de malos tratos de obra y causó lesiones a la misma, que al ser trasladada al centro hospitalario entre las 13.45 y las 14.00 horas del día 27 de octubre de 1987, donde quedó ingresada, se descubrieron diversas lesiones todas causadas por el citado procesado «el cual frecuentemente y al menos desde aproximadamente un mes antes de la fecha indicada había pegado a la menor en distintas partes de su cuerpo hasta producirle diversos hematomas y heridas en manos que ya habían sido apreciadas con anterioridad por sus abuelos maternos, con los cuales la menor pasaba alguna jornada y a los que mostraba su miedo de volver en compañía del procesado», y c) que en el centro hospitalario Germans Trias i Ripoll de Badalona se apreciaron a la menor diversas lesiones «la mayoría recientes con alguna aislada antigua... lesiones en ambas nalgas, una antigua y otra reciente».

**Segundo.** Que, con independencia de la actuación antijurídica del coprocesado condenado, que la Sala de instancia moteja de «clara vileza» en el primero de sus fun-

damentos jurídicos y que, por otra parte, ha sido sancionada por el citado órgano *a quo*, plantea el Ministerio Fiscal la responsabilidad de la procesada absuelta, fundamentándola en una participación delictiva por omisión.

La participación omisiva, tanto para las infracciones dolosas como para las culposas, viene siendo admitida por la doctrina científica, aunque no pacíficamente, e incluso aparece recogida en diversos Códigos penales extranjeros. La doctrina de esta Sala, ya desde antiguo, ha admitido la participación omisiva en una añeja Sentencia de 17 de febrero de 1877, referida a un delito de incendio, aunque otros fallos posteriores, como las de 19 de febrero de 1935 y 19 de octubre de 1943, lo negaron respectivamente para la complicidad y en la actitud pasiva de amiga. Sin embargo, la posterior de 30 de enero de 1945 declaró responsable al padre de una menor, en presencia del cual y con su conocimiento y tácito consentimiento, se concertó un tercero con su hija para realizar un delito de robo, no existiendo contradicción entre esta resolución y la precedente, porque en esta última existía un deber jurídico de obrar, nacido de la relación paterno filial y de la patria potestad que no se producía en relación con la amiga. Se vuelve a admitir en algunos casos, como el de la Sentencia de 24 de mayo de 1962, pero ya las más recientes de 10 de abril de 1981, 10 de diciembre de 1982, 28 de octubre de 1983 y 30 de octubre de 1984, admitieron tal participación y exigiendo para que se produjera la complicidad omisiva: a) un elemento objetivo constituido por la omisión siempre y cuando sea eficaz (no necesaria) en orden a la producción del resultado; b) un elemento subjetivo representado por el *animus adjuvandi*, y c) un elemento normativo que es el que acaba de dar todo su sentido a la omisión, integrado por la existencia, de un específico deber de actuar derivado de un precepto jurídico (Ley, contrato, etc.) o de una situación de peligro precedentemente creada por el omitente que le coloca en posición de garante (es decir que le obliga a garantizar que no se producirá el resultado). La Sentencia de 31 de enero de 1986 estimó la cooperación necesaria omisiva en dos delitos de violación cometidos por cada uno de los acompañantes, entendiendo que la pasividad ante las violaciones cometidos por sus dos compañeros y ante el estrangulamiento de la muchacha constituye una participación en comisión por omisión en dichos delitos y con la categoría de autor, en cuanto cooperador necesario por su causalidad para los mismos. Finalmente, la de 26 de junio de 1990, tras negar que nuestro Código Penal no contenga precepto que especifique la acción y la omisión como equivalentes, recoge que para entenderse cometido un delito de «comisión por omisión» es imprescindible que el sujeto inculcado tenga la cualidad de «garante» de la víctima, o lo que es lo mismo, esté obligado por circunstancias concretas a evitar la realización del hecho, circunstancias que pueden ser muy diferentes en cada supuesto, pero hay dos de evidente carácter definitorio: haber creado el peligro que desencadena la acción y haberse desarrollado en su propio domicilio.

**Tercero.** La conducta omisiva de la coprocesada absuelta reviste eficacia causal con el resultado producido, lesiones sufridas por su hija de tres años, de tal entidad que precisaron la hospitalización con sesenta días de duración y secuelas psíquicas, por no haber evitado e impedido el continuo maltrato realizado por su cónyuge sobre la menor, que de haber actuado hubiera evitado la producción de las más graves, cuyo enjuiciamiento determina este recurso del Ministerio Fiscal.

Se ha producido en la conducta de la procesada la ausencia de la acción esperada y exigible dentro de un comportamiento humano y socialmente relevante, habida cuenta que como madre de una menor de tres años a la sazón, aparecía como *garante* de la evitación del resultado. La fuente de este deber jurídico de actuación de garante, o sea del deber jurídico de obrar puede nacer de la Ley, del contrato de un actuar peligroso precedente. En el caso ahora enjuiciado, la responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de tres años, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan no sólo de

la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural —deber moral— sino de su traducción en exigencias normativas —deber legal—. El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores —artículo 154.1.º— y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros.

No cabe duda que la coprocesada, aunque no haya maltratado personalmente a su hija, no ha impedido dicho maltrato por parte de su esposo, y de haberlo realizado, bien denunciando los hechos, abandonando con su hija el domicilio, o de cualquier modo lícito y con virtualidad impeditiva de los golpes y heridas inferidas, no se hubiera producido el grave resultado. Existían según el *factum* diversas lesiones anteriores al momento en que se precisó el internamiento de la niña, porque desde hacía un mes el marido y coprocesado la golpeaba y producía hematomas que fueron incluso apreciados por sus abuelos maternos y del trato lesivo persistente que tenía aterrorizada a la menor respecto a su padrastro.

Tal actitud omisiva, cuando por su condición de madre se encontraba obligada a actuar, velando por la salud e integridad de la hija, de la que se hallaba constituida en garante por mandato legal, la constituye en coautora del delito de lesiones por el que fue procesada y acusada por el Ministerio Fiscal, en la categoría de cooperadora necesaria del núm. 3.º del art. 14 del Código Penal, porque con su intervención, con la actuación omisiva hubiera evitado el resultado lesivo para la menor.

El delito de lesiones del que es coautora por omisión la procesada, Roser Ruaño Viñas, es el mismo porque el fue acusado y condenado el otro coprocesado, el del número 4.º y párrafo último del art. 420 del Código Penal, sin que pueda plantearse cuestión por la sucesión de leyes penales. Los hechos se produjeron entre el 27 de septiembre y 27 de octubre de 1987 y fueron juzgados el 14 de abril de 1989, en que se absolvió a la procesada y se condenó a su marido. Después se ha producido la reforma del capítulo de las lesiones del Título VIII del Libro II del Código Penal, determinada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, pero en todo caso no es más favorable. El nuevo texto que castiga en todo caso estas lesiones con prisión menor cuya pena tendría que aplicarse con las agravaciones genéricas del art. 10, circunstancia 1.ª, y del art. 11 que obligaría a la imposición del grado máximo (art. 61.2), mientras que con el texto anterior, la pena sería de arresto mayor por tales lesiones, que por concurrir alguna de las circunstancias del art. 406 o contra alguna de las personas del art. 405 la pena sería de prisión menor con una sola agravante, pudiendo imponerse el grado medio.

## **ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. DELITO DE IMPRUDENCIA. CESION HABITUAL DEL VEHICULO**

*(STS de 10 de octubre de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)*

**Unico.** La acusación particular interpone recurso, por infracción de Ley, por un solo motivo, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la LECrim., denunciándose la infracción del art. 22 del Código Penal ya que, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente de esta Sala, ha de interpretarse este precepto de conformidad con la *realidad social* del tiempo en que ha de ser aplicado y, en consecuencia, ha de decretarse la responsabilidad civil subsidiaria de María Isabel G. P., hermana del procesado por ser la *propietaria del vehículo* que aquél conducía habitualmente.

El artículo 22 del Código Penal viene siendo interpretado por esta Sala en sentido cada vez más amplio y progresivo de forma que sin abocar en criterios propios de una



responsabilidad objetiva ha desplazado el centro de gravedad hacia la protección indemnizatoria del tercero perjudicado. Interpretación progresiva que se extiende a la determinación de los supuestos de dependencia, pudiendo pronunciarse tal responsabilidad en situaciones de transmisión o cesión de uso, de forma duradera o transitoria, remunerada o gratuita, expresa o tácita, estando inspirada esta doctrina en el principio *qui sentit commodum, incomodum debet sentire*, lo que lleva a que deba asumir el riesgo quien, a través de un tercero, aporta al tráfico un elemento patrimonial sobre el que conserva unas potenciales facultades de disposición o control.

En lo que al uso de vehículos de motor afecta las cesiones de los mismos no liberan al titular de una eventual responsabilidad civil subsidiaria en caso de siniestro, siempre que el propietario del vehículo lo ceda en régimen de utilización transitoria, por un tiempo mayor o menor, para su uso o disfrute, quedando establecida la relación de dependencia a través de un triple elemento: el pacto ocasional perfeccionado por el conductor, el dominio o libertad dispositiva del vehículo y el conocimiento de la misión que va a realizar (Sentencia 22 de mayo de 1989). Cuando aquél se cede *sin límite de tiempo o especificación de actividades*, existiendo una virtual renuncia abdicativa o abandono de dichas facultades, aunque se conserve la titularidad formal del vehículo *suele esta Sala excluir la responsabilidad civil subsidiaria del propietario* (Sentencia 16 de mayo de 1988). En la presente causa, empero, la autorización de la propietaria al procesado, su hermano, para conducir habitualmente el vehículo se verificó conociendo aquélla que éste carecía de la preceptiva licencia o permiso, con lo que evidentemente asumía el riesgo de la no probada capacidad para conducir de su hermano deriva.

#### ARTICULO 48. COMISO. IMPOSICION EXPRESA

(STS de 7 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vochel)

*No es posible construir una condena, aunque se trate del destino de los efectos ocupados, incluido el dinero, de una manera implícita o indirecta. El art. 48 del Código Penal regula el tema de la pérdida de los efectos que provienen de un delito o falta y dice cómo se debe proceder. El Tribunal omite este pronunciamiento y, en consecuencia, no ha lugar a mantenerlo ahora sobre la base de una especie de presunción. Tema tan importante, que puede significar mucho para los condenados, ha de resolverse primero motivadamente (aunque en este sentido cabe aceptar que la motivación existe) y después, llevándolo a la parte dispositiva, que es, en definitiva, la que puede ser fundamentalmente objeto de impugnación. Por ello la solución ha de ser puramente especulativa porque, si el Tribunal no decretó el comiso del dinero, el dinero no se decomisó y no es posible ahora hacer un pronunciamiento para aclarar el contenido del fallo de la Sentencia impugnada que no necesita aclaración, ya que ha de entenderse tal y como aparece reflejado literalmente. No habiéndose hecho pronunciamiento sobre el posible comiso, no hay comiso y procederá la correspondiente devolución del dinero en trámite de ejecución de sentencia.*

#### ARTICULOS 93 Y 94. REMISION CONDICIONAL. REQUISITOS. ARRESTO SUSTITUTORIO

(STS de 16 de septiembre de 1991. Pte. Sr. García Ancos)

**Primero.** El único motivo de casación se interpone en base procesal del art. 849 LECrim. y con fundamento sustantivo en la no aplicación del art. 94 del Código Penal

al haber denegado el Tribunal de instancia al recurrente, por ministerio de la Ley, el beneficio de la condena condicional. En efecto, por A 23 de febrero de 1988 se acordó no conceder ese beneficio al ahora recurrente, resolución que, resolviendo el recurso de súplica, fue confirmada por A 28/1988 y ello por entender la Sala que no se cumplía el requisito que establece la regla 2.ª, art. 93 del Código Penal, ya que a la pena de 1 año de privación de libertad había de sumarse el arresto sustitutorio de la multa impuesta por el mismo delito.

**Segundo.** La figura o instituto de la condena condicional fue establecida en nuestro Derecho por la Ley 17 de marzo de 1908 y después, en lo esencial, incorporada al Código cuyo art. 92 vigente, además de hacer definición de ese beneficio (dejar en suspenso la ejecución de la pena), señala los dos posibles caminos a seguir para su otorgamiento, según cada supuesto enjuiciado: la libre apreciación de los Tribunales, pero siempre que se cumplan determinados requisitos, y la aplicación por ministerio de la Ley en Algunos supuestos; ambos vehículos de aplicación se concretan en los dos artículos siguientes, el 93 y 94, estableciendo el primero, como limitación al arbitrio judicial, el que se cumplan estos dos requisitos: que el reo haya delinquido por primera vez o haya sido rehabilitado de anteriores condenas, y que la pena consista en privación de libertad cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa. En cuanto al art. 94, la aplicación surge *ope legis*, con requisitos diferenciados según se trate de delitos perseguibles de oficio o de delitos de naturaleza privada, indicándose, respecto a los primeros (son los únicos que en este recurso interesan), que el Tribunal aplicará la condena condicional «o en la Sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de la responsabilidad con arreglo a este Código».

Esta norma (art. 94.1) plantea, quizá por su deficiente redacción, una serie de problemas que podemos resumir así: a) no es fácil de entender cuáles deban ser, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como cualitativo, esos requisitos eximidores de la responsabilidad, aunque la doctrina desde antiguo (desde la Ley de 1908) ha interpretado que tales se dan cuando en la calificación jurídica de los hechos enjuiciados se aprecia la eximente incompleta de enajenación mental, primera del art. 9, como ocurre en el presente caso; b) otro problema, planteado por algún sector doctrinal, es el de si el artículo 94 tiene vida propia e independiente o si, por el contrario, ha de correlacionarse con el 93, o lo que es lo mismo, si basta con la existencia de ese requisito de la «aproximada» exención de responsabilidad, o es necesario también que se cumplan las condiciones de condena primaria y límite temporal de un año. Esta cuestión, sin embargo, y no obstante la falta de remisión concreta de un precepto a otro, creemos que también son aplicables esas condiciones, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de que fuera cual fuese la cuantía de la pena impuesta se habría de conceder la remisión condicional, solución ésta que nunca pudo ser querida por el legislador, y c) sin embargo, la labor hermenéutica de la norma se complica precisamente al tratar de interpretar la temporalidad de la condena y cómo debe medirse cuando por un mismo delito se impone pena privativa de libertad y multa con arresto sustitutorio, y en concreto, si este arresto debe sumarse o no al tiempo de aquélla.

**Tercero.** Esta última cuestión es precisamente la que constituye la esencial problemática que se somete a debate en este recurso, respecto a la cual y siempre partiendo de la base de que la pena de multa impuesta lo fue con carácter principal y no con carácter accesorio como alega la parte recurrente, se ha de indicar lo que sigue: 1.º Desde una interpretación literalista hemos de fijarnos en que el precepto cuando habla de pena privativa de libertad y de pena subsidiaria de la multa, emplea un término disyuntivo y no conjuntivo, lo que demuestra que las está concretamente diferenciando a los efectos de la concesión del beneficio remisivo. 2.º Desde un punto de vista lógi-

co, aunque la multa y la privación de libertad sean penas conjuntas integradas en el mismo tipo delictivo, la realidad es que constituyen medios sancionadores absolutamente diferenciados, tanto por su propia naturaleza, como por su forma de cumplimiento, es decir, se trata de sanciones que podríamos denominar heterogéneas y de ahí que, desde un punto de vista aritmético, sea imposible que constituyan dos sumandos de una misma suma. Y esta acusada diferencia entre uno y otro tipo de penas se aprecia de manera muy definitiva en su forma de cumplimiento, pues el condenado a multa puede, mediante su pago, quedar exonerado en cualquier momento del cumplimiento del arresto sustitutorio aunque se hallase en prisión, de tal manera que si la causa de su privación de libertad hubiera sido la consecuencia de añadir al año de condena el arresto subsidiario, habría de aplicarse automáticamente la remisión condicional y puesto en libertad, trámite un tanto complicado desde el punto de vista procesal de ejecución de penas, si nos fijamos en que el legislador nunca pudo pretender reducir temporalmente la posibilidad del cumplimiento del arresto (pago de la multa) a la firmeza de la liquidación de condena efectuada por el Tribunal de instancia, y 3.º Consideramos, además, que desde un punto de vista constitucional, el último inciso núm. 2, art. 93, cuando habla de impago de la multa «por insolvencia», ataca frontalmente el principio de igualdad ante la Ley que proclama el art. 14 CE, pues, en definitiva, hace depender el posible ingreso en prisión de la diferente situación económica del sujeto afectado, y no ya en trámite de prisión preventiva, sino de cumplimiento de la pena, lo que en realidad supone resucitar (aunque sea en corta medida) la vieja idea de la «prisión por deudas», hoy día inaceptable en cualquier Estado de Derecho.

Frente a esta interpretación, entendemos que carece de virtualidad suficiente lo alegado por el MF en su escrito de impugnación del recurso cuando indica que la norma de que se trata «se está refiriendo implícitamente a aquellos supuestos en que la condena comprende una pena de privación de libertad y otra de multa, ya que de no seguirse tal criterio interpretativo sobraría el inciso que comentamos, dado que la privación de libertad subsidiaria nunca podrá exceder de seis meses». Decimos que esta interpretación es inadecuada porque nada impide a los Tribunales hacer remisión condicional cuando la pena sea inferior a un año, ya sean seis meses o menos, y así tenemos el ejemplo de las faltas cuya privación de libertad (obvio es decirlo) no puede exceder de un mes y sin embargo, está incluida en el precepto cuando también en el ap. 2.º, art. 93 habla de «delitos o faltas».

**Cuarto.** Por lo hasta aquí dicho, podemos concluir: 1.º) Que para la concesión por ministerio de la ley de la condena condicional es necesario que se cumplan las dos primeras reglas contenidas en el art. 93, es decir, que el reo haya delinquirido por primera vez, haya sido rehabilitado o pueda serlo y que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año. 2.º) Que, sin embargo, no cabe sumar al tiempo de la pena privativa de libertad, el tiempo sustitutorio por impago de la pena de multa, aunque ambas hayan sido impuestas conjuntamente por proceder de un mismo delito.

Se deberá acceder, por tanto, al recurso entablado.

## ARTICULOS 112 Y 113. PRESCRIPCIÓN DE DELITOS. PLURALIDAD DE TIPOS PENALES

(STS 6 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vardillo)

**Primer.** Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los arts. 112 y 113.3 en relación con los arts. 481 y 407 del Código Penal y 17.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dice el Ministerio Fiscal que, dada la conexidad existente entre el delito de detención ilegal y el de homicidio, cuyo sujeto pasivo fue D. Eufemiano Fuentes, incurre la Sala de instancia en error *iuris* al aplicar al primero de los mismos, es decir, al delito de detención ilegal del art.481.4, los arts. 112 y 113.3 del Código Penal declarando prescrito el delito, dejando de penar el mismo al considerar extinguida la responsabilidad penal del procesado, autor del citado delito de detención ilegal.

Cuando se da una conducta humana, como manifestación que se exterioriza a través de un hecho o de varios hechos unidos por la abrazadera común, como es el caso que nos ocupa, con una evidente conexidad, no es posible en el momento de juzgar hacer una especie de disección de un comportamiento continuado y plural pero inspirado en una idea central y declarar, respecto de cada una de las acciones aisladamente consideradas, la prescripción por el transcurso del tiempo establecido en la Ley.

El instituto de la prescripción, de aplicación a todas las ramas jurídicas, tiene, sin embargo, en el Derecho Penal, una específica significación. La esencial nota que caracteriza a la prescripción en el Derecho Penal es que, cuando ha transcurrido el tiempo que marca la Ley en cada uno de los supuestos, el Estado decide renunciar al ejercicio del poder punitivo que ostenta, teniendo en cuenta que por esta sola circunstancia la razón de su persecución se debilita o extingue y los fines básicos de la pena resultan ya prácticamente inalcanzables.

Pero cuando a una persona se le imputan varias infracciones penales gravísimas: asesinato, detención ilegal, atentado, etc., no concurren ya las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción. La sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiendo todo como una unidad. Se trata, en definitiva, de un propósito único que se proyecta penalmente hacia varias direcciones y, por consiguiente, no procede aplicar la prescripción que la Sala de instancia utilizó, razonándolo de forma adecuada desde su punto de vista o la idea que presidía su realización.

Procede, pues, la estimación del motivo. La detención ilegal seguida de homicidio no puede separarse de éste. Hay una conexión natural, íntima, indestructible y, por tanto, mientras el delito principal no prescriba, no puede entenderse prescrito el delito que podemos llamar, a estos efectos, subordinado (cfr. art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

#### **ARTICULO 174 BIS B). TERRORISMO. DOCTRINA GENERAL. PROBLEMATICA CONCURSAL**

*(STS de 25 de octubre de 1991. Pte. Sr. de Vega Ruiz)*

**Tercero.** El tercer motivo plantea el contenido y requisitos del delito terrorista en virtud del cual se condena a quien, integrado en banda armada o similares, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquélla, a través de los medios y formas que el precepto señala.

Es el antiguo delito de terrorismo que se contempla en el art. 8.1, derogado, de la Ley Orgánica 9/84. La infracción, como se desprende de lo expuesto, requiere no sólo esa pertenencia a la banda armada, organización terrorista o rebelde («o en colaboración con sus objetivos y fines»), sino también la realización de un hecho delictivo, que el recurrente pone en entredicho para negar la existencia de la infracción porque, dice, al no haber referencia alguna a otro precepto del Código, la acusación ha quedado en incompleta.

Nada más lejos de la realidad. Lo que el Código exige es que el sujeto activo ejecute algún delito a medio de un tipo penal autónomo que viene cualificado por la pertenencia dicha y por los medios que para ejecutar ese delito se empleen.

Del relato fáctico, de obligado acatamiento, se desprenden los distintos requisitos del hecho enjuiciado. Pero el precepto no exige que necesariamente se haya de hacer referencia a otro artículo concreto del texto penal. En el supuesto de ahora se manifiesta la conducta de quien, integrado en una banda terrorista, colocó y provocó la explosión de un artefacto, previamente por él preparado, con lo que produjo importantes daños.

Es claro que de esa manera se contribuyó, como se pretendía, a la actividad y a la finalidad ilícita, buscando la espectacularidad, la alarma y en cierta medida hasta la subversión social y ciudadana, dentro de los parámetros absurdos entre los que ese terrorismo se desenvuelve queriendo remover un país contra quinientos años de historia consolidada.

Nos encontramos, en suma, a presencia de una figura delictiva nacida *ex novo* a virtud de la Ley Orgánica 3/88, de 25 de mayo, en la idea de legislador de ir puliendo la penalidad y el castigo de unas infracciones por las que se ataca, conjuntamente, al Estado y a la ciudadanía. Más que en ningún otro supuesto, se trata de encontrar el equilibrio más justo entre la obligación de repudiar tan elementales conductas, de un lado, y el respeto a los derechos libres de un Estado democrático y de derecho, de otro.

La *idea concursal viene rechazada por el Legislador*. Por eso, sea cual fuere el resultado producido con la acción, se considera consumado el tipo penal sin mención ni referencia alguna a los delitos que tales resultados pudieran integrar, a menos que por razón de las infracciones concretas cometidas, consecuencia del resultado, correspondiera pena mayor, en cuyo caso quedaría absolvido el delito del art. 174 bis b). Esto constituye a tal precepto en infracción penal de alternancia, porque existirá o no, autónomamente, según las consecuencias jurídico-penales del resultado originado.

## ARTICULO 236. ATENTADO. SUJETO PASIVO. VIGILANTE JURADO

(STS de 25 de octubre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

**Unico.** El único motivo del presente recurso se fundamenta en la vulneración del art. 25.1 CE. Sostiene el recurrente que la atribución de los vigilantes jurados en el artículo 18 D 10 de marzo de 1978 del carácter de «autenticidad» (*sic*), en el sentido del artículo 236 del Código Penal, es inconstitucional, dado que carece de la jerarquía normativa requerida para el complemento de una ley penal en blanco.

El representante del MF, si bien ha impugnado en la vista formalmente el motivo único del recurso, ha expuesto, en cumplimiento de lo ordenado por el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, las razones que, sin embargo, entiende cabe alegar en favor de la tesis del recurrente.

El motivo debe ser estimado:

a) El principio de reserva de ley en materia penal se deriva en forma pacífica del art. 25.1 CE. Tanto la jurisprudencia del TS como la del TC han considerado que este principio es compatible con la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, lo que permite que una disposición penal sea completada por una norma de diversa jerarquía. Sin embargo, cuando la norma complementadora no tenga jerarquía de ley, será preciso que la autoridad que la haya dictado esté autorizada a hacerlo por ley en sentido formal. La CE ha reservado al Parlamento el acordar a la Administración por medio de leyes la autorización para adoptar tales medidas. En este sentido el TC sostuvo en la STC 83/1984 «la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias», pero excluyó «que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley». Asimismo en la STC 3/1988 afirmó que «el

artículo 25.1 determina necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer».

De acuerdo con esta jurisprudencia la ley del Parlamento debe establecer con suficiente determinación el contenido, el fin y la intensidad de la intervención de la Administración en los derechos fundamentales, razón por la cual aquél debe haber tomado en una ley la decisión esencial sobre la intervención, sin delegar este aspecto en la Administración. La doctrina constitucional moderna ha delineado el cuadro de estas exigencias en la llamada «teoría de la esencialidad».

b) La STS 29 de octubre de 1979 sostuvo ya que «sujeto pasivo de esta infracción (arts. 231 y ss. CP) lo puede ser la Autoridad, entendiéndose por tal las personas a que se refieren los dos primeros párrafos del art. 119 CP —los funcionarios públicos—, cuyo concepto se encuentra en el párr. 3.º del precepto que se acaba de citar, o los agentes de la autoridad (...)», deduciendo de ello que «si los vigilantes se hallaban al servicio de una entidad privada (...) no puede afirmarse ni reconocérseles la condición de agente de la autoridad». En este mismo sentido esta Sala debe precisar que el art. 18 D 10 de marzo de 1978, que acuerda a los Vigilantes Jurados de Seguridad el carácter de autoridad, importa más que el complemento de una ley penal en blanco como lo sostiene el recurrente, una extensión del concepto de autoridad pública establecido en el art. 119 del Código Penal. No obstante ello, los principios que orientan la citada jurisprudencia sobre la reserva de ley son aquí de aplicación directa al caso del personal de seguridad privado. En efecto, una extensión del concepto de autoridad en la forma prevista por el citado decreto importa no sólo una redefinición del concepto legal del art. 119 del Código Penal de autoridad, sino, además, una ampliación de punibilidad de los delitos previstos en el Código Penal para la protección de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Las razones que limitan el poder reglamentaria de la Administración mediante la reserva de ley, deducido del art. 25.1 CE, impiden en general —como se dijo— que aquélla adopte medidas que, en lo esencial, no hayan sido decididas por el Parlamento. Este podría decidir una extensión de la protección penal a personal de seguridad privado, pero si no lo ha hecho ello no puede ser suplido por la simple actividad reglamentaria de la Administración.

El D 10 de marzo de 1978 es anterior a la CE, y, por tanto, anterior también a los arts. 25.1 y 81.1 de la misma. Sin embargo, la exigencia de Ley Penal previa estaba ya establecida en el art. 1 del Código Penal en la época de la sanción de aquel Decreto. Por tanto, la extensión de la punibilidad establecida en la Ley Penal mediante un decreto tampoco se ajustaba a las exigencias del sistema institucional del tiempo en el que se la dictó. Por estas razones, si bien la TC S 11/1981 establece que «no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materia y situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior», es indudable que tal precedente no resulta aplicable al presente caso, pues el decreto tampoco era fuente legítima del Derecho Penal en marzo de 1978 para disponer una ampliación del contenido del art. 119 del Código Penal.

c) Todo esto no significa que el art. 18 D de 10 de marzo de 1978 sea en sí mismo inconstitucional. Pero su validez en el marco del Derecho administrativo y privado —que no está en discusión— aquí no puede ser materia de pronunciamiento en esta jurisdicción.

**ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. FINALIDAD. MOTIVACION. DIFERENCIAS**

(STS de 28 de octubre de 1991. Pte. Sr. Carrero Ramos)

**Primero.** El único motivo del recurso se ha encauzado por el art. 849, núm. 1.º de la Ley de enjuiciamiento Criminal, alegando la aplicación indebida del art. 246 del Código Penal. El argumento de su desarrollo se concreta a negar la concurrencia de un elemento del delito tipificado en dicho precepto, el subjetivo o tendencial de pretender alterar la paz pública. Se basa en que el propósito de los autores era sólo el de protestar contra la política agraria del Gobierno.

Este delito es, en efecto, uno de los llamados de tendencia interna trascendente; exige como elementos: a) conducta colectiva o grupal; b) actos que alteren el orden, entre ellos concretamente (y ha sido el realizado en el caso de que aquí se trata), obstaculizando las vías públicas; c) un resultado de perturbación de servicios públicos o convivencia ciudadana, y d) actuar con el fin de atentar contra la paz pública. Es tan notorio que los tres primeros concurren en los hechos que sólo el último es el que se cuestiona en el recurso.

Como quiera que las intenciones pertenecen a la esfera interna de las personas hay que inferirlas con criterios lógicos y de experiencia de la conducta exteriorizada. No pueden ser decisivas al efecto sólo las manifestaciones de los interesados, cuya sinceridad tiene que evaluarse poniéndolas en contraste con sus realizaciones prácticas. Por último, cabe distinguir entre causas o motivos de esas actuaciones y los fines reales del comportamiento, así como entre fines inmediatos y mediatos o remotos.

**Segundo.** Pues bien, lo que hicieron los recurrentes, al frente de un grupo en el que destacó su rol dirigente, activo, fue cortar absolutamente con obstáculos inamovibles atravesados el tráfico de una carretera nacional y otra comarcal en ambos sentidos y en toda su anchura durante una hora por la mañana, repitiéndolo por la tarde durante más de dos horas, llegando a formar la cola de los vehículos bloqueados un kilómetro de longitud, impidiendo el paso a toda clase de vehículos incluso a un camión cargado con explosivos, pese a haber sido informados expresamente de su presencia y del peligro que podía representar su presencia prolongada en ese atasco por ellos promovido, llegando uno de ellos, Pedro Antonio Alonso a empujar al Sargento de la Guardia Civil que intentaba convencerle para dejarle pasar, y otro, Angel Vicente, arengó con megáfono al grupo para que no se replegaran a los requerimientos de la Fuerza Pública. Al día siguiente se repitió el bloqueo por espacios sucesivos de media hora.

Por otra parte, es obvio que todo ello se hacía en un cruce de caminos alejado de todo centro oficial donde hubiera sido lo lógico hacer patente protestas o presentación de reivindicaciones y, por supuesto sin la comunicación previa que exige la Constitución vigente en su art. 21.2, infringiendo lo dispuesto en el art. 8.º de la Ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio, ya que se trataba obviamente de vía de tránsito público, cuyo derecho de muchos usuarios fue arbitrariamente impedido.

En nuestro sistema democrático hay cauces sobrados para canalizar las reivindicaciones y protestas sin recurrir a la perturbación violenta, interrumpiendo como se hizo la libre circulación por el territorio nacional (derecho también garantizado por la Constitución, art. 19). Doctrina mantenida por Sentencias de esta Sala de 16-6, 5 y 87-7-84, 6-3-86, 17-9-86, 25-2-87, 24-10-87, 3-5 y 26-10-89, entre otras.

De modo que es notorio que se trató deliberada y organizada de perturbar grave, prolongada y reiteradamente la normalidad de la vida nacional en sus comunicaciones y así la paz pública.

El fin alegado de protesta política no exigía este medio atentatorio contra el orden público, y así concurrió como fin inmediato el propósito perturbador sin que el remoto

de exteriorizar la protesta fuera incompatible con el respeto a la vida ciudadana de la comunidad. Dolo inmediato, al menos de consecuencia necesaria.

Por ello, la inferencia o juicio de valor del Tribunal de instancia se ajustó a criterios razonables de sana lógica y concurrió el elemento subjetivo tendencial que justificó la aplicación del art. 246, en unión de los demás objetivos antes enumerados. La Sentencia se ajustó a Derecho en base a los hechos probados aquí intangibles.

Por lo que no procede estimar el recurso.

### ARTICULO 303. DOCUMENTO OFICIAL POR INCORPORACION. NUEVA JURISPRUDENCIA. EXCEPCIONES

(STS de 28 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

**Segundo.** El problema que plantea este interesante recurso del Ministerio Fiscal, es el de si el art. 303 incluye, no sólo a los documentos públicos y oficiales, sino también a los privados si se incorporan a actuaciones judiciales y administrativas, bien por haber sido creados con ese propósito, o bien por su utilización posterior con ese fin.

El Ministerio Fiscal estima que las instancias, solicitudes o impresos, cuyos espacios vacíos han sido rellenos por un particular, no son documentos oficiales *per se* pero si tienen como finalidad iniciar un expediente administrativo o determinar una resolución o acto de esta índole, adquieren el rango de documentos oficiales por destino, todo ello, se dice, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala que cita.

El hecho probado describe con toda precisión el comportamiento: el procesado pretendía importar varias partidas de vacas frisonas con destino a la reproducción, procedentes de la República Federal de Alemania y, siendo necesario para conseguirlo que los solicitantes fueran ganaderos, firmó solicitudes para presentar en la Consellería de Agricultura de Lugo a nombre de diversos ganaderos que reunían las cualidades exigidas, sin conocimiento ni autorización de los mismos, imitando sus firmas, procediendo por el cual importó reses vacunas que después vendió a personas en gran parte no identificadas, sin que esté demostrado que se haya causado perjuicio a ninguna de las personas cuyas firmas se fingieron ni al Estado mismo.

La doctrina de esta Sala, en Sentencia de 11 de octubre de 1990, se separó del criterio tradicionalmente mantenido en el sentido de dotar de naturaleza documental oficial a los documentos privados que se incorporaban a un proceso o expediente administrativo (veáanse Sentencias de 9 de febrero y 16 de marzo de 1990). En este sentido, la doctrina científica y la jurisprudencial no marchan acordes, tampoco la *jufisprudencia* es incondicionadamente uniforme.

El supuesto que aquí se contempla es especial porque el documento, cuando es creado por el procesado, en el que se fingen las firmas de los solicitantes, es requisito *sine qua non* para que la Administración se ponga en marcha y no es indiferente a los intereses generales quiénes hayan de ser los destinatarios de la importación, en razón, por ejemplo, a la verificación de controles cuando sea necesario llevarlos a cabo. En este sentido existen unos intereses difusos: de la Comunidad Europea, del Estado, del sector ganadero en general.

Así pues, se trata de una falsedad documental, de un mudamiento de verdad para engañar a la Administración y obtener de ella un beneficio que, sin el engaño, no hubiera conseguido, de tal manera que el hecho ofrece una cierta analogía con el artículo 350 del Código Penal respecto a la obtención de subvenciones o desgravaciones públicas, lo que se dice a los solos y únicos efectos de descubrir el bien jurídico protegido y no a la utilización del precepto citado.



**ARTICULOS 303 Y 306. DOCUMENTO PRIVADO. INOPERANCIA DEL DESTINO ULTERIOR**

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

El primero de tales temas se argumenta así: los documentos presentados al Banco como relación de bienes para obtener el préstamo o crédito bancario que el procesado pretendía y que, en efecto, obtuvo no pueden considerarse como documentos mercantiles sino privados. Como éstos exigen perjuicio de tercero o ánimo de causarlo, es así que no llegó a causar tal perjuicio por haber devuelto el procesado el importe del préstamo a su vencimiento, luego no existe el pretendido delito de falsedad documental.

La premisa inicial del silogismo de que parte el razonamiento puede decirse que es jurídicamente correcta.

*En efecto, a partir de las Sentencias 11 y 25 de octubre de 1990, se ha corregido una larga trayectoria jurisprudencial que estimaba que la incorporación de documentos inicialmente privados a procedimientos judiciales o a expedientes administrativos se convertían, por destino, en oficiales o públicos, lo que se predicaba también de la conversión de documentos privados en mercantiles por la misma razón de su destino mercantil* (Sentencia 7 de octubre de 1987).

La razón de este giro jurisprudencial es, en síntesis, que la falsedad se comete en el documento privado y no en aquel al que se incorpora a la causa, tal como se desprende de la ficción de los arts. 303 y 306 del Código Penal, de modo que la falsificación en documento privado se consuma y agota con la conducta falsaria descrita en el art. 302, y los efectos que puedan provocar en documentos de otra índole (públicos, oficiales o de comercio) no tienen ya poderío para transmutar lo que en verdad se falsificó. La prueba, además de la preposición locativa «en», es el reenvío que hace el propio artículo 306 a los modos falsarios del art. 302, lo que indica la plena autonomía de la falsedad en documento privado, de suerte que los modos de comisión son comunes a las tres especies de falsedad documental, pero sin que tal nota común haga perder a cada una su propia naturaleza.

Ahora bien, en lo que no acierta el recurrente es en que aceptando como acepta que cometió falsificación en documento privado, lo hiciera sin perjuicio de tercero: la póliza intervenida por Corredor de comercio en que plasmó el crédito bancario concedido como consecuencia de los documentos (privados) que presentó el procesado para apañar una solvencia que no tenía, contiene la cláusula 7.ª que permite al Banco «comprobar la existencia de los bienes figurados en el inventario» presentado por el solicitante del crédito, de modo que la inexactitud de los mismos se considera como incumplimiento del contrato, y que existe el «vencimiento anticipado» previsto en la cláusula 8.ª

Así ocurrió en el caso de autos en que, no obstante otorgarse la póliza en 6 de junio de 1986 con vencimiento al 6 de diciembre de 1986, se denuncian los hechos el 14 de junio de 1986, es decir, ocho días después de otorgarse el préstamo. En consecuencia, el deseo del procesado de hacerse con dinero bancario utilizando documentos privados falsos era *per se ipsa* el modo de obtener un lucro ilícito. El hecho de que en el curso del procesamiento el Banco, en fecha 26 de diciembre de 1986, después, por tanto, del vencimiento (o en todo caso con vencimiento anticipado por la razón ya expuesta), se dé por indemnizado es posterior a la consumación jurídica del delito y sólo afecta a la fase económica de su agotamiento según doctrina conocidísima de esta Sala.

El motivo, en esta primera parte del mismo, debe ser aceptado en el sentido de que la falsificación documental cometida por el recurrente es de documentos privados y no mercantiles, con la consecuencia punitiva que esto lleva consigo (supresión de la multa conjunta).

## ARTICULO 338 BIS. DIMISION DEL DEBER DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS. ELEMENTOS

(STS de 8 de octubre de 1991. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez)

**Segundo.** Con antecedentes en el art. 122 de nuestro primer Código Penal, de 1822, que no pasó a los textos posteriores, fue introducido por la Ley de 17 de julio de 1951 en el Título IV del Libro II, como un quinto y último Capítulo, en el Código Penal de 1944, añadiendo, más tarde, la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, una segunda figura omisiva referida a la ausencia de denuncia, manteniéndose después inalterable su redacción hasta la fecha, salvo la determinación de las cuantías de las multas operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. La inserción de dicha infracción dentro de los delitos contra la Administración de Justicia motivó críticas, entendiéndose que las funciones de la Justicia son meramente represivas, pero no preventivas, correspondiendo estas últimas a la Policía, como se deduce del art. 11 f) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Fuera del problema de su ubicación sistemática en el Código Penal, su similitud con el delito tipificado en el art. 489 bis resulta evidente, respondiendo ambas figuras a la humanización del Derecho punitivo y el robustecimiento del sentimiento de solidaridad entre las personas, ya que la finalidad perseguida por el legislador con la creación de este tipo del art. 338 bis es la tutela de la solidaridad humana.

Como ha señalado la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 1985 es indispensable que se esté cometiendo o se vaya a cometer inmediatamente un delito contra la vida, la integridad corporal, la honestidad o la libertad y seguridad, y que el agente, pudiendo impedirlo con su intervención inmediata, y sin riesgo propio o ajeno, se abstenga de hacerlo. La de 29 de septiembre de 1989 añade que se centra la estructura objetiva del tipo en la abstención de impedir —mediante una intervención inmediata— un delito de los que señala el precepto que está cometiéndose o va a cometerse, es decir —precisando más—, que se tenga la certeza o creencia seria de que el delito va a ejecutarse, y el dolo exige —en orden al tipo subjetivo— el conocimiento de que el sujeto está siendo objeto o lo va a ser de uno de los delitos a que se refiere la Ley, unido a la conciencia de la propia posibilidad de impedirlo mediante una intervención inmediata que no reporte riesgo alguno para su persona.

Con el respeto que merece el *factum* de la Sentencia de instancia cuando el motivo utiliza esta vía casacional del núm. 1.º del art. 849 de la Ley Procesal Penal, el mismo nos describe una serie de datos que deben valorarse por este Tribunal para determinar si la conducta del acusado es o no subsumible en el artículo 338 bis, párrafo primero. Los hechos probados en un orden cronológico y sucesivo destacan los siguientes datos: a) Sobre las tres horas de la madrugada del 19 de septiembre de 1985 se encontraba en una discoteca de Zaratán, Jesús Heriberto Parrado Moral, acusado en esta causa, y un amigo suyo, Andrés Plaza Muncio, quienes trabaron conversación con Raquel de la Fuente Carrión, a quien se comprometieron a trasladar a Valladolid. b) Aunque ambos amigos tenían a su disposición en tal momento un vehículo, montaron los tres en el coche del acusado que lo conducía y por indicación de su amigo, en lugar de dirigirse a Valladolid tomaron dirección a Wamba. Advertido por Raquel pidió a ambos que regresaran a Valladolid y así lo hizo el acusado, realizando una maniobra de cambio de sentido de la marcha que provocó la caída del coche en una cuneta de donde fue sacado con ayuda de otras personas. c) A continuación se dirigieron los tres, conduciendo el acusado y ocupando Raquel el asiento trasero del vehículo en compañía de Andrés, hacia Zaratán y en el curso del viaje Andrés golpeó en la cara a la mujer. d) Llegados a tal localidad y tras pegar nuevamente Andrés a Raquel, ésta se montó en el coche de

Andrés poniéndose en marcha nuevamente hacia Wamba, siguiéndoles en su coche el acusado. e) A la vista que tomaban los acontecimientos, Raquel, aprovechando un momento en que el coche de Andrés circulaba más despacio, abrió la puerta delantera derecha del vehículo y se tiró en marcha del mismo f) En cuyo momento el acusado que seguía a la pareja se bajó del coche, lo que también hizo Andrés y la obligó a montarse nuevamente en su coche indicando a Jesús Heriberto que se marchara, lo que éste hizo, y g) Posteriormente Andrés realizó el acto carnal con Raquel, siendo condenado por Sentencia firme de la Audiencia de Valladolid por tales hechos como autor de un delito de violación.

Pues bien, de tales datos fácticos en la pureza prístina con que aparecen en el ordinal de hechos probados, se desprende con una claridad patente una continua y constante anulación de la voluntad de la mujer, primero dirigiéndose en dirección distinta de la acordada y a la que se habían comprometido ambos amigos. En el nuevo viaje hacia el punto de origen la conducta de Andrés se torna violenta al golpear en la cara a Raquel y al llegar a la localidad vuelve a hacerlo. No podía ignorar el acusado la persistente conducta de su amigo, volviendo a quebrantar la voluntad de la mujer y llevándola en dirección contraria a su destino acordado, ni su voluntario lanzamiento del vehículo en que viajaba, al punto que detuvo su vehículo.

Al aceptar la indicación de su amigo de que se marchara, tras obligar a Raquel a montarse en su vehículo, no podía desconocer las intenciones, patentizadas en una persistente actuación coactora sobre la mujer de forma constante. Ya se había producido un ataque violento contra la seguridad de las personas, tuviera o no finalidad sexual ulterior, por parte del amigo del acusado, pues, en definitiva, los delitos que el precepto ordena evitar son los que causan graves daños a la seguridad de las personas, esto es, aquellas infracciones que originan un peligro para la vida, la integridad o la libertad.

La realización de la conducta descrita en el precepto no exige que el riesgo hubierta desembocado ya en la efectiva producción del delito, ni tampoco se precisa que coincida la infracción a la que va referida dicha situación de peligro con el delito realmente ocasionado, toda vez que el juicio de probabilidad definidor del riesgo, puede tener como objeto una infracción diferente a la realmente producida.

La omisión de intervención ante un delito, unido a la voluntad de cooperar, si va acompañada de la posición de garante, surgida de una actuación del sujeto creadora de riesgo o de otra causa —posición que implica el deber específico de impedir que se produzca el resultado dañoso— es distinta del mero deber genérico de actuación en solidaridad frente a los delitos que enumera el art. 338 bis, párrafo primero, como ha recogido una doctrina que enumera el art. 338 bis, párrafo primero, como ha recogido una doctrina de esta Sala de la que son exponente las Sentencias de 10 de abril de 1981, 10 de febrero de 1982, 28 de octubre de 1983 y, sobre todo, al de 31 de enero de 1986.

El acusado no estaba en la posición de garante, ambos jóvenes, amigos, trabaron conversación con la mujer en la discoteca y ambos se comprometieron a su traslado a Valladolid. No pesaba sobre el acusado deberes de custodia nacidos de parentesco, relación de amistad precedente a otra causa.

Pero sí concurren todos los elementos que exige el tipo delictivo del delito del artículo 338 bis, párrafo primero, del Código Penal, la infracción del deber jurídico de impedir la ejecución de un delito que sabía concretamente que con toda probabilidad iba a cometerse, pero respecto al cual no le afectaban especiales deberes de cuidado o vigilancia, como recogen las Sentencias de esta Sala de 27 de diciembre de 1954, 14 de marzo de 1961 y 15 de julio de 1983.

El acusado contaba con la posibilidad personal con su inmediata intervención de impedir el delito. El relato fáctico nos dice que era amigo del que más tarde consumaría

la violación, tenía un vehículo a su disposición para poder trasladar a la mujer a cualquier sitio donde estuviera amparada, evitando así el delito.

El motivo debe ser estimado.

#### **ARTICULO 349. DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA. ACTAS DE INSPECCION**

*(STS de 23 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)*

**Primer.** El único motivo de casación formulado por el Abogado del Estado, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de enjuiciamiento Criminal, denuncia «violación del artículo 349 del Código Penal y la Doctrina... recogida, entre otras, en Sentencias de 12 de febrero, 12 de marzo de 1986 y 2 de marzo de 1988».

Afirma la parte recurrente que «... aun aceptando como ciertos los hechos que se declaran probados, la conducta del inculcado es constitutiva del delito contra la Hacienda Pública, previsto y sancionado en el artículo 349 del Código Penal, al concurrir tanto el requisito objetivo como el subjetivo integrantes de esa figura delictiva». «El ánimo defraudatorio es factible por la simple omisión del sujeto tributario sin la concurrencia de artificio o mecanismo engañoso...». «Queda claro, pues, que la omisión cometida por el inculcado..., constituye, por sí mismo, el dolo necesario para la producción del delito contra la Hacienda Pública...» «Igualmente, concurre el elemento objetivo, es decir, la elusión del Impuesto en cuantía superior a 5.000.000 de pesetas...»; afirmando, a este respecto, que «... resultando de las actas y diligencias extendidas por la Inspección que el importe total de la facturación realizada por el contribuyente durante el año 1985, alcanzó a 135.351.741 pesetas, es evidente que la cuota tributaria excede de los 5.000.000 de pesetas, aun cuando el tipo aplicable fuere el de 4,5 por 100, tal como se afirma en la Sentencia que se recurre, que excluye del tipo de tributación, a efectos penales, el 1 por 100 del recargo provincial».

*La argumentación de la parte recurrente implica, de modo patente, una falta de respeto al relato de hechos probados de la Sentencia recurrida, que debe ser intangible, dado el cauce procesal elegido (vid. art. 884.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ello puede ser causa de inadmisión del recurso y, en este trámite, debe serlo de desestimación.*

En efecto, el Tribunal de instancia fundamenta su tesis absolutoria en base a las siguientes consideraciones:

1.º «De cuanto figura en el expediente (administrativo abierto al inculcado Rufino J.) el Tribunal no halla dato alguno que permita constatar la certeza de las cantidades que se señalan como "sujetas y no exentas al IGE" y que suman 135.351.741 pesetas.» Por tanto, la cuantía de la base imponible que debe tenerse en cuenta para determinar la cuota tributaria defraudada es la de 110.221.015 pesetas, de la que obra en la causa el correspondiente elemento probatorio consistente en la declaración anual de ingresos y gastos, presentada por P., el 31 de marzo de 1986, en aplicación del Real Decreto 1913/78 (vid. F. J. 1.º de la Sentencia recurrida).

2.º El tipo impositivo aplicable, a efectos del ITE, debe ser el 4 por 100, o, a lo sumo, el 4,5 por 100; sin tener en cuenta, por tanto, el 1 por 100 del recargo provincial, que únicamente habrá de tenerse en cuenta para la determinación del importe íntegro de la deuda tributaria, pero no para la determinación de la cuota correspondiente al impuesto de ITE (vid. F. J. 1.º de la Sentencia recurrida).

El Abogado del Estado no discute realmente la cuestión de tipo aplicable, pero estima que la base imponible a tener en cuenta debe ser la figurada en el acta de la ins-

pección —135.351.741 pesetas—, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145.3 de la Ley General Tributaria, según el cual: «Las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario.»

**Segundo.** Centrada en el último extremo la cuestión debatida en este motivo, es preciso tener en cuenta que, como declaró el *Tribunal Constitucional* (en Sentencia del Pleno, n.º 76/1990, de 26 de abril), al examinar la eficacia que a las actas y diligencias de la Inspección haya de darse, según el citado artículo de la Ley General Tributaria, en el orden penal, en atención a la presunción constitucional de inocencia, a la luz de la doctrina constitucional sobre este derecho, «no es admisible que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada del procedimiento administrativo de inspección y comprobación de la situación tributaria del contribuyente, pues ello significaría que la documentación de la Inspección tendría a efectos penales un valor de certeza de los hechos que en la misma se hacen constar, viniendo obligado el pretendido infractor a destruir aquella certeza mediante la prueba en contrario de su inocencia. Tal interpretación del artículo 145.3 de la LGT, sería inconstitucional... Mas no es ésta la única exégesis posible del citado precepto, ya que el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere un *notitia criminis* suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el juez penal libremente aprecie, con respecto a todos los derechos reconocidos por el art. 24 de la Constitución Española...».

A la vista de lo dicho, es patente la falta de fundamento del motivo examinado. El Tribunal de instancia, por tanto, ha centrado adecuadamente el tema del valor de las actas de la Inspección Tributaria, y, dentro del ámbito de su competencia, ha valorado su alcance probatorio, en forma que, dado el cauce procesal examinado, no puede ser discutida en el trámite casacional.

#### **ARTICULO 364.2.º INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS. DAÑO. CONCEPTO**

(STS de 28 de octubre de 1991. Pte. Sr. García Miguel)

**Unico.** El único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se formula al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y mediante él se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 364.2.º del Código Penal por falta de aplicación y el motivo debe ser estimado, dado que, al ser una cuestión indiscutida que en el registro practicado en el domicilio del procesado fueron hallados la multitud de documentos que se reseñan en el relato fáctico de la Sentencia y que, entre ellos se encontraban los comprendidos bajo los números 3 y 5 del mentado relato y que los mismos fueron sustraídos por el procesado aprovechando que tenía acceso a los mismos por razón de su cargo, el único tema objeto de discusión es el de si procede apreciar, como lo hizo el Tribunal de instancia, que de dicho comportamiento no se derivó *daño alguno a la causa pública*, o, si por el contrario, como entiende el Ministerio Fiscal debe apreciarse la concurrencia del daño, criterio este último que comparte este Tribunal como ya quedó anunciado anteriormente al pronunciarse sobre la procedencia de estimar el motivo, ya que al *no tener que ser el daño económico*, es indudable que se produjo un daño a la causa pública, pues el conocimiento por los ciudadanos de que un *funcionario de Policía* que teniendo a su cargo la custodia de documentos en los que se contenían datos confidenciales o secretos los sustrajo, y se apoderó de ellos en mani-

fiesto incumplimiento de los derechos de su cargo, es indudable que produce un *estado general de alarma y de desconfianza* ante servicios del Estado tan fundamentales, lo que, evidentemente, se traduce en un daño para la causa pública, pero *además*, como acertadamente se sostuvo por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista el hecho de sus- traer al Organismo del Estado en el que se hallaban los documentos impidiendo la posi- bilidad de utilizarlos si necesario fuere, implica un evidente *daño, al menos potencial*, para la causa pública.

#### ARTICULO 367. VIOLACION DE SECRETOS. AUXILIAR DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. TRIBUNAL DE OPOSICIONES

(STS de 22 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Martínez Fernández-Cid)

**Cuarto.** La segunda dirección impugnativa ofrece, en primer término por la falta de frecuencia de impugnaciones de este carácter, un destacado relieve y por ello precisa de un examen detenido, otras veces menos preciso ante la reiteración de los temas impugnativos y consecuente existencia de un cuerpo de doctrina jurisprudencial.

El núcleo de este segundo (quinto en la numeración del recurrente) motivo es la ale- gación de *ausencia de tipicidad*, al estimar que la figura penal descrita en el art. 367 del Código Penal se integra o complementa mediante las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, y el Decreto complementario 242/1969, de 20 de febrero, con las modificaciones establecidas por la Ley 48/1978. A ello agrega que en todo caso el necesario requisito del tipo penal consistente en que el funcionario tenga *conocimiento de tales secretos por razón de su oficio*, lo que no ocurre en el sentir del recurrente, al tratarse de la participación de un Auxiliar como miembro de un tri- bunal de oposiciones de una actividad excepcional y ocasional y desconectada de las específicas reglamentariamente asignadas a su función.

El examen del motivo ha de partir necesariamente de los datos esenciales de prohi- bición de la interpretación extensiva de las normas sancionadoras o restrictivas de los derechos que establece el art. 9.3 de la Constitución y derivada consecuencia de exi- gencia de taxatividad de los tipos penales. Ciertamente es así que las *funciones estrictas* de los Auxiliares de la Administración de Justicia no son otras que las establecidas en el art. 9.º del Real Decreto 2003/1986, de 19 de septiembre, entre las que ciertamente no se encuentra la participación en tribunales evaluadores de pruebas de acceso a la función pública. Pero el recurrente obvia en su sentir naturalmente parcial, que la misma disposición administrativa introduce en su art. 13 una competencia que no por ocasional deja de ser inherente a la función de los Auxiliares: la de ser miembros del/los Tri- bunal/es calificadoros de las pruebas de acceso a tal función, al lado de otros profesio- nales. Presentar así la participación en tales actuaciones como alejado de la función es algo que recae sobre un puro sofisma. El *Auxiliar es designado* —generalmente en virtud de petición propia previa— *precisamente por su condición* de tal y precisamente por sus conocimientos específicos en el desarrollo ordinario de su función. De esta suerte, y aunque de manera muy concreta y temporalmente limitada, *su esfera de obli- gaciones profesionales se amplía* y no en virtud de una hermenéutica extensiva de los elementos del tipo penal, sino por estricta aplicación de estas competencias inherentes y derivadas de su función. En consecuencia, esta primera dirección del motivo que se analiza ha de reputarse carente de eficacia suasoria.

**Quinto.** No mejor suerte ha de correr la vertiente dirigida a una sedicente preci- sión en orden a la conexión con la normativa de «secretos oficiales». La más autorizada doctrina científica indica correctamente que el elemento descriptivo del «secreto»

puede derivar tanto de una transmisión de información que participa por propia naturaleza de tal condición como por una regulación específica. En este caso, ambas posibilidades disyuntivas existen de manera conjunta. La transmisión a parte de los opositores quebrantada el esencial derecho a la igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución y su carácter específicamente reservado venía impuesto por las mismas bases de la convocatoria de la prueba de acceso. Su quebrantamiento cumple así, como rectamente entendió el juzgador de instancia, las exigencias del tipo penal y por ello el motivo ha de ser desestimado, como para casos similares ya declaró esta Sala en Sentencias, entre otras, de 6 de octubre de 1977 y 15 de marzo de 1982, relativas a entrega de fotocopias de pruebas de acceso a la Universidad. El recurso, por tanto, ha de ser íntegramente desestimado.

#### **ARTICULO 407. HOMICIDIO. NEXO CAUSAL. CONDICIONES. HERIDA MORTAL**

(STS de 13 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

**Segundo.** El motivo segundo, con amparo en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce la aplicación indebida del art. 407 del Código Penal, por entender que hubo interrupción del nexo causal imputable a la propia negligencia de la víctima, así como al hecho de que estuviera afectada en su anatomía por la hemorragia aguda sufrida consecutiva a un shock hipovomémico, que quizá no se hubiese producido, si el fallecido se hubiere prestado a ser rápidamente asistido o éste no hubiera sido toxicómano.

El motivo plantea el siempre interesante problema de la ruptura del nexo causal. En este punto, ya se atienda a la doctrina de la equivalencia de condiciones, versión seguida de antiguo por la jurisprudencia al afiliarse al viejo axioma del *causa causae*, ya se hable con terminología moderna de imputación objetiva que, además de la causa que en sentido científico se identifica con la *conditio*, se exige la adecuación y relevancia de dicha causa en el orden jurídico-penal, el tema más concreto de la interrupción del nexo causal se gobierna en todo caso por el poderío etiológico de las condiciones preexistentes, concomitantes o sobrevenidas al suceso, de tal modo que las primeras son irrelevantes para el curso causal, destacando entre ellas la condición patológica de la víctima; como son también irrelevantes las condiciones que, si bien coetáneas a la acción, están ligadas en su eficacia a otras anteriores como la embriaguez o drogodependencia del herido, como tampoco pueden considerarse «extrañas» a la acción las condiciones estrictamente concomitantes, entre ellas y como destacada la ausencia de facultativos que puedan auxiliar a la víctima con prontitud. En fin, las condiciones sobrevenidas, las de mayor dificultad, no romperán el nexo causal, ni podrán considerarse accidente extraño, según la mayor o menor dependencia con el hecho imputado. Se trata de aquellas lesiones calificadas de mortales por *accidens*, es decir, por falta de cuidado y auxilio facultativo originario de esa letalidad, porque si la lesión era en sí misma mortal (*lethalitas vulneris*) prevalecerá como causa (en tal sentido Sentencias 30 de marzo de 1973, 11 de febrero de 1975, 20 de junio de 1979, 16 de mayo de 1988 y otras).

Aplicada la anterior doctrina al caso *subjudice*, el *factum* sienta la letalidad de la herida inferida por el procesado de manera inconcusa, al decir que «falleció» F. A. A. a causa del shock hipovolémico producido por hemorragia aguda por herida de arma blanca en región abdominal. Es decir, que la serie causal íntimamente ligada a la acción está perfectamente delimitada. La afirmación se amplía luego en el *iudicium* (fundamento primero) cuando dice que el fallecido fue apuñalado por el procesado «en una

zona vital del cuerpo y vulnerable como es la cavidad abdominal, afectando a masa intestinal, con salida de ésta y afectando también a peritoneo y empleando un arma potencialmente letal que le produjo la muerte veinticuatro horas después, a pesar de la asistencia médica recibida y ello con independencia absoluta de que quizá en otras condiciones, si el fallecido se hubiese prestado a ser rápidamente asistido o éste no hubiera sido toxicómano con posible afectación a su anatomía por dicha circunstancia, se hubiera logrado impedir ese resultado letal, puesto que el procesado causal que terminó en el fallecimiento del agredido, fue puesto en marcha por la acción agresora del agredido».

De tales antecedentes fácticos y valorativos, claramente se infiere la letalidad de la herida *per se* y no *per accidens* y que la condición toxicómana del herido no tiene relevancia causal, en cuanto es preexistente a la acción. Finalmente, la dilación en la asistencia del herido es una condición sobrevenida pero formulada hipotéticamente, puesto que se concitaron varios factores que no fueron exclusivamente la inicial resistencia del herido a ser asistido, sino a la falta de servicio médico adecuado en Rosas, lo que obligó a trasladarlo en ambulancia al Hospital de Figueras, donde ingresó sobre las 22.25 horas del día de autos (el hecho se inicia sobre las 21.000 horas), es decir, que en poco más de una hora el herido estaba ya en centro asistencial debidamente atendido. Por consiguiente, no puede decirse que si esta escasa demora en la atención del herido pudo coadyuvar de algún modo al resultado mortal, no lo fue hasta el punto de degradar la herida en sí misma mortal como causa de tal resultado.

Consecuentemente, el motivo debe ser desestimado.

#### ARTICULO 407. HOMICIDIO. DOLO DE IMPETU

(STS de 10 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

**Primer.** En los motivos primero y segundo del recurso se alega la infracción por aplicación indebida del art. 407 y por no aplicación del art. 422 del Código Penal, en la redacción vigente en la época en la que ocurrieron los hechos (1987).

Estima la Defensa del recurrente que éste no obró con dolo de matar (*animus nec-candi*), pues, por un lado, el procesado realizó un «movimiento instintivo de defensa con el arma que llevaba en el bolsillo, arma que dirigió hacia la zona más inmediata de su agresor, que evidentemente es la cintura. Por otro lado, alega que el dolo de homicidio se debe excluir también porque «el procesado no persistió en la agresión».

Ambos motivos deben ser desestimados.

Es indudable que el comportamiento del procesado no es el resultado de un acto reflejo que pudiera excluir la acción. Por el contrario, su reacción respecto de la víctima es un acto consciente, dado que partió de una percepción sensorial de los hechos circundantes y de una ponderación de los mismos. El carácter de «instintivo» que le atribuye la Defensa, consecuentemente, no puede sino referirse a la ausencia de premeditación, que —en todo caso— no ha sido motivo de consideración en la materia. De cualquier manera, la premeditación no constituye un elemento esencial del dolo, sino todo lo contrario. El dolo se puede presentar también en reacciones más o menos rápidas y ello ha sido reconocido en la teoría y en la práctica desde antiguo (piénsese en el llamado «dolo de ímpetu»).

Por otra parte, en nada modifican estas conclusiones la circunstancia de que el procesado no haya continuado su agresión luego de haber herido al recurrente. La jurisprudencia de esta Sala ya ha puntualizado que la no continuación de la agresión no elimina el dolo de la agresión ya realizada, cuando el acto cumplido pudo haber conducido al



resultado y éste no se produjo por razones ajenas a la voluntad del autor (confr. STS 6-6-89). En tales casos, se ha señalado, sólo cabría alegar el desistimiento de la tentativa (acabada o inacabada, según el caso). Pero, en el presente caso, en el que el autor ha llevado a cabo, según su plan, hechos que por sí mismos podrían haber producido el resultado —como lo es claramente una puñalada en el hígado con una navaja— es indudable que nos encontramos ante un delito frustrado (o tentativa acabada), para cuyo desistimiento es insuficiente la no continuación de la agresión, a pesar de la posibilidad de hacerlo. En efecto, el desistimiento del delito frustrado o de la tentativa acabada requiere que el autor haya (activamente) impedido la consumación, lo que en el presente caso no es posible sostener en modo alguno, pues —como lo reconoce la Defensa— el acusado solamente «no persistió en la agresión».

### ARTICULOS 420, 421 Y 582. LESIONES. RELACIONES ENTRE LOS ARTICULOS 421 Y 582

(STS de 5 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Carrero Ramos)

*Se sostiene en él a tal efecto que no cabe aplicar a lesiones que de suyo conforme al art. 582 serían falta, la calificación de delito aunque se hayan empleado en su ejecución medios comisivos previstos en el art. 421.* Se esgrime en apoyo de tal tesis el voto particular deducido en el Tribunal de instancia. Y es a efectos de reclamar esta interpretación legal, por lo que se aducen tanto las citas constitucionales como el Código Civil.

Desde luego, en todo caso, hay que descartar *a priori* que se aprecie vulneración de derecho constitucional alguno en la Sentencia de instancia y tampoco se concreta así en el propio recurso, aparte de la supuesta infracción por la interpretación que deba darse al *segundo párrafo del art. 582*. Ni se señala, ni se aprecia motivo alguno de indefensión (art. 24.1) ni la Sentencia quebranta el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la irretroactividad de normas penales desfavorables, etc. (art. 9.3). En la preparación no se anunció ningún motivo por vulneración constitucional.

Los hechos ocurrieron el 30-9-89 y por ello era de aplicación el texto penal ya vigente, el reformado por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio (BOE del 22). Luego no puede hablarse de aplicación retroactiva.

**Segundo.** Debe ceñirse pues esta Sala al tema de interpretación legal planteado. La aplicada por la Audiencia, está motivada en el Fundamento Jurídico primero, apartado B), C) de su sentencia, discrepando un Magistrado en su voto particular. Lo que indica las dudas de interpretación que suscita sobre todo el art. 582.

En efecto, al reforma penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/89 ha modificado profundamente el tratamiento tipificador de las lesiones y, entre otros, los arts. 420, 421 y 582; se ha sustituido el sistema anterior enumerativo, conforme a un baremo de gravedad del resultado producido, por una simplificación quizá excesiva, *entrando en juego como criterio diferenciador global entre delito y falta el que la lesión requiera o no tratamiento médico o quirúrgico además de la primera asistencia* (arts. 420 y 582, párrafo primero) y, para matizar tan amplia globalización punitiva (o prisión menor o arresto menor) y paliar sus efectos, se concede, por un lado (420, segundo), una discrecionalidad casuística al Tribunal para bajar a arresto mayor o multa (lo discrecional no es recurrible en casación) y, por otro, en el art. 421 se construyen tres subtipos agravados de los que el 1.º y 3.º se refieren a medios comisivos y el 2.º a resultados deformantes o inutilizadores muy graves.

Este subtipo agravado lleva la prisión menor a sus grados medio o máximo.

Las lesiones en cuestión en este recurso no han requerido tratamiento, lo que las excluiría del art. 420 y las conduciría al 582. Pero el último inciso del primer párrafo de

este último realiza un *reenvío al 421* y es lo que motiva la discrepancia del voto particular y los argumentos del recurrente. Dice el texto discutido: «salvo que se tratare de alguna de las lesiones del art. 421».

El Tribunal *a quo* entiende que son tanto las lesiones enumeradas en el núm. 2.º (difícilmente concebibles en la hipótesis de requerirse una sola asistencia), como las producidas por los medios comisivos del núm. 1.º o con las torturas del núm. 3.º El recurrente da al término «lesiones» el alcance restringido, las producidas, o sea el resultado, no las que fueren (cualesquiera que sea su importancia) ocasionadas con los medios que enumera el núm. 1.º: «armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado, o reveladoras de acusada brutalidad en la acción»; para sintetizar podemos decir que usando medios gravemente peligrosos. Podemos también prescindir de los núms. 2.º y 3.º puesto que es obvio que en el caso presente no se trata de tales supuestos. *La tesis recurrente coincide aproximadamente con el voto particular que sostiene que de «lesiones» habla el 421 en su párrafo 1.º, remitiéndose a las del 420 que son las que exigen más de una asistencia*, luego no aplicables a la falta.

En cambio a juicio de la Sentencia impugnada hay que aceptar el reenvío del inciso final del 582 al 421 incluido su núm. 1.º Opinión con la que coincide el informe del Ministerio Fiscal.

Pues bien donde la ley no distingue no debemos distinguir y la voluntad del legislador (cualesquiera que hayan sido los motivos de política penal que le hayan inspirado y el juicio doctrinal que puedan merecer) es, tal como aparece, literalmente, hay que subrayar la relevancia de los medios empleados en la agresión aunque no se corresponda el resultado en proporción con los mismos. Opinión defendible, pero muy simplista. Agravación basada en razones de política penal según la Audiencia.

**Tercero.** Centrado el debate en estos términos preciso es reconocer que la redacción del art. 582 presenta dificultades hermenéuticas. Por un lado su primer inciso recalca al centrar a definir esa falta de lesiones «El que por cualquier medio o procedimiento causare, etc.», lo que parece prescindir del medio para atender al resultado nada más; criterio que es congruente con el carácter residual de esta figura respecto del artículo 420 del que es alternativa lógica. Si no importa el medio claro está que tampoco los enumerados en el núm. 1.º, del art. 421.

Pero el inciso final establece una excepción «salvo que se tratare de alguna de las lesiones del art. 421» remisión que o es incompatible con el introito del artículo o es una derogación del mismo. Aumentando la dificultad si en el art. 421 se mezclan las lesiones del núm. 2.º con los medios del 1.º y los procedimientos del 3.º Si se interpreta, además, como cabría, que todas las lesiones del 421 tienen que ser las del 420 (con tratamiento) el reenvío crecería de aplicación (como se dijo en el voto particular). Y si sólo se refiriera al núm. 2.º interpretación semántica restringida de «lesiones» (y no medios) surge la dificultad práctica de que esas lesiones de suyo precisarían casi siempre de tratamiento y el reenvío es superfluo. Claro que también podría interpretarse que todas las lesiones veniales originadas según los tres números se convierten *ipso facto* en delito y que el término «medios» se refiere al introito del 420 con el que se corresponde en la redacción palabra por palabra y está dirigido a la posibilidad de menoscabar indistintamente la integridad o salud física tanto como la mental.

*Lo más preocupante es la consecuencia punitiva que puede conducir a que una levísima contusión, tratada con una sola cura que puede ser elemental se convierta por la accidental presencia de un instrumento más o menos contundente o incisivo en un delito y de subtipo agravado saltando del arresto menor —uno a treinta días—, a prisión menor al menos en grado medio —dos años, cuatro meses y un día—, lo que parece manifiestamente contrario al principio de proporcionalidad e incluso al de culpabilidad.*

Cuando se hace necesario resolver una antinomia, al menos, aparente de la literalidad debe darse preferencia al criterio inspirador de nuestro Código en su art. 1.º decididamente inspirado por el *principio subjetivista de culpabilidad*. El legislador no puede pues con su reforma de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio querer prescindir de la intencionalidad que se infiere del comportamiento del agente y menos en un tipo penal concebido como venial; *no se va a caer al eliminar el criterio objetivo del resultado en el otro criterio aún más material del medio o instrumento*, salvo que de éste o de su empleo se produzca precisamente un ánimo doloso de producir resultados graves, aunque por mero accidente ajeno a la voluntad del sujeto activo no los hubiere producido.

En resumen, *esta Sala interpreta que el inciso final del art. 582 por su mismo carácter excepcional y agravatorio ha de ser objeto de una aplicación restrictiva y que la «mens legislatoris» ha sido no conducir a una antinomia ni menos a consecuencias prácticas absurdas de punición desproporcionada*, sino a medir la responsabilidad y su consecuencia penológica por la verdadera finalidad dolosa deducible del arma, u objeto asimilable, y de la forma de emplearlo (brutalidad o tortura). Lo que obligará al análisis casuístico de cada supuesto fáctico.

*El art. 421 substituirá pues al 582 sólo cuando el instrumento de suyo, o por la aplicación que maliciosamente se le dé, revele el propósito de causar una lesión grave y no la leve originada contra la voluntad intencional del agente*. Así el 421, y su número 1.º tendrán justificada aplicación congruente con el principio de culpabilidad. Lejos pues de la literalidad automática y generalizada.

**Cuarto.** Resta por examinar el *caso de autos* a la luz de este criterio interpretativo.

Pues bien, de la conducta de todos los intervinientes, de su secuencia antecedente con esa búsqueda vindicativa, provistos de armas propiamente dichas unos, de otros objetos suficientemente lesivos si se usaren apropiadamente y llevados con igual intención, del desarrollo de la agresión colectiva, recíproca y desafiante por ambos bandos sólo cabe inferir que *tales medios eran susceptibles de producir graves daños* y concurría en sus portadores *animus vulnerandi* de producirlos y en cualquier caso esa «acusada brutalidad en la acción» con independencia de que al equilibrarse los medios de unos con los de los otros algunos de los resultados fueran desproporcionadamente a tal acción leves desde el punto de vista médico.

Por lo que ateniéndonos a los hechos probados, que en esta motivación obligan íntegramente, *la calificación recogida en la Sentencia aparece ajustada a las normas penales y al principio de culpabilidad que las inspira*.

## ARTICULO 429.2.º VIOLACION. VICTIMA OLIGOFRENICA

(STS de 28 de octubre de 1991. Pte. Sr. García Ancos)

Si bien es cierto que el precepto sancionador expresa que «la mujer se hallase privada de razón o de sentido», pareciendo *prima facie* que ha de encontrarse totalmente inconsciente para poder ser sujeto pasivo de la acción, la realidad es que, en interpretación lógica de la norma, esa idea de lo «absoluto» o «total» en el estado anímico de la agraviada no es realmente aceptable, pues *basta la existencia de una disminución psíquica que la haga realmente inerte a los requerimientos sexuales ajenos*, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios tanto en el saber como en el querer, de ahí que estas personas por sí mismas y por su naturaleza desprotegidas, necesiten de una mayor protección frente a la agresión externa, lo mismo que ocurre, según también mandato legal, con las mujeres menores de doce años.

En el presente caso, esa disminución intelectual está concretada nada menos que en el carácter oligofrénico de la ofendida, de naturaleza permanente e irreversible y que la sitúa en una *edad mental entre los cinco y los ochos años*, por tener un retraso mental inferior al cero 50 por 100.

**ARTICULO 452 BIS B). CORRUPCION DE MENORES.  
BIEN JURIDICO PROTEGIDO. CONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO**

(STS de 14 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

**Cuarto.** El motivo cuarto del recurso plantea la cuestión de la compatibilidad del art. 452 bis b), 1.º del Código Penal con el art. 25.1 CE.

Con relación al art. 25.1 CE entiende el recurrente que esta disposición establece que «la efectiva comisión del delito presupone la lesión o puesta en peligro del interés jurídico protegido, de manera que no podrá hablarse de tal delito si no tiene lugar la ofensa jurídica». A ello agrega que «desde la necesaria distinción entre Moral y Derecho, debe hacerse especial hincapié en que la teoría del bien jurídico presupone tanto la necesidad de establecimiento de niveles legislativos de tipos legales que respondan a la efectiva protección de intereses jurídicos, como a que la aplicación de dichos preceptos lo sea cuando realmente se ha ofendido, lesionado o puesto en peligro tal bien jurídico». Desde el punto de vista de la Defensa del procesado «la ausencia de interés jurídico viene dada, en este caso, a partir del establecimiento en la Sentencia recurrida de la *honestidad* (Fundamento de Derecho tercero) como valor protegido, sin atender al interés jurídico de la *libertad sexual*». En definitiva, concluye el recurrente, «se parte de la existencia de prácticas sexuales viciadas *per se* y de otras absolutamente lícitas», razón por la cual «lo que realmente se infringe es el art. 25.1 CE y, como consecuencia, su art. 17.1, por ausencia de interés jurídico, por no lesionarse en su caso la libertad sexual de los sujetos pasivos del delito».

El motivo debe ser desestimado.

La impugnación planteada afecta, por tanto, al problema del *bien jurídico protegido*. La Defensa lo fundamenta de dos maneras diferentes: en primer lugar sosteniendo que todo delito requiere la protección de un interés o bien jurídico y en segundo lugar que la honestidad, como tal no puede constituir dicho objeto de protección. La Sala estima que ambos puntos de vista son erróneos.

Dejando ahora de lado la cuestión referente a si el art. 25.1 CE impone una limitación del poder penal del Estado a la protección de bienes jurídicos o si esta exigencia encontraría acogida, en su caso, en otra u otras disposiciones de la Constitución, lo cierto es que el delito de corrupción de menores protege un interés social determinado y, además, que ese interés social no se identifica simplemente con una determinada concepción moral de la sexualidad.

a) El problema del bien jurídico protegido por los delitos sexuales se planteó en Europa de una manera especialmente aguda en los años sesenta, cuando se puso en duda desde la perspectiva del Estado de Derecho la punibilidad de los actos de homosexualidad entre varones, que contenía, p. ej., el parágrafo 175 del Código Penal alemán. En el marco de esta discusión se sostuvo que se debía mantener la punibilidad de la homosexualidad simple, dado que «ciertamente las normas jurídico-penales protegen predominantemente bienes jurídicos, pero, ello no excluye amenazar con pena también determinados casos de conductas éticamente reprobables y, según la convicción general, calificadas como depravadas» (confr. Exposición de Motivos del Proyecto Alemán de Código Penal de 1962, parágrafo 216, pág. 376).

Juicios como éste no pueden ser aceptados en un orden jurídico que sólo postula la penalización de comportamientos que dañen gravemente la vida social, como es el caso del español vigente. Desde este punto de partida es claro que las acciones de homosexualidad no importan por sí mismas daño social alguno y quedan por ello situadas fuera del ámbito de la uturidad del Estado.

Sin embargo, la protección de los menores frente a comportamientos sexuales de adultos que pueden llegar a perjudicar su desarrollo personal, no ha sido puesto en duda por quienes han considerado que la legitimidad constitucional de la punibilidad presupone la protección de un bien jurídico. En efecto, los autores del Proyecto Alternativo alemán (confr. Parte especial, Delitos sexuales, etc., 1968, pág. 19), luego de reconocer las dificultades para configurar una protección adecuada en este sentido, han afirmado que no es admisible en la actualidad reducir la extensión del núcleo de la protección penal respecto de los menores, en la medida en la que se puede esperar una autolimitación de los adultos respecto de los mismos. En estos casos ya no se trata del ejercicio de la libertad protegida por el art. 17.1 CE, sino de la libertad de realizar acciones que afectan a otros, más precisamente, a la libertad de otros.

En este sentido cabe señalar que la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador, por tanto, puede proteger penalmente a quienes —según las convenciones sociales y jurídicas vigentes— todavía no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto. Tales intervenciones del legislador, por lo demás, se manifiestan también en otras figuras delictivas en ámbitos en los que el ejercicio de la libertad personal aparece condicionada por un determinado desarrollo de la personalidad (p. ej., en el estupro, art. 434 del Código Penal; las exhibiciones obscenas, art. 431 del Código Penal, que reconocen su fundamento en el art. 20.4 CE, etc.).

El interés social en tales decisiones autorresponsables del que parte el vigente artículo 452 bis b), 1.º del Código Penal se puede discutir de *lege ferenda*. Pero, no es discutible de *lege lata* y, sobre todo, no cabe duda que constituye la base de la disposición legal cuestionada. Por tanto, no cabe afirmar que el art. 452 bis b), 1.º del Código Penal contradice el principio de la limitación del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos, aunque se pueda discutir —como es obvio— sobre el merecimiento de protección de éste o de cualquier otro objeto jurídico de protección.

b) Dicho lo anterior, no ofrece problema alguno la objeción del recurrente respecto de la supuesta fundamentación de la Sentencia recurrida en «la honestidad como valor protegido, sin atender al interés jurídico libertad sexual».

En realidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían entendido, ya antes de la reforma de 1989, que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el título IX del Libro II del Código Penal no se podía entender en un sentido literal, sino a partir de la idea de libertad sexual. De esta manera se puede explicar el abandono, por incompatibles con el correcto entendimiento de estos delitos, de ciertas consecuencias puntuales del bien jurídico «honestidad», como p. ej., las que limitaban el sujeto pasivo de la violación (art. 429, 1.º del Código Penal) a las «mujeres honestas».

La Sentencia que es materia de este recurso no se aparta de este punto de vista. Por el contrario, no se percibe en qué se habría apartado de esta interpretación el Tribunal *a quo* al aplicar el art. 452 bis b) 1.º del Código Penal a los hechos que entiendo como probados. En efecto, la libertad sexual del menor —como se dijo— se lesiona precisamente porque con los actos con él realizados se provoca su toma de decisiones trascendentes para la vida social y personal, cuando aquél no ha alcanzado todavía la madurez que se estima necesaria.

**ARTICULO 487. ABANDONO DE FAMILIA. ASISTENCIA INDISPENSABLE. DELITO DE OMISION. RESULTADO. TENTATIVA**

(STS de 10 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

a) La jurisprudencia de esta Sala ha señalado en reiterados precedentes que *el artículo 487 del Código Penal debe ser interpretado restrictivamente*, pues de lo contrario se frustraría el propósito del legislador, es decir, el aseguramiento del respeto de las normas que imponen deberes de asistencia familiar. En este sentido en las SSTS de 7-3-88, 22-5-88, 26-6-88, 4-4-90 y 18-12-90 (entre otras) han hecho referencia al «principio de intervención mínima». Con esta referencia la jurisprudencia ha querido subrayar, en primer lugar, el *carácter estrictamente subsidiario del Derecho Penal* en el ámbito de las relaciones familiares y las consiguientes exigencias legales que condiciona la aplicación del art. 487 del Código Penal.

En particular, estas consideraciones se manifiestan en el entendimiento del delito del art. 487 del Código Penal como un *delito de lesión*, que, por tanto, sólo se consuma, cuando la omisión ha provocado una real situación de inseguridad para los afectados. Ello se percibe especialmente en el texto de la segunda alternativa típica contenida en dicha disposición, que requiere que los descendientes, ascendientes o cónyuges «se hallaren necesitados».

En el caso que ahora se juzga es indudable que la acusada ha omitido cumplir con los deberes de asistencia familiar que le impone su ejercicio de la patria potestad especialmente los referentes al sustento de sus hijos (2.ª alternativa del art. 487 del Código Penal). Sin embargo, *está también fuera de toda duda que los menores no se encontraban necesitados*, como lo requiere la mencionada disposición, *pues se encontraban con su hermana y concurrían a un colegio especial*. Asimismo su seguridad tampoco se veía afectada pues estaba al cuidado de una hermana mayor de edad y de las personas encargadas de ello en el referido colegio al que asistían.

Por otra parte, no cabe pensar en la tipicidad de la omisión de la procesada respecto de la primera alternativa típica, pues el hecho probado no permite suponer que aquélla haya abandonado maliciosamente su hogar o que su incumplimiento tuviese por causa su conducta desordenada. La acusada no abandonó su hogar sino que *forzó con su conducta a su hija a asumir de hecho la guarda de los menores*, lo que, evidentemente no reúne las condiciones requeridas por el primer párrafo del art. 478 del Código Penal.

Como es lógico, el comportamiento de la recurrente puede merecer otra valoración desde una perspectiva puramente ética, pero este aspecto de la cuestión es ajeno a la competencia de los Tribunales de justicia.

b) De todos modos, cabe preguntar si el comportamiento de la procesada podría constituir una tentativa o un delito frustrado (art. 3 del Código Penal) del delito de artículo 487 del Código Penal cometido omisivamente. Como es sabido, en la doctrina se considera que la *omisión del intento de cumplir con el deber, cuya infracción fundamenta la realización del delito*, constituye la base de la figura de la tentativa de los *delitos de omisión de resultado*, como es el caso de *abandono familiar* previsto en el art. 487 del Código Penal. Por el contrario, no existe acuerdo en lo que respecta al momento en el cual corresponde apreciar el comienzo de la omisión típica correspondiente al comienzo de ejecución de los delitos activos. De un lado se considera que la omisión típica ha comenzado ya cuando se ha dejado pasar la primera posibilidad de cumplir con el mandato de acción. Del otro, por el contrario, se estima que el comienzo de la omisión será de apreciar en el último momento en el que el omitente —según su representación— tendría que haber ejecutado la acción. Este último punto de vista es el preferible, pues sin perjudicar la situación del bien jurídico protegido no impone al omitente un deber más extenso que el necesario para la protección de dicho bien jurídico.

En el presente caso, cualquiera sea el punto de vista que se mantenga respecto del comienzo de la omisión típica, lo cierto es que no se percibe —a través del escueto hecho probado de la Sentencia— que se haya comprobado por la Audiencia una cercanía temporal de la producción de la situación de necesidad requerida por el tipo penal del delito del art. 487 del Código Penal como presupuesto del deber de actuar. Por tanto, no sólo no se percibe que la omitente haya dejado pasar el último momento en el que podría cumplir con el mandato de acción, sino que no habrían dado las condiciones para que dicho imperativo se tornara exigible.

### ARTICULO 499 BIS 3.º DELITO SOCIAL. COOPERACION NECESARIA

(STS 16 de octubre de 1991. Ptes. Sr. Moner Muñoz)

**Primero.** El procesado Rogelio Pérez Humbrado, formuló un exclusivo motivo de impugnación, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduciendo infracción por indebida aplicación del art. 499 bis núm. 3, apartado 2.º del Código Penal.

Teniendo en cuenta el cauce procesal elegido por el recurrente, ha de partirse de los hechos declarados probados, y en éstos se expresa que aquél, en la época que acontecieron los hechos, no ostentaba la condición de comerciante, y que su cuñado, el otro procesado, en connivencia con el impugnante le vendió el 22 de noviembre de 1989 un piso, subrogándose en la hipoteca existente, y constituyéndose de tal modo el coprocesado en estado de insolvencia con lo que no se satisfizo las indemnizaciones que por un despido nulo se le habían impuesto en el procedimiento laboral seguido al efecto.

La argumentación del recurrente es que no ostentando la condición de empresario ni comerciante, es legalmente imposible atribuírsele responsabilidad penal por el hecho.

Cierto es que las Sentencias citadas por aquél, y otras como la de 29 de mayo de 1989, al examinar el denominado alzamiento laboral de bienes, atribuyen la cualidad de sujeto activo al empresario, pero si ello puede sostenerse sin ninguna duda respecto de las conductas de los núms. 1.º y 2.º de dicho artículo, no acontece lo mismo con el tercero, y desde luego con el párrafo 2.º de este último número, que es una modalidad específica consistente en hacer maliciosamente ineficaces los derechos de los trabajadores en caso de crisis de empresa. La técnica legislativa usada remitiendo el aspecto punitivo del delito de alzamiento de bienes del art. 519 del Código Penal, ha determinado a la jurisprudencia de esta Sala —cfr. Sentencias 15 de octubre de 1982 y 3 de julio de 1989—, a reputarlo una modalidad de alzamiento, exigiendo se den todos y cada uno de los requisitos de tal delito, con una actuación maliciosa tendente a defraudar los créditos de los trabajadores.

Por otra parte, *la participación en delitos especiales propios, es admisible*, pues, aun cuando falte en ellos la cualidad de comerciante, han cooperado, extraños, al tipo con actos estrictamente necesarios para que el delito pudiera efectuarse, por lo que con arreglo al núm. 3.º del art. 14 del código Penal, su conducta puede ser incriminada, si realiza tales actos de cooperación necesaria, que más bien que autoría, lo que no podría aceptarse en los delitos especiales, respecto a quien no realiza de una manera total y plenaria el tipo descrito en la parte especial del Código Penal, si deben ser reputados partícipes del delito de otro —cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1982—.

Si la Sentencia recurrida establece que el ahora recurrente actuó en connivencia con el otro procesado, tal connivencia no puede ir referida a la constitución en estado de insolvencia.

## ARTICULOS 501 Y 516 BIS. ROBO Y UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. PROGRESION DELICTIVA

(STS de 23 de octubre de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)

**Primero.** La representación del procesado ha formulado cuatro motivos de casación, todos ellos por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., denunciando —en el primero de ellos— «aplicación indebida del art. 516 bis, párrs. 4 y 5, y 501, párrs. 4 y último del Código Penal».

Sostiene la parte recurrente que los hechos enjuiciados debieron ser calificados como constitutivos de un delito de robo, en virtud del «principio de absorción o consunción» al poder apreciarse «unidad de acción», identidad de marco intimidatorio o violento, identidad también de protagonistas y, finalmente, conexión espacio-temporal. Combate luego la tesis de la Sentencia recurrida que, en relación con el principio de gravedad o alternatividad, sostiene la mayor gravedad del delito contemplado en el artículo 516 bis del Código Penal, afirmando que «el delito de robo lo es de mayor rango punitivo que la utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno».

La Sentencia 4 de julio de 1988 de esta Sala, recordada por la de 19 de abril de 1990, analiza la evolución jurisprudencial llevada a cabo por esta Sala en los supuestos de concurso del *robo con violencia o intimidación y la utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno*. Por ello, de acuerdo con dicha evolución, dice la Sentencia de 3 de mayo de 1990 que es doctrina reciente de este Tribunal que, cuando la utilización ilegítima de vehículo de motor tiene lugar conectada a un robo de una secuencia delictiva progresiva, sin solución de continuidad, a un mismo sujeto pasivo, ya sea para facilitar o para completar el delito principal, ya para asegurarse posteriormente la huida, debe considerarse absorbido en este robo, como figura de mayor rango punitivo, pues, aunque sean tipos distintos, ambos coinciden en la naturaleza e apropiación patrimonial y en el ánimo de lucro finalístico del agente. En su consecuencia, deben penarse los hechos como un solo delito, el de robo, teniendo en cuenta la absorción al fijar la extensión de la pena, dentro del grado, sin otro límite que el del art. 903 LECrim.

La aplicación de esta doctrina al presente caso debe llevar necesariamente a la estimación del motivo examinado, expresamente apoyado por el MF, por cuanto la utilización ilegítima del taxi tuvo lugar dentro del contexto más amplio del robo con intimidación de que fue víctima el taxista.

## ARTICULO 529.7.ª ESTAFA. AGRAVACION POR LA CUANTIA. SITUACION ECONOMICA DE LA VICTIMA

(STS de 16 de septiembre de 1991. Pte. Sr. Delgado García)

**Segundo.** En el primero de ellos, al amparo del art. 849 LECrim., se alegó aplicación indebida de la circunstancia de agravación 7.ª, art. 529 del Código Penal, que fue apreciada como muy cualificada, porque, se dice, 8.000.000 de pesetas es una cantidad de menor importancia teniendo presente el movimiento de la empresa afectada, que en 1985 declaró 350.000.000 de pesetas. A efectos del impuesto de sociedades, así como la buena situación económica de los dos accionistas, que son un acaudalado matrimonio.

Ha de rechazarse tal motivo por las razones siguientes:

1.ª Ni la importancia del negocio ni la alegada buena situación económica del matrimonio titular de las acciones de la sociedad perjudicada aparecen recogidas como



hechos probados en la Sentencia de la Audiencia, y, dada la vía procesal utilizada por el recurrente (art. 849 LECrim.), éste debe sujetarse a lo que el Tribunal de instancia entendió acreditado (art. 884.3 de la misma Ley), y ello tanto en su aspecto positivo, en cuanto que nada ha de alegar fuera de lo declarado probado, como en su aspecto negativo, porque tampoco puede prescindir de circunstancia alguna que haya sido acogida como realmente sucedida en la resolución impugnada, salvo utilización del recurso del art. 849.2.

2.<sup>a</sup> La buena situación económica de la empresa o del empresario perjudicado en principio nada tiene que ver con la posible aplicación de esta circunstancia de agravación 7.<sup>a</sup>, art. 529 del Código Penal, pues el supuesto que ha de reputarse normal en estos casos es el de un sujeto pasivo acaudalado, porque una cantidad importante sólo puede ser sustraída a una persona física o jurídica que tenga una buena posición patrimonial, apareciendo, por el contrario, como otra agravante específica en estos delitos el caso inverso, esto es, la mala situación económica de la víctima de la que se abusa o a la que se coloca en tal estado por efecto del delito (art. 529.5), todo sin perjuicio de que esa buena situación, de haber sido estimada como probada, pudiera haberse tenido en cuenta, junto con otros datos concurrentes en el caso concreto, a los efectos de valorar todos en conjunto para apreciar o no la agravante ahora examinada.

3.<sup>a</sup> Esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, consciente de su deber de respetar el criterio del legislador que no ha querido señalar una cifra concreta en el castigo de esta clase de delitos contra la propiedad al definir la circunstancia agravante ahora examinada, pero al mismo tiempo conociendo la necesidad de fijar, a efectos de la obligada unificación de criterios en todo el territorio nacional, unas cifras no rígidas sino simplemente orientativas, recientemente ha acordado señalar los 2.000.000 de pesetas para apreciar la concurrencia de tal circunstancia 7.<sup>a</sup>, art. 529 del Código Penal con carácter ordinario, y los 6.000.000 de pesetas para estimarla como muy cualificada, a fin de acompañar los criterios de valoración penal a los paulatinos cambios que se van produciendo en la situación económica del país.

## ARTICULO 532.2.º ESTAFA. ALZAMIENTO DE BIENES. RELACIONES

*(STS de 25 de octubre de 1991. Pte. Sr. Martínez Pereda Rodríguez)*

**Cuarto.** El cuarto motivo se articula al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley Procesal Penal, porque al declararse probada la notificación del precio ofrecido en la tercera subasta del piso embargado en el juicio ejecutivo al procesado, Armando Lacruz, así como el requerimiento de otorgamiento de escritura realizado al mismo, a través de su madre, y el otorgamiento de escritura de compraventa del mismo piso embargado a favor de otras personas el 20 de junio de 1983, se infringen por inaplicación los arts. 528 y 532, 2.º del código Penal o el art. 519 del mismo texto legal.

El motivo siguiente con el mismo apoyo, añade que puestas de manifiesto los errores en la apreciación de la prueba denunciados en los motivos primero a tercero del escrito de formalización del recurso, resulta que el querellante impugnó la rescisión o nulidad aparecida en el ejemplar del contrato privado de compraventa aportado por los querellados a la causa penal y que dicha rescisión o nulidad no es legítima y asimismo que los ingresos en la cuenta de la vendedora, en la Caja de Ahorros, los realizaron ambos hermanos Lacruz Monge, auténticos compradores del piso, habiéndose otorgado, a pesar de ello, escritura a favor de los padres, José Lacruz Latorre y Gregoria Monge Franco, se infringen los arts. 528 y 532, 2.º del Código Pnal y alternativamente el art. 519 del mismo cuerpo legal.

A la vista de la estimación de los dos primeros motivos del recurso y teniendo la Sala a su disposición el sumario y el rollo a los efectos señalados en el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene que decidir este Tribunal si los hechos resultantes tras los estimados motivos son subsumibles o no en alguna de las figuras penales indicadas.

A este respecto, conviene señalar que el delito de estafa ejecutado a través del otorgamiento de contrato simulado, que aparece tipificado en el núm. 2.º del art. 532 del Código Penal y que ha sido denominado por la doctrina como falsedad defraudatoria, constituye una figura penal específica y autónoma, presentando singularidad respecto a la estafa ordinaria, encontrándose más próxima a la falsedad, ya que aquí el sujeto en lugar de perseguir con su engaño —el contrato simulado— un desplazamiento de elementos del patrimonio del sujeto pasivo hacia el suyo, trata de impedir que salgan de éste a favor del acreedor legítimo que ostenta un derecho que precede próximamente a la maniobra diversiva que aparenta una transmisión de los bienes a un tercero connivente —Sentencia de 14 de julio de 1989—.

Según la doctrina de esta Sala —Sentencia de 30 de enero de 1985— exige para su apreciación: a) En cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado y a través del cual se pone de relieve un negocio jurídico, bien sin existencia real alguna (simulación absoluta) o bien con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa). b) Desde la óptica de la antijuricidad, que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes, y c) En cuanto a la culpabilidad, que se tenga conciencia y voluntad libre de la simulación realizada, de la que debe derivarse, con toda claridad la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar un perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio del sujeto activo de la acción.

Tales requisitos concurren en este caso. En el juicio ejecutivo seguido contra Armando Lacruz Monge se embargó como de propiedad del mismo, la mitad indivisa de un piso —la otra mitad pertenecía a su hermano como comprador juntamente con el acusado— que figuraba inscrito a favor de terceras personas, pero que había sido transmitido por éstos a dicho ejecutado por documento privado de 3 de noviembre de 1979. Seguido el juicio sin trámites, y ya en la vía de apremio, en la oportuna subasta quedó como rematante don Domingo Campos López, padre del querellante, otorgándose a su favor la correspondiente escritura pública del bien embargado ante notario. Sin embargo, al ir a hacer efectivos sus derechos sobre la parte individa del inmueble el recurrente, tuvo conocimiento de que tal piso se había transmitido por escritura pública el 20 de marzo de 1983, cuando ya se había adjudicado al padre del querellante, a los padres de Armando Lacruz Monge, confesándose en esta escritura que el precio ya estaba recibido por la compradora.

Como ha señalado la Sentencia citada de 14 de julio de 1989, el elemento subjetivo dolo tendencial al resultado perjudicial al acreedor, nace al conocer la exigibilidad del crédito, en este caso la Sentencia de remate, y siéndole notificado al citado deudor el precio ofrecido por la mitad del piso el 29 de diciembre de 1982 y tras haber sido requerido, a través de su madre, también acusada, para que otorgase la escritura pública correspondiente, vendiéndose en el intermedio, de acuerdo con los propietarios, a favor de los padres de los primeros compradores, que ya habían pagado el precio de la compra.

En la estafa típica el contrato engañoso se pacta con el engañado, mientras que en la del art. 582.2.º no ocurre así, pretendiendo con tal adición el resultado de impago en perjuicio del rematante y un beneficio del agente para eludir el cumplimiento de su obligación. Porque, en definitiva, la simulación no es otra cosa que la declaración apa-

rente, emitida de acuerdo con otra parte con la finalidad de engaño u ocultación a terceros, ya que no cabe duda de la inautenticidad intrínseca del documento posterior notarial, pues se trata de una compraventa sin precio, que ya había sido pagado en el contrato anterior y sin causa, que ha sido revestido de la apariencia y ropaje contractual con la finalidad torticera expresada.

Como ha dicho la Sentencia de este Tribunal de 15 de marzo de 1990, el contrato de compraventa otorgado bajo fe notarial, pero sin una voluntad contractual subyacente, tuvo la finalidad de consolidar en su madre y coacusada, así como en su padre, ya fallecido, una situación dominical en perjuicio de derechos declarados a favor del que-rellante a una mitad indivisa de un piso.

El delito de alzamiento de bienes, que en el motivo se plantea alternativamente respecto al de estafa, no concurre en este supuesto ya que, en todo caso, se trataría de una conducta impune por tener que estimarse como un simple agotamiento del delito de estafa precedente, como ya recogió esta Sala en su Sentencia de 27 de marzo de 1991.

