

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Por JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

## **ARTICULO 8.1.º ENAJENACION MENTAL. ESQUIZOFRENIA**

(STS de 8 de junio de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

SEGUNDO. Aunque es difícil dar un concepto preciso de la esquizofrenia, porque no es propiamente una enfermedad, sino un conjunto de enfermedades por la variedad de síntomas que presenta, es lo cierto que se trata de una verdadera psicosis endógena, sin duda la más frecuente, que se caracteriza por producir un trastorno fundamental con escisión en la estructura de la personalidad, de modo que, si bien el sujeto puede conservar su inteligencia, memoria, afectos, sentimientos, gustos, aficiones, etc., comportándose con aparente normalidad en ocasiones, sin embargo, no puede hacer uso de estas facultades porque hay otras funciones psíquicas que no reconoce como suyas porque las atribuye a fenómenos extraños a su persona, que le impulsan a actuar en un determinado sentido, originándose así una disociación en las vivencias internas que constituye la verdadera esencia de la psicosis esquizofrénica, si bien las diversas manifestaciones que se *presenta originan las distintas clases de esta enfermedad, como son la esquizofrenia paranoide, caracterizada por las alucinaciones o ideas delirantes, la esquizofrenia hefebrénica, en la que los síntomas cambian con alteraciones del humor, tendencia a la soledad, irritabilidad o extravagancias, la esquizofrenia catatónica, con alteraciones de los impulsos y motilidad, rigideces o posturas fijas, la esquizofrenia simple o heboidofrenia, que presenta apatía progresiva, disminución de la espontaneidad y de la afectividad, falta de interés, etc., pudiendo aparecer esta psicosis de forma lenta y continuada, si bien es lo más frecuente que la primera vez se presente por sorpresa en forma de brote agudo (brote esquizofrénico) que puede desaparecer y volver a repetirse, porque, en realidad, aunque remitan los síntomas, la enfermedad es difícil que llegue a curarse, ocasionando la repetición de tales fases agudas un estado residual cada vez más intenso hasta llegar, a veces, a verdaderas demencias.*

**ARTICULO 10.6.ª PREDEMITACION. CONCEPTO.  
COMPONENTE TEMPORAL**

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

La agravante de premeditación constituye una intensificación del dolo a la que se llega por la persistencia en la idea criminal durante algún tiempo, lo que, según opinión mayoritaria, se traduce también en la concurrencia de una reprochabilidad mayor, puesto que el sujeto, lejos de aprovechar ese lapso para reconsiderar y abandonar su propósito delictivo, se refuerza en éste, madurándolo y asumiéndolo definitivamente; a este respecto, la jurisprudencia, que ha llegado a apreciar ese componente por el transcurso de una hora, hace hincapié en que lo decisivo es la persistencia misma de la resolución, por lo que bastaría con el tiempo necesario para acreditar dicho extremo; y la exigencia de la frialdad de ánimo no deja de ser discutible, pero se desprende, en cierta manera, del mencionado requisito fundamental, y en cuanto a que la premeditación sea conocida, se trata de algo incluido superflua y gratuitamente en el texto penal (art. 10.6 CP), puesto que ninguna agravante, atenuante o eximente puede ser apreciada en tanto no consten acreditados sus presupuestos fácticos (Cfr. TS Ss 31 Nov. 1971, 21 Dic. 1981 y 19 Jun. 1984).

Procede estimar la agravante de premeditación cuando, como ocurre en el caso, transcurren unas 5 horas desde que nace el propósito criminal de a del incidente ocurrido a las 21,30 h. y se materializa el mismo disparando a las 2,30 h. de la madrugada siguiente contra quienes el procesado considera sus enemigos, no sin que en el intermedio el recurrente fuera a su casa, cargara la escopeta y se dirigiera hacia la vivienda de sus víctimas.

**ARTICULO 10.8. ABUSO DE SUPERIORIDAD. VIOLACION**

(STS de 5 de julio de 1990. Pte. Sr. Vivas Marzal)

TERCERO: La circunstancia 8.ª artículo 10 CP —abuso de superioridad— se halla emparentada estrechamente con la agravante de alevosía, hasta el punto de dedicársele la denominación de alevosía en tono menor o de segundo grado, representando, la doctrina, gráficamente, a una y otra circunstancia de agravación, como dos círculos concéntricos. En la circunstancia 8.ª es dable distinguir entre un abuso de superioridad físico y otro de naturaleza instrumental, siendo preciso que, en ambos casos, el agente se prevalega de las mayores facilidades comisivas que le depare su mejor robustez, su superior vigor o el número de sus secuaces, o los medios de que ha dispuesto para debilitar la defensa de la víctima. Sin embargo, en la violación conseguida o pretendida a viva fuerza, aunque no se excluya la aplicación de esa agravante en los casos de actuación de varios agresores en tropel, tratándose de hombre y mujer, *unus et una*, el mayor vigor y la superior envergadura y peso del varón respecto a la mujer son consustanciales a esa modalidad delictiva e inherentes a ella, integrando el tipo y no pudiendo constituir circunstancia modificativa, lo que es predicable también en la hipótesis de los números 2 y 3 del citado artículo 429, en las que el legislador, la total

o parcial indefensión de la víctima ya la ha tenido en cuenta al construir las figuras delictivas, formando parte de la tipificación legal, y no pudiendo constituir, por tanto, circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de índole agravatoria. Procediendo, en armonía con lo expuesto, la repulsión del motivo tercero de los articulados por la acusación particular, sustentado en el artículo 849.1 LECrim., por inaplicación de la circunstancia 8.ª artículo 10 CP, no sin antes resaltar para que no lo olvide el recurrente que el Tribunal sentenciador en instancia aplicó el artículo 429.1 CP, y no el número 2 del mismo precepto.

#### ARTICULOS 14 Y 16. COMPLICIDAD. AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE

(STS de 7 de junio de 1990. Pte. Sr. Vivas Marzal)

SEGUNDO: El artículo 344 CP no se ha vulnerado en este caso, pues el comportamiento punible consistió en la adquisición y tenencia de casi 5 kilos de cocaína, en Bélgica, con el fin de su introducción clandestina en España y ulterior distribución entre otras personas y, siendo éste el comportamiento fundamental, declarado probado en la sentencia recurrida, cuyas declaraciones fácticas son intangibles, es evidente, tanto la adecuada subsunción de esa conducta en una de las hipótesis contempladas —tenencia con fines de ulterior tráfico— en el artículo 344 CP, como la posibilidad de participación, en distintos planos o grados, de otras personas distintas a las que maquinaron y desarrollaron la operación.

TERCERO: La complicidad, como forma de participación delictual, se regula y define en el artículo 16 CP, donde se dice que «son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». Así pues, la complicidad requiere la concurrencia de algunos de los requisitos comunes a todas las formas de participación, con excepción, acaso, de la inducción y del encubrimiento, siendo tales requisitos, el concierto previo o por adhesión, denominando *pactum scaeleris* o *societas scaeleris*, la conciencia de la ilicitud del acto pactado o *conscientia scaeleris*, el denominado *animus adjuvandi* y, finalmente, la aportación de esfuerzo propio para la consecución de un empeño o empresa común. Y esto sentado, la complicidad se distingue de la autoría material y directa en que el cómplice no toma parte directa en la perpetración del hecho punible, ni efectúa actos estelares, primordiales o nucleares, limitándose a cooperar, a esa empresa común, con actos meramente secundarios o periféricos. Del auxilio necesario se diferencia por que los actos de cooperación necesaria son indispensables e imprescindibles —véanse las cuatro teorías que se exponen en la sentencia recurrida—, mientras que la colaboración o contribución del cómplice radica en actos, si no meramente ornamentales, al menos de índole auxiliar, secundario o accesorio, de tal modo que el hecho punible, sin ellos, se hubiera sometido del mismo o semejante modo. Por último, del encubrimiento queda la complicidad, queda nitidamente separada pues ésta requiere la perpetración de actos anteriores o coetáneos, mientras que el encubrimiento entraña una participación *a posteriori* o *post delictum*, siendo prestado el concurso del encubridor con posterioridad a la consumación de la figura punible de que se trata.

CUARTO: En este caso, la complicidad, afirmada por la sentencia de instan-

cia, de Carmen Eufemia M. R., se polariza o concreta en dos grupos de actos, de un lado, en facilitar el uso del teléfono de su domicilio para que el «cerebro» o *leader* de la operación pudiera estar al tanto, conectando con sus secuaces, del estado y progreso de la misma, cesión del uso de teléfono completada con la también cesión del teléfono de un establecimiento regentado por los hijos de Carmen Eufemia M. R., la cual tenía perfecto conocimiento, desde el principio, de la finalidad y destino de las llamadas; y, de otro, en la ocultación o desaparición de uno de los depósitos de gasolina sustituidos por otros, apropiados para el desenvolvimiento de la operación proyectada. Pues bien, descartado ese segundo *modus operandi*, puesto que se trata de un acto de autoencubrimiento impune, máxime siendo, la acusada, concubina o amante de uno de los acusados todavía no juzgados, resta la cesión de los teléfonos, o mejor dicho, de su uso, lo cual es conducta constitutiva de complicidad pues, a sabiendas de la ilicitud de la conducta de sus co-reos, la acusada cooperó a un empeño criminal común, con actos simultáneos de carácter auxiliar o secundario y no *sine qua non*.

#### **ARTICULOS 202 A 204, y 403. EXACCIONES ILEGALES. CONCEPTO. REQUISITOS. CONCURSOS DE NORMAS**

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

PRIMERO: El delito de exacciones ilegales, de vieja raigambre que se remonta a la concusión, con cuyo nombre aún se le conoce en Derecho comparado, ofrecía un concepto amplio en el que se incluía cualquier cantidad exigida por el funcionario al particular, que éste no viniese obligado a pagar con arreglo a las Leyes, concepto que se mantuvo en nuestros Códigos hasta el de 1870 y que ha llegado hasta nuestros días, con el breve paréntesis del Código de 1928 que, con su profuso casuismo, añadió dos supuestos particulares referidos a concejales y recaudadores de contribuciones. Finalmente, la reforma de 1944 aludió al reintegro por el funcionario del indebido cobro para dejar claro que tal restitución no afecta a la responsabilidad penal, práctica en contrario que se había sostenido con anterioridad. También es de tener en cuenta que mentada reforma introdujo como uno de los verbos del tipo de cohecho activo el solicitar, que la jurisprudencia ha venido a interpretar como equivalente a exigir, acción típica del delito que examinamos.

De lo dicho se desprende el parentesco de la exacción ilegal bien con la estafa, bien con el cohecho, de los que se diferencia en que el funcionario no tiene derecho para la percepción de cantidad alguna, de suerte que la antijuricidad en el delito de examen está en el *quantum* o exceso sobre lo que el funcionario puede legalmente recibir por razón de su cargo.

SEGUNDO: Tal reducción del concepto de la antigua concusión, se manifiesta en cada uno de sus *elementos estructurales*:

a) El *sujeto activo* no es cualquier funcionario, sino tan sólo aquel que percibe todo o parte de sus emolumentos en forma de derechos fijados en aranceles o de otro modo legalmente establecido como puede ser su participación en la recaudación de tributos, tasas parafiscales, etc. De nuevo viene aquí a jugar el exceso en la percepción, pues si se exige a los contribuyentes impuestos no autori-

zados se está en el supuesto de los artículos 202 a 204 CP. Es sintomático respecto a lo que hemos dicho la remisión a la estafa que hace, entre los mencionados, el artículo 203, para el caso de que el impuesto indebido y cobrado por el funcionario no entre en las Cajas del Tesoro público. Se trata del mismo reenvío que el artículo 403 hace a los delitos de apropiación indebida y estafa como segunda forma de exacción ilegal, desplazada en la tipicidad por dichos delitos con la única adición de la pena de inhabilitación especial.

b) *La acción* ya hemos dicho que se condensa en el verbo exigir los mayores derechos lo que puede hacerse directa o indirectamente, esto es, por sí o a través de otra persona (empleado, subalterno, etc.). En este segundo caso se siguen las reglas de la participación de *extraneus* en los *delicta propria*. En cuanto al concurso con el *cohecho* o la *estafa*, por regla general el cohecho absorberá por consunción a la exacción ilegal. Lo mismo sucederá en el caso de estafa, la que operará también por absorción, ya no sólo por virtud del artículo 68, sino por el propio reenvío del artículo 403, el que, sin embargo, completa la penalidad. La excepción se dará cuando se trate de una o varias estafas constitutivas de faltas en que ya no tiene virtualidad el artículo 403 que sólo se refiere a delitos. Finalmente, la consumación se logra con la exigencia de los derechos indebidos aunque no lleguen a cobrarse.

c) En fin, la *culpabilidad* se entiende comúnmente que sólo es posible en su forma dolosa, seguramente por la conjunción que el legislador hace de este delito y de los fraudes de los funcionarios en la rúbrica del Cap. XI Tit. VII Libro 2.º CP. De hecho no se da en el tipo que describe la exacción ilegal (art. 402) ningún elemento subjetivo del injusto, explícito o implícito, que impida la comisión culposa. Y no ha faltado alguna sentencia de esta Sala que así lo ha entendido (S 28 Sep. 1965).

TERCERO: La doctrina jurisprudencial se centra, de conformidad con lo dicho, en la exigencia de mayores derechos, es decir, que el funcionario ha de estar facultado para percibir derechos en forma de arancel, participación, etc. (SS 12 Mar. 1935, 5 May. 1959, 5 Nov. 1960), si bien algunas SS (24 Jun. 1909 y 3 Jun. 1957) ha extendido el tipo a la percepción de emolumentos no debidos en absoluto. La buena doctrina ha sido definitivamente asentada por las recientes SS 14 Abr. y 17 Dic. 1986 que en estos últimos casos entiende que el comportamiento del agente incide con más propiedad en las figuras de estafa o cohecho. Y por supuesto, los casos contemplados por dichas resoluciones se refieren a percepción de cantidades superiores a las que tenía derecho a demandar el funcionario.

#### **ARTICULO 237. DESOBEDIENCIA GRAVE. PROHIBICION ENTRADA EN TERRITORIO NACIONAL**

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

El hecho está perfectamente concretado en el relato fáctico de la sentencia de instancia: el procesado tenía prohibida la entrada en territorio nacional por cinco años, según orden de expulsión de 23 de marzo de 1983, notificada al mismo el 4 de julio de igual año.

El problema, por consiguiente, no es otro que el de decidir si este comporta-

miento tan específico es o no constitutivo del delito por el que el imputado viene condenado.

El artículo 237 del Código Penal castiga a los que sin estar comprendidos en el artículo 231 desobedecieren gravemente a la autoridad o a sus agentes si la orden está dictada en ejercicio de las funciones de su cargo. La fórmula actual procede del Código Penal de 1870, en su artículo 265 y tiene, en orden a la conducta de desobediencia, como límite superior el atentado e inferior falta del artículo 570.6, ambos del Código Penal.

Una vez el intérprete ha de situar el hecho que se enjuicia en relación con las circunstancias que lo acompañan para decidir en cada caso concreto si existe o no gravedad, dada la imprecisión terminológica no siempre salvable de este término.

En este orden de cosas ha de tenerse en cuenta la materia sobre la que la orden desobedecida versa, las condiciones del que desobedece, los efectos del incumplimiento, su persistencia, etc.

En este caso sometido a nuestra decisión se trata de una orden expresa, clara y terminante dada por quien estaba autorizado a hacerlo en el desempeño de sus funciones, referida a la expulsión del procesado del territorio nacional y cuyo flagrante incumplimiento introduciéndose clandestinamente en España, donde fue detenido cometiendo otro delito y habiendo incurrido en otro, produjo sin duda graves consecuencias, teniendo en cuenta las circunstancias legales determinantes de una expulsión del territorio nacional y el hecho mismo de dicha expulsión.

#### **ARTICULOS 240 Y 261.1.º y 2.º INJURIA A ALTOS ORGANISMOS DE LA NACION. DESACATO. PRINCIPIO ACUSATORIO**

(STS de 17 de mayo de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

**PRIMERO:** El motivo único de impugnación articulado por el Ministerio Fiscal por infracción de ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce inaplicación de los artículos 161.1.º y 162 del Código Penal.

A) Los delitos cometidos contra los Altos Organos de la Nación, que no estaban antes concretamente tipificados, se introducen en el Código Penal a través de la reforma de 8 de abril de 1967, para extender la protección penal a otros órganos políticos, en cuanto específicamente se protege la dignidad de los mismos, convirtiendo esta infracción en un delito contra los aludidos órganos, y no contra personas individuales concretas, las que deben considerarse a partir de aquella reforma como desacatos del artículo 240 del propio texto punitivo. La doctrina científica es unánime en tal interpretación. Sujetos pasivos de los delitos del número 1.º del artículo 161, sólo pueden serlos además del Regente o Regentes, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, y los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Por tanto, se suscitará una cuestión concursal en los supuestos en los que la conducta ejecutada constituya no sólo unas injurias o amenazas para los mencionados organismos, sino además un delito para alguno o algunos de los miembros que integren aquéllos. pudiendo constituir, en su caso, un concurso

ideal o real de los artículos 71 y 69 del Código Penal, con el delito de desacato de los artículos 240 y siguientes del propio Cuerpo Legal.

B) Aplicando la doctrina expuesta al caso aquí enjuiciado, es obvio, y así se deduce de la lectura del relato histórico de la sentencia impugnada, que las expresiones proferidas por el procesado, evidentemente rechazables moral y socialmente, van dirigidas no contra el Gobierno, como órgano del Estado, sino individualizadas en un miembro del Gobierno, el de su presidente. Por tanto, no puede haber discusión respecto a que la conducta tipificada en el número 1.º del artículo 161 del Código Penal, no se ha producido, puesto que las frases reputadas injuriosas por el Ministerio Fiscal, se concretan en personas, alguna tan cualificada como su Presidente, integrante del Gobierno, pero no a éste como Alto Organismo de la Nación. Por ello, procedería rechazar el motivo de impugnación.

Podría plantearse como se apuntó en el apartado A), la concurrencia de un concurso delictual con el delito de desacato de los artículos 240 y siguientes del Código Penal, o más bien, al no estar tipificada la conducta del procesado como un delito contra los Altos Organismos de la Nación, subsistiría exclusivamente sólo el desacato. Pero ello suscitaría, si se admitiese tal postura, la posibilidad de una quiebra del principio acusatorio, esencial en nuestro ordenamiento jurídico penal, así como los derechos que proclama el artículo 24 de la Constitución Española, y por tanto, del derecho de defensa, y correlativamente el de proscripción de toda indefensión, así como el de ser informado de la acusación formulada contra el procesado. El Ministerio Fiscal, única parte acusadora, la mantuvo por un delito tipificado en el artículo 161-1.º del Código Penal incardinado en el Título II, Capítulo I, Sección 2.ª del Libro II, mientras que el delito de desacato, se halla regulado en el mismo Título, Capítulo VIII del aludido Libro. Respecto al cambio del título incriminatorio, una reiterada doctrina de esta Sala —cfr. Sentencias 21 abril y 19 noviembre 1987, 26 marzo, 30 septiembre y 3 noviembre 1988, y 13 octubre 1989— ha declarado que no se produce si el hecho es el mismo, idéntico el objeto de la acción y los delitos —aquél por el que se acusa, y aquél por el que se condena— homogéneos, porque en tales circunstancias, la defensa tiene plenas posibilidades de ejercer su función. En este caso, se cumplen la identidad de hecho y el objeto, pero no así la homogeneidad de los delitos. Los bienes jurídicos protegidos son distintos. En el que se imputa al procesado se tutela la protección del Organismo como tal, sin tomar en consideración a sus miembros individualmente considerados. En el de desacato, la de un Ministerio o una Autoridad, que por definición, respecto a este último, del artículo 119-1.º y 2.º, hay que entenderlo como persona individual, y como tal, el honor de aquélla, en su calidad de partícipes del ejercicio de funciones públicas. «Un Ministro» o «una Autoridad», es la dicción del artículo 240 del Código Penal, que lógicamente es totalmente distinto al órgano «Gobierno», totalidad de los Ministros que lo constituyen. El cambio del Título de incriminación supondría vulneración de los derechos aludidos, que debe repudiarse.

Por ello, el motivo debe rechazarse y por tanto, el recurso en su integridad.

### ARTICULOS 257 Y 258. DEPOSITO DE ARMAS. NATURALEZA. REQUISITOS

(STS de 22 de junio de 1990. Pte. Soto Nieto)

PRIMERO: El motivo único del recurso interpuesto por el procesado se instrumenta al amparo del artículo 849 de la LECr, por supuesta infracción de los artículos 257 y 258 del CP, por aplicación indebida, así como por inaplicación del artículo 5.º del Real Decreto de 24 de julio de 1981. La infracción penal constitutiva del delito de *depósito de armas*, plasmada legalmente en los artículos 257 y 258 del Código Penal, responde a la finalidad tuitiva jurídico penal de la seguridad de la comunidad social frente al riesgo de acumulación de instrumentos y medios de tan marcada peligrosidad, sin la autorización debida. Definiéndose con una cierta autonomía frente al tipo básico del artículo 254 —basta observar las características y *nomen* propio del delito en cuestión—, al relacionarse con una delincuencia de integración colectiva y sesgo subversivo; de ahí que la protección buscada trascienda a la *seguridad interior* del Estado. Junto al carácter de delito de *peligro presunto*, es de destacar también su naturaleza de *delito permanente*, o delito de tracto continuado, como suele designarse jurisprudencialmente, dada la prorrogación en el tiempo de la ofensa al bien jurídico que supone, en tanto no es descubierto. Se constituye el depósito por la reunión de tres o más armas de guerra, salvo que se trate de ametralladoras, pistolas o fusiles ametralladores o bombas de mano, para cuya hipótesis el artículo 258 dispone que «aun cuando se trate de una sola arma, se castigará siempre como depósito»; viéndose en este específico supuesto, dadas las características de aludidas armas, velados propósitos, al igual que el más general, de marcada índole antisocial.

La «*tenencia*» contemplada en el artículo 258, último párrafo de los consagrados al depósito de armas de guerra, no ha de desconectarse de la idea matriz de depósito que preside la redacción del artículo 257 del CP, *no pudiendo hacerse equivalente a una mera detención accidental o por breves momentos*, implicando la conceptualización de depósito un propósito de retención, de guarda o custodia del arma, si no definitiva o acusadamente duradera, si con *alguna permanencia* contraria a la transitoriedad de una esporádica aprehensión o episódico uso; actos, estos últimos, que suficientes normalmente para integrar la figura delictiva del artículo 254 del CP —en que basta una simple disponibilidad del arma, un *animus possidendi*, o simplemente *detinendi*—, no alcanzan la significación y rango precisos para dar luz al tipo más grave del depósito de armas.

### ARTICULOS 302.4.º Y 303. FALSIFICACION DOCUMENTAL. FALSEDAD IDEOLOGICA. REVALORIZACION DE BIENES

(STS de 18 de junio de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

TERCERO: Coinciden sustancialmente el único motivo del recurso de Juan Antonio R. y V. E., el segundo Miguel P. A. y el segundo de la representación conjunta de los cuatro restantes recurrentes, lo que aconseja su examen unitario.

Se combate en ellos la aplicación de los artículos 302.4 y 303 del Código Penal<sup>1</sup> poniendo el acento en la pretendida inexistencia de falsedad ideológica por cuanto la falta de perjudicados y al fin perseguido relajarían el otorgamiento de escrituras al ámbito civil de la contratación simulada, tanto más teniendo en cuenta las especiales circunstancias económicas y financieras en las que tal actividad se enmarcó. Sucede, sin embargo, que, si bien nuestro Código, a diferencia, por ejemplo, del francés, distingue con cierta nitidez entre la legitimidad y la veracidad de un documento, castiga también esta falsedad intelectual o ideológica como la indicada modalidad comisiva 4.º de su artículo 302. Es cierto que algún prestigioso autor ha tratado de restringir tal concepto en el sentido de exigir que, tratándose de escrituras públicas, sea el propio fedatario quien recoja inveraz o distorsionadamente las manifestaciones que le son hechas, pero tal exégesis, aunque interesante, no es la admitida por la jurisprudencia y la doctrina dominante. Así las cosas, el problema se centra en la importancia que ese extremo falso tenga en el documento mismo, atendiendo a su contenido como expresión de pensamientos y voluntades con repercusión en el tráfico jurídico, y llegados a este punto procede subrayar que en el presente caso no se trata de determinados datos inveraces, bien totalmente irrelevantes, bien con un interés circunscrito a quienes otorgan el documento, como podría ser la profesión o incluso el precio, sino de una cadena de operaciones representadas por una multiplicidad de escrituras públicas en las que, si se permite la expresión, se falsifica ideológicamente todo, y ello con el deseo de obtener en definitiva una revalorización cuyo interés real, lejos de agotarse entre los otorgantes, se encuadra nada menos que en una fusión bancaria. Sabido es que el fin no justifica los medios —en este caso delictivo en sí mismo— y difícilmente puede insinuarse siquiera, según aquí parece haberse hecho, que esa fuera la vía legal a seguir, casi como si se tratase del ejercicio de un derecho o del cumplimiento del deber. Los ahora recurrentes, al margen de la licitud o ilicitud de sus últimos propósitos, optaron consecuentemente por acudir a estas maniobras contrarias a la autenticidad y seguridad del tráfico jurídico, sin reparar siquiera en lo que las escrituras tienen de «traditio» instrumental en la compraventa de inmuebles y, eso sí, obteniendo elocuentes remuneraciones, inconcebibles en actuaciones normales y legales. De otra parte, no hace falta insistir en que ni el ánimo de lucro ni el de perjuicio de tercero son elementos esenciales del delito de falsedad en documento público, oficial o de comercio, siendo evidente la inclusión de las escrituras públicas en el primero de los mencionados conceptos. Procede, pues, la desestimación, también, de estos motivos y con ella, la de la totalidad de los recursos.

#### **ARTICULOS 306 Y 307. FALSEDAD DOCUMENTAL. RECETAS MEDICAS. PERJUICIO MORAL**

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

UNICO: Las recetas extendidas en el ejercicio de la profesión médica son, en principio, documentos privados; se les concede, sin embargo, el carácter de documento oficial cuando proceden de los servicios médicos organizados para atender las necesidades sociales (recetas de la Seguridad Social, de la Mutualidad

General de Funcionarios del Estado, de la Mutualidad General Judicial, del Instituto de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, o de los servicios de beneficencia de las Corporaciones Locales), y en el caso de que los medicamentos prescritos exijan para su dispensación receta médica de acuerdo con las normas establecidas en la Orden de 11 de abril de 1977 y Decreto de 6 de octubre de 1977, la cual debe quedar registrada y archivada en la Oficina de farmacia para facilitar el control administrativo. Y como quiera que el medicamento prescrito y obtenido en virtud de las recetas apócrifas (*Preludin Compositum*) tiene por base el clorhidrato de fenmetracina, perteneciente al grupo de las anfetaminas y sometido al régimen inexcusable de receta médica, los documentos simulados por el recurrente debieron haberse considerado documentos oficiales con la consecuente subsumción del hecho incriminado en el artículo 303 del Código Penal, dónde es ocioso tratar —como elemento típico— del perjuicio de tercero, tema propio del recurso.

No obstante, subsumidos los hechos por la sentencia recurrida en el artículo 306 del Código Penal, el perjuicio de tercero pasa a integrarse en el tipo y como tal necesario para la relevancia penal del hecho, cuestionando el primer motivo del recurso su existencia. No son atendibles las razones que lo apoyan porque el perjuicio puede no ser patrimonial y existe en este caso, como acertadamente razona la Sala sentenciadora, por cuanto estando las recetas extendidas bajo el nombre de Facultativos existentes y ejercientes les reporta un potencial perjuicio moral al imputarles la prescripción de un medicamento —acto médico incorporado— sin previa consulta y examen del enfermo, lo cual afecta a su nombre y crédito profesional, y que también —«prima facie»— comprometida su actuación médica por la presunta prescripción de un preparado que puede ser perjudicial y probablemente nocivo en el caso de compuestos, como las anfetaminas, de restrictivo uso y obligado control.

Estos razonamientos atraen la desestimación del motivo primero del recurso, y sirven también de fundamento desestimatorio al motivo segundo por cuanto este último, al invocar la aplicación indebida del artículo 307 del Código Penal, reproduce los mismos argumentos impugnativos.

#### **ARTICULO 364. INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS. OCULTACION. CONCEPTO.**

(STS de 29 de junio de 1990. Pte. Sr. Huerta y Alvarez de Lara)

**PRIMERO:** Tiene reiteradamente declarado esta Sala a los efectos de tipificación del delito de infidelidad en la custodia de documentos, sancionado en el artículo 364 CP, que existe ocultación de documentos por funcionario público cuando maliciosamente y con daño para la Administración o para tercero, se produce la paralización del trámite obligado a que responda un documento, y que ocultar, a efectos de este delito, es equivalente a guardar, no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento, impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido y destino; conducta ésta de ocultación seguida por el procesado con dos edictos que le fueron remitidos por el Registrador de la Propiedad de Piedrahíta que había procedido a la inmatriculación de la finca que se dice en el *factum* mediante título público de su adquisición, conforme a lo establecido en el artículo 205 LH y 298 y ss. RH para la

ejecución de la misma, edictos que fueron expuestos durante 1 mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento del que era Alcalde el recurrente y que éste se negó a devolver al Registrador, guardándolos personalmente con la finalidad conseguida de que transcurrieran 3 meses y tuviera que cancelarse la inscripción por la no presentación de los citados edictos, como así sucedió, sin que la creencia que tenía el procesado de que la finca inscrita era un bien comunal justifique el cumplimiento de sus deberes legales máxime sabiendo que como establece el artículo 298, párrafo último RH, que los que se crean con derecho a los bienes inscritos, conforme el artículo 205 LH, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente en juicio declarativo, forma única de determinar la propiedad y tutelar las situaciones o contiendas sobre ella y no por la sola decisión del Alcalde basándose en el contenido del principio de autonomía local o municipal que alega en el motivo primero —único admitido— del recurso de casación por el formulado al amparo del artículo 849.1 LECrim. y en el que denuncia la indebida inaplicación del artículo 364.2 CP que, por lo dicho, procede desestimar.

#### **ARTICULOS 400 Y 401. FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES. DOCTRINA GENERAL**

(STS de 5 de abril de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

**TERCERO:** Pasando ya al motivo tercero, residenciado en el artículo 849.1 LECrim, conviene empezar advirtiendo que los tipos de fraude contemplados en los artículos 400 y 401 CP son figuras muy abiertas, de contornos poco definidos y, en consecuencia, merecedores de algún reproche desde la perspectiva del principio de seguridad, si bien no resulte fácil profundizar en la concreción de las conductas incriminadas. Ambos preceptos, como el 402, en el que se ubican las exacciones ilegales que contemplan la rúbrica del Capítulo —«De los fraudes y exacciones ilegales»— se remontan al Código de 1848 (arts. 314 a 316) y agradecerían en todo caso una cierta actualización. En tanto ello no ocurra, la exégesis del artículo 401 —aplicado aquí por el Juzgador de instancia— ha visto en el mismo el delito de fraude, de manera que en el 400 se incluirían más bien comportamientos agravados. Esto permite utilizar para la interpretación del artículo 401 algunos elementos y condiciones de los que la jurisprudencia y la doctrina hacen uso o sientan a propósito del artículo que le precede, más grave, según suele ocurrir en la sistemática de nuestro CP.

**CUARTO:** Los fraudes del artículo 401 son, como los del artículo 400, delitos de mera actividad, en los que difícilmente resultan imaginables las formas imperfectas, al igual que sucede con la comisión culposa, ya que en ellos existe —aunque sea en sentido amplio— un ánimo de defraudar que opera como elemento subjetivo del injusto. De otro lado, y esto explica la amplitud que a tal componente tendencial haya de darse, no cabe olvidar que estos delitos se ubican entre los realizados por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, lo que significa que al bien jurídico representado por los intereses económicos de la Administración se anticipa el de su correcto funcionamiento, incluida ahí la preservación de una imagen que merezca el respeto de los ciudadanos.

**QUINTO:** Dicho lo anterior, la desestimación de este motivo por error de

derecho, en el que se discute la aplicación del artículo 401.1 al caso de autos, no ofrece muchas dificultades. El comportamiento enjuiciado debe serlo en su totalidad y sin quiebras o fragmentaciones más o menos artificiosas, de manera que la firma por el Alcalde del correspondiente Decreto para la subasta adquiere una relevancia especial si se la conecta con su participación en aquélla, bien entendido que en contra de la pretendida motivación ejemplarizadora o al interesado socaire de aquélla, el alcalde consigue, como único licitador, por 157.000 ptas., lo que estaba tasado en 5.200.000 ptas., y luego, por si quedara alguna duda sobre su personal interés económico, se muestra dispuesto a devolver la propiedad del inmueble por 2.000.000 ptas. Hubo, pues, interés en sentido legal y ello con el telón de fondo de un perjuicio crematístico a la Administración, dañada asimismo en su actividad normal.

#### **ARTICULOS 407 Y 338 BIS. HOMICIDIO. COMISION POR OMISION. OMISION DEL DEBER DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS**

(STS de 26 de junio de 1990. Pte. Sr. García Arcos)

NOVENO: Por lo que se refiere al tercer procesado, Gregorio E. B., se invoca un primer motivo, por infracción de Ley del artículo 849.1.º al entender mal aplicado el artículo 407 del Código Penal en cuanto se le condena como autor responsable de un delito de homicidio «cometido mediante omisión», siendo así (según su tesis) que el Tribunal «a quo» hizo una interpretación extensiva del instituto de la comisión por omisión al no concurrir en el procesado la condición de (garante) de la víctima y, por ello, no tenía obligación de proteger su integridad física, además de que nuestro Código no contiene una «cláusula general» de «equiparación entre el hacer y el omitir», ni, tampoco, «una tipificación expresa de los delitos omisivos».

Este inicial motivo debe ser rechazado porque: a) En primer lugar, no es realmente cierto que nuestro Código no contenga una norma de carácter general en la que se especifique que la «acción» y la «omisión» son los equivalentes a la hora de la inculpación delictiva, pues basta una simple lectura del párrafo primero del artículo 1 de dicho texto legal para entender la existencia de tal equivalencia; es decir, esos dos modos de actuar tienen idéntica categoría comisiva y deben ser valorados de la misma forma porque ambos producen el mismo efecto, aun que unos tengan un carácter positivo y otros negativo. b) Por ello, ante esa cláusula general de equiparación, no cabe hablar de que no existen tipos delictivos de carácter omisivo, pues el empleo de la acción negativa en la realización de un hecho no tiene porqué estar incluida de manera concreta en el precepto definidor del tipo, ya que se trata de un concepto genérico que, en buena técnica legislativa, debe estar comprendido en la parte general, no en la especial, de cualquier Ley punitiva, a no ser, claro está, aquellos supuestos en que la omisión constituya la esencia del delito y su único medio comisivo, como ocurre en los delitos llamados de «omisión pura» (denegación del deber de socorro, p.e.). Por tanto, no es realmente adecuado alegar que las actuaciones omisivas deban tener un plus de «interpretación restrictiva», ya que una cosa es la «dificultad» que pueda suponer una determinada labor hermeneútica, y otra muy distinta su carácter más

restrictivo, una vez lograda la adecuada interpretación de los hechos y su conjunción con el derecho aplicable.

DECIMO: Dicho lo anterior, hemos de indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran que para que pueda entenderse cometido un delito por «comisión por omisión», es imprescindible que el sujeto inculpado tenga la cualidad de «garante» de la víctima, o, lo que es lo mismo, esté obligado, por circunstancias concretas, a evitar la realización del hecho, circunstancias que pueden ser muy diferentes en cada supuesto, pero hay dos de evidente carácter definitorio: haber creado el peligro que desencadena la acción, y haberse desarrollado ésta en su propio domicilio, a su presencia y con proporción de medios a los otros coautores. Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso del enjuiciado, ya que: 1.º De los hechos declarados probados se deduce, sin lugar a dudas, que la acción consistente en trasladar a la víctima desde el pueblo portugués, en donde residía, a la finca, fue inducida, cuando no ordenada, por el ahora recurrente, como así lo demuestran las conversaciones previas con los otros procesados y, también, el dato revelador de que éstos, cuando llegaron a la finca con el «detenido» dicen al recurrente, con expresión de novedad, indicativa de haber cumplido con su deber, la de que «aquí tienes al de las ovejas». 2.º Como se ha dicho, el lugar en donde se desarrolló el suceso era de su pleno dominio, así como era dueño directo de los medios empleados para cometer la acción, y ésta fue por él presenciada a «ciencia» (con pleno conocimiento de lo que estaba ocurriendo) y a «paciencia» (sin intervenir en momento alguno para evitarla).

Por ello, esa cualidad de «garante» que se exige en esta modalidad comisiva queda demostrada con evidencia tan contundente porque, en realidad el procesado, más que actuar en un plano negativo, lo hizo de manera positiva, pudiéndose perfectamente haber calificado su autoría como comprendida, o bien en el número 1.º del artículo 14 (inducción directa), o bien en el número 2.º del mismo precepto (cooperación necesaria).

ONCE: El segundo motivo, también con base adjetiva en el número 1.º del artículo 849, tiene su fundamento sustantivo en la inaplicación del artículo 338 bis del Código Penal, por entender el recurrente que, como máximo, se pudo hacer acreedor a una sanción penal en cuanto no evitó, pudiendo hacerlo, la comisión de un delito contra la vida de un tercero que se realizó a su presencia. Este motivo debe correr la misma suerte desestimatoria habida cuenta de que ese precepto, arquetipo de los delitos de omisión pura, sólo puede tener aplicación en aquellos supuestos en que su autor esté desconectado previamente con el hecho que presencia y que tiene obligación de evitar o tratar de evitar, pero no en los casos en que, según hemos dicho con reiteración, el agente interviene desde el principio en todo el «iter criminis», cuya obligación de intervenir es mucho más exigible al estar involucrado, por múltiples razones, en la «misma» acción delictual.

DOCE: El tercer motivo, también por infracción de la ley del número 1.º del artículo 565 del Código Penal, y ello por entender el recurrente que si la actuación de los autores directos del hecho fue calificada, en su aspecto subjetivo, como de dolo eventual, el comportamiento del procesado únicamente debe ser imputado a título de culpa.

Este planteamiento carece de toda virtualidad exculpatoria (o «cuasi» exculpatoria) pues, en primer lugar, olvida que la imputación a título de dolo eventual

(o de segundo grado) produce los mismos efectos inculpatorios y punitivos que el dolo directo; y, en segundo término, y sobre todo, que es imposible hacer traspaso a terceras personas de un elemento tan puramente subjetivo como es la intencionalidad de la acción; o, lo que es lo mismo, aunque aceptásemos, como hizo la sentencia recurrida, que los autores directos obraron por la vía del dolo eventual, ello no quiere decir que el autor por omisión no actuase con dolo directo, ni mucho menos (obvio es indicarlo) que haya de degradarse su imputabilidad a la simple imprudencia, pues tal solución carecería de todo sentido lógico.

TRECE: El cuarto motivo se invoca con el mismo fundamento procesal y en base sustantiva de la inaplicación de los artículos 16 y 53 del Código Penal, por considerar el recurrente que, en el último caso, la Sala de instancia debió calificar su actuación como de simple complicidad, y no como de autoría.

Aunque la complicidad que define el artículo 16, pueda ser entendida como una especie de cooperación necesaria de segundo grado no cabe confundirla, ni con la cooperación directa recogida en el número 2.º del artículo 14, ni mucho menos con la comisión dolosa directa del número 1.º, del mismo precepto, y aunque esta comisión se realice por actos negativos de omisión. Nos debe bastar, por tanto, con lo hasta aquí razonado para desestimar este cuarto motivo.

En igual sentido desestimatorio debe concluir el último de los motivos casacionales interpuesto por este procesado y con pretensión de que fue indebidamente aplicada la agravante de abuso de superioridad, 8.º del artículo 10 del Código Penal. Creemos que tal alegación ha encontrado cumplida respuesta en el apartado sexto de esta sentencia.

## **ARTICULOS 430 Y 429.1.º ABUSOS DESHONESTOS VIOLENTOS**

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

SEGUNDO: El delito de abusos deshonestos lo constituye todo acto dirigido contra el pudor o recato sexual, realizado contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, constituyendo una infracción criminal de mera actividad, que no exige para su consumación de consecuencia material alguna. Se perfecciona por la concurrencia de dos elementos, uno objetivo o material, consistente en una actuación externa y dinámica del mismo agente, dirigida a conseguir un contacto con el cuerno de otra persona, que atenta a la libertad sexual de ésta, siempre que en la conducta de aquel sujeto activo, concurra alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 429, comunes a la violación, y otro elemento de carácter psicológico o interno, específicamente doloso, que actúa como elemento subjetivo del injusto, y consistente en el ánimo libidinoso o satisfacción del apetito sexual —cfr. Sentencia 21 septiembre 1989.

En el caso aquí enjuiciado, cuyos hechos probados deben quedar incólumes, el tocar los muslos de la ofendida, contra su voluntad, produciéndole unas lesiones leves, así como echarse encima de ella, con el miembro viril fuera del pantalón, llegando hasta la eyaculación sobre la pierna y vestidos de la muer que le acompañaba en el automóvil, y a la que se había ofrecido para trasladarla a la ciudad de Zamora, revela la existencia de un ánimo lúbrico, por la propia

naturaleza de los actos realizados por el procesado, máxime al estar acompañados de la violencia comisiva —cfr. T. Supremo 6 febrero 1990.

#### **ARTICULO 452 BIS D) 1.º DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCION. VIGENCIA. TERCERIA LOCATIVA**

(STS de 6 de junio de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

PRIMERO: Esta Sala viene distinguiendo en materia de prostitución, y de ello son referencia próxima las sentencias de 15 de abril y 20 de octubre de 1988, la conducta de quienes organizan y se lucran del tráfico carnal de las camareras que trabajan en los establecimientos de alterne, de aquella otra —de menor gravedad objetiva—, en que el dueño, gerente, administrador o encargado de un local permite que se ejerza en él la prostitución, bajo la fórmula de un alquiler de habitaciones o de locales, que se ha dado en llamar *tercería locativa*, pero sin organizar el trato y comercio carnal, ni hacer del mismo fuente directa de beneficios; estas situaciones tienen reflejo en las tipificaciones delictivas: los artículos 452 bis a) 1.º y 452 bis b) 1.º del Código sancionan las primeras conductas, y, con rango punitivo inferior, previsto en el artículo 452 bis d) del mismo Texto, se definen los supuestos de alquiler o cesión remunerada de locales y habitaciones. Sin embargo, es frecuente que los Tribunales de instancia, en este caso sujeto a los términos de la acusación fiscal, subsuman conductas de explotación de la prostitución ajena en el tipo del artículo 452 bis d), el cual pasa a ser punto de referencia obligado para examinar los temas propuestos por el recurso de los acusados, que en el primer motivo, por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, niega la existencia de los requisitos que dan perfil a esta figura delictiva, poniendo especial énfasis en el elemento subjetivo, y en la inexistencia de coacción y otro medio conducente a violentar la libre voluntad o capacidad de determinación de las mujeres que trabajan en el bar.

Si nos atenemos al relato, los recurrentes eran propietarios del denominado «Club El Aro», y las camareras que trabajaban en él estimulaban a los clientes al consumo de bebidas alcohólicas, participando al cincuenta por ciento del importe de las consumiciones y realizando con ellos o con alguno de ellos el acto sexual mediante precio en habitaciones especialmente dispuestas para este trato lascivo; negar el ejercicio de la prostitución en estas dependencias contiguas al bar es desconocer el principio de intangibilidad de los hechos probados, de absoluta observancia en la vía casacional elegida. Consigna, —asimismo— el «*factum*», que la explotación del Club venía siendo ejercida por los propietarios desde hacía año y medio y es importante parar mientes en la disposición y equipamiento de dichas habitaciones y en la participación lucrativa que dueños y camareras tenían en las que eufemísticamente se denominaban actividades de alterne, para poder afirmar, sin duda alguna, que aquellos estaban al corriente de los hechos y los consentían, participando lucrativamente en ellas, sin que el tipo penal aplicado exija coacción u otro medio conducente a determinar o captar la voluntad de las camareras para el trato carnal. Procede la desestimación del motivo interpuesto.

SEGUNDO: La prostitución, por sí misma, no constituye infracción penal,

y las tesis prohibicionistas tienen un general rechazo; los esfuerzos, tanto en el plano estatal como en el internacional, se han orientado a reprimir —además de los supuestos en que se interfieren violencia, coacción o engaño— las actividades de tercería o de tráfico que entrañen lucro o interés económico; y en esta línea de actuación España se adhirió en 1962 al Convenio de Lake Success de 21 de marzo de 1950 que propició la reforma penal de 1963, substancialmente en vigor. Conviene subrayar que el objetivo del Convenio era reprimir la cooperación y explotación de la prostitución individual y el mantenimiento de la llamada prostitución acuartelada, obligándose los Estados firmantes a sancionar dicha explotación, aun cuando mediara el consentimiento de la persona prostituida; consecutivamente, en la relación de delitos definidos en el Capítulo VI del Título IX del Código se tipificarán, entre otros, las figuras de cooperación a la prostitución de mayores de edad dentro o fuera de España, y la tercería locativa.

Niega el correlativo del recurso la conciencia de antijuricidad por parte de los acusados citando, como no aplicado, el último párrafo del artículo 6 bis a) del Código Penal, y argumenta al respecto que es lícito todo aquello que se da, sin censura ni represión, en un determinado contexto social, bastando acudir —añade— a los medios de difusión periódica para conocer las ofertas de servicios eróticos y sexuales, coherentes con el cambio operado en las realidades sociales, de suerte que debía ser posible aceptar, como natural conclusión, la convicción de que el hecho enjuiciado no era contrario a derecho. Sin embargo, esas ofertas o reclamos que la prensa inserta en sus páginas, cuya realidad se admite, son efecto y expresión de la libertad sexual que, como una faceta o aspecto del haz de libertades ciudadanas, no tiene otras limitaciones que las administrativas que puedan imponerse por razones de policía sanitaria, de convivencia o de decoro público; y en dichos anuncios no aparece, aunque pueda subyacer en algunos casos, la figura del «tercero» que explota la prostitución y hace de ella una próspera actividad lucrativa, que ha contado siempre con la reprobación y el desprecio del cuerpo social y que figura en el elenco de nuestros tipos penales.

Ciertamente, la libertad sexual es la rúbrica que cobija estos delitos a partir de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, pero en su nombre, en nombre de la libertad sexual, no puede concederse carta de impunidad en el vigente dispositivo legal, a los que hacen de la prostitución ajena un medio de vida y explotación lucrativa, porque quién facilita medios tan estimulantes como un trabajo estable de camarera con participación en consumiciones, y pone al servicio de esta empresa un establecimiento de bar —que es su cobertura— y locales adecuados para el trato sexual íntimo, en cierta medida utiliza medios sugestivos y captatorios y aprovecha una situación de prevalimiento y de abuso frente a mujeres que no cuentan con recursos económicos, proceden de estratos socio-culturales degradados, y carecen de asistencia o apoyo social disuasorio; utilizar en este tráfico, en que la mujer es objeto y víctima, las grandes palabras de libertad y libre consentimiento para justificar la impunidad del tercero, podría ser una acerba ironía, amén de un intento dudosamente progresivo respecto de valores tan sensibles socialmente como la dignidad y la liberación de la mujer. No desconoce la Sala la tendencia de excluir del ámbito delictivo estas conductas de cooperación lucrativa de la prostitución y de la prostitución de mayores de edad, con argumentos que tienen raíz y sustento en la libertad sexual individual, y que se inscribe en ese designio, tan propugnado por la doctrina, de alejar de los textos penales

ideas moralizantes; pero, de «lege data», los preceptos aplicables están vigentes, son traducción de compromisos internacionales en materia sometida al principio de universalidad o de comunidad de intereses (art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), han sido contemplados en la última reforma del Código y, por consiguiente, han pasado un inevitable examen de constitucionalidad por parte del Legislador, sin que puedan considerarse derogados por la vía de una interpretación fundada en la nueva rúbrica del Título penal, sin mengua o quebranto para el principio de legalidad.

#### **ARTICULO 490. ALLANAMIENTO DE MORADA. FUERZA EN LAS COSAS**

(STS de 18 de junio de 1990. Pte. Sr. García Miguel)

SEXTO: Por lo que respecta al delito de allanamiento de morada, la afirmación sentada por el recurrente que dicho delito sólo puede ser apreciado cuando no tenga otro objeto que el quebrantamiento del respeto debido al domicilio, por lo que no es de apreciar cuando el fin perseguido por el autor sea el de cometer otro delito, es un argumento carente de consistencia por las razones siguientes: a) el delito tipificado en el artículo 490 del Código Penal, como los demás de naturaleza dolosa, presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor que constituya el objeto jurídico protegible, consistiendo la acción en estar en morada ajena tanto si es por irrupción en la misma o por permanencia en ella, siempre contra la voluntad del sujeto pasivo, encarnado en quien fuere morador, voluntad contraria que se presume siempre mientras que no se pruebe lo contrario, demostrándose la concurrencia del dolo genérico por la entrada en la morada o la permanencia en ella en contra de la voluntad del ofendido. b) Porque el subtipo agravado del párrafo segundo del precitado artículo, contempla el mismo hecho agravando la pena cuando aquel se hubiese ejecutado con violencia o intimidación y si bien no ha existido duda alguna cuando la violencia recae sobre las personas, la falta de matizaciones del texto legal ha dado lugar a problemas de interpretación cuando la violencia recae sobre las cosas y prescindiendo de los diferentes criterios doctrinales que sobre la materia se han sostenido, es lo cierto, que el criterio predominante admitido por esta sala es el comprender en el precepto los supuestos de «vis in re» cuando la violencia material sobre las cosas sea la forma de ejecución del allanamiento y d) que el delito de allanamiento de morada como autónomo e independiente de otros delitos con los que puede concurrir, debe pensarse separadamente, incluso cuando sirva como medio para cometer estos, siempre que no sea elemento integrador de los mismos, como ocurre, v.gr., en el supuesto de robo en casa habitada, razón por lo que esta Sala lo ha entendido compatible, el concurso real, con otros delitos, entre el se encuentra el de lesiones como se reconoció, entre otras, en la sentencia de fecha 11 de mayo de 1985.

**ARTICULOS 499 BIS Y 519. ALZAMIENTO LABORAL DE BIENES**

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

QUINTO: Con apoyo procesal en el artículo 849.1 LECrim., en el motivo 13.º se alega infracción de Ley por aplicación indebida de los artículos 499 bis y 519 CP por estimarse que los hechos no constituyen el delito de alzamiento laboral de bienes que tales normas penales sancionan.

Nos encontramos en el caso presente ante un verdadero y propio delito de esta clase, porque el deudor Pedro J. M., con la finalidad de impedir que sus obreros, titulares de unos derechos de crédito de carácter laboral reconocidos por él mismo, pudieran hacerlos efectivos, por medio de una serie de actos, que la sentencia recurrida detalla; sustrajo bienes de su propio patrimonio, a una posible ejecución por la vía de apremio colocándolos fuera del alcance de los acreedores por su enajenación a favor de sus familiares y por las hipotecas que los agravaron, y estos hechos constituyen el supuesto más frecuente de comisión de esta clase de infracción penal.

Reiteradamente ha dicho el Letrado de la parte recurrente que no hubo delito porque los bienes quedaron en su totalidad en el ámbito de la familia, olvidando algo tan elemental como que cada uno de los miembros de esa familia tiene su propio patrimonio sujeto a sus propias responsabilidades, de modo que las deudas del titular de la empresa deudora, que lo era sólo Pedro J. M. únicamente podrán ejecutarse contra los bienes de este último y no contra los que sus parientes por muy próximos que éstos fueran, salvo que, por una situación de cotitularidad de la empresa o por un contrato de fianza y de otro modo semejante, se hubieran constituido en sujetos pasivos de esos derechos de crédito, lo que no consta que ocurriera en el caso presente.

Se dice también por la parte recurrente que no hubo intención de defraudar a los obreros, lo que también ha de rechazarse, porque tal elemento subjetivo del injusto, expresamente exigido en el artículo 499 bis b) 3.º párrafo II con el término «maliciosamente» y por el artículo 519 cuando exige que el alzamiento de bienes se haga «en perjuicio de sus acreedores», aparece de manera evidente en la narración de hechos probados de la sentencia recurrida, no porque literalmente así lo diga por medio de expresiones que exceden de lo fáctico y por ello son revisables en casación, sino particularmente porque de todo el contexto de tal narración así se deduce, cuando describe la situación endeudada del negocio, sus graves dificultades económicas, y luego los actos de disposición y gravamen en beneficio de su esposa, cuñado e hijos. Estos hechos constituyen la base de la cual ha de deducirse, conforme a las reglas de la lógica (prueba de indicios o presunciones de los arts. 1.249 y 1.253 CC), que el propósito de Pedro J. M., ayudado en este punto por los otros procesados, fue el de beneficiar a éstos, lo que iba inseparablemente unido al correlativo daño a los intereses de sus trabajadores que por ello se vieron imposibilitados de ejecutar sus derechos.

Así pues, concurrieron en el caso presente los dos elementos exigidos para este delito, el elemento objetivo, consistente en la actividad de colocación de los bienes del deudor fuera del alcance de sus acreedores, y el subjetivo, integrado por la intención de perjudicar a éstos, con lo que queda de manifiesto que fueron correctamente aplicadas las normas penales que los recurrentes reputaron violadas.

**ARTICULOS 499 BIS.2 Y 519. ALZAMIENTO LABORAL DE BIENES.  
CONCURSO DE NORMAS. ESPECIALIDAD**

(STS de 4 de mayo de 1990. Pte. Sr. Delgado Garcia)

QUINTO: Cuando, como sucede en el caso presente, concurren todos los elementos del artículo 499 bis.2 (aquí existió una maniobra dirigida de forma maliciosa a suprimir los beneficios de la estabilidad en el empleo reconocida a los trabajadores por disposiciones legales), y, además, el hecho se produce en una situación de crisis de la empresa, se produce un solo delito que debe ser sancionado conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del número 3 del mismo artículo, pues la conducta criminal encaja más específicamente en esta última norma que, además, impone una pena más grave, la que el artículo 519 prevé para los casos de alzamiento de bienes de un comerciante.

En tales casos nos encontramos ante un supuesto de concurso de normas, a resolver conforme al principio de especialidad que en el caso presente coincide en sus resultados con la solución del artículo 68 CP que manda aplicar el precepto que sanciona con pena más grave.

Por tanto, la sentencia recurrida incurrió en una calificación jurídica errónea al estimar que los hechos de autos constituían un delito continuado que comprendía las dos figuras delictivas antes referidas; pero tal error carece de trascendencia, pues no se hizo uso de las facultades de elevación de penas que prevé el artículo 69 bis para los supuestos de delito continuado, al sancionar con 6 meses y 1 día de prisión menor que es el mínimo legalmente permitido para el delito del citado artículo 519, y por ello debe mantenerse la sanción impuesta sin modificación alguna.

**ARTICULOS 500, 504 Y 516 BIS. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS.  
UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. HOMOGENEIDAD**

(STS de 10 de mayo de 1990. Pte. Sr. Díez Palos)

2.º Ciertamente, los hechos recogidos en el *factum* en la forma expresada, no pueden calificarse de robo con fuerza en las cosas, puesto que el apoderamiento del vehículo, fue cometido por persona no identificada, utilizándolo con posterioridad el procesado, es decir, una vez consumado el delito de robo; conducta posterior la del recurrente que sólo puede calificarse bien de receptación del artículo 546 bis a) párrafo segundo del Código Penal, en cuanto se lucró con la posesión de un bien de procedencia delictiva, conociendo tal origen el procesado, bien de un delito de utilización de vehículo de motor ajeno del artículo 516 bis del Código Penal.

3.º El problema, dado que esa conducta del procesado puede incidir en cualquiera de los dos delitos apuntados, es de si la apreciación de esta Sala de una de esas dos infracciones puede conculcar el principio acusatorio consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, en cuanto el Ministerio Fiscal acusó tan sólo por un delito de robo con fuerza en las cosas y es doctrina reiterada tanto por el Tribunal Constitucional como por esta Sala, que el debate procesal

debe recaer sobre los hechos que se configuran como objeto del proceso o *thema decidendi* y sobre la calificación jurídica de tales hechos por las partes, de modo que el acusado tenga conocimiento de la acusación en sus términos fácticos y jurídicos, y pueda defenderse para que su impugnación tenga congruencia con aquéllos. Así establecido el debate procesal, el mismo vincula al juzgador, en cuanto no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso ni objeto de la acusación, ni calificarlos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido en la acusación, sin hacer uso de la vía que prevé el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de manera que acusación y defensa puedan pronunciarse sobre estas calificaciones alternativas, con la única excepción de que se respete la identidad del hecho y se trate de tipos penales homogéneos (SSTC de 10 abril 1981, 23 noviembre 1983 y 16 febrero 1988 entre otras). Y en el mismo sentido las de esta Sala (SS. 4 noviembre 1987, 11 junio 1988 y otras muchas).

4.º También se han pronunciado ambos Tribunales en el sentido de que el delito de robo con fuerza en las cosas y el de receptación, no son homogéneos y, en consecuencia, que este último no puede suplantar al acusado sin infringir los principios acusatorios y de indefensión (SSTC 17 julio 1986, además de las ya citadas y SSTC 29 marzo, 21 enero y 14 marzo 1988 entre otras).

Por el contrario, esta Sala ha reconocido la homogeneidad entre el delito de robo con fuerza en las cosas y el de hurto (SS 16 junio y 29 septiembre 1989) y ello porque, una vez respetada la identidad fáctica, para que se de la homogeneidad de calificación jurídica entre el delito calificado de acusación y el calificado en la sentencia de instancia o casacional, es menester que los elementos de este último tipo delictivo estén contenidos en el que fue objeto de la acusación, porque siendo así, no hay ningún elemento nuevo en la condena del que no haya podido defenderse el condenado.

5.º En el caso de autos, es visto que el hurto o robo con fuerza en las cosas, es más amplio que el hurto de uso o de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno en el lenguaje legal, en cuanto los dos primeros atacan la plenitud de facultades del dominio, y el segundo tan sólo la «facultad utendi», aparte de que el robo añade la nota específica de la fuerza ausente en el hurto común o en el de uso, si bien si en este último interviene tal fuerza, el tipo básico atraca una agravante e incluso reenvía a las mismas penas del robo lo que demuestra el íntimo parentesco de ambas figuras. Cierto que en el delito de robo o hurto ordinario exige el desplazamiento de la *res furtiva*, cosa que no es necesaria en el hurto de uso, al que puede acceder el sujeto activo, bien haciéndose con el vehículo mediante su sustracción, o bien concurriendo a su utilización con otro u otros sujetos que perpetraron el apoderamiento ajeno, en cuyo caso debe constar el conocimiento de que se trata de vehículo ajeno. Pero es lo cierto que en el caso de examen se dan en el factum, como antes en la acusación, tales datos de utilización del vehículo por el procesado conociendo ser de ajena propiedad. Esto es, que no se falta a la identidad del hecho propiciadora de ambas calificaciones: la de la sentencia de instancia y la de casación, siquiera la primera haya de estimarse errónea por lo ya dicho. Lo cual conlleva que la Defensa tuvo conocimiento de todos los datos fácticos y jurídicos que han jugado en el supuesto de autos. Así lo prueba el hecho de que la Defensa en su calificación impugnó

la tesis acusatoria afirmando que su patrocinado no conocía la procedencia del vehículo por él utilizado.

6.º En consecuencia de todo lo dicho, esta Sala estimando el recurso parcialmente, entiende que no hubo delito de robo con fuerza en las cosas pero sí el de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno del artículo 516 bis, párrafo primero, tercero y último del Código Penal, sin que tal cambio de calificación jurídica respecto a la de instancia, incida en los principios acusatorios y de no indefensión por las razones ya expuestas.

#### **ARTICULO 501.4.º. ROBO CON TOMA DE REHENES. DOCTRINA GENERAL. CONCEPTO DE REHEN**

(STS de 3 de mayo de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

UNICO: El recurso del acusado impugna la subsunción de los hechos en el artículo 501.4.º del Código Penal expresando que hay rehenes cuando se impide la libertad de los detenidos, no cuando «se les deja encerrados en su propio recinto para que tarden en llamar a la policía», y propugna la aplicación del robo básico del artículo 501.5.º del Texto legal citado.

La toma de rehenes, que es uno de los supuestos alternativos del artículo 501.4.º del Código, significa la sujeción directa o dependencia inmediata de una persona o personas respecto de los delincuentes como prenda o garantía del buen fin de la acción criminal, y es precisamente el riesgo o peligro que crea para dichas personas, que sirven de escudo a los autores del hecho, lo que justifica la agravación penal dentro de las previstas en el artículo 501 citado. Ciertamente, cuando se encierra en el local asaltado a las víctimas y se las abandona a su propia suerte, quedando emancipadas de la acción voluntad de los asaltantes, el riesgo desaparece, y desaparece con él la noción de «rehenes», que es substituida por la noción de «detenidos», aunque esta situación nazca y esté guiada por el propósito de facilitar la huida o de asegurar el éxito de la acción.

Este planteamiento permite, como había indicado la doctrina jurisprudencial, la posibilidad de un concurso de robo violento y detención ilegal, ora con el tipo básico del artículo 480 del Código, ora con la forma agravada del número 1.º del artículo 481; y también ha habido algún esporádico intento de entender, en la línea argumentativa del recurso, que cuando el encierro era de escasa duración el artículo 480 quedaba desplazado y absorbida la detención en la violencia propia del robo.

Pronto se advirtió que el concurso delictivo, concretamente en el caso de las detenciones realizadas para asegurar el éxito de la acción depredatoria antes o después de su consumación, conducía a un resultado penológico desproporcionado, habida cuenta de la gravedad de las penas asignadas a la detención ilegal; y la segunda solución —absorción de la detención en la violencia propia del robo—, si bien aceptable en la privación de libertad momentánea e imprescindible para realizar el apoderamiento, no podía sostenerse en los demás encierros o detenciones —aunque fuera breve o pasajera su duración— porque no agotaba el desvalor de la conducta. En esta encrucijada, provocada por la interferencia asistemática de los preceptos legales arriba citados, la Sala se ha inclinado a dar una amplia

y comprensiva interpretación al susodicho artículo 501.4.º incluyendo en su texto las privaciones de libertad del robado que superen el tiempo imprescindible para el despojo, aunque no signifiquen «toma de rehenes», siempre que se realicen, en el contexto del robo, es decir para promover o consumir la acción; y esta *tendencia jurisprudencial, que supone una interpretación correctiva del texto legal en favor del reo por cuanto soslaya el concurso delictivo, se mantiene en las sentencias de 23 de enero, 11 de julio, 3 y 19 de octubre de 1987, 3 de enero, 15 de marzo, 14 de abril, 26 de octubre, 8 y 30 de septiembre de 1988, y 28 de septiembre de 1989, y, con base en la misma, procede la desestimación del recurso interpuesto.*

**ARTICULO 504.4.º. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. LLAVES FALSAS. «PUENTE» EN VEHICULO DE MOTOR .**

(STS de 1 de junio de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

CUARTO: La sentencia recurrida dice en su relación de hechos probados que «el citado procesado abrió la puerta del vehículo de la marca Seat, modelo 124, matrícula M-0371-K, el que horas antes había debidamente estacionado y cerrado su propietario, José Ogállar Redondo, en la calle Cardenal Cisneros de esta Capital, y luego de hacer«el puente» se sirvió de él hasta el 13 de marzo...».

En tales datos fácticos se basa la Audiencia para imponer la pena de prisión menor por un delito del art. 516 bis, sin duda, aunque no lo dice, por la remisión que el párrafo 3.º de este último artículo hace a las penas del art. 505 que han de aplicarse cuando son de mayor gravedad.

Es decir, el Tribunal de instancia sancionó el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno con la pena del robo con fuerza de las cosas en cuantía superior a 30.000 ptas. (art. 505) por estimar que concurrió alguno de los supuestos previstos en el art. 504, aunque tampoco dice cuál de ellos aplicó.

Así las cosas, en primer lugar hay que dejar aclarado que la utilización del llamado «puente», mecanismo que consiste en poner en marcha un vehículo de motor por medio del contacto eléctrico que se realiza después de haber arrancado los cables correspondientes, no permite la aplicación de las penas del art. 505, pese a ser un sistema que gramaticalmente podría responder al concepto de fuerza en las cosas, porque este último concepto tiene un significado muy concreto en el delito de robo por la enumeración cerrada que hace el art. 504 que no permite interpretaciones extensivas que serían contrarias al principio de legalidad, y dicho mecanismo del puente no puede encajar en ninguno de estos supuestos que recoge esta última norma penal (véanse sentencias de esta Sala de 4-2-75, 3-3-83 y 22-1-88).

En segundo lugar hay que decir que la sentencia recurrida debió precisar qué sistema de cierre utilizó el dueño cuando dejó estacionado el vehículo, para así poder determinar si quien lo abrió necesitó o no algún medio violento o llave falsa, pues pudo ocurrir que lo dejara cerrado simplemente con la puerta encajada de modo que hubiera podido ser abierto por cualquiera accionando simplemente la manilla por no tener echada la llave (véase el tercer considerando de la sentencia citada de 4-2-75).

**ARTICULO 519. COMERCIANTE. CAUSA PERSONAL DE AGRAVACION DE PENA**

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

SEGUNDO: La desestimación alcanza también el segundo motivo de estos recurrentes —último de los admitidos a trámite en el que sin cita alguna del número 1.º del artículo 849 de la Ley de enjuiciamiento Criminal (lo que ya es bastante para aplicar la previsión cuarta del artículo 884 de dicho texto y rechazar la impugnación), se ataca la aplicación del artículo 519 del Código Penal, argumentando para ello que el embargo por la Magistratura de Trabajo de dos fincas del matrimonio, precisamente en relación con la Sentencia de aquélla fijando la indemnización de los luego acusadores particulares, revelaría la solvencia del matrimonio procesado, según habría acreditado, de otra parte, la prueba practicada. La verdad es que estas últimas alegaciones, huérfanas de apoyo en el relato fáctico, bastarían a su vez para aplicar ahora como desestimatoria la causa de inadmisión prevista como tercera en el citado artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero, aun prescindiendo de dicho defecto, la suerte del motivo no mejora. Acreditada la maniobra tendente a evitar la realización del crédito de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con disolución de la sociedad de gananciales y la compra por la esposa de la mitad de aquellas fincas adjudicadas a su esposo, evidenciado así el ánimo subjetivo del injusto que el alzamiento de bienes requiere—, la discusión se centra en si la infracción penal ha sido consumada, cuestión ésta que ha de resolverse afirmativamente, pues los tipos del artículo 519 del Código Penal no exigen la causación del perjuicio efectivo, antes al contrario, constituyen figuras delictivas de mero riesgo y resultado cortado, cuando no de pura actividad, que se perfeccionan con la insolvencia misma, total o parcial, y real o aparente (aunque generalmente lo que interesa y se pretende sea sólo dicha apariencia), de manera que si, para empezar se vendieron las partes de las fincas propiedad del marido deudor, sin que conste la existencia de otros bienes, se obtuvo, en mayor o menor grado, la materialización del propósito perseguido, al margen de que su «descuido» o tardanza en atemperar la situación registral a la creada mediante tales maniobras haya permitido esos embargos, pendientes a su vez de una acción de tercería. La parcialidad de la insolvencia puede entenderse no sólo horizontalmente, como referida a la parte de patrimonio afectada, sino también verticalmente, como valladar a la normal satisfacción de los créditos. Por lo demás, el turbio comportamiento de los procesados ofrece en este caso especiales connotaciones de contenido marcadamente insolidario y antisocial, como revela el origen de la deuda por ellos contraída.

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

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

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

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

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

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

#### ARTICULO 528. ESTAFA. ELEMENTO.

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

El delito de estafa tipificado en el artículo 528 del Código Penal exige como elementos configuradores: 1.º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, antes traducido en alguno de los ardises o artificios incorporados al listado de que el Código hacía mención, y hoy concebido con criterio de laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno; tan decisivo se ofrece este factor del engaño que viene a individualizar a la estafa frente a las restantes infracciones patrimoniales, cuyo denominador común consiste también en un enriquecimiento ilícito, propiciándose el acto de disposición del perjudicado merced al engaño instrumentado por el agente, ya sea explícito o semántico o adquiera cuerpo implícitamente en el seno de una relación contractual tejida con el fin defraudatorio. 2.º) Dicho engaño ha de ser *bastante*, es decir, suficiente y proporcional, abstractamente idóneo para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial, valorándose aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; si habrá de excluirse la existencia de un engaño relevante en supuestos de burdas falacias o apreciables exageraciones. que, en ocasiones, constituyen práctica social extendida y entendida, no han de marginarse sistemáticamente consideraciones subjetivas atinentes al perjudicado o víctima, no perdiendo de vista el indudable relativismo que acompaña al engaño al surgir y corporeizarse *intuitu personae*, exigiéndose, pues, una actuación similar a lo que en la doctrina francesa se conoce como puesta en escena (*mise en scene*) o que la alemana denomina «acción concluyente». 3.º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, determinante del vicio de voluntad facilitador del desplazamiento patrimonial que le subsigue, importancia del error como estado espiritual de la víctima ante la doble consideración de que la caracterización típica del engaño viene a depender de su capacidad para suscitación del error y de que éste actúa como propulsor o motivador del traspaso patrimonial, configurándose como sustrato psicológico de la disposición perjudicial injusta; el error ha de derivar del montaje aparential elaborado por el sujeto activo, de la falsa representación suscitada, y no de una inexactitud de juicio derivada de un total desconocimiento por parte del afectado, con lo que ha de delimitarse el error de la *ignorancia facti*. 4.º) acto de disposición patrimonial, con el consiguiente

y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, es producto de una actuación directa del propio afectado, si bien sea un hecho consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo, acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado; ha de acusarse una atribución de bienes, derechos, servicios, etc., que resulta descompensado, por su manifiesta diferencia valorativa, con lo eventualmente recibido o prometido como contraprestación; 5.º) nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo supone la representación por el sujeto activo, consciente de sus maniobras engañosas, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa; 6.º) la dinámica del infractor ha de hallarse presidida por ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto esencial para la configuración de la tipicidad en la estafa, lucro que viene a ser la contrapartida del perjuicio patrimonial provocado, beneficio económicamente valorable hacia el que propende la acción delictuosa. Con más o menos explicitéz, en el lineamiento expuesto se mueven las sentencias de esta Sala de 4 de diciembre de 1980, 11 de marzo y 28 de mayo de 1981, 9 de mayo de 1984, 24 de mayo y 5 de junio de 1985, 12 de noviembre de 1986, 17 de febrero y 26 de abril de 1988, entre otras muchas.

**PRIMERO:** El primer motivo del recurso, por el cauce del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción del artículo 534 del Código Penal —por aplicación indebida— al no concurrir en el presente caso el requisito de la intencionalidad exigido por dicho precepto.

Alega sustancialmente la parte recurrente, en apoyo de este motivo, que en el presente caso no cabe hablar de intencionalidad, ni consiguientemente de culpabilidad, por parte del procesado por la fabricación de la válvula de referencia, porque —al hacerlo— tenía ya pedida la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial de un modelo de utilidad —posteriormente inscrito, pese a la oposición de los hoy recurrentes—, basado, además, en otros dos modelos de utilidad inscritos con anterioridad a los hechos enjuiciados en esta causa.

El cauce procesal elegido por la parte recurrente impone el escrupuloso respeto del relato de hecho que la sentencia recurrida declara expresamente probados (vid. artículo 884.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); por tanto, es menester destacar que, en el presente caso, según se dice en el «factum»: a) la válvula fabricada por la empresa «Standart Hidráulica, S. A.», de la cual el procesado es gerente, administrador y representante legal, es una copia de la que tenía patentada la empresa «Válvulas Arco, S. A.», propiedad de las querellantes; b) los modelos de utilidad que el procesado tenía patentados se referían a «juntas de

cierre», y el modelo de utilidad n.º 272312, registrado el veintidós de enero de mil novecientos ochenta y cinco, es de características diferentes al registrado por las querellantes, c) la fabricación de la referida válvula por la empresa del procesado ha reportado a la misma unos beneficios calculados en 1.009.800 pesetas, con el correlativo perjuicio de la empresa de los querellantes, y d) el procesado —que es Perito Industrial— fue requerido notarialmente en enero de mil novecientos ochenta y cuatro para que se abstuviera de seguir fabricado y vendiendo las válvulas de referencia.

Dado que la parte recurrente niega, en último término, la intencionalidad y consiguiente culpabilidad del procesado en la realización de los hechos enjuiciados, es precisamente ésta la cuestión que debe ser analizada.

La preparación profesional del procesado (Perito Industrial) y el *requirimiento notarial* de que fue objeto implican lógicamente que el mismo conocía sobradamente la identidad esencial de la válvula fabricada por su empresa y la fabricada por la de las querellantes («Válvulas Arco, S. A.»), cuyo correspondiente modelo de utilidad tenían registrado éstas en el Registro de la Propiedad Industrial, con los consiguientes beneficios económicos para «Standart Hidráulica, S. A.» y el correlativo perjuicio para la empresa de las querellantes; no pudiendo ignorar tampoco que el modelo de utilidad tardíamente registrado a su nombre, tiene unas características diferentes a las de la válvula registrada por las querellantes y fabricada por la empresa de éstas, «Válvulas Arco, S. A.». No cabe, por tanto, negar la concurrencia del requisito de la intencionalidad y, por ende, de la culpabilidad, en la conducta del procesado, que, por todo lo dicho, es claro que actuó con dolo defraudatorio (vid. sentencias de 19 de diciembre de 1983 y de 13 de octubre de 1988).

Importa destacar, por último, que *no se opone a tal valoración de la conducta del procesado la ulterior inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial del modelo de utilidad a que se ha hecho especial mención anteriormente*, en cuanto, —como ya se ha dicho también— dicho modelo es de características diferentes a la válvula intentada proteger por las querellantes. A este respecto, no es ocioso recordar que esta Sala se ha referido ya anteriormente a las denominadas «patentes de cobertura», mediante las que el presunto defraudador trata de escudarse, poniendo de manifiesto que, en ocasiones, la obtención de la patente no sólo no anula sino que acentúa la intención criminal del agente, el cual —consciente de que está fabricando lo que otro inventó o innovó y tenía debidamente inscrito— hábilmente y aprovechando que el Registro de la Propiedad Industrial no garantiza ni la novedad ni la utilidad del objeto de que se trate, logra inscribir con ligeras modificaciones enmascaradoras un objeto —igual en lo esencial— y luego se atrinchera en el título así obtenido (vid. artículo 12 del Estatuto de la Propiedad Industrial y sentencia de 23 de noviembre de mil novecientos ochenta y uno).

#### **ARTICULO 548. INCENDIO. NATURALEZA Y AMBITO**

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

El delito de incendio previsto en el art. 548 del Código Penal es un delito de peligro abstracto no de mera actividad, sino de resultado. Es el resultado de

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