

Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1. Delitos de peligro abstracto. Existen tres categorías: a) delitos que tratan de proteger sentimientos religiosos o ético-sociales; b) delitos que constituyen desobediencia a mandatos administrativos, y c) delitos de peligro hipotético o posible.

«1. La naturaleza del delito de abandono de niños del artículo 488, párrafo 1.º del Código Penal es considerada mayoritariamente como de peligro o riesgo abstracto. La teoría tradicional o convencional de esta clase de delitos estima que en ellos el peligro no es elemento constitutivo de la figura del delito, sino mero motivo, no causa de la voluntad punitiva del legislador. Es posible someter a pena criminal comportamientos carentes de peligrosidad, en tanto coincidan formalmente con la descripción típica. Pero la doctrina más moderna no se conforma con esta solución genérica, pues la investigación jurídica acredita la existencia de tres categorías perfectamente diferenciadas de delitos de peligro abstracto. Entendiendo por peligro —dentro de su relativismo y elasticidad— un juicio de valor relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso; el peligro se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa. La doctrina ha encontrado tres categorías claramente diferenciadas de delitos de peligro abstracto; 1.ª Los delitos que aparecen como reminiscencias de sanciones penales para fortalecer sentimientos religiosos o ético-sociales, como el juramento de Dios en vano, de la Novísima Recopilación, el suprimido delito de propagandas anticonceptivas, contempladas en los números 4.º y 5.º del derogado artículo 416 del Código Penal, y posiblemente también la proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública por medio de la imprenta u otro medio de publicidad del artículo 432 del mismo Código. La característica de estos delitos es que se castigan aunque no aparezca una posible peligrosidad, ésta va ínsita en el concepto o tipos muy genéricos, que no permiten prueba alguna de la falta de aquélla. Lo mismo ocurre con la segunda categoría de delitos de peligro abstracto, que en esencia constituyen desobediencia a mandatos administrativos o policiales que se criminalizan; ejemplo típico es el recientemente suprimido delito de conducción ilegal del artículo 340 bis c) y 343. La pe-

ligrosidad se presumía con carácter «juris et jure», no era posible la prueba de que el infractor era un expertísimo conductor y que su conducción no producía peligro alguno. Otro tanto puede afirmarse del vigente artículo 343 bis; el acto de expender un medicamento carece de peligrosidad, y al realizarse sin cumplir las prescripciones legales surge únicamente una infracción administrativa, una vulneración de las medidas de policía farmacéutica preestablecidas para mantener el orden en ese sector. Finalmente, la tercera categoría la constituyen los delitos que la doctrina llama de peligro hipotético o posible; en ellos es necesaria, aunque también suficiente la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido; la imposibilidad de la producción del peligro excluye la tipicidad. Así, en el delito de amenazas simples del artículo 493-2.º del Código penal; el bien jurídico protegido es la paz jurídica de una persona normal; una amenaza pueril o inocua no pone en peligro esa paz jurídica, y la tipicidad desaparece. En el delito de falso testimonio del artículo 326, párrafo último, no basta cualquier acción del perito o testigo formalmente coincidente con el tipo a los efectos de la responsabilidad, depende de que la declaración o el dictamen pueda afectar de alguna manera al resultado de la prueba. El delito de corrupción de menores del artículo 452 bis b) es también un delito de peligro posible, porque no es sólo una violación de la ética sexual, sino que también supone un ataque a la evolución sexual natural de la juventud no mediatizada anticipadamente por las intervenciones de tercero; la acción carente de peligrosidad para la evolución de la personalidad sexual, sería atípica. Esto mismo ocurre con el abandono de niños del artículo 488, si el sujeto activo ha adoptado previamente las precauciones necesarias para que la vida o la salud del menor no corran ningún riesgo advirtiéndolo oportunamente a la autoridad o terceros jurídicamente obligados a actuar, de la realización de la acción. Por el contrario, puede ocurrir que las acciones ejecutadas no constituyan un peligro remoto, sino probabilidad muy acentuada de un fatal desenlace en cuyo uso se produce un evidente resultado de peligro, que es lo que sanciona el artículo 488, párrafo último, como una agravación del tipo.» (S. T. S. de 12 de noviembre de 1985.)

Artículo 3. Distinción entre actos preparatorios y principio de ejecución.

2. «Abordando el primer supuesto sometido a la consideración de esta Sala, debe recordarse que, según doctrina de la misma, la diferencia entre los actos preparatorios ajenos a toda relación penal, y la tentativa, sancionable penalmente estriba en que ésta, según el propio Código, el culpable **da principio a la ejecución del delito directamente** y por **hechos exteriores**, por tanto se estima serán ejecutivas aquellas acciones debidas al plan del autor que actúen como partes integrantes del comportamiento típico que entrañan causalmente riesgo o peligro inmediato, para el bien jurídico protegido; aquí la valoración circunstancial hecha judicialmente, toma relieve singular, pues el principio de la ejecución delictiva se producirá al manifestarse la voluntad del agente de manera objetiva, como producto de su plan de

lictual, dando comienzo a la causalidad de la acción que no se completa, ni con el quehacer total, ni con el resultado (Sent. 9 noviembre 1973). Con precisión más elocuente, la Sentencia de 9 de junio de 1973, habla ya de tres notas características de la tentativa y diferenciadoras de los actos preparatorios, 1.^a En la tentativa formalmente los actos inciden en el núcleo del tipo. 2.^a Ponen, materialmente, en peligro el bien jurídico penalmente protegido. 3.^a Subjetivamente, esa exteriorización de actos planeados y comenzados a ejecutar penetra efectivamente en el núcleo del tipo, poniendo directamente en riesgo del bien jurídico protegido (ver Sent. de 16 de enero de 1984, que cita otras muchas)». (S. T. S. de 5 de diciembre de 1985.)

Artículo 4. Conspiración. Codelincuencia anticipada. Sus diferencias con el delito de asociación ilícita.

1. «La conspiración como acto preparatorio del delito, denominada por cierto sector doctrinal coautoría anticipada, aunque más bien debería decirse codelincuencia dados los modernos criterios de diferenciación entre la simple cooperación y la necesaria, objeto de sanción en nuestro ordenamiento jurídico, mediante el artículo 4 del Código Penal, es definida, en el mismo, diciendo, que «existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo», de donde se infieren los condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia, que son: el concierto previo o «pactum sceleris» entre dos o más personas; y la decisión de su efectividad o «resolutio firme», según el sentir de la jurisprudencia. De acuerdo con la dogmática penal es necesario diferenciarla: a) de la asociación ilícita, en cuanto que éste implica igualmente un acuerdo previo, descansando la distinción en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, «a sensu contrario» de lo que ocurre en el ente asociativo en el que fluye o parece cierta estabilidad y una concreción sobre las infracciones criminales a ejecutar; y b) de la tentativa en que en ésta se ha practicado algún acto perteneciente al núcleo de la acción tipificada penalmente o en conexión con la misma, mientras en la conspiración no se realiza ningún acto ejecutivo del delito». (S. T. S. de 17 de enero de 1986.)

Artículo 8, 1.º (en relación con el artículo 9, 1.º). Toxicomanías equiparables a la enajenación mental. Imputabilidad disminuida.

1. «Reconocido por el Tribunal «a quo» como probado, que los inculpados se habían iniciado jóvenes en el consumo de la droga, llegando a una situación de dependencia de la heroína que los llevó a cometer el delito de robo, que ahora se enjuicia, bajo la ansiedad de conseguir dinero para adquirir la droga de la que dependían y por el serio temor a las consecuencias psíquicas y físicas que la abstinencia de la droga les reportaba, de tal narración resulta evidente que obraron bajo la acción de la citada sustancia tóxica y en dependencia de la misma, que en efecto produce en

caso de carencia el denominado síndrome de abstinencia, en los individuos farmaco-dependiente, para evitar el cual pueden ser impulsados o determinados a cometer delitos principalmente contra el patrimonio ajeno a fin de hacerse con dinero para la adquisición de la sustancia usada o utilizada habitualmente para drogarse, situación que le impide un ejercicio libre de su capacidad volitiva y le condiciona de manera más o menos intensa a conseguir la droga por cualquier medio, aunque su capacidad de comprender la antijuricidad de su conducta se halle perfectamente conservada e intacta funcionalmente, debiendo por ello entenderse que tal cuadro o impulso sindrómico, provocado por la suspensión del uso del estupefaciente en una persona intoxicada por el consumo habitual del mismo, constituye una verdadera enfermedad mental o enajenación completa o incompleta idónea para disminuir en mayor o menor grado, su capacidad de querer, lo que colocaría a tales personas dentro del círculo de la influencia eximente de la enajenación completa del número primero del artículo 8 o de la atenuante del número primero del artículo 9, ambos del Código Penal, ya que no se trata de un trastorno mental transitorio o temporal como produciría, por ejemplo, la embriaguez, sino de un estado permanente o crónico de intoxicación que supone la existencia de una verdadera enfermedad mental como lo es la dipsonamía o el alcoholismo». (S. T. S. de 5 de diciembre de 1985.)

Artículo 8, 7.º Estado de necesidad: no se da ni de forma completa ni incompleta en las meras situaciones de paro.

4. «Las sentencias de esta Sala han sido reiteradas y uniformes en la proclamación de que si falta la inminencia y gravedad del mal, sin poder entenderse por tal la situación de «angustia» o «estrechez» económica, no puede apreciarse la eximente ni completa ni incompleta, al faltar el elemento básico de la misma (Sentencias de 17 de mayo de 1943, 3 de diciembre de 1976 y 15 de febrero de 1985); habiéndose rechazado, igualmente, la presencia de esa ineludible plataforma del estado de necesidad ante las meras situaciones de paro o desempleo, inacreditada una situación carencial límite que origine un conflicto actual e inminente que únicamente pueda resolverse haciendo presa en el patrimonio ajeno (Sentencias de 15 de julio de 1983, 6 de junio, 17 de octubre y 2 de noviembre de 1984, 7 de mayo y 18 de junio de 1985)». (S. T. S. de 25 de noviembre de 1985.)

Artículo 10, 6.º. Premeditación: no es compatible con la enajenación mental incompleta.

7. «Ahora bien, añade la Sentencia de 19 de abril de 1972, que si la premeditación supera el dolo simple producto de la meditación al exigir que la voluntad se forme de modo frío, reflexivo y deliberado, es obvio que la clarividencia y cálculo sereno del ánimo que la caracteriza, requiere que el sujeto se encuentre indefectiblemente en la plenitud y normalidad de sus facul-

tades intelectuales y volitivas, es decir, con plena capacidad de conocer y querer, por lo que el problema tan debatido de su posible compatibilidad, con las causas de inimputabilidad relativa, como con la enajenación mental incompleta —por oligofrenia en el caso contemplado en dicha sentencia— ha de resolverse en el sentido de rechazarla declarando su incompatibilidad, toda vez que se caracteriza por su influencia en la psiquis de quien la padece, disminuyendo ostensiblemente su inteligencia y su voluntad, faltando así la plena capacidad de conocer y querer aludida, e indispensable, en la mente enferma, quien no conoce sino de manera imperfecta, no puede querer cabal y perfectamente, como asegura la mejor doctrina científica, que por ello niega el dolo más intenso. Por tanto, el menor conocimiento o la débil voluntad de una mente enferma no puede ser hábil para alcanzar una mayor reflexión con superavit del esencial dolo, razones por que esta Sala —con alguna rara excepción— ha venido predicando la incompatibilidad de la premeditación con la enajenación mental incompleta (Sentencias de 21 de enero de 1929, 20 de marzo de 1947, 23 de noviembre de 1971, 12 de febrero de 1972)». (S. T. S. de 20 de noviembre de 1985.)

Artículo 14, 3.º Cooperación necesaria mediante omisión. Posición de garante.

2. «El problema de la participación delictiva mediante omisión ha motivado diversas posiciones doctrinales, y la jurisprudencia de esta Sala, si bien no encontró demasiados inconvenientes para admitirla en los delitos de imprudencia, ha sido más remisa y diversa en los delitos dolosos; la reciente sentencia de 10 de abril de 1981 la aceptó sin reparos, bien como una variedad del hacer delictivo —acción— en el que el resultado dañoso, de modo excepcional, se origina por una conducta pasiva, o bien dentro de las «omisiones» del artículo 1.º del Código, entendiendo que la «omisión penada por la ley» comprende las omisiones específicamente descritas en ella y también aquéllas que pueden ser referidas a un tipo legal para salvar las exigencias del principio de legalidad; ahora bien, la comisión por omisión en sus vertientes de cooperación necesaria (coautoría) o de cooperación no necesaria pero eficaz (complicidad) requiere en el actual estado de la doctrina científica y jurisprudencial: a) un elemento objetivo constituido por la omisión que —en el primer supuesto de participación— debe ser causal del resultado típico, y que en la complicidad basta que sea eficaz, b) un elemento subjetivo o voluntad dolosa, ora de cooperar causalmente al resultado (coautoría), ora de facilitarle simplemente (complicidad), y c) un elemento normativo, que es el que acaba de dar sentido jurídico-penal a la omisión, integrado por un específico deber de actuar que puede surgir de una disposición legal, de la previa aceptación o conducta anterior que crea un peligro o es fuente de riesgo para otros, colocando al omitente en la posición de garante en cuanto le obliga a asegurar la no producción del resultado, obligación que le incumbe a él precisamente por razón de haber dado vida al peligro o creado un daño potencial para la esfera jurídica

ajena, lo que es distinto —por más específico— de los deberes morales y del deber general de impedir determinados delitos establecido en el artículo 338 bis del Código Penal —tesis alegada por la defensa— que responde a una genérica idea de solidaridad humana que hunde sus raíces en los principios cada vez más acuciosos de la ética social; y si aquel deber jurídico de garantía obligaba —en definitiva— a impedir el resultado dañoso, es obvio que el «no impedir», característico de la comisión omisiva, puede reconducirse, como especie del mismo género, al «causar» entendido en sentido amplio». (S. T. S. de 31 de enero de 1986.)

Artículo 174 bis a). Pertenencia a grupos o bandas armadas. Elementos.

b) «El delito de pertenencia a grupos o bandas armadas, requiere como requisitos para su vivencia: en cuanto a la acción o conducta, el hecho de estar integrado en los citados grupos o bandas, como sinónimo de tener relación o conexión con los mismos de modo estable, debiéndose entender por grupos o bandas el conjunto o pluralidad de personas que con idea de permanencia y estabilidad se enfrentan al orden sociológico y jurídico organizado por el Estado, y por armados o armadas siempre que tengan a su disposición, no solamente las armas de defensa o de guerra a que se refieren los artículos 257 y 258 del Código Penal, sino también a las sustancias o aparatos explosivos inflamables o asfixiantes que determina el artículo 264, igualmente del Código Penal; en cuanto a la antijuricidad, que la actividad delictiva tenga la entidad suficiente para ser rechazada por la norma cultural de la colectividad del entorno en que se realizan los hechos, sin que pueda incardinarse en las causas de justificación, y además que estén comprendidas en la ley orgánica anteriormente citada 11/80 de 1 de diciembre; y en cuanto a la culpabilidad, es necesario que se aprecie, no sólo conciencia y la voluntad del acto, sino además que se ponga de relieve el móvil o finalidad de la acción, que de acuerdo con esta ley acabada de citar, debe de ser el de causar una incidencia grave en la seguridad ciudadana, elemento tendencial, que da lugar a que en su tratamiento jurídico se le considere como un elemento subjetivo de lo injusto y con ello el no admitirse la realización delictiva en forma culposa.

c) Dentro de la vida del delito que se está analizando, se precisa hacer constar, a efectos de resolver el caso enjuiciado con la mayor precisión, posible que el grado de consumación aparece en el momento en que se ponga de relieve la fundación o creación por dos o más personas del grupo o banda con medios para que éstos tengan la calificación de armados con la acción finalística de incidir en la seguridad ciudadana, en cuanto que, como bien dice la sentencia impugnada en su primer considerando al hacer la exégesis del precepto enjuiciado, una interpretación correcta derivada de la hermenéutica contextual, así lo exige, puesto que si es punible la mera colaboración a la fundación de las bandas o grupos armados como delito consumado, con mayor razón deben de ser la realización de los mismos actos fundacionales». (S. T. S. de 19 de noviembre de 1985.)

Artículo 232, 1.º. Atentado contra agente de la autoridad. El delito existe aun que el hecho sea, al tiempo, constitutivo de un delito contra la vida.

3. «La existencia del homicidio no descarta —por consunción— la existencia de atentado contra los agentes de la autoridad, como viene reconocido en una inconcusa doctrina jurisprudencial a propósito del atentado con resultado de muerte y lesiones, y en este caso es doble el delito de atentado por haber sido dos los sujetos pasivos del mismo en virtud de acciones perfectamente diferenciadas. La sentencia recurrida, siguiendo la pauta marcada por la acusación fiscal, califica un solo delito de atentado del párrafo segundo del artículo 234 (debe referirse al 233) en relación con el artículo 231,2.º, degradando la pena de reclusión mayor —aunque no lo exprese— en virtud de la facultad concedida en el artículo 235, con límite en la condena a ocho años y un día de prisión mayor; sin embargo, reiterando el criterio de la sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1985, no debe entenderse que los números de la Policía Nacional al proceder a la persecución y captura de un delincuente cumplan misiones o cargo de «especial transcendencia» para la seguridad pública que exige la cualificación penal expresada, y, por ende, la tipificación adecuada, sin negar al sujeto pasivo la condición de autoridad que deriva «ex lege» del inciso 2 del artículo 5.º de la Ley de 4 de diciembre de 1978, debe situarse en el marco del artículo 232,1.º en relación con el artículo 231,2.º del Código, con la sanción conjunta para cada delito de prisión mayor en su grado medio o máximo por el concurso de la agravante de reincidencia y multa». (S. T. S. de 12 de febrero de 1986.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas: delito de propia mano, pero que admite una posesión compartida del arma.

2. «El delito del artículo 254 del Código Penal, según la última jurisprudencia de esta Sala, precisa una **posesión de armas** con «animus rem sibi habendi», «animus» que puede materializarse, bien llevándolas consigo el poseedor o teniéndolas ocultas a su disposición. Dicha tenencia **no ha de ser fugaz**, momentánea o instantánea, con exclusión del propósito del adueñamiento o aprehensión. Es un delito de los denominados de **propia mano**, refractarios, en general, a todo género de participación que no sea la autoría personal, y directa a menos que **pertenezcan a un grupo, banda o cuadrilla**, que las destinó a la comisión de actos delictivos, estando a disposición de todos y cada uno de los integrantes del grupo, en cuyo caso hay una **posesión compartida**, simultánea, o sucesiva, indistinta que transforma en autores del delito a todos los integrantes del grupo (Sentencias 1 junio, 18 abril y 12 noviembre de 1984, entre otras muchas)». (S. T. S. de 15 de noviembre de 1985.)

Artículo 302 (en relación con el número 4.º del artículo 303). Las falsedades documentales ideológicas pueden cometerse culposamente.

«El tema de la incriminación culposa de la falsedad documental, al que alude de pasada el primer motivo del recurso, sigue siendo controvertido en la doctrina penal si bien la jurisprudencia ha tomado partido por un

criterio ecléctico (sentencias de 28 de mayo de 1982 y 21 de diciembre de 1983), inspirado en el principio que concede carácter general al artículo 565 del Código Penal, sin más excepciones que las determinadas en la Ley o las derivadas de la propia naturaleza del delito de que se trate, y, consecuentemente, se inclina a una solución negativa en los delitos de falsedad que reclaman un especial propósito —falsedades «a sabiendas», «con ánimo de lucro», «en perjuicio de tercero», «para eximir de un servicio público»—, en las falsedades materiales y fraudulentas aceptando, sin embargo, la construcción culposa para las falsedades ideológicas y, en general, para los tipos que no incluyen en la definición legal elementos subjetivos del injusto.

2. El más serio obstáculo que faltaría por allanar en las falsedades documentales del artículo 302 residiría en el «abuso de oficio» establecido en su primer párrafo, porque tal exigencia significa la vulneración de la norma que obliga al sujeto, en virtud de la función u oficio desempeñado, a evitar una conducta prevista en los números del susodicho artículo, pero la infracción penal puede ser también el resultado de una conducta descuidada, de suerte que, la norma infringida no sería el deber de ser veraz, sino el deber de evitar la posible alteración de la verdad, y con esta línea argumentativa parecen conectar las sentencias de 28 de noviembre de 1954 y 31 de mayo de 1974, que al hacer incriminación por imprudencia de las falsedades documentales substituyen la expresión «abuso de oficio» por «abandono de deberes» y «prevalimiento de profesión», y más expresivamente la de 27 de diciembre de 1982 cuando se refiere a una «actuación infractora de una norma de cuidado que ha producido una falsedad no querida por el sujeto». (S. T. S. de 13 de diciembre de 1985.)

Artículo 303. Documento mercantil. Tiene la consideración de tal el impreso dirigido a solicitar un talonario de cuenta corriente.

1. «Bajo la rúbrica de documentos mercantiles deben comprenderse no sólo los expresamente regulados en el Código de Comercio, sino todos aquellos derivados de operaciones mercantiles o que hayan de surtir efecto en las mismas, con lo que muestran una eficacia jurídica superior a la de los documentos privados, y entre ellos debe de ser comprendida la solicitud de talonario para una cuenta corriente extendida en un impreso de la entidad bancaria, de suerte que la falsificación de este documento al subscribirse con firma que no era la del titular de la cuenta y el fingimiento de la firma en uno de los talones obtenidos fueron hechos, aunque con substantividad penal propia, englobados en un único proyecto o idea criminal, con unidad de bien jurídico y de precepto penal lesionado, homogeneidad de conducta y en conexión medial, circunstancias que dan forma al delito continuado hoy definido en el artículo 69 bis del Código Penal, por lo que procede estimar el único motivo del recurso». (S. T. S. de 24 de octubre de 1985.)

Artículo 320, párrafo primero. Usurpación de funciones: el ánimo de gastar una broma no elimina la atribución de carácter oficial.

3. «De acuerdo con lo expuesto en la anterior consideración o fundamento jurídico, los dos motivos del recurso, deben desestimarse, porque a «sensu contrario» de lo alegado por los recurrentes en su argumentación, surgen todos los condicionamientos que requiere la vivencia del delito por el que han sido condenados, pues ejercieron funciones propias de agentes de la Policía, al exigir a los sujetos pasivos del delito la exhibición de los documentos de los ciclomotores, y al no coincidir la numeración de uno de estos con la del motor de uno de ellos, obligan al tenedor de éste, por la fuerza a introducirse en el vehículo de motor, para que les acompañase al Cuartel sin ser agentes, con lo que realizaron una función de identificación y detención sin tener título y legitimación alguna de esta actividad, de la que tácitamente se puso de relieve de forma inequívoca la atribución del carácter de oficial, revistiendo estos hechos la repulsa social suficiente para la punibilidad de la conducta, sin que la finalidad o «ánimo de gastarles una broma» pueda, en el caso que se enjuicia, dar lugar a la eliminación de la figura delictiva, pues este elemento psíquico tendencial es compatible con el de atribuirse el carácter oficial, y sin operatividad exonerativa de la responsabilidad penal el primero, a no ser que se ponga tan de manifiesto el uso de la chanza o burla que eliminen el carácter oficial, ante la equivocación de la conducta». (S. T. S. de 28 de octubre de 1985.)

Artículo 334. Evasión de presos. Concepto de preso.

3. «El texto del primero de los párrafos del artículo 334 invocado como infringido, tipifica como delitos las conductas de «los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia», por lo que únicamente los que se encuentren en alguna de las situaciones reseñadas, podrán ser sujetos activos, entendiéndose por «sentenciados» los destinatarios del fallo integrante de las resoluciones judiciales que merezcan la consideración de Sentencias, según las leyes procesales, y por «presos» las personas que la autoridad judicial someta a la denominada «prisión provisional», regulada en los artículos 178, 502, 505, 512, 517, 519, 585-8.º, 834, 835, 839 y 840 de la mentada Ley Procesal, de ahí que la mera detención de un individuo no presuponga la cualidad de preso en el concepto asignado por el artículo 334, que no puede ser extensivamente interpretado en sentido vulgar o generalizado, sino en el estricto significado jurídico que a dicho vocablo en la esfera penal y, en particular, en la precitada Ley adjetiva le corresponde, como taxativamente lo destacan las Sentencias de 12 de marzo de 1957 y 22 de diciembre de 1981, ya que cuando se refiere a detenidos cuida de diferenciarlos explícitamente en los artículos 362 y 363 del Código Penal, particular también ratificado en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1945. De conformidad con lo expuesto, y siendo así que los hechos declarados probados en la Sentencia

recurrida respecto a este extremo, afirman sustancialmente, que el Juzgado de Instrucción de Santoña, por Auto de 26 de marzo de 1984, acordó la prisión del recurrente, declarándolo rebelde en Auto de 18 de abril siguiente, eituación conocida por aquél, que trataba de eludirla, cuando el 24 de julio de dicho año fue retenido por la Guardia Civil de Peñaranda, en cumplimiento de la orden número 152.430 de 12 de junio anterior de la Dirección General de Policía, trasladándolo al Cuartel para comunicarle los motivos de la detención e instruirle de sus derechos, y una vez «leída la citada orden», el procesado salió corriendo del despacho donde se le notificó lo anterior, «dándose así a la fuga»; de cuya transcripción se desprende inequívocamente los requisitos objetivo, subjetivo y normativo que configuran el tipo delictivo previsto y penado en el párrafo primero del artículo 334 invocado como infringido, que expresamente se indican y claramente se razonan, con precisión y acierto en el primero de los Considerandos de la Sentencia de instancia, por lo que la alegación defensiva sobre ese extremo carece enteramente de consistencia fáctica y legal, es por tanto improcedente y ha de ser en consecuencia rechazada». (S. T. S. de 30 de octubre de 1985.)

Artículo 344. Posesión de droga con finalidad de tráfico. No es necesaria una posesión material, sino que es suficiente que la droga esté a disposición del sujeto activo.

«En lo que respecta a la posesión, y tal como se infiere de lo dispuesto en el artículo 438 del Código Civil y en los artículos 333, 337 y 339 del Código de Comercio, para que concurra dicho requisito, no es necesaria la ocupación, aprehensión o tenencia material de las antedichas substancias, bastando cualquier forma de adquisición de las mismas de carácter simbólico o ficticio con tal de que se hallen a disposición del referido poseedor o tenedor y, por parte de este, concurra «animus rem sibi habiendi», «animus possidendi», o, al menos, «animus detinendi (...)».

2. En el caso de autos, el acusado, súbdito iraní, residente legalmente en España, en la fecha que se indica en el «factum» de la resolución recurrida, procedió a la apertura de un apartado postal en la sucursal de Correos que se menciona, a cuyo apartado se le dio el número 156.208, y, el 26 de mayo de 1984, meses después de la citada apertura, se recibió, en el mentado apartado, un paquete postal procedente de Karachi (Pakistán), con cuyo remitente se había concertado, de modo previo, el acusado, puesto que de otro modo, ese incógnito remitente, no hubiera podido conocer ni la apertura del apartado, ni el núm. de éste, ni la Ciudad a la que debía remitir el paquete; y habida cuenta de lo dicho en el anterior fundamento jurídico, y a que, en cualquier clase de transporte, los objetos transportados, son de la titularidad del consignatario tan pronto son entregados, por el cargador o remitente, al transportista, con indicación de la identidad o señas del consignatario o destinatario —regla a la que no se evade el transporte postal—, no cabe duda de que, el procesado, llegó a tener la posesión de los quinientos gramos de heroína que contenía el paquete, y ello a pesar de que fue detenido cuando, al fin, se presentó en la oficina de Correos

con objeto de retirar el paquete, si bien, claro está, esa tenencia, no fue material o real, sino meramente simbólica o equivalente a tener a su disposición, voluntad y albedrío el contenido del referido paquete». (S. T. S. de 25 de octubre de 1985.)

Artículo 402. Exacciones ilegales. Un secretario de administración de justicia cobra, mediante recibo, mayores cantidades de las establecidas.

1. «Dada la estrecha relación que el delito de exacciones ilegales tiene con los de cohecho y estafa ya que de estos últimos, el primero de ellos se comete, cuando se exige el pago al particular dándole a conocer la ilegalidad del mismo y, el segundo, cuando a la persona a quien el pago le es exigido se le hace creer, con engaño, que es legítimo o debido, un extendido sector doctrinal entiende, que los Tribunales deben de encajar los hechos delictivos en alguna de las dos referidas modalidades delictivas siempre que las circunstancias lo permitan en vez de en la figura que contempla el artículo 402 del Código Penal, ya que la aplicación de este precepto implica indudablemente un trato de privilegio para el funcionario.

2. Al margen de el criterio doctrinal anteriormente expuesto, lo indudable es que el delito de exacciones ilegales se consuma desde el momento mismo en que se exigen y perciben las cantidades indebidas, por lo que es claro, que el que se imputó al procesado, se consumó en el momento mismo en que exigió y percibió las cantidades que se reseñan en el resultando de hechos probados de la sentencia recurrida, sin que sirva para enervar lo que en el resultando correspondiente de la sentencia recurrida se declara probado el que en los recibos que el procesado extendía se dijese, «a cuenta y como provisión... sin perjuicio de liquidación», pues aparte de que lo que tenía que cobrar era, en cada caso, una cantidad fija y determinada y en absoluto no era menester hacer liquidación posterior alguna, las declaraciones de otros funcionarios judiciales no dejan lugar a dudar de que la intención del procesado era retener como suyas las cantidades indebidamente cobradas, por lo que claro resulta, que los mentados recibos no era más que una «coartada» para tratar, en su momento, de encubrir o disfrazar el elemento intencional y, en definitiva, la comisión de los delitos». (S. T. S. de 12 de febrero de 1986.)

Artículo 405. Parricidio. Comisión por omisión dolosa.

3. «En el motivo cuarto del recurso, formulado al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, se denuncia la indebida aplicación del artículo 405 del Código Penal, fundamentándolo en que no existía en la recurrente ánimo de matar encontrándonos ante una imprudencia con resultado de muerte; como si de los hechos probados de la sentencia recurrida no apareciera destacado con toda evidencia ese dolo directo de muerte que guiaba a la procesada, al dejar desasistido al hijo recién nacido en las circunstancias que se dicen en ellos, sin haber requerido la asistencia de

facultativo ni antes ni durante el parto, ni después del mismo para que asistiera al recién nacido, al que ni siquiera ató el cordón umbilical, adoptando respecto del mismo una actitud pasiva sin prestarle ningún cuidado y asistencia de los que ella era conocedora por ser ya madre de dos hijos, por lo que no aparece del relato de hecho, como alega la recurrente, el delito culposo, sino delito de comisión por omisión que es equivalente a la acción, por la seguridad, dadas las condiciones y soledad en que se produjeron los hechos, sola en la casa que habitaba, que necesariamente había de producirse la muerte ante la pasividad consciente y querida de la madre, por lo que concurren en el hecho los elementos objetivos, la muerte de un recién nacido, siempre alevosa, y el elemento subjetivo, intención de matar, por lo que procede desestimar, también, este motivo de casación». (S. T. S. de 17 de diciembre de 1985.)

Artículo 405. Parricidio culposo en concurso con lesiones dolosas. Preterintencionalidad heterogénea.

«Que la agresión del hijo, dando varias veces en el suelo con el cuerpo y la cabeza del padre —que salió del trance conmocionado y con los significativos hematomas subdurales por el mecanismo del contragolpe que denunció la diligencia de autopsia—, fue factor de potencia letal, y el episodio del día siguiente debe entenderse que simplemente coadyuvó, aceleró o precipitó un proceso que cursaba inexorablemente hacia la muerte, pues el nuevo golpe sobre la arista de la mesilla, de no incidir sobre un cráneo intensamente traumatizado y en un cuerpo con las defensas orgánicas depauperadas por el hábito alcohólico, no hubiera sido adecuado para originar, según las reglas de la común experiencia, el resultado mortal. Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo interpuesto.

2. La doctrina jurisprudencial anterior a la Ley 8/1983 respecto de las hipótesis de preterintencionalidad heterogénea, en que las dos infracciones —si bien en la misma línea ofensiva (integridad física y vida)— están inardinadas en distintos tipos penales, se decidía por la aplicación del artículo 1.º del Código en relación con el 50, pero la dificultad práctica de sancionar el delito doloso de lesiones una vez sobrevenida la muerte, generalmente inmediata o muy próxima, llevada a las Salas de instancia a recurrir al número 4.º del artículo 9 porque ofrecía la posibilidad de apreciar la atenuante como muy calificada y así acomodar la pena a la verdadera culpabilidad del sujeto dentro de unos amplios márgenes de degradación; y esta solución, aunque omitiendo correctamente la cita del párrafo tercero del artículo 1.º y del 50 que quedaron sin contenido en la reforma de 1983, es la adoptada por la sentencia impugnada al apreciar y sancionar un delito de parricidio con la atenuante de preterintencionalidad muy calificada que abría la posibilidad de aquella amplia rebaja penal. Ahora bien, la doctrina de esta Sala a partir de la sentencia de 28 de marzo de 1984, con criterio reiterado en las posteriores de 12 de julio y 28 de octubre del mismo año, y en las de 21 de enero, 23 de abril y 12 de noviembre de 1985, no ha vacilado en romper —en los supuestos de preterintencionalidad heterogé-

nea— la unidad del hecho delictivo desdoblándole o descomponiéndole en dos infracciones, una de naturaleza dolosa correspondiente a lo que se quiso hacer y se hizo, y otra, de índole culposa, que sanciona el resultado que el sujeto no tuvo intención de causar, pero que estaba obligado a prever o prevenir, siguiendo la pauta marcada en el párrafo final del artículo 1.º del Código, según el cual «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos, por culpa; y en el caso «sub iudice» esta resolución puede tener perfecta acogida en el motivo tercero del recurso, sancionando las lesiones en los términos que expresará la segunda sentencia, pero dando también valoración penal al resultado mortal a través del delito de imprudencia temeraria del artículo 565 —párrafo primero—, pues temeraria es la conducta de quién golpea contra el suelo de forma contumaz y airada a un hombre de edad y de escasas defensas al entrar en su previsión —elemental— la eventualidad de un resultado irreversible. Y, finalmente, en respuesta a las demás cuestiones suscitadas en el motivo, no es procedente aplicar la atenuante de preterintencionalidad del artículo 9.4.ª del Código al delito de lesiones, porque es difícil advertir un resultado lesivo «más allá» o más intenso que el propuesto (la muerte —se ha dicho— estaba «fuera» de la intención), y no puede concederse efectos atenuatorios a la embriaguez que era habitual del sujeto, sin hallarse probado que el alcoholismo crónico había provocado en mayor o menor medida un deterioro mental del sujeto, lo cual hubiera conducido —en su caso— a la aplicación no del artículo 9.2.ª del Código, sino a una atenuante de enajenación mental con valor de eximente incompleta. Por lo expuesto, debe acogerse el motivo tercero del recurso, profiriéndose la sentencia prevista en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». (S. T. S. de 19 de diciembre de 1985.)

Artículo 406, 4.ª Asesinato. Premeditación: no es compatible con la atenuante de arrebató. El carácter condicional de la amenaza de muerte elimina la meditada deliberación.

1. «Para apreciar la premeditación, bien sea como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal o como cualificativa del asesinato, además del elemento cronológico, se requiere la concurrencia del elemento ideológico, construido por la irrevocable decisión tomada por el delincuente, tras un previo proceso de deliberación más o menos largo, de cometer la acción delictiva en concreto, y del elemento psicológico, es decir, que la decisión adoptada se mantenga con frialdad de espíritu y perseverancia, con recreación en el pensamiento del mal proyectado, hasta alcanzar o llegar a la ejecutiva realización del delito, aparte de que esa decisión sea conocida por signos reiterados y externos: elementos todos ellos, en especial el último, que no aparecen en el relato de hechos que muestran cómo el procesado carecía de la calma y frialdad de ánimo que le permitiera la reflexión en el obrar, falta de serenidad producida no sólo por la falta de pago de la cantidad debida por la víctima y que le colocaba en precaria situación eco-

nómica, sino por el trato despectivo y desconsiderado con que aquélla le trataba cuando le reclamaba el pago de lo debido, con que falta el elemento psicológico y decisivo de la frialdad de ánimo confirmada por la concurrencia de la atenuante muy calificada de arrebató y consideración, aceptada por esta Sala como se verá más adelante, y con cuya minorante de estado pasional ha declarado ser incompatible la premeditación, por regla general, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 25 de junio de 1888, 22 de diciembre de 1906, 9 de junio de 1948 y otras muchas) en tanto en cuanto los fenómenos de la vida afectiva que alcanzan elevada intensidad —como en el caso de autos— se oponen a una meditada deliberación; restando una última consideración para negar la agravante cualificadora de que se trata y es la de su índole **condicional**, pues claramente se desprende del relato probatorio que la acción decisiva albergada en la mente del reo se hacía depender del pago de la deuda a que estaba obligada la víctima, condición que es visto consistía en un hecho justo que despoja a la premeditación de tal carácter según doctrina aceptada por esta Sala (Vid. Sentencias de 19 de enero de 1971, con cita de las que le anteceden y a la que subsiguen otras en igual sentido); por todo lo cual procede estimar el único motivo del recurso del procesado, formulado al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que denunciaba la indebida aplicación de la circunstancia 4.ª del artículo 406 y consecuente inaplicación del artículo 407, ambos del Código Penal». (S. T. S. de 19 de octubre de 1985.)

Artículo 413. Aborto. Bien jurídico. El feto logra sobrevivir más de tres días.

2. «Los referenciados datos son sumamente reveladores de que el dolo directo de provocación del aborto estuvo presente no sólo al momento inicial, en que la encausada se prestó a las manipulaciones antes constatadas, sino en todo el tiempo que subsiguió a las mismas, cual revela su actitud de rehusar el internamiento en la Residencia Sanitaria al tiempo de la inicial visita, lo que quizá, retirando a tiempo el instrumento material —tallo vegetal incrustado—, hubiese conjurado el riesgo de desencadenamiento del parto. Sin que obste para la calificación de aborto y la inclusión del hecho en el tipo, el que el feto naciera vivo y con los especiales cuidados prodigados en clínica sobreviviese algo más de tres días, constante el dato de que, a causa de tal expulsión extemporánea y adelantada, efecto de la neumopatía referenciada, encontrase indefectiblemente su muerte; tipo, el del aborto, de entidad autónoma, no vicariante ni subordinada a otras básicas, que, según reiterada doctrina jurisprudencial, consiste en la muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana, ya privándole de la vida intrauterina dentro todavía del claustro materno, ya empleando los medios que provocan la expulsión prematura, produciéndose la muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad (Sentencias de 18 de diciembre de 1952, 28 de febrero de 1973, 11 de marzo de 1974, 28 de junio de 1977, 24 de febrero de 1982 y 30 de enero de 1984); bien de la vida, en cuanto **spes personae**, el atacado, vida del **nasciturus** en estado de dependen-

cia que, por no poder perdurar autónomamente al ser separado de forma prematura del albergue natural materno, periclita y se destruye al igual que si se hubiese puesto fin a la misma en el seno de la gestante. Apareciendo clara la relación de causalidad —cual así lo precisa el *factum* de la sentencia— entre las maniobras llevadas a efecto en los órganos genitales de la procesada y la originación del inmaduro alumbramiento, con la expulsión del feto, como revela la presencia de la fuerte hemorragia y la continuidad temporal de la sintomatología subsiguiente a la incorporación vaginal del tallo. Razones todas que hacen decaer el motivo casacional al principio aludido». (S. T. S. de 6 de diciembre de 1985.)

Artículo 471. Bigamia: delito de originación instantánea, aunque de efectos permanentes.

2. «Suele resaltarse la naturaleza formal de esta especie delictiva, en cuanto que su resultado no emana de la manifestación de voluntad del sujeto, siendo inherente a la misma; lo que supone cifrar el momento consumativo en aquel en que la conducta típica haya de estimarse completa, cuando el segundo o ulterior matrimonio pueda considerarse celebrado, consumación, pues, instantánea aunque abra paso a un *status* nuevo e ilícito, a una situación antijurídica prolongada en el tiempo, en tanto una declaración de nulidad no determine la cesación de tales efectos. De ahí que se defina el delito de bigamia como delito de estructura u originación instantánea, aunque de efectos permanentes, diferenciable del propio delito permanente en que en éste el estado antijurídico es mantenido ininterrumpidamente por el autor, en tanto que la situación provocada por la bigamia no es susceptible de una potestativa y voluntaria interrupción o terminación, salvo la derivada del ejercicio de la oportuna acción de nulidad del aparente vínculo contraído. Características resaltadas por la jurisprudencia al calificar técnicamente la infracción como delito instantáneo de efectos permanentes, cuyo *dies delicti commissi* se fija en el momento consumativo de la celebración formal del matrimonio prohibido, cualquiera que sea la permanencia de sus malos efectos posteriormente (Sentencias de 18 de febrero de 1960, 11 de junio de 1976, 2 de mayo de 1977 y 22 de diciembre de 1978, entre otras)». (S. T. S. de 31 de enero de 1986.)

Artículo 501, 1.º Robo con homicidio doloso. Si no existe todavía disponibilidad, ni siquiera potencial, de la cosa, la muerte que contribuye a asegurar el apoderamiento sirve para formar el complejo.

2. «El primer motivo de casación en el fondo pretende romper el complejo delictivo del robo con homicidio arguyendo que el asalto inicial a la agencia bancaria y la muerte por arma de fuego tuvieron una localización separada y existió entre ellos tal lapso de tiempo que los hechos perdieron conexión espacio-temporal, debiendo ser calificado el primero de robo con intimidación en entidad bancaria y el segundo de homicidio; pero cuando la

violencia e intimidación que produce el resultado lesivo o letal es consecutiva al acto depredatorio, y surge durante la huida y persecución, sin que en ningún momento se escinda la continuidad del hecho, la figura compleja subsiste, y en el caso de autos la muerte del agente de la autoridad acaece cuando varias patrullas móviles de la Policía Nacional, previamente alertadas del atraco y situación del asaltante, se aprestaban a su detención, todo ello a pocos minutos del hecho y a la escasa distancia que pudo recorrer el autor en la huida, desde el primer momento bajo el acoso ininterrumpido de las fuerzas del orden (Sentencias de 7 de marzo, 5 de julio y 28 de octubre de 1983, 5 de marzo de 1984, 15 de noviembre de 1985). (S. T. S. de 12 de febrero de 1986.)

Artículo 531, párrafo segundo. Disposición de un bien como libre, sabiendo que está gravado: comprende las cosas muebles e inmuebles.

1. «La figura delictiva de estafa prevista y sancionada en el párrafo segundo del artículo 531 del Código Penal es definida auténticamente por la «disposición de un bien, como libre, sabiendo que estaba gravado», texto así reformado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, cambiando el sustantivo «cosa» del precepto penal anterior por el genérico de «bien», vocablo más amplio y representativo de utilidad y beneficio humano, poniendo término a la vieja polémica doctrinal si las cosas habían de tener naturaleza inmueble o mueble, que la jurisprudencia de esta Sala había ya resuelto haciéndolo extensivo a ambas, cuyo delito se integra: a) **por la existencia de un bien que estuviese gravado**, entendiéndose por gravamen toda limitación de cualquier índole que afecta a las facultades dominicales del que dispone, comprendiendo en su ámbito el embargo judicial, siendo necesaria que la diligencia de éste se haya entendido con el deudor, después enajenante o, al menos que se le haya notificado o tenga conocimiento de ello con anterioridad al acto traslativo o dispositivo (Sentencias de 15 de junio de 1970, 17 de enero de 1973, 1 de julio de 1974 y 24 de mayo de 1984; b) **por el engaño**, cuando el enajenante actúa a sabiendas de la existencia del gravamen, haciendo caso omiso de él sin licencia del titular del mismo y silenciando u ocultando al adquirente la vigencia de aquél (Sentencias de 30 de junio de 1965, 21 de junio de 1969, 26 de noviembre de 1971, 27 de enero de 1975 y 27 de marzo de 1985); c) **por el perjuicio patrimonial**, que tratándose de una figura delictiva montada a dos vertientes, puede incidir y recaer bien en la persona titular del gravamen que ve burlada la garantía que éste suponía con mengua de sus derechos, o bien en la del adquirente que ignorando que el bien estaba trabado celebra la operación o contrato, que de otra suerte no hubiera perfeccionado, sin que sea preciso que esté total y exactamente determinada la cuantía del perjuicio, siempre que su realidad sea evidente (sentencias de 14 de diciembre de 1955, 30 de junio de 1971, 25 de enero de 1973 y 1 de julio de 1975); y d) **por el ánimo de lucro**, que como es normal e inherente en los delitos contra la propiedad consiste en cualquier ventaja, beneficio o utilidad que se proponga obtener el inculpa-do con su antijurídica actuación». (S. T. S. de 18 de noviembre de 1985.)

Artículo 546 bis a). Receptación. El aprovechamiento es distinto del ánimo de lucro.

2. «Con respecto a la falta en el hecho, del elemento objetivo del aprovechamiento que como verbo nuclear del tipo había de realizar el sujeto agente para la consumación del delito, y que también se alega en el recurso, se hace preciso tener en cuenta que el aprovechamiento, que es distinto del ánimo de lucro, ya implícito ya en la adquisición material de los objetos de ilícita procedencia por el goce que supone el poseerlos para sí y tenerlos bajo su disponibilidad, aunque sólo sea potencial, por lo que dicho aprovechamiento se logra en el momento en que los objetos quedan a la libre disposición del receptor (Sentencia de 30 de diciembre de 1983) «siendo equivalentes aprovechamientos y adquisición o nueva posibilidad de goce, conseguida por su potencialidad de disponibilidad de tales efectos con consumación anticipada y objetivas por el desplazamiento del señorío dominical realizado a su favor»; como se declara en Sentencias de esta Sala de 5 de abril de 1968, 3 de mayo y 14 de diciembre de 1973; 26 de abril de 1974 y 22 de febrero de 1983, centrándose la antijuricidad y la culpabilidad en el aprovechamiento que se realiza mediante cualquier medio traslativo de la propiedad o posesión sin que el beneficio tenga que ser forzosamente económico, pudiendo consistir en cualquier ventaja, satisfacción o placer que derive de su disponibilidad o tenencia de uso o disfrute (Sentencia de 9 de marzo de 1983), por lo que en este caso hay que estimar la existencia de tal aprovechamiento». (S. T. S. de 23 de octubre de 1985.)

Artículo 546 bis b). Receptación. Presunción de habitualidad: vulnera al principio constitucional de presunción de inocencia.

2. «La habitualidad real en la receptación desempeña un papel de circunstancia cualificativa genérica (art. 546 bis, a, párrafo tercero), con la consiguiente agravación de la pena; concibiendo el Código, además, un supuesto de habitualidad específica, por presunción *de iure*, cuando los reos fueren dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público (art. 546 bis, b), singular presunción que si bien ya atrajo fundadas críticas a raíz de la promulgación del precepto en 1950, siendo objeto en su aplicación de ciertas restricciones interpretativas, hoy merece la más decidida censura y proscripción por su abierta y frontal oposición al principio culpabilístico enseñoreado en el artículo 1.º del Código tras la reforma operada por Ley 8/83, de 25 de junio, que, al barrer todo vestigio objetivista en la exacción de la responsabilidad penal, ha hecho revivir, y con toda propiedad, la calificación de «aberrante», que mereció el criterio de la Ley. Habiéndose desterrado de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones, sólo el dolo o la culpa pueden servir de fundamento a cualquier resolución condenatoria, incorporándose así nuestro Derecho penal a las corrientes más caracterizadas y actuales propias de un Estado de Derecho de sesgo democrático. suponiendo, a la vez, el anacrónico precepto del artículo 546 bis, b), una vulne-

ración del derecho a la presunción de inocencia proclamado y garantizado en el artículo 24.2, de la Constitución, el cual, además de su permanente valor alumbrador del ordenamiento jurídico, de singular relieve en el proceso penal por afectar a los bienes más preciados de la persona, adquiere el rango y la significación de norma directa, invocable como garantía constitucional, con fuerza impositiva sobre todos los Poderes Públicos. Y es que —cual precisa la Sentencia de 25 de abril de 1985— 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**. Deviniendo, pues, necesaria la verificación de un proceso revisorio en orden a la presunción encargada en el artículo 546 bis, b), como contraria al axioma «*nullum crimen sine culpa*», hecho letra de Ley en el artículo 1.º del Código Penal, y al aludido principio constitucional encabezador de los derechos fundamentales de la persona, lo que ha supuesto el que el indicado precepto quede marcado indefectiblemente con sello de inconstitucionalidad, dejando de operar en su eficacia agravatoria al traspasar los límites impuestos por el nuevo orden». (S. T. S. de 21 de diciembre de 1985.)

Artículo 546 bis b). Presunción de habitualidad en el delito de receptación: derogación tácita.

3. «Sentada la presunción de habitualidad en el fallo con la aplicación del artículo 546 bis b) que la establece dado que el inculpado tiene establecimiento abierto de chatarrería e impugnada ésta, en el primero de los motivos del recurso debe estimarse tal impugnación, porque éste precepto —como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 25 de abril de 1985—, se halla en contradicción con el elemental principio de culpabilidad según el cual ésta no puede presumirse, sino que ha de ser probada y además con el principio de presunción de inocencia enunciado en el artículo 24-2 de la Constitución, por lo que la presunción equivale a una derogación tácita de dicho precepto en tanto en cuanto se muestra contraria o incompatible con los preceptos constitucionales citados que deben prevalecer sobre el mismo que resulta inaplicable por anticonstitucionalidad sobrevinida, por lo que tal motivo debe ser parcialmente estimado en dicho punto». (S. T. S. de 23 de octubre de 1985.)

Artículo 548. Incendio de unos enseres en una prisión que deriva en la causación de una muerte y de lesiones personales. Concurso ideal.

2. «Igualmente, esta Sala ha venido declarando que cuando el peligro potencial producido por el incendio se convierte en un resultado lesivo real, procede aplicar, o bien la doctrina del concurso de normas, con prevalencia del principio de especialidad cuando el incendio ha sido intencionalmente provocado para producir el resultado que se produjo, constitutivo de un delito más grave, o bien las normas del concurso ideal de delitos, con aplicación del artículo 71 del Código Penal al darse el dolo directo en uno de

ellos y el eventual en el otro, como sucedió en el caso de autos, al haber aceptado el procesado las consecuencias dañosas del incendio perfectamente previsibles, y más que probables, seguras». (S. T. S. de 1 de febrero de 1986.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria. El deber objetivo de cuidado es especialmente exigible a los miembros de la fuerzas y cuerpos de seguridad del estado.

III. «Si todo el mundo que utilice armas tiene el deber objetivo de cuidado de hacerlo tomando las precauciones necesarias para que del uso de un instrumento tan peligroso no pueden derivarse daños, el deber es especialmente exigible y cobra singular relieve cuando se trata de personas que deben usarlas constantemente, como ocurre con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de manera, que no puede negarse que el descuido negligencia o abandono del procesado, al no tener el cuidado de comprobar el estado en el que se hallaba el arma tanto en el momento de dejarla colgada en el taquillón como cuando la cogió para realizar un acto de servicio demuestra que concurrieron los elementos intelectual y psicológico de la culpa, o sea, tanto la previsibilidad como la infracción del deber objetivo de cuidado con una intensidad tal, que su falta de diligencia merece el más grave de los reproches social y penal, pero la gravedad y reprochabilidad de su conducta aumenta, habida cuenta que hizo uso del arma sin la menor justificación, dada la nimiedad del hecho, en absoluto punible como era el que la víctima no atendía a su requerimiento de que le exhibiese el documento de identidad, cuando ya había accedido a enseñarle el del ciclomotor, y que se trataba de persona perfectamente conocida e identificada hasta el punto de llamarle el procesado por su propio nombre y, además, faltó a las más elementales normas de precaución al apuntar con el arma al cuerpo de la víctima, por lo que, como acertadamente dijo el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, se observa una serie de negligencias o de faltas de diligencia producidas en «cascada» íntimamente enlazadas entre sí y cuya suma arrojó como producto el lamentable resultado que se produjo, por lo que es evidente que procede desestimar el primer motivo del recurso». (S. T. S. de 13 de febrero de 1986; ver también S. T. S. de 17 de febrero de 1986.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria. Actio libera in causa en su forma culposa.

2. «Debe recordarse a estos efectos, que es doctrina ya hecha «cuerpo jurisprudencial» de esta Sala, que en estos casos se va pasando por varios estadios, el de vigilia, el de fatiga, el estado crepuscular de somnolencia de cierta duración, hasta el sueño en que se pierde la consciencia total, con la interrupción absoluta de las facultades psíquicas y físicas y la falta de todo control humano sobre la actividad desarrollada. Estudiando ese estado de somnolencia a que el recurso se refiere, se manifiesta con claros síntomas de tendencia al letargo, pórtico del sueño, en el que un conductor de previsión media y normal, atisba una serie de peligros que se escapan de su potencialidad física y psíquica, por lo que si es medianamente predictor y cons-

ciente de que el día anterior ha dormido insuficientemente —como en el caso de autos— debe interrumpir inmediatamente la conducción, y tomar las medidas adecuadas de descanso para evitar todos aquellos peligros que un conductor medio, sabe gravitan sobre su actividad.

3. Al no hacerlo así el recurrente, además de su responsabilidad plena —que ciertamente no elude— se coloca voluntariamente en situación de riesgo dando vida a la «*actio libera in causa*» en su forma culposa de culpa consciente o con representación de los riesgos infinitos que asume voluntariamente y por tanto su conducta entra de lleno en la imprudencia grave o temeraria, pues previstos los muchísimos eventos que en su actividad podían ocurrir, ni hizo lo posible para evitarlo, persistiendo en una conducta sumamente peligrosa, generadora ya de riesgos de toda clase, que tales pueden ocurrir en una conducción en tales condiciones, que desembocaron, como no podía ser menos, en el accidente, atropello, dos muertes, un herido y los daños que se especifican en la sentencia de instancia». (S. T. S. de 5 de diciembre de 1985.)

Artículo 586, 3.º Imprudencia simple sin infracción de reglamentos. Error médico que determina la muerte del paciente.

2. «En tesis de recurso, el único motivo articulado por la vía del número 1.º del 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo pone en tela de juicio la previsibilidad y omisión del deber objetivo de cuidado y la relación de causalidad, fácilmente combatibles y constatables si se tiene en cuenta que el Doctor R., hoy recurrente, en sus funciones de Médico Adjunto, conocía con antelación al paciente y que éste era alérgico al grupo de oligosacáridos (entre los que figuraba la estreptomycinina) y al pasar consulta con el Médico F. J. S. L., que ostentaba la condición de Interno Residente (MIR), lo que hacían por primera vez en equipo, aquél advirtió a éste que para aliviar los dolores del enfermo le aplicasen ampicilina o penicilina, pero sin advertir que era alérgico a la estreptomycinina, por lo que el Médico que recibió tan ambiguas y escuetas instrucciones sin cuidarse a su vez de pedir las necesarias aclaraciones, incluso la del nombre del fármaco conocido comercialmente, prescribió que se le inyectase Farmapén, por ser antibiótico adecuado a la dolencia y aplicados en ocasiones en el departamento, trasladando la orden por escrito al libro de enfermeras, una de las cuales, la que se encontraba de servicio, inyectó el farmapén al paciente, provocando, casi inmediatamente, la presentación de una brusca reacción alérgica acompañada de un cuadro de intensa disnea, marcada angustia y cianosis que, pese a todas las atenciones, provocó su fallecimiento.

De todo ello resulta indudable el proceder culposo del Médico Adjunto, calificado como falta por la Audiencia de instancia, pues que el resultado letal se produjo a su imprevisión y olvido de sus deberes elementales, como era el de advertir la alergia del paciente a la estreptomycinina y la prohibición de suministrarle cualquier fármaco en cuya composición entrase, dejando al paciente al cuidado del Médico Residente, cuya experiencia desconocía, pues que tan sólo era la primera vez que pasaba consulta con el mismo». (S. T. S. de 15 de enero de 1986.)