

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

# Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

### EL IMPAGO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS CUOTAS RETENIDAS A LOS TRABAJADORES COMO DELITO DE APROPIACION INDEBIDA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 3 de enero de 1984)

M.<sup>a</sup> TERESA CASTIÑEIRA

Profesora Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO:** 1. Posición del Tribunal Supremo. 1.1. Absolución por el delito de apropiación indebida. 1.1.1. El impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores no constituye un delito de apropiación indebida. 1.1.2. Ausencia en el caso concreto de algunos de los requisitos del delito. 1.2. El fundamento de la calificación de apropiación indebida. 1.2.1. Título de posesión. 1.2.2. La recepción del dinero. 1.2.3. Abuso de confianza. 1.3. Propuestas de corrección del T. S.—2. Posición doctrinal. 2.1. Malversación. 2.2. Estafa. 2.3. Apropiación indebida. 2.3.1. Título de posesión del comprador. 2.3.2. El perjuicio. 2.3.3. El ánimo de lucro y la carencia de medios económicos. 2.4. Delito del art. 499 bis.—3. Comentario. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. La calificación de apropiación indebida. 3.3. Los supuestos de dificultades económicas o insolvencia de la empresa. 3.4. Las demás calificaciones: malversación, estafa y 499 bis.

S.T.S. de 3 de enero de 1984

El procesado don José, actuando como director gerente de la entidad X, S. A., sita en el polígono industrial La Estrella de esta ciudad de Málaga, dedujo del salario abonado a los trabajadores al servicio de la empresa, cuyo número oscilaba, según los meses, entre un mínimo de 12 y un máximo de 22, las cuotas correspondientes a la S.S., lo que se hacía constar en las respectivas hojas de salarios y no obstante ello de las cantidades retenidas no fueron

ingresadas en la S.S. en los meses de noviembre y diciembre 1977, por importe de 70.225 ptas.; en mayo de 1978 por importe de 40.382 ptas.; de gastos a diciembre 1978 por importe de 211.665 pesetas; el año entero de 1979, por importe de 554.942 y enero 1980 por importe de 217.062 pesetas, así como de junio a agosto de 1980, cuya cuantía se estima en 135.548 pesetas; de cuyas cantidades dispuso el procesado con la finalidad de contar con medios económicos que facilitaren la gestión de su empresa y con ello su propio beneficio.

Estos hechos fueron considerados por el T. S. como constitutivos de un delito de apropiación indebida:

1.º) «La obligación de retener las cuotas obreras de la S. S., impuesta legalmente al patrono o empresario al hacer pago de los salarios, supone un *mandato o encargo de cobro* que lleva embebido el deber sustancial de ingresar las cantidades deducidas en la Tesorería de dicha entidad.»

2.º) El mandato o encargo de cobro es un título de posesión subsumible en el artículo 535 del C. p.

3.º) Hay un acto de apropiación, pues el empresario dispone de las sumas no ingresadas.

4.º) Existe ánimo de lucro porque «es obvia la ventaja que supuso para la empresa la disposición de sumas para su financiación».

5.º) El perjuicio se produce *siempre* porque «la tesorería de la S.S. no recibe puntualmente unos recursos que son contraprestación de servicios asistenciales prestados».

## CUESTIONES:

Esta sentencia plantea tres problemas fundamentales:

1. La recepción del dinero.
2. El título de posesión del empresario.
3. Como cuestión más general sí debe utilizarse el Derecho penal para estos casos.

### 1. POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO

En los últimos años el T. S. ha calificado normalmente hechos del género de los probados en la sentencia que se comenta como constitutivos de un delito de apropiación indebida.

En general los requisitos que el T. S. exige para este delito son los siguientes:

I. Que el objeto sea dinero, efectos u otra cosa mueble.

II. Que se haya recibido en virtud de uno de los títulos enumerados en el artículo 535 o bien «comodato, arrendamiento de obras o de servicios, o cualesquiera otro que transmita la posesión de aquéllos, mas sin atribuir el dominio o la propiedad sobre las cosas».

III. Que el sujeto trate antijurídicamente de hacerse con la propiedad de la cosa.

IV. Un perjuicio patrimonial.

V. Animo de lucro (1).

Al mismo tiempo se destacan como elementos esenciales del delito de apropiación indebida el *lucro ilícito* y el *abuso de confianza*.

El T. S. acostumbra a calificar como apropiación indebida el impago a la S.S. de las cuotas retenidas a los obreros, pero en alguna ocasión no lo ha hecho así, ni parece ser, según manifiesta alguna vez el propio Tribunal, la solución ideal para estos casos. Todo ello sugiere un análisis mínimamente detallado de la cuestión. De ahí que a continuación se examinen en primer lugar los casos y las razones por las que se estima que no hay apropiación indebida; a continuación el fundamento de la calificación de apropiación indebida y, por último, los matices que propone el propio T. S.

### 1.1. *Absolución por el delito de apropiación indebida.*

El T. S. ha rechazado la calificación de apropiación indebida por razones distintas:

#### 1.1.1. *El impago a la seguridad social de las cuotas retenidas a los trabajadores no constituye un delito de apropiación indebida.*

Esta es la tesis mantenida por la sentencia 26 marzo 1955 (A. 607). Esta resolución, tras llamar la atención sobre la necesidad de no confundir el incumplimiento de obligaciones contractuales, incluso en los supuestos en que ello genere un perjuicio, con delitos de apropiación indebida, rechaza la existencia de este delito por las siguientes razones:

— La naturaleza de la obligación.

— «El tránsito inicial que debieron hacer las cosas del patrimonio de aquel a quien se reputa perjudicado al del que se supone agente del delito.»

— El abuso de confianza, que existe sólo cuando la cosa se entrega al sujeto precisamente por razón de esta confianza.

En este caso el Tribunal considera que se trata de una obligación económico-social y por tanto administrativa, que no existe título que genere la obligación de devolver el dinero, y destaca además que éste en ningún momento ha formado parte de otro patrimonio.

(1) S. 13 diciembre 1976 (R. J. Cr. 1473).

(2) 26 marzo 1955 (A. 607).

### 1.1.2. *Ausencia en el caso concreto de alguno de los requisitos del delito.*

En un segundo supuesto —S. 24 junio 1980 (J. Cr. 809)— el T. S. entiende también que no hay apropiación indebida ante unos hechos que pueden plantearse con frecuencia: El procesado atravesaba por una difícil situación económica y dejó impagadas las cuotas de la S. S.; tenía incluso dificultades para pagar los salarios de los trabajadores.

La resolución tras dejar sentado, según los criterios que se exponen en el apartado siguiente, que el impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores constituye un delito de apropiación indebida, dicta una sentencia absolutoria por las siguientes razones:

— *«La situación angustiosa y caótica de la empresa»*. En los hechos probados se destaca la difícil situación que atravesaba la empresa. A causa de los gastos de personal, el aumento del precio del combustible y otras causas diversas la empresa había sufrido importantes pérdidas.

— *«La ausencia de deducciones o descuentos»*. La difícil situación económica por la que atravesaba la empresa llegó incluso a dificultar el pago de los salarios. El Tribunal toma en consideración «el esfuerzo denodado con el que se logró pagar lo adeudado a los trabajadores». En esta situación no es razonable pensar que pudieran deducirse del salario las cuotas de la S. S.; por tanto ya no hay objeto del delito puesto que no existía dinero del que el empresario pudiera apropiarse, y de ahí parte la tercera razón de la absolución:

— *«el procesado no ha dispuesto de tales sumas»* porque nadie puede apropiarse de lo que no tiene existencia real.

### 1.2. *El fundamento de la calificación de apropiación indebida.*

Como ya se ha señalado, la calificación más frecuente es la de apropiación indebida. A continuación se examinarán las razones de esta calificación.

El punto decisivo es el título de posesión del empresario. Si se entiende que éste posee el dinero retenido a los trabajadores en virtud de un título subsumible en el artículo 535 del C. p. la calificación del hecho como apropiación indebida no parece plantear excesivas dificultades. Pero incluso así cabe señalar otros dos puntos: 1) La no recepción del dinero, y 2) la falta de confianza cuyo abuso es, según el propio Tribunal, esencial a la apropiación indebida.

### 1.2.1. Título de posesión.

De la LGSS y de la OMTr. de 20 noviembre de 1966 se deduce la existencia de un título de posesión apto para dar lugar a un delito de apropiación indebida.

En algunos casos no se explica con claridad este título. Es más, del artículo 68-3.º de la LGSS («El empresario que habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro de plazo la parte de cuota correspondiente a sus trabajadores, incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante las Entidades Gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan») se deduce la existencia de una obligación cuya infracción da lugar a un delito de apropiación indebida (3).

Otras veces se ha considerado que a partir del momento en que el empresario descuenta las cuotas de la seguridad social se convierte por imperativo legal en depositario de las mismas perdiendo la cualidad de dueño (4).

Excepcionalmente el T. S. es más explícito. Por ejemplo en la S. 23 junio 1980 (J. Cr. 808) partió de la ss. de 21 de abril de 1966 y de la OMTr. de 25 de noviembre del mismo año, pero, en lugar de derivar directamente de ellas la existencia del título —y delito— explicó así las razones que le llevaron a esta conclusión: «cuando un patrono o empresario hace efectivos los sueldos o salarios de sus obreros o empleados, y, de ellos, y en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación laboral..., retiene, deduce o descuenta las cantidades correspondientes a las cuotas de los seguros sociales que ulteriormente ha de ingresar en el Instituto Nacional de Previsión, se opere, respecto a dichas sumas, un fenómeno de intervención del título de poseer, en cuya virtud, la posesión emanada del dominio que el empresario tenía primitivamente sobre las referidas cantidades, se trueca en posesión derivada del mandato... o del depósito, títulos que, atribuyendo al mandatario o depositario la simple tenencia pero no la propiedad sobre el dinero cuestionado conllevan y determinan que se haya de entregar necesariamente y sin demora a la entidad mencionada».

En la misma línea la S. 25 marzo 1981 (A. 1.220) consideró que el título de posesión del empresario es el generado por la «*constitutum possessorium*» en virtud del cual el empresario ya no posee a título de dueño, sino en virtud de un título oscilante entre el mandato y el depósito (5).

### 1.2.2. La recepción del dinero.

El artículo 535 del C. p. castiga como reo de apropiación indebida a quien se apropie o distraiga dinero, efectos o cualquier

(3) Véase la S. 17 febrero 1977 (R. J. Cr. 222).

(4) S. 7 mayo 1977 (R. J. Cr. 657).

(5) En la misma línea, aunque rechazando la figura de la «*Constitutum possessorium*», la S. 28 septiembre 1982 (La Ley T. 1982-4 págs. 617 y ss.).

otra cosa mueble que *hubiere recibido* en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos.

En los recursos ante el T. S. por las condenas por apropiación indebida se alega frecuentemente que este delito no puede existir porque el empresario *no ha recibido* el dinero. Por consiguiente faltaría un requisito del tipo del artículo 535.

Mas por el contrario, el T. S. entiende que esta recepción se produce efectivamente desde el momento en que, por ministerio de la ley, se descuentan las cuotas de la S. S. de los salarios de los trabajadores (6).

### 1.2.3. *Abuso de confianza.*

El T. S. suele considerar esencial para el delito de apropiación indebida la existencia de un abuso de confianza.

La relación de confianza sería pues imprescindible para que fuera posible la comisión de este delito. En el marco de la retención de las cuotas obreras de la S. S. es al menos dudoso que exista una relación de este estilo, tanto entre obreros y empresarios como entre empresarios y S. S. (7). Pero el T. S. no parece ser de esta opinión, pues aunque normalmente no dedica demasiada atención a este punto, sigue considerando el abuso de confianza como elemento esencial de la apropiación indebida (8) y entiende que existe en todos los casos: como las cuotas de la S. S. se deducen del salario de los trabajadores y no se ingresan en la Entidad Gestora correspondiente, este organismo deja de percibir las cuotas. Por ello «es claro que hay lucro ilícito y abuso de confianza que son las dos notas esenciales del delito de apropiación indebida (9).

### 1.3. *Propuestas de corrección del T. S.*

El castigo por apropiación indebida no parece satisfactorio y así lo reconoce el T. S. en alguna ocasión. En efecto, la mayor parte de las sentencias califican los hechos de apropiación indebida, pero en alguna ocasión el Tribunal «estima procedente hacer uso de la facultad otorgada en el párrafo segundo del artículo segundo del C. p., acudiendo al Gobierno de la nación en respetuosa propuesta, de que por vía de indulto parcial y personal sean atenuadas preponderantemente las penas impuestas a los dos procesados condenados en esta causa».

(6) Vid. S. 7 mayo 1977 (R. J. Cr. 657). También en la S. 28 septiembre de 1982 (La Ley T. 1982-4, pág. 617) se alega que el empresario no ha recibido el dinero, pero el T. S. no se ocupa de este punto.

(7) La inexistencia de una relación de confianza se pone de manifiesto en la S. 26 marzo 1955 (A. 607).

(8) Cfr. S. 17 febrero 1977 (J. Cr. 222).

(9) S. 7 mayo 1977 (J. Cr. 657).

Las razones que apoyan esta petición de indulto son la relativa cuantía de la cantidad en principio apropiada, el hecho de que después se devolviera y en definitiva el escaso perjuicio que se ocasionó (10).

## 2. POSICION DOCTRINAL

La doctrina penal no se ha ocupado demasiado de la cuestión objeto de este trabajo. En general se entiende, sin demasiada convicción, que se trata de un delito de apropiación indebida, pero ocasionalmente se han planteado otras posibilidades. Aquí se examinarán brevemente las distintas propuestas:

- 1) Malversación.
- 2) Estafa.
- 3) Apropiación indebida.
- 4) Delito del artículo 499 bis, exclusivamente o en concurso con la apropiación indebida.

### 2.1. *Malversación.*

La calificación de malversación requiere considerar que las cuotas descontadas a los obreros son caudales públicos o que en definitiva son subsumibles en alguno de los supuestos del artículo 399.

Ello no es correcto: Si ya resulta discutible considerar que el empresario posee el dinero de las cuotas en virtud de un título subsumible en el artículo 535, aún parece más difícil sostener que el dinero de las cuotas obreras de la S. S. supuestamente descontado del salario en el momento en que éste se ha hecho efectivo se convierten entonces precisamente en caudal público (11) aunque sea por asimilación.

### 2.2. *Estafa.*

Una segunda posibilidad para el castigo del empresario la ofrecen los tipos de estafa. La gran variedad de modalidades y las cláusulas abiertas existentes antes de la reforma de 1983 permitían sin duda la utilización de los tipos de estafa.

Sin embargo, y a pesar de la amplitud de los tipos, no se utilizó la estafa para el castigo de estos hechos.

L. Morillas (12) ha planteado la alternativa estafa —apropiación

(10) S. 17 febrero 1977 (R. J. Cr. 222).

(11) Vid. L. MORILLAS CUEVA, *El problema de la calificación jurídico-penal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social*, en Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos, Escuela Social de Granada, vol. VIII-IX, 1979-80, págs. 168-169.

(12) *El problema...*, cit., págs. 169-170.

indebida y se inclina por la segunda calificación, porque la entrega de la cosa— dinero en el supuesto en estudio es perfectamente regular y porque aquí no hay un engaño previo, que es característica esencial de los delitos de estafa. El engaño, si existe, cumple una función distinta de la de motivar un error que determina la entrega de la cosa, por consiguiente no es posible hablar de un delito de estafa.

En otros casos se entiende que la estafa es una vía de incriminación más insegura a causa de «la exigencia de variados elementos para la tipicidad de la estafa (13).

### 2.3. *Apropiación indebida (14).*

En el planteamiento doctrinal, al igual que en el jurisprudencial, el punto básico para la calificación de apropiación indebida es el título de posesión del empresario. Además se plantean también otras cuestiones: el perjuicio, la existencia de ánimo de lucro y una última cuestión que también ha sido planteada por la jurisprudencia: el supuesto de carencia de medios del empresario.

#### 2.3.1. *Título de posesión del comprador.*

En este punto la doctrina se limita normalmente a considerar los argumentos de la jurisprudencia y afirmar que el empresario posee el dinero retenido en virtud de un título subsumible en el artículo 535 del C. p.

En ocasiones dicho título se califica como *mandato o depósito* considerando que la propiedad del empresario se extingue en el momento de la retención; entonces pierde el dominio y se convierte en un mero poseedor obligado a entregar la cosa (15).

Otras veces se dice simplemente que la cuota descontada es dinero que el empresario ha recibido con obligación de entregar (16). Así, además del título de posesión, se afirma que el empresario *ha recibido* el dinero como exige el artículo 535 del C. p. (17).

(13) M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid (Civitas), 1978, pág. 545.

(14) Vid. M. BAJO, *Derecho Penal Económico*, cit., págs. 545 y ss.; L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 171 y ss.; J. M.<sup>a</sup> STAMPA BRAUN-E. BACIGALUPO, *La reforma del Derecho Penal Económico Español. Informe*, Madrid (Instituto de Estudios económicos), 1980, pág. 14; F. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, C.P.C., núm. 16, 1982, pág. 120. En cambio, J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEvesa, *Derecho Penal Español*, Parte especial, Madrid, 1983, página 386, considera muy discutible esta calificación.

(15) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., pág. 173.

(16) M. BAJO, *Derecho Penal Económico*, cit., pág. 545.

(17) En relación a un tema muy próximo, la retención del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que en relación al título de posesión



### 2.3.2. *El perjuicio.*

Es sabido que para el delito de apropiación indebida se precisa la causación de un perjuicio. En el caso en estudio, por tratarse de una triple relación hay dos sujetos que aparentemente pueden resultar perjudicados: el trabajador y las entidades gestoras de la seguridad social, en definitiva el Estado.

En general se considera que el perjudicado es el ente gestor de la S. S. puesto que en principio los trabajadores siguen recibiendo las prestaciones.

El perjuicio se produce en el momento en que el empresario debía entregar las cuotas a la S. S. y en este mismo momento se consuma el delito. Por eso existe también el delito cuando se consigue el beneficio de pago aplazado (18).

### 2.3.3. *El ánimo de lucro y la carencia de medios económicos.*

En el análisis de la concurrencia de ánimo de lucro se plantean cuestiones distintas que responden a la diversidad de supuestos que se plantean ante los Tribunales. Hay casos en que el empresario usa en propio beneficio el dinero retenido a los trabajadores en concepto de cuota obrera a la S. S.; otros en que el dinero se invierte en la empresa y otros, en fin, en que no se hace ninguna de las dos cosas porque el dinero sólo existe formalmente.

En los dos primeros casos se entiende que existe ánimo de lucro. En cambio, en el último la doctrina niega la existencia de ánimo de lucro, e incluso de un acto de apropiación puesto que no hay objeto del que apropiarse (19).

### 2.4. *Delito del artículo 499 bis.*

La última posibilidad planteada por la doctrina consiste en aplicar el artículo 499 bis del C. p. ya sea exclusivamente, ya sea en concurso con el delito de apropiación indebida (20).

L. Morillas considera que el impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores es subsumible en el artículo 499 bis 1.º del C. p. (21). Al no ingresar en el INSALUD las cuotas desconta-

---

plantea un problema idéntico, se ha considerado también que existe un título subsumible en el artículo 535. Si no se admite que sea en depósito, comisión o administración, se dice que es indiscutible que se trata de un título «comprendido entre los innominados del artículo 535.». P. LÓPEZ VILLEGAS, «Las retenciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas y el delito de apropiación indebida», *Crónica Tributaria*, núm. 35, 1981, págs. 108-109.

(18) Vid. L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 173-174.

(19) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 175 y ss.

(20) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 178-179.

(21) El artículo 499 bis 1.º castiga al «que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborables o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales».

das del salario del trabajador el empresario impone al obrero condiciones de trabajo que perjudican sus derechos y ello lo hace utilizando maquinaciones o procedimientos maliciosos.

La única dificultad para subsumir estos hechos en el artículo 499 bis 1.º parece situarse en el perjuicio a los obreros. En principio el trabajador sigue recibiendo las prestaciones de la S. S., por esto se pone en duda la existencia de perjuicio. Mas aunque no se produzca la pérdida de prestaciones, se piensa que el trabajador puede tener una serie de dificultades integrantes del perjuicio exigido en el artículo 499 bis 1.º del C. p. (22).

La aplicación del artículo 499 bis no excluye el castigo por apropiación indebida, se trata de un concurso de delitos (23).

### 3. COMENTARIO

#### 3.1. *Consideraciones previas.*

a) El análisis de algunas de las sentencias dictadas por el T. S. en relación al impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores muestra una importante diversidad a nivel de hechos: Hay casos, la mayoría, en los que se habla de las dificultades económicas de la empresa, e incluso de la insolvencia de la misma, en cambio, en otros, no se hace ninguna referencia a este hecho y hay que pensar que la empresa es solvente. Por otra parte, el dinero formalmente retenido a los trabajadores se invierte, a veces, en la empresa, en cambio, en otros casos se utiliza en propio beneficio.

Con ello se trata de destacar desde el principio que es difícil dar una solución válida para todos los casos. Probablemente, cuando se dice que el impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores constituye un delito de apropiación indebida, se está pensando en el caso del empresario solvente que descuenta formalmente la cuota del salario de los trabajadores y no paga a la S. S. Pero en las sentencias del T. S. se condena por apropiación indebida en supuestos que no coinciden exactamente con el anterior.

b) Es frecuente que se mezclen acciones penales con acciones de otra naturaleza: solicitud de aplazamiento del pago o embargo de determinados bienes para hacerse pago de las deudas.

(22) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 177 y ss. En el mismo sentido, J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P.E., cit., págs. 326 y ss. Este autor expone que en la discusión del Proyecto se mencionó el impago de las cuotas retenidas a los trabajadores como supuesto subsumible en el artículo 499 bis. Sin embargo, hay que tener en cuenta que originariamente era el artículo 532 bis situado entre los delitos contra la propiedad.

(23) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., pp. 179-180. La razón que justifica el concurso se sitúa en el bien jurídico protegido en cada caso. El art. 535 protege intereses patrimoniales, en cambio el art. 499 bis tutela los derechos de los trabajadores. También RODRÍGUEZ DEVESA considera que se trata de un concurso de delitos —*Derecho Penal Español*, p. 334— a pesar de que considera «muy discutible» que el hecho constituya un delito de apropiación indebida —p. 386—.

c) El hecho de que exista una disposición legal estableciendo que en caso de impago se incurrirá en responsabilidad penal no significa que ésta sea automática, y mucho menos, por supuesto, cuando la disposición no tiene rango de ley. La responsabilidad penal, la imposición de una pena, requiere una serie de requisitos sin cuya concurrencia no es posible la imposición de pena alguna, por mucho que una ley o reglamento establezca que un determinado hecho da lugar a responsabilidad penal.

d) Por último, hay que poner de relieve que en muchos casos se produce un olvido de la parte subjetiva. Se habla a veces de ánimo de lucro, que el T. S. exige como elemento subjetivo del injusto en el delito de apropiación indebida, pero pocas veces se analiza la existencia de dolo. El dolo parece deducirse de la concurrencia de los elementos de la parte objetiva del tipo.

### 3.2. *La calificación de apropiación indebida.*

De las tres cuestiones planteadas al principio aquí se van a tratar las dos primeras: el título de posesión del empresario y la recepción del dinero. En el análisis de la concurrencia de estos elementos del delito se parte del supuesto del empresario solvente que no ingresa en la seguridad social las cuotas descontadas del salario de los trabajadores.

Como es sabido, para que exista el delito de apropiación indebida es necesario que se *haya recibido* el dinero en *depósito, comisión, administración o en virtud de otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo*. Las distintas calificaciones que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se han hecho de este título muestran la dificultad, o al menos la falta de claridad del tema.

La situación es la siguiente: El empresario en el momento en que paga el salario a los trabajadores está obligado a descontar del mismo el importe de la cuota del trabajador a la S. S. (artículo 68 1 y 2 de la LGSS), importe que debe ingresar en la entidad gestora correspondiente (art. 17 LGSS).

Normalmente, cuando el empresario paga el salario, sólo realiza este descuento formalmente, es decir, no separa de su patrimonio una parte de dinero destinada a la S. S. en concepto de cuotas de los trabajadores. En los casos de cumplimiento normal de las obligaciones con la S. S. el empresario hace efectivas las cuotas en los plazos exigidos por la ley sin establecer, en el período anterior al pago de una partida de dinero separada por el importe de las cuotas de los trabajadores.

Los problemas surgen cuando llegado el momento no se paga a la S. S. A partir de entonces se habla de incumplimiento de una obligación que puede generar incluso responsabilidad penal.

La responsabilidad podría existir si se demostrara que el empresario ha recibido el dinero y lo posee en virtud de un título

subsumible en el artículo 535 del C. p. Ello parece bastante difícil. Supone considerar que en un momento determinado, cuando se paga el salario, se produce un cambio de título de posesión en relación a un dinero que quizá en aquel momento ni siquiera existe en poder del empresario. Quien hasta entonces era dueño se convierte en un simple poseedor obligado a entregar el dinero bajo amenaza de una sanción penal.

Parece más correcto pensar que lo que nace en el momento de la retención es una obligación de pago que no difiere de las demás deudas más que en las excepcionales garantías establecidas para su cumplimiento: Recargos para los ingresos fuera de plazo y recaudación en vía ejecutiva (art. 18 LGSS).

La propia ley configura la cotización como una obligación pecuniaria, una deuda de dinero («obligación de cotizar», art. 67 LGSS). A ella están sujetos, por sus respectivas aportaciones empresarios y trabajadores.

Mas el sujeto primariamente «responsable» según la propia ley es el empresario y no el trabajador (art. 68). Es aquél a quien corresponde efectuar el descuento de la aportación de los trabajadores «en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones» (art. 68, 2) so pena de quedar «obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo». Y es el empresario quien ha de realizar el pago o ingreso (art. 68 en relación con los arts. 16 a 19).

Es precisamente la falta de este ingreso, el impago habiendo mediado el descuento, lo que determina que el empresario incurra en responsabilidad frente a los trabajadores y Entidades Gestoras afectadas «sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan» (art. 68, 3).

Parece que la realización del descuento comporta una agravación de la responsabilidad del empresario en caso de impago. La razón que podría justificar esta agravación y al mismo tiempo servir de base a la responsabilidad penal a título de apropiación indebida sería un cambio de propietario. Es decir, que a partir del momento del descuento el dinero pasará a ser propiedad de los trabajadores o de las entidades gestoras. Sin embargo, ello no parece ser así.

El dinero descontado *no es propiedad de los trabajadores*. Esto sería una ficción. En realidad los trabajadores no han llegado jamás a adquirir disponibilidad alguna de su cuota. Y *tampoco es propiedad de las entidades gestoras*. Aparte de que la titularidad del dinero no se adquiriría sino con su entrega, la ley se cuida de aclarar que la posición jurídica del Ente es la de un acreedor (art. 67 y ss. en relación con 16 y ss.) que puede acudir a un régimen privilegiado de ejecución forzosa pero no a nada similar a una acción real.

El empresario no pierde la propiedad del dinero, aunque tenga obligación de entregarlo a la entidad gestora de la S. S., y por consiguiente no puede cometer un delito de apropiación indebida.

Antes se ha visto (24) que las calificaciones doctrinales del título de posesión eran bastante vagas: «título que oscila entre el mandato y el depósito», «obligación de entregar»..., etc. Ello es explicable si se parte de la base de que el empresario pierde la propiedad, entonces ciertamente resulta difícil calificar el título de posesión. En cambio, si se piensa que lo que se produce en el momento del descuento es el nacimiento de una obligación impuesta directamente por la ley, la cuestión es mucho más sencilla.

Por otra parte, también resulta problemático afirmar que el empresario ha recibido el dinero (25) porque en realidad el dinero no le ha sido entregado. Podría pensarse que la entrega material se sustituye por una ficción por razones prácticas, puesto que sería absurdo que se pagara el salario íntegro al trabajador e inmediatamente éste devolviera una parte al empresario en concepto de cuota obrera a la S. S. Pero este sistema, indudablemente menos práctico, al menos garantizaría la existencia del dinero en el momento del pago del salario.

Las dificultades que plantea la recepción explican que la jurisprudencia haya recurrido en ocasiones a una figura en la que no es necesaria la entrega para la transmisión de la propiedad: la «*constitutum possessorium*».

En nuestro sistema jurídico los contratos no transmiten en principio la propiedad o derecho real de que se trate, sino que para ello es precisa además la tradición o entrega —la transmisión de la posesión— del objeto de aquella titularidad (26).

Mas no siempre es necesaria una entrega material. En ciertos casos esa exigencia viene dulcificada por una serie de expedientes que reducen el requisito de la entrega a una mera formalidad o que, incluso, prescinden de él (27).

Uno de esos expedientes es la figura conocida como *constitutum possessorium*. La figura fue pensada para el caso de que las partes acordaran simultáneamente la enajenación de la titularidad —por ejemplo la propiedad— de la cosa y la permanencia del enajenante en la posesión de la misma en concepto de otra titularidad distinta —por ejemplo el arrendamiento— que entonces se creaba: *Cuando quien vende permanece en la posesión como arrendatario no hace falta la entrega material de la cosa para transmitir su propiedad* (28). La doctrina mayoritaria tiende a considerar al adquirente propietario y poseedor mediato mientras que el enajenante pierde la propiedad y deviene arrendatario y poseedor inmediato de la cosa enajenada.

(24) Vid. supra 2.3.1.

(25) J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., cit., p. 386, considera muy discutible la calificación de apropiación indebida porque «no se han recibido las cantidades».

(26) Cfr. principalmente arts. 609 y 1095 C. c.

(27) Cfr., por ej., arts. 1.462 a 1.464 C. c.; art. 277 Comp. cat.; Ley 568 de la Comp. Navarra; art. 339 C. com.

(28) Claramente art. 277-1 Comp. cat.

Considerar que el trabajador a adquirido a efectos jurídicos plenos la titularidad y posesión del dinero retenido constituye una ficción. Ello lo demuestra el hecho de que en la práctica no ha podido disponer del mismo en ningún momento del proceso. El trabajador no adquiere la propiedad del dinero retenido, por consiguiente no parece procedente hablar de *constitutum possessorium* (29).

En resumen:

a) El empresario no recibe el dinero. Por ley se le impone la obligación de retener un porcentaje del salario del trabajador, pero no parece posible sostener que desde el momento de la retención el dinero pasa a ser propiedad del trabajador, ni tampoco del Estado, éste sólo adquiere la propiedad en el momento del pago.

b) El empresario posee el dinero a título de dueño. A partir del momento de la retención nace una obligación de pago cuyo incumplimiento quizá sea merecedor de una sanción penal, pero no por apropiación indebida.

### 3.3. *Los supuestos de dificultades económicas o insolvencia de la empresa.*

Sólo tiene sentido plantear esta cuestión si se parte de que el impago a la S. S. de la cuota retenida a los trabajadores constituye un delito de apropiación indebida. Aunque ello no parece posible, creo oportuno hacer una breve referencia a este supuesto porque la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que se trata de un delito de apropiación indebida.

Para que el empresario que no paga a la S. S. las cuotas de los trabajadores cometa un delito de apropiación indebida, será indispensable que tenga la posibilidad de realizar el pago. En estos casos se pone claramente de relieve el carácter ficticio de la retención. A veces el empresario consigue pagar los salarios pero le es totalmente imposible separar y pagar la cuota obrera de la S. S. Entonces es indudable que no hay apropiación indebida porque no hay nada de que apropiarse. Así lo ha reconocido el T. S. (30) y lo sostiene la doctrina unánimemente.

### 3.4. *Las demás calificaciones: malversación, estafa y 499 bis.*

En relación al delito de malversación comparto la opinión antes expuesta (31) de que el dinero retenido no puede calificarse como caudal público ni siquiera por asimilación.

(29) La sentencia 28 septiembre 1982 (*La Ley*, T. 1982-4, pp. 617) no acepta que se trate de la figura del *constitutum possessorium*.

(30) S. 24 junio 1980 (J. Cr. 809).

(31) Vid. supra I. I. 2.

Por lo que se refiere a la estafa, en principio, en el caso normal —retención e impago— no concurren los elementos de este delito.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el artículo 499 bis 1.º la cuestión es más compleja. Se trata de considerar que el empresario que no abona al Insalud las cuotas de la S. S. retenidas a los trabajadores les impone maliciosamente condiciones de seguridad social que perjudican sus derechos. Es difícil pensar que ello sucede en todos los casos de impago de las cuotas retenidas, pero sí puede suceder en algunos.

En general, en los supuestos en que el empresario no abona al Insalud la cuota obrera, no abona tampoco la cuota empresarial y ello puede sin duda, causar perjuicios a los trabajadores. Aunque la S. S. siga otorgando las prestaciones al trabajador, éste puede tener algunas dificultades para obtenerlas, y ello parece suficiente para afirmar que se ha perjudicado al trabajador, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de un delito contra la seguridad.

Pero el artículo 499 bis exige algo más que unas condiciones laborales que perjudiquen los derechos de los trabajadores. Exige que tales condiciones se impongan usando maquinaciones o procedimientos maliciosos. Por ello no se puede decir sin más que el empresario que no paga a la S. S. la cuota obrera retenida al trabajador incurre en el 499 bis. Es posible que la conducta del empresario de lugar a este delito, pero sólo cuando las condiciones perjudiciales se hayan impuesto mediante procedimientos o maquinaciones maliciosos.

#### 4. CONCLUSION

En los libros de parte General del Derecho Penal se acostumbra a afirmar que el Derecho penal es la *última ratio*. Ello significa que sólo debe acudir al Derecho penal cuando los demás medios al alcance del Estado son ineficaces o insuficientes. También se afirma que el Derecho penal tiene carácter fragmentario, es decir, que no protege de un modo absoluto todos los bienes jurídicos. Esto último tiene como consecuencia que la afirmación de que un determinado comportamiento no constituye delito, no implique, o al menos no deba implicar, una valoración positiva del mismo. Puede tratarse de una lesión de un bien jurídico para la cual no está prevista una sanción penal.

Sin embargo, a veces parecen olvidarse estos principios. Ello sucede tanto a nivel de legislación como de aplicación práctica del Derecho penal. En efecto, en los últimos años se observa un constante recurso al Derecho penal y parece olvidarse que no basta la inclusión de una disposición en el Código penal, o una interpretación que permita subsumir conductas distintas a las tradicionales en un determinado artículo, para resolver un problema deter-

minado. La prevención de comportamientos que se consideran indeseables no pasa siempre y necesariamente por el establecimiento de una sanción penal.

En relación al supuesto de la sentencia comentada hay que plantear en primer lugar si es necesario el recurso al Derecho penal para conseguir que los empresarios paguen a la S. S. la cuota descontada del salario de los trabajadores. De ser afirmativa la respuesta, habrá que preguntar cómo: Mediante la incriminación por la vía de la apropiación indebida como se hace en la actualidad, o a través de la incriminación expresa.

Doctrina y jurisprudencia dan una respuesta afirmativa a la primera cuestión. Se considera adecuado castigar los hechos en estudio como un delito de apropiación indebida, a veces incluso en curso con un delito del artículo 499 bis. Ello implica reconocer que los recursos arbitrados por la LGSS son insuficientes. Pero habría que añadir una reflexión a esta contestación. No parece que la utilización del Derecho penal haya evitado ni disminuido el fraude a la S. S., es decir que no ha cumplido el efecto de prevención que se le asigna.

En relación a la segunda posibilidad el Proyecto de C. p. de 1980 incluye un tipo que incrimina específicamente esta conducta, tendencia que ha sido considerada críticamente por algún sector doctrinal (32). En cambio en la PANCP no se tipifica expresamente este comportamiento (33).

Pero, si realmente se considera necesario el recurso al Derecho penal, y dado lo dudoso y discutible de la incriminación como delito de apropiación indebida, creo que es indispensable la incriminación expresa.

---

(32) F. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos...*, cit., p. 120.

(33) Cfr. L. MORRILLAS, *Los delitos laborales*, en *Documentación jurídica*, enero-diciembre 1983, núms. 37-40, vol. 2 págs. 482 y ss.



# Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Universidad Complutense. Madrid

**Artículo 1. Un hombre ciego causa lesiones a persona distinta a la que quería agredir. El error en la persona no elimina el dolo de lesionar.**

«Que en efecto, según la nueva redacción del artículo 1.º del Código Penal tras la reforma de 25 de junio de 1983 sólo son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley, por tanto, en el caso de autos el dolo ha de ser patente y manifiesto. Para que este dolo se manifieste es preciso **en primer lugar la voluntariedad de la acción**, equivalente a la **presencia de malicia** que abarque intelectualmente **el conocimiento del hecho** y en segundo lugar **su significación jurídica**, esto es, en definitiva, **conciencia de la ilicitud y querer el resultado**, representado con anticipación, conocimiento y voluntad, gráficamente descrito en la Sentencia de 24 de febrero de 1962 como dañada voluntad de hacer lo que la Ley prohíbe o manda bajo sanción penal maliciosa y consciente de producir un resultado dañoso o punible (...) Que esto sentado es evidente que en el acto de agresión del recurrente, contra otra persona, con intimidación de dañarle es claro que hay intención de herir, maltratar, «animus laedendi», que no se elimina porque el golpe recaiga en persona distinta de la que se desea agredir, porque el agente se representa el mal de una persona, sabe que el hecho es antijurídico y punible, lo quiere y lo efectúa. El que el mal recaiga en persona distinta de la propuesta no afecta al dolo, es, como dice la sentencia de instancia un caso de error en el golpe, querido, deseado y buscado; es el caso clásico de error en la persona tan ilícito, antijurídico y doloso, como cuando se acierta en ella el golpe, razones que llevan a la desestimación del primer motivo del recurso.» (S. T. S. de 20 de abril de 1985.)

**Artículo 2, párrafo 2.º El tribunal acuerda elevar exposición al Gobierno con propuesta de indulto. Pena excesivamente grave.**

«Que no obstante lo expuesto, y habida cuenta la parva cantidad que rebasa lo sustraído del límite legal que separa en el robo con fuerza las penas de arresto mayor y prisión menor, y en línea con el propósito, o deseo ex-

plicito del Legislador de dar a las cuantías una trascendencia relativa asimismo, en consideración al tiempo transcurrido desde el hecho —6 de diciembre de 1975—, y la carencia de antecedentes penales de la acusada, la Sala estima, notablemente excesiva la pena impuesta, y acuerda elevar exposición al Gobierno, de acuerdo con el artículo 2.º del Código Penal y artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, con propuesta de indulto, en los términos que ella expresará.» (S. T. S. de 29 de abril de 1985.)

#### Artículo 6 bis b). Caso fortuito. Presupuestos.

«El caso fortuito, actuando como auténtico límite de la culpabilidad o como típica causa de inculpabilidad, no resulta concebible allí donde se detecten factores residuales de culpa, tanto en su vertiente psicológica, comprobación de imprevisiones desencadenantes del hecho, como normativa, falta de atemperación de la conducta al deber de cuidado; produciéndose el suceso dañoso de modo casual, inesperado, por concurso de circunstancias imprevisibles, lo que caracteriza al *casus* tanto por una nota de signo objetivo, producción del hecho por *mero accidente* en el proceso causal, como por otra de naturaleza subjetiva, ausencia de dolo y culpa, impeditiva de cualquier fundado reproche a su autor, es decir, cual ha señalado esta Sala, que no basta que la imprevisibilidad hubiera sido subjetiva, esto es, que el evento no hubiera sido previsto por el agente, sino igualmente objetiva, es decir, que tampoco hubiera podido ser racionalmente tenido en cuenta por otra persona con capacidad psíquica normal (Sentencia de 26 de diciembre de 1981); y ello en razón a que en el caso fortuito a la acción del sujeto se suman otros factores causales de más definido rango, esencialmente determinantes del evento final, lesión del bien jurídico, producción del hecho, de carácter accidental, en que, no desconociéndose la presencia de un nexo causal material con la acción del sujeto, la misma resulta infravalorada dado que *normalmente* no ofrece la adecuada idoneidad generadora del resultado ocasionalmente producido, nexo aquél que —como señalan las sentencias de 4 de mayo de 1970 y 7 de noviembre de 1973— resulta ajeno a la vinculación moral del obrar humano: latiendo en la redacción del artículo 6 bis, b), del Código, al conjuntar los términos «causare» y «mero accidente», el acogimiento en el terreno causal de la teoría de la condición, con el correctivo de la más moderna de la imputación objetiva, al ligar la lesión causada con el actuar humano siempre que éste haya sido propiamente originador del peligro que el orden jurídico desapruueba y, en definitiva, por sí mismo o por su resultancia, sanciona de modo adecuado; teoría de la imputación objetiva que esta Sala acogió en sus sentencias de 20 de mayo de 1981 y 5 de abril de 1983, desvinculando el resultado de la conducta del agente siempre que, patentes la previsión y el cuidado debidos, aquél surja por circunstancias extrañas, inopinadas, que escapen al control humano; supuesto éste que no es el que nos ocupa, sentada en los considerandos precedentes la actuación culposa, imprudente, del procesado, que burdamente, advertido de las condiciones de embriaguez en que se hallaba S. M., le empujó con el propósito de apartarle, ocasionando su caída y lesiones subsiguientes, todas ellas

concatenadas y ligadas, en conexión material y moral, con el torpe empujón realizado y privadas, por ello, de todo carácter accidental; mereciendo, pues, este segundo motivo igual suerte desestimatoria.» (S. T. S. de 25 de abril de 1985.)

**Artículo 9, 9.º. Arrepentimiento espontáneo. Es preciso el arrepentimiento interior.**

«Que para que pueda tener eficacia real en la esfera del derecho punitivo la circunstancia atenuante 9.º del artículo 9.º del Código penal es condición ineludible que la presentación del culpable a las autoridades para confesar su infracción se realice antes de conocer la apertura del procedimiento judicial y a impulsos de arrepentimiento espontáneo, y si bien es cierto, como los hechos probados, que el delincuente se presentó a la Guardia Civil inmediatamente después de cometer su delito, es decir, antes de que se hubieran instruido las diligencias oportunas para su averiguación, no menos lo es, como los propios juzgadores de instancia destacan en el tercero de los fundamentos de derecho de su resolución, que tal presentación no obedeció a su pesar por el acto criminal realizado y su resultado, sino a que estimó que lo más conveniente era entregarse por temor a la reacción de sus convecinos, y ante ello es claro que falta en este caso el principal elemento del arrepentimiento espontáneo que es el que da vida y razón de ser a esta causa de atenuación, por lo que es visto que al no haber apreciado la Audiencia bilbaína la circunstancia predicha, lejos de incidir en el error de derecho que se la imputa, interpretó con acierto el precepto legal que la contiene, lo que obliga a la desestimación de este recurso.» (S. T. S. de 18 de abril de 1985.)

**Artículo 12, 1.º Autoría conforme al artículo 12, 1.º y participación del artículo 14, 1.º, equiparada a la autoría.**

«Que es nota característica de la autoría, además del acuerdo o concierto de lictivo que patentiza o evidencia el «animus auctoris» y hecha salvedad de los supuestos de inducción, la realización de todos los actos ejecutivos del tipo penal —autoría del artículo 12.1.º del Código Penal— o la participación en dichos actos —autoría del artículo 14.1.º— y esta parificación de autoría con «todos» o «parte» de los actos «ejecutivos» del tipo es útil para una primera aproximación al problema de distinguir la autoría de la complicidad por cuanto esta figura participativa se refiere a la «cooperación anterior o simultánea a la ejecución» que contribuye a facilitarla, removiendo obstáculos, aumentando la facilidad o añadiendo nuevas garantías de éxito o de impunidad; sin embargo, al existir un supuesto legal de participación con rango de autoría —prevista en el número 3.º del artículo 14— que supone también cooperación mediante actos no ejecutivos es imprescindible adoptar un criterio diferencial de la complicidad y de la autoría por cooperación, que se polariza en torno a la calificación de «necesaria» expresada en el artículo 14,3.º del Código, necesidad que es, para unos, equivalente a influen-

cia causal en el resultado, de dominio del acto —para otros— o facultad de dejar correr o detener la acción emprendida por los autores directos, y también la participación en el delito mediante un comportamiento o aportación de actividades escasas paralelamente, la complicidad vendría a ser una cooperación eficaz pero no necesaria, es decir no causal respecto del resultado, sin influencia en la iniciación, curso y dominio final del acto, o expresiva de una prestación que no exigiría la remoción de obstáculos serios.» (S. T. S. de 31 de mayo de 1985.)

**Artículo 91. El arresto sustitutorio, impuesto en caso de impago de la pena de multa, no tiene el carácter de pena propiamente dicha.**

«Que el arresto sustitutorio establecido en lugar de la multa y para el caso de que el condenado no la satisficiera y resultara insolvente deberá imponerse de oficio, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 91 del Código Penal, quedando al arbitrio y discreción de la Sala su duración, sin otras limitaciones que las de que no podrá exceder de seis meses, cuando se hubiere procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiere sido por falta, por lo que el Tribunal debe proceder a determinar su aplicación preventivamente en la sentencia, aunque ninguna de las partes hubiera solicitado en sus escritos de conclusiones, sin necesidad de plantear la tesis establecida en el artículo 733 de la citada Ley de Trámites como equivocadamente se sostiene en el recurso, puesto que además de no existir error alguno en la calificación del delito al que se circunscribe únicamente dicha facultad no tiene el carácter de pena propiamente dicha, por lo que no aparece mencionada en la escala general de las mismas, sino simplemente como una medida coercitiva para que la expresada sanción no quede sin cumplimiento en los supuestos de insolvencia real o simulada, por lo que este motivo tampoco puede prosperar.» (S. T. S. de 25 de mayo de 1985.)

**Artículo 204 bis). Delito de torturas. Es un tipo cualificado del correspondiente delito contra las personas o contra la libertad y seguridad.**

«Que el artículo 204 bis del Código Penal, introducido en el mismo por Ley de 17 de julio de 1978, y que castiga en su párrafo primero a la autoridad o funcionario público que, en el curso de una investigación policial o judicial, y con el fin de conseguir una declaración o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del título VIII y capítulo VI del título XII de este Código, no constituye más que un tipo cualificado y agravado del delito, en este caso, de lesiones producidas en el curso de una investigación policial por el funcionario, agente de la autoridad, que las realizaba, con lo que concurren todas las circunstancias objetivas y subjetivas del tipo especial agravatorio sancionado en dicho precepto, por lo que procede desestimar el motivo del recurso.» (S. T. S. de 10 de mayo de 1985.)

**Artículo 344.** La finalidad de traficar no implica el ánimo de lucro. También se castigan las conductas de mera donación gratuita en cuanto impliquen una facilitación, promoción o favorecimiento del consumo.

«Que conforme con tal criterio se han querido castigar, por el legislador, las conductas que, en este ámbito, supongan, esencialmente, cultivo, fabricación o tráfico de las drogas que enumera, o que supongan posesión para el tráfico, como sinónimo de comercio, negocio y transacción en las que no tiene porqué ser elemento predeterminante el ánimo de lucro, ya que el tráfico, en sus distintas acepciones, lo mismo se manifiesta cualquiera que sea la finalidad perseguida, material o moral, económica o puramente altruista y benefactora, incluida por tanto la simple donación (Sentencia de 21 de marzo de 1985), a pesar de que el texto penal suprimiera la referencia concreta a la donación por preferencia a una más amplia y no casuística consideración de la actividad del agente, siempre y en todo caso, porque esto es lo verdaderamente característico, que preordenadamente se pretenda facilitar, promover o favorecer el consumo de los tóxicos, en tendencia finalística que acoge en su seno una gama innumerable de posibilidades.» (S. T. S. de 12 de junio de 1985.)

**Artículo 344.** La notoria importancia de la cantidad de droga está en función no sólo de los gramos sino también de su capacidad tóxica.

«Que el párrafo 2.º del artículo 344 del Código Penal establece como agravante específica de ese delito contra la salud pública, castigándolo con las penas superiores en grado, cuando la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas poseídas para traficar fuere de notoria importancia, y la cantidad de heroína poseída por el recurrente —sustancia que causa grave daño a la salud, como tiene declarado esta Sala en múltiples resoluciones, entre otras, las de 29 de octubre y 15 de diciembre de 1983 y 23 y 24 de febrero de 1984—, de 290 gramos, es por la peligrosidad de esta droga de notoria importancia, sin que pueda compararse —pues no pueden compararse sustancias heterogéneas—, esa cantidad —como hace el recurrente— con la posesión y tráfico de cantidad igual, o ligeramente superior, de hachís, tenida en cuenta por esta Sala a los efectos de la agravación de la pena, pues la notoria importancia hay que medirla por la capacidad tóxica de la droga, toxicidad que la heroína posee en sumo grado, por lo que procede desestimar el motivo único del recurso en el que al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denunciaba la indebida aplicación del párrafo segundo del artículo 344 del Código penal.» (S. T. S. de 17 de marzo de 1985.)

**Artículo 348.** Venta de una sustancia que se hace pasar por heroína con resultado de muerte.

«Que, en el caso analizado, y como certeramente razona el Tribunal «a quo», el acusado no procedió, únicamente, de modo negligente y culposo,

sino, por el contrario, invadiendo el campo de la culpa consciente y hasta rebasando los linderos del dolo eventual, toda vez que, dicho procesado, dedicado a la venta de pequeñas dosis de estupefacientes y, «a veces», de metadona adulterada que hacía pasar por heroína, a las 4,30 horas del domingo 15 de mayo de 1983, se reunió con un amigo, poniéndose ambos «un pico» de metadona en malas condiciones, experimentando inmediatamente, uno y otro, síntomas anormales, hasta el punto de que, hora y media después, el amigo citado, fue hallado «tirado en el suelo y sin sentido», siendo trasladado, por un hermano, al Hospital Clínico e ingresado en la U.V.I., en estado cianótico y con insuficiencia respiratoria aguda, «logrando salvar la vida gracias a la rápida y eficaz intervención médica», pero, perfectamente percatado, de lo sucedido, el acusado, el cual incluso dio explicaciones sobre lo ocurrido al citado amigo a las 13 horas del día 16 de mayo de 1983, parte de la citada droga que, para su venta, había preparado en «papelinas», la cedió por precio de seis mil pesetas, a dos drogadictos —uno de los cuales era el más tarde fallecido—, cuya venta la hace el procesado «con plena certeza y seguridad del mal estado de la droga y que el consumo de la misma, a él, le había sentado fatal y, a su amigo, casi le cuesta la vida, pese a lo cual como no quería renunciar al lucro que le suponía la operación, no tiene inconveniente en pasar la referida sustancia, de efectos tan nefastos y conocidos por él, a los drogadictos», los cuales, seguidamente, y a la par, se inyectaron una pequeñísima dosis pensando que era heroína. Coligiéndose de éstos y otros pasajes de la sentencia recurrida que, el acusado, no sólo no previó lo que era fácilmente previsible, prevenible y evitable —esencia de la culpa—, sino que se representó el letal resultado que más tarde sobrevino, no ya como posible, sino como **probable, admitió y toleró** lo que en realidad no quería que sucediese, y, finalmente, con una absoluta falta de escrúpulos, aunque creyó que, el resultado mortal, no se produciría, le fue, en definitiva, **indiferente** que se produjera o no el desenlace previsto, acreditando con ello una reprochable insensibilidad y la más absoluta carencia de sentimientos. Con lo que, presentes y comprobados no sólo los requisitos estructurales de la culpa, sino incluso los del «*dolus eventualis*», figura jurídica, cuya concurrencia, es patente se siga la teoría que se siga —la de la **representación** o de la probabilidad del resultado, la de la **voluntad** o de la aceptación de dicho resultado, y finalmente, la denominada del **sentimiento o de la indiferencia**—, es procedente la desestimación del segundo motivo del recurso amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del párrafo segundo del artículo 1.º del Código Penal» (S. T. S. de 4 de marzo de 1985.)

**Artículo 364. Infidelidad en la custodia de documentos: las personas contratadas —funcionarios de hecho— para repartir propaganda electoral que man o destruyen gran cantidad de sobres conteniendo dicha propaganda.**

«Que, como se desprende de cuanto acaba de consignarse, los procesados, como particulares encargados accidentalmente del reparto de propaganda electoral por comisión de la Jefatura Provincial de Telecomunicación, ostentan

a efectos penales la condición de funcionarios de hecho y su conducta en orden a las tipologías sancionadas en los artículos 364, 365 y 366 del Código Penal son sancionadas conforme a ellos, según dispone el párrafo segundo del artículo últimamente citado, por lo que habiendo procedido a quemar o destruir gran cantidad de los sobres entregados para su reparto, además de dejar de cumplir los deberes inherentes al cometido que les había sido asignado por la citada Jefatura Provincial de Telecomunicación, ocasionaron perjuicio a la causa pública al impedir llegara a sus destinatarios la propaganda electoral, con lo que concurren en el caso enjuiciado todos los requisitos objetivos y subjetivos del delito de infidelidad en la custodia de documentos sancionado en el artículo 364 del Código Penal, por lo que procede desestimar los dos motivos del recurso que por su estrecha relación han sido conjuntamente tratados.» (S. T. S. de 27 de febrero de 1985.)

**Artículo 387. El cohecho pasivo no desaparece aunque la persona a quien se solicite la dádiva se ponga en contacto con la policía y ésta marque los billetes.**

«Que a la luz de la anterior doctrina, el primer motivo del recurso, que sostiene la infracción del artículo 387 del Código Penal, ha de decaer, en cuanto que el delito no es esencialmente bipolar como se sostiene, bastando la solicitud de la dádiva, con conciencia de su ilicitud, ni se rompe la estructura del delito si la persona de quien se solicita, finge aceptar las pretensiones corruptoras del funcionario desleal y mediante su denuncia previa a la Policía, y reseña de los billetes en la cuantía solicitada, acredita suficientemente cuán lejos de su intención estaba el corromper al funcionario de quien parte la propuesta deshonrosa y que está execrando la misma con una conducta limpia y ajustada a derecho.» (S. T. S. de abril de 1985.)

**Artículo 405. La muerte alevosa del cónyuge fundamenta un parricidio con la agravante de alevosía. Los hechos se produjeron antes de la entrada en vigor de la Reforma del Código penal en 1983.**

«Que a la vista de cuanto se expone, procede desestimar el segundo motivo relatado porque el procesado, tal se deriva de los hechos, se acercó **por detrás** a la víctima, su esposa, **sujetándola por el hombro**, y tras intercambiar con ella unas frases, le asestó de forma inesperada una certera puñalada con una navaja **que había comprado esa misma tarde**, con todo lo cual, claro se está, se configura la más perfecta de las alevosías, pero en conjunción con las dos maneras principales de manifestarse, acabadas de explicar, y en conjunción también con los dos criterios reseñados para determinar su naturaleza jurídica, y así se ideó mentalmente el ataque, subjetivamente, a la vez que, objetivamente, se utilizó un medio idóneo para asegurar la ejecución, en ambos sentidos, conformando o componiendo, realmente, el ataque preparado como proditorio (la navaja comprada y el acechamiento por el paseo

o calle Triana por la que la víctima deambula) junto a la súbita e inesperada agresión igualmente propiciada sin posibilidad alguna de autodefensa.» (S. T. S. de 25 de abril de 1985. Véase también la S. T. S. de 9 de mayo de 1985.)

**Artículo 411. No es posible apreciar el delito calificado por el resultado tras la reforma del Código penal de 1983. Si a consecuencia de un aborto doloso tiene lugar la muerte culposa de la mujer, existe concurso ideal de delitos: aborto doloso en concurso con homicidio culposo.**

«Que el **segundo motivo** de la procesada, ya por fondo, plantea por primera vez a esta Sala, la interpretación que deba darse al último párrafo del artículo 411 del Código Penal al punir el aborto con resultado de muerte con pena igual a la del homicidio doloso, en relación con el actual artículo 1.º, párrafo 2.º del mismo Código reformado por la Ley 8/83, de 25 de junio, al exigir que sólo se responderá del resultado más grave si éste se hubiere causado, al menos, por culpa; exigencia ésta última que choca frontalmente con el matiz marcadamente objetivo del primero de dichos preceptos que como subrayó gran parte de la doctrina y así lo estimó esta Sala, describe un delito calificado por el resultado hasta ser tachado de «teratológica creación legal», por más que los reformadores de 1944 como antes la Ley de 1941, que lo introdujo, entendieran que en él se albergaba una hipótesis de **dolus eventualis** (...). Que en el trance de armonizar ambas prescripciones legales, esta Sala entiende que sólo podrá aplicarse la penalidad del artículo 411, párrafo último, homologada, repetimos, con la del homicidio, cuando, realmente, se de el dolo eventual, lo que acontecerá rara vez, de modo que el precepto excluirá, de un lado, el dolo directo (lo que integraría un asesinato) y de otro, la culpa consciente (la más concebible) o la inconsciente si se da la imprevisión característica de la misma; planteamiento inicial que lleva como cuestión subordinada el tratamiento penológico de ambas conductas: la inicial dolosa de aborto y la subsiguiente de homicidio culposo, en cuyo trance entendemos que debe estimarse, la existencia de un concurso ideal de delitos y esto por las razones siguientes: 1.º) Por la propia expansión lógica del artículo 1.º, párrafo segundo del vigente Código Penal, que trata de realizar en toda su pureza el principio de culpabilidad extendiéndolo «a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal», tal como resalta la propia Exposición de motivos de la reforma de 1983, de suerte que tanto si el legislador lo ha dispuesto expresamente (tal como sucede en el delito de robo con homicidio, en el que el actual artículo 501, 1.º y 4.º, distingue a efectos del castigo entre el resultante homicidio doloso y el culposo: reclusión mayor para el primero, prisión mayor para el segundo) como si no lo ha dispuesto, de tal manera expresa, en los supuestos de delitos calificados por el resultado (el ahora contemplado de aborto seguido de muerte, el delito sanitario con resultado mortal del artículo 348, o el delito del artículo 483 como típico delito de sospecha, como más característicos), habrá de ensayarse tal aplicación del principio culpabilista; 2.º) porque tal concurrencia de delitos era la que, en el caso de aborto seguido de muerte, se estimaba en



nuestros Códigos anteriores a la reforma de 1944, con la excepción del de 1932 (artículo 417), que no hizo sino plasmar la última dirección jurisprudencial de entender que el delito de aborto con resultado de muerte debía castigarse si hubiere mediado imprudencia conforme al precepto sancionador de la misma; debiendo, por otra parte, recordarse que mentada y definitiva orientación jurisprudencial anterior al **status** legal de los Códigos de 1932 y 1944, que crearon las fórmulas unitaristas del aborto homicida (siquiera el primero de dichos Códigos, como se ha dicho, imputaba el resultado mortal a imprudencia), entendió que el concurso de ambos delitos debía punirse conforme al artículo 90 (hoy 71), sancionador, como es sabido, del concurso ideal (Sentencias de 24 de junio de 1930 y 17 de febrero de 1932), tesis que también acoge ahora esta Sala, por cuanto el **mismo hecho** o acción occisiva del feto acarreó la muerte de la embarazada (primer supuesto del artículo 71), hecho unitario que aunque dé lugar a dos delitos de signo culpable distinto (doloso y culposo) permite la referida modalidad concursal, a diferencia de la segunda modalidad albergada en el referido precepto: conexión instrumental o teleológica entre ambas infracciones, en la que el distinto signo culpable de cada uno de ellos impide su conexidad desplazando el caso al concurso real, como ya tuvo ocasión de declarar esta Sala al discurrir sobre la preterintencionalidad heterogénea hoy suplantada también por un concurso de delitos en paralelo al que ahora nos ocupa (Sentencias de 28 de marzo de 1984 y 19 de octubre de 1984; 3.ª) que, finalmente, por todo lo dicho, no puede entenderse que es voluntad legal incluir también la culpa en el aborto homicida del artículo 411, párrafo último, con la alegación de que «al menos» concurre esa segunda forma de la culpabilidad y así se respeta la dicción legal del artículo 1.º, párrafo segundo, pues ya hemos visto que la interpretación histórica del precepto y, sobre todo, la lógica y teleológica, conducen a incluir tan sólo el dolo eventual que, por otra parte, fue la musa inspiradora del legislador de 1944, siquiera luego, en la redacción, luciera un crudo objetivismo al referirse a la mera relación causal entre delito-base y delito-consecuencia, excluyendo de este último la calificación de homicidio, con toda la carga normativa que tal «nomen» comporta, para referirse pura y exclusivamente a la muerte de la embarazada (...). Que aplicando la anterior doctrina al segundo motivo del recurso de la procesada que en su redacción inicial se refería tan sólo a la posible ruptura del nexo causal —cosa que no ocurre como se ha visto al examinar el motivo anterior al defender el mismo en la Vista oral—, se amplió precisamente con base en la exigencia culpabilística del actual artículo 1.º, párrafo segundo del Código reformado en 1983, tesis que es preciso acoger, pues toda la conducta de la procesada, una vez que captó la posibilidad de muerte de la embarazada sobre la que practicó las maniobras abortivas, tendió a evitar dicha muerte al buscar inmediatamente a un facultativo y luego a otro, visto que no encontraba al primero, lo que en juicio **ex post facto** propio de toda indagación culpabilística quiere decir que en momento alguno anterior y coetáneo a su conducta abortiva **aceptó** la consecuencia mortal de la conducta, según la noción del dolo eventual; pero, en cambio, concurre, sin duda, la especie próxima de la culpa consciente —que está en el ápice de gravedad de la impru-

dencia—, pues las sucesivas manipulaciones a que sometió a la embarazada, visto que no lograba provocar el aborto, fueron tan toscas e imperitas que llegaron a perforar la matriz y el peritoneo, originando un orificio de aproximadamente medio centímetro de diámetro, sin que tomara precaución alguna para evitar la más previsible infección o proceso séptico al que alude la sentencia a quo como causa inmediata de la muerte, lo que incluye el factor intelectual de tal culpa consciente, así como la especial posición de la voluntad, propia de la misma, negadora del resultado mortal y de todo sentimiento de indiferencia ante el mismo como se ha expuesto; razones todas que llevan a estimar el motivo y, concordadamente con lo expresado, a apreciar un delito de aborto consensual doloso sancionado en el artículo 411-2.º en concurso ideal con un homicidio culposo, sancionado como imprudencia temeraria en el párrafo primero del artículo 565, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 71, todos del Código Penal, en la extensión punitiva que se dirá en la sentencia que se ha de dictar a continuación (...). Que el **primer motivo** del recurso del procesado, J. A. A., condenado en la instancia como encubridor del artículo 17-2.º del Código, debe igualmente estimarse, pues, aparte de que la conducta de querer ocultar las causas del fallecimiento de J. A., haciendo trasladar el cadáver a su domicilio en cooperación con la procesada, S. F. la abortadora, con la que convivía maritalmente, no se ajusta enteramente a la dicción legal del mentado número del artículo 17, careció de toda eficacia, de manera que bien puede decirse que quedó en simple intencionalidad, aparte de que aun considerando tal conducta como realmente encubridora quedaría sin efecto punitivo con arreglo al artículo 18 del Código Penal según ha quedado después de la reforma de 1983, que incluye en la exención de responsabilidad la «análoga relación de efectividad» que ligaba a este recurrente con la otra procesada, una vez afirmada en el **factum** la convivencia marital de ambos estimación del recurso que por imperio del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe extenderse al otro procesado no recurrente J. R. M., condenado también como encubridor del núm. 2.º del artículo 17 por actos análogos a los imputados a A., siendo así que como marido de la fallecida si bien llamó a una ambulancia para trasladar al domicilio conyugal a su esposa, lo hizo, según término del **factum**, «ignorando que era ya cadáver», además de «estar perturbado por lo sucedido» y «con ánimo de ocultar la deshonra de la víctima», todo lo cual además de poner en entredicho y duda el elemento de conocimiento del delito propio de todo encubrimiento, lleva a negar el elemento culpabilístico de tal forma de participación desde el prisma de la inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho, pues en modo alguno podía negarse a llevar el cuerpo de su esposa, muerta o no, al domicilio de ambos; conducta, por otra parte, más afín a lo que prescribe el artículo 338 bis, párrafo segundo del Código Penal, pero de cuyo delito no fue acusado el procesado en la instancia, lo que impediría en todo caso su condena en casación por tal infracción legal, caso de que existiera.» (S. T. S. de 30 de marzo de 1985. Ver también la S. T. S. de 3 de abril de 1985.)

**Artículo 489 bis, párrafo último.** El deber de prestar socorro no desaparece aunque la víctima sea atendida en una vía transitada por otras personas.

«Quien causó el accidente viene más obligado que nadie a contribuir a su reparación, prestando el debido socorro a la víctima, sin poderlo delegar o confiar a otros que por sentirse menos obligados pueden dejar de prestarlo y así en la Sentencia de 16 de octubre de 1970, y anteriormente en las de 11 y 26 de diciembre de 1969, entre otras muchas posteriores, se dice por esta Sala que «el haber ocurrido el accidente en una calle pública, transitada por otras personas, no exime al culpable del deber de prestárselo a la víctima por él causada, aunque ésta no hubiera quedado totalmente desamparada, pues venía como consecuencia de su actuación culposa, más obligado que nadie a paliar o aminorar el mal producido, prestándole el deber de socorro correspondiente»; por lo que en el caso en juicio establecido como probado, que el recurrente atropelló con el automóvil que conducía, en la calle que se cita y en uno de los llamados «pasos de cebra», al niño de seis años que se identifica, no deteniéndose para auxiliarle, a pesar de haber visto cómo el vehículo gopeaba fuertemente al niño y que éste caía al suelo, dándose a la fuga acuciado por el nerviosismo que le produjo el saberse culpable del accidente, siendo posteriormente identificado por la Policía al investigar el suceso, habiendo resultado con lesiones que tardaron en curar setenta y nueve días quedándole como deformidad la pérdida de dos incisivos y que fueron sancionadas en un juicio de faltas celebrado ante el Juzgado que se menciona; resulta incuestionable que existieron los requisitos típicos exigidos para la aplicación del referido precepto, que ahora se impugna, procediendo por tanto la desestimación del recurso.» (S. T. S. de 6 de marzo de 1985.)

**Artículo 493. Amenazas condicionales. Momento consumativo.**

«Que dada la naturaleza compleja del delito que nos ocupa, que ataca dos bienes jurídicos diferentes, como son la libertad y el patrimonio, resulta difícil en algunos casos, determinar el momento de su consumación, sobre todo cuando uno de ámbos ataques no se ha perfeccionado, dado que los dos son elementos constitutivos de dicho delito y más en nuestro Código, en el que la pena a imponer queda subordinada a que el culpable hubiera conseguido o no su propósito, por lo que si bien puede decirse que la parte referente a la seguridad y libertad personales, o sea en lo que pudiera llamarse amenazas condicionales debe entenderse perfeccionada en el momento en el que la víctima percibe sensorialmente la amenaza idónea para producir temor en el destinatario, con ello aún no puede decirse que el sujeto activo haya consumado su propósito, puesto que éste no era el simple de atemorizar, sino el de utilizar la intimidación para conseguir una entrega de dinero, por lo que la consumación total de este tipo debe quedar relegada al momento en que el agente recibe el dinero, aunque éste no cubra la cantidad exigi-

da y adquiera la disponibilidad de la misma, pues sólo entonces aparece realizado el tipo completo de dicho delito y se consigue el lucro ilícito que ha sido el móvil del mismo; por lo que esta Sala viene estimando consumado el delito expresado aún cuando el reo no haya conseguido la cantidad pretendida en su totalidad, como condición para no realizar el mal amenazado (Sentencia de 19 de septiembre de 1964), puesto que la parte de la cantidad exigida que no fue entregada, entra de lleno en la fase del agotamiento del delito que es independiente y posterior al momento de su consumación que sólo requiere el abono de parte de la pedida (Sentencia de 28 de octubre de 1982), por lo que el tercero de los motivos del recurso no puede ser atendido.» (S. T. S. de 25 de marzo de 1985.)

**Artículo 501, párrafo último. Subtipo agravado y autónomo. Fundamento de la cualificación: peligrosidad potencial.**

«Que a este respecto, y cual premisa absolutamente imprescindible, ha de consignarse que el subtipo contenido en el último párrafo del artículo 501 constituye un delito cualificado y autónomo, a través del que se configura, define y delimita **una acción humana y personal de superior rango jurídico merecedora**, en el ámbito penal y por la especial peligrosidad que la conducta en él recogida representa para la sociedad, de una especial y distinta consideración en razón a esa evidente gravedad, todo lo cual no deja de plantear sus problemas, como decía la Sentencia de 25 de enero de 1985, cuando de relacionar este subtipo con los supuestos anteriormente contemplados en el mismo artículo 501 se trata, puesto que por algunos se ha querido reservar la aplicación del subtipo, en criterio no sostenido por esta Sala, únicamente para aquellos casos en los que el uso de las armas, o medios peligrosos, no hubiere producido las lesiones o la muerte, al resultar contradictorio, en cierta medida, afirmar en sí mismo que se agrava la pena por el peligro de un resultado que ya se ha originado y consumado; mas como contrapunto a tan fácil exposición no puede desconocerse que los logros reseñados en todo el precepto devienen de hecho, en un marco de posibilidades, **tanto si se utilizan como si no se usan las armas y los medios peligrosos**, lo que quiere decir que la «mens legislatoris» fue realmente la de acentuar la gravedad que implicaban los hechos cuando se ponía una mayor perversidad, peligrosidad o animosidad criminal del sujeto activo, viniéndose así a penar **no el resultado mayor originado**, sino el medio utilizado para ello que, potencialmente y antes de consumarse aquel daño, estaba ya produciendo **una situación ambiental especialmente peligrosa** y especialmente digna de mayor atención punitiva, aunque ésta sólo se manifieste una vez que aquel perjuicio se haya consumado, siempre que, cual acontece en este caso, tales útiles sean medio para el fin perseguido, entendido éste en su más amplio significado y espectro que va desde la comisión concreta del hecho hasta lograr la impunidad con la fuga haciendo frente, si preciso fuere, a quien viniere en ayuda de la víctima.» (S. T. S. de 16 de abril de 1985.)

**Artículo 501, 1. Un hurto inicial puede transformarse en un robo con homicidio si las violencias se producen en el curso del «iter criminis».**

«El acusado, B. M., empleó fuerza física —violencia, aunque fuere mínima— para arrebatar de las manos de la víctima la «postura» de hachís, pasándola seguidamente al acusado, G. M., que la guardó en el bolsillo, y ésta acción violenta, perfectamente descrita en el hecho probado, justifica legalmente la calificación de robo que dispensa al hecho la sentencia recurrida, pero es que, además, en el curso de esta acción —sin solución de continuidad— y antes de que el sujeto aprehensor consumara sus propósitos surgió la acción lesiva que produjo la muerte; consecuentemente, el delito complejo se encuentra perfectamente configurado, y la tesis de los recurrentes se enfrentaría, incluso aceptando el hurto inicial a efectos discursivos, con la doctrina de esta Sala —compendiada en la sentencia de 5 de marzo de 1984— en el sentido de que no obstante comenzar la operación con los caracteres de hurto y estafa, si advienen, mientras se desenvuelve y discurren el «iter criminis» de la acción depredatoria, sin separación espacio-temporal, la violencia o intimidación enderezada a mantener la aprehensión del bien ajeno, aquellas infracciones se desvanecen para dar paso al comportamiento subsumible en los supuestos complejos del artículo 501.» (S. T. S. de 18 de abril de 1985.)

**Artículo 501, 4. No es posible apreciar la atenuante de preterintencionalidad —artículo 9, 4.º— en el robo con homicidio doloso.**

«Que la naturaleza compleja y pluriofensiva del delito de robo con homicidio ofrece dificultades para la aplicación de circunstancias modificativas, y respecto a la atenuante 4.ª del artículo 9 del Código Penal, después de haber mantenido la doctrina jurisprudencial un inflexible criterio de incompatibilidad, se inclinó en la sentencia de 7 de marzo de 1983 por admitir la posible atenuación en el robo con homicidio episódico —«con ocasión»—, es decir, siempre que el homicidio surgía en cualquier momento del «iter criminis» o de la dinámica comisiva de forma súbita e inopinada, y excedía o rebasaba la intención del sujeto el resultado mortal; ahora bien, como por obra de la reforma de 1983 ha desaparecido la llamada preterintencionalidad heterogénea, que supone dos infracciones situadas en la misma línea de ataque pero subsumibles en distinto tipo (lesiones seguidas de homicidio), creadoras de una situación de concurso de delitos salvo que legalmente esté configurado un delito complejo (en este caso el vigente artículo 501, 4.º —delito de robo con homicidio culposo—), debe rechazarse la atenuante de preterintencionalidad invocada en el motivo primero del recurso, de conformidad con el criterio marcado en las sentencias de 28 de marzo y 19 de octubre de 1984.» (S. T. S. de 18 de abril de 1985.)

**Artículo 510, 2.º Llaves legítimas sustraídas: distintos supuestos.**

«Que, dentro del número segundo del artículo 510 del Código penal, y a propósito del concepto o definición legal de llaves falsas, se hallan incluidas «las llaves legítimas sustraídas al propietario», es decir, que, en tales casos, y como se ha dicho con frase casi lapidaria, se trata de un hurto de la llave o llaves para cometer un robo —número 4.º del artículo 504 del Código penal—, debiéndose interpretar la palabra «propietario» como todo tenedor legítimo de dichas llaves y como «sustracción» cualquier tipo de apoderamiento de las mismas, con tal de que sea ilegítimo, sin que, en ningún momento, se atienda al valor intrínseco de las mentadas llaves, y comprendiéndose, en consecuencia, en la definición mencionada, tanto la llave o llaves **propiamente sustraídas** al titular o usuario legítimo de las mismas, como las **retenidas** indebidamente o las **apropiadas**, como las **olvidadas** circunstancialmente en vivienda o local ajenos, o en otro lugar cualquiera, las **escondidas** por el dueño y obtenidas por el infractor mediante previa búsqueda —debajo del felpudo anterior al umbral de la puerta o en hueco disimulado y apropiado para albergar la llave—, habiéndolo declarado así, este Tribunal, en sentencias de 12 de junio de 1947, 27 de abril de 1950, 29 de febrero de 1952 y 14 de octubre de 1961, e incluso las extraviadas o perdidas —véase número 2.º del antiguo artículo 514 del Código penal y el párrafo segundo del actual artículo 535 del referido cuerpo legal—, siendo más dudoso el caso en el que la llave ha quedado puesta en la cerradura por olvido del titular —en cuyo supuesto, esta Sala, ha estimado que no se trata de llave falsa— o prácticamente a disposición de quien la tomara, v. g., sobre la mesa de la portería o en el clavero o cuadro de un hotel, en cuyo caso, este Tribunal, en sentencias de 27 de abril y 30 de noviembre de 1950 y 5 de junio de 1957, estimó que se trataba de delito de robo con fuerza en las cosas, mientras que declaró lo contrario, si bien los supuestos de hecho no eran exactamente los mismos que en los casos anteriores, en las sentencias de 30 de junio de 1960 y 9 de octubre de 1963. Pudiendo agregarse que, como ya se ha dicho, la llave o llaves olvidadas no pertenecen al primer ocupante, ni dejan de corresponder al titular legítimo de las mismas, prosiguiendo en el seno del patrimonio de dicho titular o usuario, los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 461 del Código civil, ni siquiera pierden la posesión de las llaves olvidadas, las cuales no pueden equipararse a cosas perdidas, ni, menos aún, a «res derelicta», constándole, por lo demás al infractor, en tales casos, que las llaves pertenecen a otro, aprovechando, no obstante, la favorable coyuntura para tomarlas y con ellas franquear la entrada del hogar ajeno o abrir la puerta o el objeto cerrado de que se trate.» (S. T. S. de 27 de mayo de 1985.)

**Artículo 512. Consumación ficticia en los delitos de robo. No se puede considerar consumado el robo si las violencias en la persona no entrañan un menoscabo efectivo de la integridad corporal.**

«Que interpuesto por el condenado en instancia recurso de infracción de ley a través de un único motivo, en el que se impugna la aplicación indebida por parte del Tribunal «a quo» del artículo 512 del Código penal al caso

de autos, la cuestión planteada queda circunscrita a resolver si se ha consumado o no el delito complejo al que el citado artículo hace referencia de manera exclusiva al disponer que los delitos a los que se refiere el capítulo primero del título XIII del Código penal, entre los que se halla el robo con violencia o intimidación en las personas, quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o integridad física de las mismas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable, por lo que en el caso que nos ocupa, habiendo quedado frustrados los propósitos de apoderamiento de los bienes, al haber sido sorprendido el ladrón antes de haber logrado la disponibilidad del dinero, lo que equivaldría a su consumación, la solución de la cuestión planteada depende solamente de la interpretación que se dé al mencionado precepto y en definitiva de si un golpe propinado por el inculcado en la cabeza del propietario del establecimiento, que con la policía intentaba penetrar en el local, que se hallaba a oscuras, para detenerle y que según los hechos probados no necesitó asistencia facultativa, ni produjo a la víctima herida alguna, puede ser considerado o no como un resultado lesivo para la vida e integridad física de la víctima de la misma, interrogante que según la última dirección jurisprudencial expresada, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 27 de junio de 1981, 29 de octubre de 1982 y 18 de febrero de 1983, en las que se exige un resultado material y mensurable, «que es tanto como decir cualquier detrimento o daño originado a una persona controlable físicamente, sin que basten los meros atentados personales como empujones o forcejeos», ya que siendo la misión principal del citado artículo la de defensa de la vida y la integridad corporal, no debe entrar en aplicación cuando ni una ni otra resultan atacadas o hayan sido puestas en peligro, puesto que no puede decirse que la integridad personal resulte vulnerada, cuando es así que el ataque no produjo al sujeto pasivo ninguna lesión entendida tal palabra en sentido médico forense, al no haberse producido ni rotura epitelial ni visible menoscabo en la integridad física del ofendido, por lo que apareciendo también frustrado el apoderamiento, como ya se ha dicho, procede mantener la indisolubilidad del complejo y considerarlo frustrado en su conjunto, como mantienen las sentencias de esta Sala de 20 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981 y 16 de noviembre de 1982, estimando el recurso y rebajando la pena en un grado como se solicita en el mismo.» (S. T. S. de 30 de mayo de 1985.)

#### **Artículo 519. Alzamiento de bienes. Concepto de comerciante.**

«Comerciante ha de ser todo aquel que, **con repetición**, desarrolla una actividad comercial encaminada a la producción de bienes o servicios para el mercado en general, actos de comercio mediante los que se **adquieren, ofrecen, negocian, transfieren o de cualquier modo se transmutan o transforman**, con ánimo de lucro, toda clase de bienes o efectos imprescindibles en el desenvolvimiento de la sociedad, si bien ese ánimo de lucro no vaya implícito siempre en la habitualidad, que queda al prudente arbitrio de los jueces en el contexto del artículo 3 del Código de comercio, más bien referido, no obstante, al empresario como definición entonces más restrictiva que la de comerciante.» (S. T. S. de 14 de marzo de 1985.)

**Artículo 519. Alzamiento de bienes. El fundamento del castigo no es la insolvencia, sino sacar los bienes de la acción directa del acreedor.**

«Como han dicho las sentencias de 26 de septiembre y 10 de abril de 1969, 6 de febrero de 1972, 30 de junio de 1975, 19 de octubre de 1981, etc., no es la insolvencia lo que condena, ni la solvencia lo que absuelve, sino sacar los bienes de la acción directa del acreedor, o como dicen las de 18 de mayo de 1973, 20 de enero de 1974, 20 de marzo de 1984, no es preciso afirmar la insolvencia del procesado, pues el bien jurídico protegido por este delito es el derecho de los acreedores a que se les satisfagan sus créditos si vencidos y líquidos no se les abonan, porque el deudor voluntariamente se ha puesto en situación de no poder atenderlos. Conociendo esta doctrina no es extraño que la Sala sentenciadora no diera especial trascendencia al valor de los pisos, ni a la existencia de supuestos créditos del condenado respecto a deudores suyos. Razones todas por las que el motivo debe desestimarse. Únicamente deberá tenerse en cuenta que conforme a la Ley 8/1983 de 25 de junio, la pena impuesta de presidio deberá transformarse en prisión.» (S. T. S. de 6 de mayo de 1985.)

**.Artículo 528. Estafa. Engaño bastante: Consideración objetiva y subjetiva.**

«El engaño, nervio, alma y sustancia de la estafa, antes deducido de esa serie de ardidés que el Código enumeraba como hipótesis más usuales de la maliciosa actividad del agente, y que hoy el legislador, sin descender a enunciados ejemplificativos, sitúa a la cabeza del precepto definidor, añadiéndole la condición de «bastante», es decir, de suficiencia o idoneidad para originar el error e inducir al sujeto pasivo a la realización del acto de disposición patrimonial, módulo objetivo al que se refiere la sentencia de 18 de enero de 1983, alusiva a la necesidad de que el engaño tenga «entidad suficiente para que en la convivencia social sea normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial», sin que se marginen o rechacen consideraciones de índole subjetiva ya que la idoneidad del engaño ha de valorarse, asimismo, en función de las condiciones personales del sujeto afectado, tratándose, en suma, de un concepto pleno de relativismo que debe apreciarse «intuitu personae», cual destaca la sentencia de 25 de junio de 1976.» (S. T. S. de 5 de junio de 1985.)

**Artículo 529, 8.º Sujeto pasivo masa. Aplicación preferente del supuesto previsto específicamente en la estafa frente al genérico del artículo 69 bis.**

«Que de acuerdo con la expuesta doctrina, en el presente caso procede la aplicación del título de estafa agravado contenido en los artículos 523 y 529 del Código penal, como se postula por el Ministerio Fiscal en su recurso como más específico que el contemplado o descrito en el 69 bis del mismo cuerpo legal por las siguientes razones: 1.º) El artículo 69 bis se halla situado en la llamada parte general del mentado Código, en la que se estructuran y organizan las directrices comunes a todas las infracciones contenidas en el



mismo, figuras generales y normas genéricas para la aplicación de las distintas penas, mientras que los artículos 528 y 529 figuran colocados en la llamada parte especial, en la que se delinear, describen o tipifican las diversas especies o familias penales, con las peculiaridades, detalles y efectos singulares de cada una de ellas; colocación que revela la intención o propósito del legislador de considerar al artículo 69 bis como una norma general aplicable a todos los delitos y a los 528 y 529, como preceptos de aplicación específica al delito de estafa en lo que se refiere a su definición, circunstancias y penalidad, y que es lo que ahora nos ocupa. 2.º) De acuerdo con tal bipartición, mientras el primero de los antecitados artículos se refiere en general a toda clase de delitos y por ello también genéricamente a los delitos patrimoniales, los segundos reglamentan específicamente el delito de estafa que constituye solamente una variedad o familia de aquéllos, como el parricidio, el infanticidio y el asesinato son particulares especies de los delitos contra la vida. 3.º) La necesidad de acudir para la aplicación de la norma general invocada a la descripción y determinación de las particularidades consignadas en los tipos especiales, en este caso en los referentes al delito de estafa, lo que demuestra también la especialidad de éstos y la generalidad del 69 bis. 4.º) Si así no fuera y por insuficiencia de los citados principios que no tienen porqué figurar recogidos legislativamente ya que pertenecen a la teoría general de la interpretación de las normas jurídicas y hubiera que recurrir a la citada regla del artículo 68, que otorga la preferencia entre las dos normas en conflicto a la que señale la pena de mayor gravedad, la sanción a imponer sería también la fijada en los artículos 528 y 529. En efecto, siendo la pena aplicable a la estafa la formada por la básica de arresto mayor por exceder la cuantía de lo defraudado de 30.000 pesetas, elevada en otro grado (prisión mayor) por ser la estafa muy calificada (es decir, y según se expresa en el artículo 69 bis), teniendo en cuenta la importancia del perjuicio total causado, porque para ello el intérprete habría de echar mano del excesivo o importante valor de la defraudación, circunstancia que ya no podría repetir para elevar esta última, o sea la de prisión menor al grado superior (prisión mayor en toda su extensión), sin infringir el fundamental principio punitivo del «non bis in idem», al haber utilizado dos veces sucesivas la importancia de la cuantía de lo defraudado, por todo lo que procede la estimación del recurso.» (S. T. S. de 10 de mayo de 1985.)

**Artículo 535. Apropiación indebida. Apropiación de la totalidad de un décimo de lotería premiado y compartido por dos personas.**

De los hechos probados completados con algún punto de hecho recogido por el primer Considerando de la sentencia recurrida, se deduce que "el décimo se compra a medias entre varios amigos, uno de ellos, el perjudicado y el condenado; convienen en la propiedad común de los décimos y en su caso de los posibles premios; el condenado se quedó con el décimo en calidad de depósito; resulta el mismo agraciado con el premio de dos millones de pesetas que los cobra el procesado y debe compartir, legal y con-

vencionalmente, con F. J. O. G., el cual solicitó su parte, que se niega a entregársela el recurrente, alegando —cosa incierta— la inexistencia del pacto; pero al respecto es tanto o más elocuente el considerando puesto que afirma, en primer lugar, que a O. G., se le ocultó la existencia de premio y posteriormente se le ofreció, aunque sin intención de cumplir la cantidad de quinientas mil pesetas. Con base de estos hechos debe afirmarse que se cumplieron todos los requisitos exigidos por el artículo 535 del Código penal, para configurar el delito de apropiación indebida, puesto que el recurrente niega la entrega de cosa o dinero que ha recibido en virtud de un título obligatorio —en este caso el depósito— con obligación de entregar el premio en su caso, recaído sobre número de lotería que se conviene pagar conjuntamente y se pacta repartir el premio obtenido, cobrado y retenido en depósito por el poseedor legítimo del décimo, para entregarlo a su partícipe, negándose —ilegítimamente— a ello. A partir de esta negativa, sin causa ni justificación posible y menos aún la liquidación previa alegada, se consumó el delito, porque la incorporación al patrimonio propio de todo el importe del premio cobrado, convierte —dado el ánimo de lucro que aflora en la retención—, en propiedad ilegítima de la parte que, según convenio, correspondía a O. G. y quedando de manifiesto el lucro ilícito y el abuso de la situación de confianza que caracterizan la apropiación indebida. Razones que conducen a la desestimación del motivo del recurso. Conclusión a la que se llega igualmente, según el artículo 11 de la Instrucción General de Loterías de 25 de marzo de 1956 y sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 1973, que habla de un resultado aleatorio en cuanto al premio, que es concreto cuando el sorteo se produce y el número resulta premiado, quedándose el recurrente con el importe total del mismo, sin entregar la mitad a su legítimo propietario como convinieron y era su obligación.» (S. T. S. de 9 de abril de 1985.)

**Artículo 535 (en relación al 528 y 529, 1.º). Apropiación por el promotor de viviendas de cantidades anticipadas. Tras la reforma de 1983 ha quedado derogada, en la parte penal, la Ley de 27 de julio de 1968.**

«Que la Ley de 27 de julio de 1968 surgió como consecuencia de la problemática que la construcción de viviendas planteaba cuando, al no ser de protección oficial, podían originarse irreparables perjuicios motivados por la falta de escrúpulos de algunos constructores, razón por la cual el legislador compendió una serie de disposiciones fiscales, administrativas, gubernativas y penales, todas ellas insertas en la Ley referida, que llegaron, desde la perspectiva del Derecho penal, a la creación de un subtipo o figura delictiva específicamente agravada, en tanto que su artículo 6 señalaba la aplicación del 535 del Código, en relación con las penas del artículo 528, a imponer necesariamente en su grado máximo, en los casos en los que, sin garantizar convenientemente las cantidades que a los promotores se entregaban a cuenta, no se llegare a consumir la construcción de las viviendas y, a la vez, no se devolviera a los pretendidos adquirentes esas cantidades que en sus buenos propósitos habían ido transfiriendo para pago o financiación de

aquellas; texto legal que, sin embargo, ha de estimarse derogado, en lo que afecta al campo penal, como consecuencia de la disposición final contenida en el actual artículo 604 del vigente Código puesto que, en argumentación más favorable para los presuntos inculpados de ahora, la redacción del artículo 529, con su expresa referencia a las viviendas, naturalmente que por contradicción y oposición ha de eliminar la legislación especial en el apartado concreto que se viene examinando, con lo que, en su caso, se hace también inoperante la exigibilidad de ese **imperativo** grado máximo que el repetido artículo 528 no contempla en tales términos, consecuencia cuanto se expone de la forma en que está redactado el artículo 604 del Código reseñado.» (S. T. S. de 26 de febrero de 1985.)

**Artículo 546 bis b) Presunción de habitualidad en el delito de receptación: El precepto adolece de inconstitucionalidad sobrevenida.**

«Que el **cuarto** motivo del recurso al impugnar la **presunción legal de habitualidad** contenida en el artículo 546 bis b), según el cual **se reputan** habituales de receptación, los reos que fueren dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público, plantea a esta Sala, de modo ya ineludible, el alcance de tal precepto, tras la reforma parcial y urgente del Código Penal por la Ley 8/83, de 25 de junio, reforma que, como es sabido y viene proclamando esta Sala en sus últimas resoluciones, **propugna la dogmática aplicación, en toda su integridad y expansión, del principio de culpabilidad a tenor de su artículo 1.º, párrafo segundo al proclamar que «no hay pena sin dolo o culpa»; principio que, si bien se mira, estaba ya implícito en el artículo 24-2 de la Constitución Española de 1978, en cuanto es una derivación del de presunción de inocencia, pues que si inocencia y culpabilidad son términos contrarios, en la misma medida que se destruya la primera ocupará su lugar la segunda, o lo que es lo mismo, que para que se dé un plus de responsabilidad habrá de darse un correlativo excedente de culpabilidad;** lo que conlleva, como ya ha dicho también esta Sala que cuantos supuestos pervivan de responsabilidad objetiva, y no hay duda que la presunción del artículo 546 bis b) (que ni siquiera admite prueba en contrario) lo es, han de ser revisados tanto desde el apuntado dogma constitucional, como desde su explícita aplicación en el Código Penal vigente, en cuyo mismo pórtico se inscribe la moderna conquista del «nullum crimen sine culpa», como garantía penal de un más progresivo Derecho punitivo (...). Que por la doble razón apuntada no es aventurado afirmar que el precepto en exámen, adolece ya inicialmente de inconstitucionalidad sobrevenida, con posibilidad de declararla por los Tribunales ordinarios (Vid. Auto del Pleno del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1985) y con exigencia de interpretarlo en concordancia con el artículo 1.º del Código Penal, amén de señalar la reconducción de la «aberrante» habitualidad presunta —según censura unánime de la doctrina— a la habitualidad real o de hecho que es la castigada en el último párrafo del artículo 546 bis a) del Código Penal; lo que quiere decir que no basta la titularidad mercantil del receptor a que alude el artículo

546 bis b) para desatar sobre el mismo la grave pena conminada para los habituales del delito de receptación, si tal habitualidad no se prueba; lo que, ciertamente, equivale a una derogación tácita de dicho precepto, autorizada, como ya se ha dicho, en cuanto norma preconstitucional incompatible con los preceptos constitucionales y punitivos ya citados (...) Que para cerrar la exégesis anterior y los razonamientos en que se apoya, no estará de más consignar, en el plano de *lege ferenda*, que tanto el Proyecto de reforma del Código Penal de 1980, como el de 1983, suprimen la habitualidad presunta y aun la real del receptor (artículos 258 y 263, respectivamente), sustituyéndose la misma, cuando el tráfico de efectos receptados tenga lugar en establecimiento mercantil o industrial, por una pena complementaria de multa, con posibilidad de inhabilitación especial para dicho tráfico y aun de llegar a la clausura temporal o definitiva del establecimiento (...) Que en aplicación de la anterior doctrina interpretativa, diciéndose en la sentencia recurrida que el procesado recurrente era poseedor de dos establecimientos de «whisquería» y supuesto que la mercancía adquirida por él pertenece al género de las expendidas en tales locales (única restricción que pudo introducir la doctrina jurisprudencial a la presunción de habitualidad bajo la vigencia indiscriminada del artículo 546 bis b), dichos requisitos no son suficientes para la aplicación del precepto, en cuanto no consta probado que el recurrente viniera dedicándose con habitualidad o *assiduítas* a expender géneros receptados ya en sus dos establecimientos, ya fuera de ellos; lo que impide la aplicación del artículo 546 bis a), párrafo último a la conducta del procesado, tal como se ha hecho en la instancia, con admisión, por tanto de este motivo del recurso.» (S. T. S. de 25 de abril de 1985.)

**Artículo 564, 3.º. La imposibilidad de apreciar la excusa absolutoria no impide aplicar la atenuante mixta de parentesco.**

«Y como quiera que la sentencia dice solamente que el imputado se hallaba pasando unos días, con los perjudicados y no que conviviese habitualmente con ellos, como viene a requerirse en el mentado precepto, ya que la frase *viviesen juntos*, implica una convivencia permanente y duradera o por lo menos un proyecto de ello, que no es posible deducir de una simple visita temporal como la realizada, de lo que resulta clara la no posibilidad de aplicación de la expresada eximente, a diferencia de lo que ocurre con la circunstancia mixta de parentesco, entendida aquí como atenuante por tratarse o recaer sobre un delito patrimonial, que no exige otro requisito que la comprobación de la existencia del vínculo parental descrito en el tipo penal invocado, que en este caso se halla reconocido en la sentencia impugnada, habiéndose ya declarado por esta Sala en tal sentido en Sentencia de 5 de septiembre de 1959, que en caso de no poder aplicarse a hermanos que no convivan, la expresada circunstancia eximente, procede en su defecto apreciar la atenuante del artículo 11, como muy cualificada, por lo que procede la casación de la sentencia de instancia en lo que se refiere a este extremo.» (S. T. S. de 22 de abril de 1985.)

**LEY 40/1979, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE REGIMEN JURIDICO DE CONTROL DE CAMBIOS**

**Artículo 6, A), 1.º. Exportación de moneda sin haber obtenido autorización. Es aplicable la teoría del delito continuado.**

«Que el delito monetario tipificado en el artículo 6, apartado A), número primero de la legalidad vigente, Ley Orgánica 10/83, que legitima, por decirlo de algún modo, los artículos pertinentes de la Ley 40/1979, castiga a quienes, como en el supuesto de autos, exportaren moneda metálica o billetes de banco españoles o extranjeros, sin haber obtenido la preceptiva y previa autorización, configurando el más clásico delito de contrabando monetario, en la estructura de **tipo básico**, ahora por una cuantía de veinticuatro millones seiscientos cincuenta mil pesetas, total de las seis operaciones distintas por el procesado realizadas; hecho, el enjuiciado aquí, explícitamente expuesto en el relato histórico de la sentencia como fiel reflejo de lo acontecido y constitutivo de la modalidad delictiva más simple, más clara y menos conflictiva desde el punto de vista jurídico, en la que ni siquiera plantease problema alguno con la determinación de la cuantía que, en alguna medida y según las circunstancias, deviene en difíciles controversias con base a la cotización de la moneda extranjera en el **momento de realizar los hechos**, de capital importancia cuando de inestabilidad monetaria consecutiva a un proceso de inflación se trata, aunque en el caso contemplado la esencia del recurso planteado, y de su único motivo casacional aducido, lo sea al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento por inaplicación del artículo 69 del Código Penal, o concurso real, conforme al cual se estima por el recurrente que las distintas acciones ejecutadas, seis en total, al estar perfectamente identificadas e individualizadas en fecha, cantidad y destino, deberían haber dado lugar, con la Ley de Control de cambios, a la imposición de tantas penas como delitos integradores de la forma concursal, en lugar de la teoría del delito continuado asumida por la resolución impugnada de acuerdo con los criterios establecidos entonces por esta Sala 2.ª, hoy ya derecho positivo recogido en el artículo 69 bis del Código, posterior a la época en que los sucesos enjuiciados se desarrollan (...). Que la doctrina expuesta permite, en consecuencia, la desestimación del único motivo alegado porque, conforme se deduce del relato fáctico de la instancia, el «iter criminis» refleja un **todo unitario** fraccionado en actos parejos sucesivamente ejecutados cual voluntad criminal también única, **nunca como intención renovada y distinta**, pues que el procesado, con el deliberado propósito de realizar inversiones en el extranjero mediante la adquisición y disponibilidad de divisas, se puso en contacto con otra persona, ahora no juzgada, con objeto de entregarla distintas cantidades de dinero, en pesetas, que ésta convertiría en moneda extranjera diversa situada ya fuera de España a disposición del procesado, lo que llegó a realizar en poco menos de veintitrés meses, en seis ocasiones, con fechas perfectamente identificadas, por el total económico ya indicado, **cuya importancia económica justifica la mediación temporal que**

entre uno y otro hecho se producía y que en delitos de diversa significación material menos trascendente podría obstaculizar en cierto modo la teoría acogida por la instancia, de otro lado actualizada y condensada ahora, como ya se ha referido, por la actual legislación positiva, sin que, en efecto contrario, quepa acoger la separada penalidad que con relación al artículo 69 se pretende porque la regla general que implica que cada acción constituya un solo delito sufre su excepción, entre otros supuestos, cuando las características apuntadas desemboquen incuestionablemente, y no arbitrariamente, en una sola infracción, pretendiéndose, con la impugnación, forzar la aplicación del repetido precepto a pesar de que el manifiesto y preconcebido plan demandaba sin duda la solución asumida por la instancia, de acuerdo con cuyo único y uniforme propósito criminal se proyectó la escalonada salida de capital, al principio con un transcurso mínimo de tiempo entre unas y otras operaciones, más espaciadas al final, contándose con la colaboración de un también único intermediario que se encargaba de consumir la evasión del dinero aunque su proyección última, o efectos consecuentes, se diversificaran por distintos países.» (S. T. S. de 21 de marzo de 1985.)