

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

Artículos 6 bis b) y 586.3.º

Caso Fortuito. Doctrina General. Imprudencia

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Granados Pérez.)

UNICO.— En el único motivo del recurso, por infracción de Ley, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca aplicación indebida del artículo 586.3.º en relación con el artículo 407, ambos del Código Penal y falta de aplicación del artículo 6 bis b) del mismo texto legal.

Discute la doctrina si el caso fortuito pertenece al área de la culpabilidad o al tipo de injusto. Defienden lo primero los que conciben el dolo y la culpa como formas de culpabilidad y el caso fortuito como una causa de inculpabilidad. La segunda postura es mantenida por quienes entienden que el caso fortuito no excluye la culpabilidad sino el injusto, por falta de la acción, lo que determina la ausencia del injusto típico.

Todos coinciden, empero, en que el caso fortuito excluye el dolo y la culpa, produciéndose, pues, una ausencia absoluta de todo reproche jurídico-penal, al presentarse el suceso como imprevisible para el sujeto. Cuando se habla de previsibilidad es preciso advertir que no se alude a toda posibilidad de prever, sino a la posibilidad de prever con una cierta medida de diligencia, ya que incluso los acontecimientos más extraordinarios pueden preverse con una diligencia igualmente extraordinaria.

El recurrente, según el relato histórico de la sentencia, del que forzosamente se debe partir, dado el cauce procesal esgrimido, observó como en la planta del edificio en que tiene su domicilio, a las tres horas de la mañana, un individuo se encontraba muy excitado y violento, dando fuertes golpes en las puertas de los ascensores, conducta que fue recriminada por otro de los vecinos del inmueble, reaccionando el sujeto con insultos y ademán de dirigirse contra ese vecino que optó por regresar a su vivienda y cerrar la puerta. Al presenciar dicho incidente, el acusado decidió entrar igualmente en su vivienda

para llamar a la Policía, pero cambió de parecer por si sucedía algo antes de que llegara la Policía, y decidió coger su pistola reglamentaria de comandante del ejército, arma con la que pretendía atemorizar y ahuyentar al mencionado individuo, al que increpó desde el dintel de la puerta, y como no cesara en su aptitud y volviera a proferir insultos y amenazas y de repente se encaminara con ademanes agresivos hacia el inculpado, del que le separaban unos siete metros, éste cogió su pistola que previamente había dejado sobre un aparato de aire acondicionado, y la exhibió, accionando el mecanismo para la posición de disparo. Pese a ello su oponente, prosiguió su andadura en actitud de abalanzarse hacia el encausado, al que llegó a propinar una primera parada sin alcanzarle, no así con la segunda, que impactó en el antebrazo derecho del imputado, provocando que el arma engatillada se disparase y alcanzase el proyectil en la cabeza de la citada persona, que cayó al suelo y falleció al instante. El acusado era la primera vez que veía al fallecido, que hacía unos meses vivía con su hermana en el inmueble y asimismo desconocía que padecía esquizofrenia paranoide con episodios cicloides de carácter violento.

El Tribunal de instancia, en sus fundamentos jurídicos, expresa que el hecho de coger un arma de fuego y montarla, implica la introducción de un factor de alto riesgo en el incidente producido, lo que no era necesario ni conveniente, en cuanto el otro vecino ya se había guarecido dentro de su vivienda y el agresor no portaba arma alguna. Se añade, que el acusado no actuó cumpliendo con el deber objetivo de cuidado necesario y adecuado para dominar la situación, sino que introdujo un factor de elevado riesgo que intervino en la relación causal que desencadenó el fallecimiento de la víctima.

Razona, asimismo, el Tribunal sentenciador, que los hechos podrían subsumirse dentro de la imprudencia temeraria, sin embargo, atendiendo a la hora en que se produjeron los hechos, la rapidez con que se desarrolló el accidente, y el que el encausado, recién levantado de la cama por el suceso alarmante, no estaba en las mejores condiciones para apreciar las circunstancias concretas del incidente y el estado del agresor, por lo que su infracción del deber de cuidado ha de subsimirse en la mera falta de imprudencia simple.

La pretensión del recurrente, de que los hechos antes descritos suponen un desgraciado accidente en los que no ha intervenido de su parte culpa alguna, ni siquiera leve, y que debe reputarse como caso fortuito, es, a todas luces insostenible.

El Tribunal de instancia ha realizado un serio esfuerzo, que se aprecia en la relación histórica de los hechos acaecidos, de acoger aquellos factores que benefician la postura del acusado, en lo que concierne a la entidad del deber subjetivo de cuidado. Ello, en modo alguno, empece, su incontestable conclusión de que ha existido infracción del deber de cuidado, produciéndose un resultado de la mayor gravedad —la vida de un ser humano— que era previsible para cualquier persona medianamente diligente —en este caso se trata de un profesional militar al que se le debe exigir una mayor cota de cuidado en el manejo de las armas de fuego— que impide acoger la pretensión del único motivo del recurso.

Artículo 8.3.º

Alteración de la percepción. Sordomudez

(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Granados Pérez.)

TERCERO.— Será objeto de examen, a continuación, la infracción del precepto penal sustantivo que se invoca al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, partiendo de los hechos que se declaran probados adicionados con los extremos acabados de mencionar.

La alteración de la percepción viabilizadora de la eximente recogida en el número 3.º del artículo 8 del Código Penal requiere, como elementos complementarios, que se sufra desde el nacimiento o desde la infancia y que produzca grave alteración de la conciencia de la realidad.

Esta Sala, en la sentencia de 14 de marzo de 1987 se planteó el dilema de si esta causa de inimputabilidad exigía una previa limitación física o biológica o era suficiente una limitación de la percepción de la realidad derivada de su contorno social desfavorable. Tras examinar los elementos semánticos que la componen y realizar una interpretación contextual y sistemática del precepto alcanza la conclusión de que la deficiencia sensorial, presupuesto biológico, resulta imprescindible, como elemento previo, pero requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad. Y que, a diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes críticas derivada de la incomunicación con el contorno social, sin que se hayan puesto en marcha los oportunos procedimientos correctores o rehabilitadores. Otra sentencia de esta Sala, la de 20 de abril de 1987, en la línea marcada por la anterior, entiende que «grave alteración de la conciencia de la realidad, en términos generales, no es sino profunda desfiguración interpuesta en el conocimiento reflexivo de las cosas, que equivale, en el contexto de esta eximente, a erróneo o distorsionado conocimiento de los elementos de la cultura que reglan la interacción social: valores, normas y pautas de comportamiento vigentes. Cuando una persona sufre en su conciencia un déficit de esta naturaleza, con tal intensidad que, no habiéndole sido transmitido un marco de referencia ético —cultural—, no ha llegado a ser, desde este trascendental punto de vista, un verdadero miembro del grupo social al que teóricamente pertenece, puede decirse que existe en él una grave alteración de la conciencia de la realidad. Ahora bien, para que la misma produzca su efecto típicamente exonerador, ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción estar determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial —sordomudez, ceguera— o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad».

La doctrina jurisprudencial que se deja expresada abona la aplicación completa de la eximente que estudiamos en el caso que no ocupa.

Concorre el presupuesto orgánico —el recurrente es sordomudo desde la infancia— al que se une la condición negativa de ausencia total de instrucción o educación correctora, hasta el extremo que desconoce el lenguaje de los sordomudos, sin que pueda afirmarse, dados los extremos recogidos en el informe pericial médico, que tenga conciencia de la realidad normativa y ética y de las pautas en conductas propias de la sociedad a la que pertenece. Su incomunicación es casi total, carece de «aptitudes críticas», a las que antes se hizo referencia, para valorar el alcance y trascendencia de los actos enjuiciados en los que ha tomado parte —ofreció sustancia estupefaciente a un funcionario de policía—, especialmente cuando es ocasional consumidor de tales sustancias.

Su capacidad de culpabilidad no permite, en este caso, una respuesta penal. No es la cárcel sino la medida de internamiento en un centro educativo especial, al que se refiere el párrafo segundo del número 3.º del artículo 8 del Código Penal, a la que debe someterse el recurrente. El motivo, con esta especial consecuencia, debe ser estimado, apreciándose la concurrencia de la circunstancia eximente número 3 del artículo 8 del Código Penal.

Artículos 8.11.^a y 9.1.^a

Cumplimiento de deber. Funcionario de policía. Homicidio. Eximente incompleta

(Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1992. Ponente Sr. Martín Pallín.)

TERCERO.— El motivo tercero por infracción de ley se articula al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de la eximente incompleta 1.ª del artículo 9 en relación con la 11 del artículo 8 todos del Código Penal.

1.— Sostiene el recurrente y comparte esta Sala que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, cumplen una misión prestigiosa, cuya función fundamental, entre otras, consiste en la prevención del delito, en el esclarecimiento de los ya perpetrados, en el descubrimiento de sus autores y en la aprehensión de los mismos, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial, misión que hoy día requiere extraordinaria abnegación, sacrificio y hasta desprecio de la propia vida, pues con frecuencia sus miembros han de enfrentarse en primera línea con una delincuencia violenta y contumaz. Todo ello hace necesario que su actuación se rija por las normas orientadoras que nacen de su formación profesional en las respectivas academias y por criterios de ponderación puntual de todas las circunstancias concurrentes en cada caso.

El hecho probado reconoce y afirma que el recurrente se encontraba de servicio y en el ejercicio propio de las funciones de su cargo y describe minuciosamente la forma en que se produjo el hecho y cómo se se acercó al automóvil que conducía la persona del sospechoso que resultó muerto por uno de los disparos efectuados.

2.— Como elemento o presupuesto subjetivo de esta circunstancia se debe dar en el que actúa la condición de ser Autoridad o Agente de la misma, requisito que se da en el recurrente que además se hallaba en el momento del hecho en el ejercicio propio de las funciones de su cargo.

En segundo lugar el agente tiene que actuar ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad que sirven para delimitar los límites objetivos hasta donde puede alcanzar la acción de la Autoridad o de sus agentes. El uso de la fuerza debe ser exclusivamente el necesario para ejercitar la función que tiene encomendada. No se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima, basta con que el agente se encuentre ante una situación que exige una intervención para defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos, por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

En los casos en que no es necesario ningún tipo de fuerza faltaría el requisito de la necesidad, pero puede suceder que siendo necesaria la fuerza se haya empleado cual-

quier género de ella que resulte excesiva atendiendo la situación concreta en la que se actúa.

3.— Además del empleo de la fuerza en los casos en que sea necesario este uso debe ser proporcionado a la gravedad del caso porque no en toda situación y en cualquier caso el funcionario de policía está legitimado para hacer uso del arma reglamentaria. Se deben ponderar las circunstancias concurrentes en este caso tal como nos las describe el relato fáctico, es decir el funcionario de policía avanzó por el lado izquierdo del automóvil hasta situarse a la altura la puerta izquierda empuñando el arma reglamentaria, mientras otro compañero quedada situado a la altura de la puerta trasera izquierda y otro más se situaba por la parte derecha a la altura del lateral trasero derecho, cubriendo la acción.

Esta disposición de efectivos permitía un cierto dominio de la situación y procuraba a los actuantes una superioridad numérica que permitía hacer frente a diversas reacciones de la persona que iba a ser detenida. No consta en el hecho probado que el sospechoso hiciera además de sacar el arma si bien se afirma que pretendió huir poniendo en marcha el vehículo.

Por los antecedentes que se citan en la causa no era descartable una reacción violenta y peligrosa, pero ello no autorizaba la utilización del arma como única respuesta a la situación. Tanto el artículo 44 de la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978 —que estaba vigente en el momento de comisión de los hechos como el actual artículo 14.2.c) y d) de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que recuerdan que se debe actuar con conocimiento y respeto de los principios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y congruencia en el uso de las armas.

La ausencia de esta necesaria proporcionalidad en el desempeño de la misión que tenía encomendada el recurrente descarta la aplicación de la eximente completa y no lleva a la eximente incompleta en los términos en que ha sido apreciada por la Sala Sentenciadora, quien debe ser mantenida en este punto con la consiguiente desestimación del motivo.

Artículo 9.3.^a

Atenuante de minoría de edad. Cómputo

(S.T.S. de 18 de mayo de 1992. Ponente Sr. Bacigalupo Zapater.)

Primero. El primer motivo del recurso se fundamenta en la infracción del art. 9.3.^o CP, dado que cuando tuvo lugar el hecho que se imputa a Francisco L.B., éste no había cumplido los 18 años. Estima el recurrente además, que la atenuante se debió considerar como muy cualificada. El Ministerio Fiscal apoya el motivo.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

El procesado Liria B., según surge de la hoja histórico penal que obra al folio 23 del sumario ha nacido el 3 de abril de 1968. El delito de robo por el que se le condenó, por su parte, tuvo lugar el 3 de abril de 1986, a las 22 horas. Como lo señala el Fiscal, refiriéndose a la STS de 14-1-88, *la edad penal se debe computar de momento a momento, sin sujeción a lo establecido en el art. 315 C.C.* Por lo tanto, en la medida en la que no cabe excluir que el procesado Bartolomé no hubiera alcanzado aún la mayoría de edad penal, se debe aplicar la pena según lo dispuesto en el art. 65 CP.

Sin embargo, no cabe apreciar en este caso la atenuante del 9.3.^a CP como muy cualificada, dado que, de todos modos la reducción de la madurez del procesado, sí existió, ha sido mínima, ya que el hecho fue cometido posiblemente sólo quedaban dos horas para que se hubieran despejado todas las dudas respecto a su mayoría de edad.

Artículo 9.3.^a

Atenuante de minoría de edad. Cómputo

(Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Delgado García.)

TERCERO.— En la 2.^a parte del motivo único del presente recurso se alega infracción del n.º 3.º del art. 9 del C.P., pues, se dice, debió aplicarse la circunstancia atenuante que tal norma prevé a favor de Juan Rodríguez Rejano, porque el hecho se cometió el mismo día en que éste cumplía los 18 años, alegación que ha de ser acogida conforme se razona a continuación.

Para que la persona física adquiera las condiciones exigidas para su imputabilidad penal, es necesario, como presupuesto ineludible, que haya alcanzado una edad por la cual se puede estimar que tiene una capacidad normal de conocer y querer.

Dentro de los sistemas posibles para la fijación de tal edad, el legislador español, abandonados otros criterios anteriores que plantearon importantes problemas, ha optado por la determinación de una, la de 16 años, antes de la cual «iuris et de iure» se presume la inimputabilidad, y otra, la de 18, a partir de la cual se establece la presunción «iuris tantum» de imputabilidad plena, y para la etapa intermedia, comprendida entre los 16 y los 18 años, ha previsto una atenuación cualificada o una sustitución de la pena por una medida de seguridad (art. 65), todo ello en beneficio de la juventud, para mejor proteger a quienes incurrían en infracciones que la ley tipifica como delitos en épocas en las que ha de entenderse que aún no se ha alcanzado la plena madurez.

Tal finalidad legal de protección al menor exige que la interpretación de estas normas penales haya de hacerse siempre con un criterio favorable a la extensión de la exención o de la atenuación de la responsabilidad, en definitiva en beneficio del reo.

Por ello no cabe aplicar al problema aquí examinado el criterio que el art. 315 del C.C. recoge para el cómputo de la mayoría de edad, cuando al respecto dice que «se incluirá completo el día del nacimiento».

Esta norma tiene su origen en una Ley de 13 de septiembre de 1943, que estableció los 21 años como mayoría de edad civil a los efectos de unificar la legislación civil con la mercantil y la común con la de las regiones forales, expresando tal disposición en su preámbulo su finalidad de favorecer a los jóvenes que así quedaban emancipados de la patria potestad en edad más temprana (para premiar la conducta heroica de la juventud española, se dijo en aquella época).

Sería desvirtuar esa finalidad beneficiadora de los adolescentes aplicar ese cómputo del art. 315 del C.C. a los supuestos de determinación de los 16 ó los 18 años como causas de exención o de atenuación de la responsabilidad penal, pues ello perjudicaría al delincuente joven, al adelantar el cumplimiento de esas edades al momento de terminar el día anterior al del correspondiente aniversario (véase la Sentencia de esta Sala de 25-2-1964). El criterio del art. 315 que es beneficioso en materia civil, pues adelanta la adquisición de la plena capacidad de obrar (art. 322), no lo sería en el aspecto ahora examinado.

Por todo ello, el cómputo en esta materia penal ha de realizarse de momento a momento, teniendo en cuenta la hora en que ha de reputarse cometido el delito y aquella otra en que se produjo el nacimiento, que debe constar en el Registro Civil. Así se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 14 de enero de 1988, citada en el escrito de recurso.

Si, como ocurre en el caso presente, no consta la hora del nacimiento, tal omisión probatoria ha de beneficiar al acusado («in dubio pro reo»), de modo que se haya de entender que nació en una hora posterior a aquella en que se produjo el hecho delictivo, y, por consiguiente, que éste ocurrió cuando aún no habían sido cumplidos los años correspondientes (en este caso los 18). Véase, también en este sentido, la mencionada sentencia de 14 de enero de 1988.

Así pues, ha de estimarse que concurre aquí, también respecto de Juan, la circunstancia atenuante 3.^a del art. 9 del C.P. que la Audiencia sólo apreció en Miguel Angel, lo que obliga a acoger esta parte segunda del motivo único objeto del presente recurso.

Artículo 9.4.^a

Preterintencionalidad. Hurto

(S.T.S. de 15 de junio de 1992. Ponente Sr. Hernández Hernández.)

Primero. La sentencia de instancia condena al procesado, como autor de un delito de hurto, con la agravante específica, muy cualificada, de notorio valor de los efectos sustraídos (2.800.000 pesetas) y la concurrencia de la genérica de reincidencia, a la pena de 2 años, 4 meses y 1 día de prisión menor, accesorias y costas, así como a indemnizar a la perjudicada en la suma de 1.500.000 pesetas.

Contra referida sentencia se alza en impugnación casacional el acusado, con apoyo procesal en el número 1.^o del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por corriente infracción de Ley y un sólo y único motivo, en el que se aduce error de derecho devenido de la no apreciación en la comisión del hecho de la atenuante de «preterintencionalidad» del artículo 9.4 del Código Penal, que considera vulnerado por inaplicación.

Segundo. La *preterintencionalidad «homogénea»* (única subsistente tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio), contemplada en el artículo 9.4 de dicho Código sancionador como atenuante, implica una incongruencia, distonía o discordancia entre el elemento subjetivo de la infracción (la intención) y el objetivo (el resultado), de tal modo que este último es más grave que el entrevisto y querido por el agente, originándose un «ultra propositum» o «plus in effectum» (Cfr. SS. de 24 de abril de 1987, 23 de mayo de 1989, 19 de febrero de 1990 y 5 de febrero y 15 de octubre de 1991).

Pretendida la minoración de la responsabilidad penal del agente de la infracción, por juego de la «preterintención», la función y misión del Tribunal no es otra que la de determinar si realmente el resultado excedió de aquello que se propuso perpetrar con la comisión del hecho delictivo (Cfr. S. de 27 de mayo de 1991), mas como la verdadera intención que anima al sujeto activo en cada caso, se halla inmersa en lo más profundo e infranqueable del intelecto humano, el juzgador ha de lograr la indispensable convicción del verdadero alcance del propósito delictual, indagando en el valioso material obtenido a través de los actos, anteriores, coetáneos o posteriores, exteriorizativos de dicha

intención, que examinará y valorará ponderadamente (Cfr. SS. de 29 de enero de 1977 y de 21 de marzo, 6 de abril y 23 de mayo de 1989).

Superado el criterio generalizado mantenido en la añeja doctrina de esta Sala, indicativo de que no cabía apreciar la atenuante referida en los delitos contra la propiedad, dado que, de ordinario, o en la mayoría de los casos, la intención del agente cubre la totalidad del resultado y, si había disparidad entre lo obtenido y lo querido era (y es) a la inversa, al verse defraudado el agente por no haber alcanzado, todo el lucro que se proponía, hoy en día no hay obstáculo alguno para que la atenuante pueda ser apreciada en relación a los delitos de la naturaleza de los anteriormente mencionados, cuando del relato del hecho acreditado aparezca que concurren las circunstancias de hecho integradoras de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal referida (Cfr. S. de 28 de octubre de 1980), y así, «ad exemplum», la *espontánea devolución del exceso de lo que se pensaba sustraer*, haciéndolo llegar, aunque fuera de forma encubierta a su legítimo propietario (Cfr. S. de 29 de enero de 1976).

Tercero. Del «factum» acreditado —cuyo respeto se impone dado el cauce casacional elegido— no se deduce ni intuye, en forma alguna, acto realizado por el procesado del que pudiera inferirse que su intención hubiera sido rebasada por el resultado, y sí, por el contrario, el dato objetivo de haber dispuesto de más de la mitad de las joyas sustraídas, por un montante de 1.500.000 pesetas, y recuperado el resto valorado en 1.300.000 pesetas, lo que, por sí solo, revela la ausencia de la «preterintencionalidad» aducida.

Conclusión reforzada si se tiene en cuenta que no intentó, en manera alguna, la devolución del resto del exceso de lo que pretendió sustraer —según dice el recurso—, lo que le hubiera sido fácil teniendo en cuenta que el apoderamiento lo llevó a cabo del maletero de un automóvil, del que sus dueños se hallaban descargando el equipaje, lógicamente para entrarle en el edificio junto al que se hallaba aparcado el móvil y, por tanto, conociendo el domicilio, permanente o accidental, de la perjudicada.

El motivo debe decaer.

Artículo 10.1.^a

Alevosía. Doctrina General

(Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992. Ponente Sr. Soto Nieto.)

SEGUNDO.— En la alevosía convergen y se dan cita una serie de factores de diversa índole que le imprimen una naturaleza mixta, con cierta predominancia de los de índole objetiva, característico «modus operandi» revelador de un plus de antijuridicidad, pero aflorando, a la vez, un suficiente índice de culpabilidad, un elemento intencional o teleológico, presumiendo en el agente la interposición de un medio querido para el aseguramiento del resultado, un comportamiento externo regido por la voluntad o finalidad del actor, una consciencia, en suma, de que el proceder delictivo se desarrolló en unas condiciones especiales favorecedoras del propósito criminal. Si en principio las posiciones subjetivas tuvieron cierto relieve y predicamento al resaltarse que la alevosía representaba una de las mayores vilezas que podían impulsar la actividad del delincuente, originando serio peligro y cundida alarma en el medio social, la reacción en pro de su tono y cuño objetivo apuntó hacia la intensificación de antijuridicidad derivada de la

creada, buscada o aprovechada indefensión de la víctima, merced al despliegue de medios, modos o formas de realización que dotan de cierta seguridad al acto criminal, tanto en la vertiente de eliminación de cualquier actuación defensiva del atacado como en la relativa al aseguramiento del resultado proyectado y entrevisto. El hábito de subjetividad se halla presente en cuanto quien emplea los medios viene presidido por la intención de evitar toda suerte de riesgos, asegurando, a la vez, la ejecución; ante semejante intensificación de antijuridicidad y de incremento de culpabilidad, la alarma del medio crece y la repulsa social se hace más patente. Los instrumentos o modos se afinan en aras de la más certera realización de la acción criminal; la dinámica comisiva propende, inexorable e inequívocamente a eliminar cualquier oportunidad de reacción de la víctima. Entre las modalidades de asesinato alevoso incardinables en el número 1.º del artículo 406 del C.P., se hallan el alevoso por sorpresa, caracterizado por el ataque súbito e inesperado, con total falta de prevención por parte del afectado dado el modo repentino e inopinado de la agresión; y el realizado con aprovechamiento del estado de indefensión en que pudiera encontrarse el ofendido (Cfr., entre muchas, sentencias de 5 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1983, 16 de mayo y 23 de diciembre de 1985, 2 de diciembre de 1987, 29 de febrero y 8 de julio de 1988 y 23 de enero de 1990).

TERCERO.— Se recoge en el *factum* que cuando los tres procesados estaban a punto de abandonar el bar, tras el expolio del dinero y objetos que se mencionan, se acercó a la puerta el que resultó ser José Benito Rodríguez, sargento-comandante del puesto de la Guardia Civil, vestido de paisano, que había acudido atendiendo la llamada telefónica efectuada al Cuartel de la Guardia Civil por un vecino. Esgrimía el sargento una pistola Star, calibre 9 corto, apostándose al lado de la puerta lateral de entrada al bar. Al conminarle González Novoa para que entrase, aquel le contestó que salieran, «que los iba a poner finos» o frase similar, llegando a disparar uno y otro sus armas repetidas veces. «Tras unos instantes sin producirse disparo alguno, el Sr. Rodríguez, que hasta entonces se había mantenido en el exterior de la puerta lateral..., se decidió a traspasar el umbral de la dicha puerta en dirección hacia la barra, en donde se encontraba Sotelo Rodríguez, y cuando pistola en mano, apenas había entrado en el local, José Antonio González Novoa, que había cambiado de posición situándose agachado junto a la pared de uno de los lados de la puerta dicha, al quedar el Sr. Rodríguez prácticamente dándole la espalda», extendió el brazo y situando el revolver casi rozándole la cabeza, le disparó contra la misma, produciéndole la muerte instantánea. La sentencia recurrida niega la concurrencia de la circunstancia de alevosía. Entre acusado y víctima —cual se razona— existió una situación continuada de enfrentamiento abierto y declarado, con recíprocos e iguales instrumentos lesivos de ataque-defensa y con una localización física tan similar que no otorgaba a ninguno de ellos ventaja sobre el otro, y fue en el curso de este enfrentamiento cuando se produjo la muerte del Sr. Rodríguez por una maniobra propia que lo dejó en situación de ser alcanzado y muerto por el procesado, pero en absoluto provocada y sin riesgo para éste, y, desde luego, sin que se hubiera producido en el enfrentamiento un cambio de la situación inicial que hubiese colocado al procesado en una posición consciente de que ya no podía ser herido o muerto por el otro, de que, en suma, ya no existía «riesgo» para él. La víctima no se hallaba desprevenida frente a González Novoa, ni existió ataque súbito o inopinado, pues precedió un enfrentamiento a tiros declarado y en igualdad de posiciones; no existiendo aprovechamiento de una situación de indefensión de la víctima, al estar ésta advertida, armada y con plenas posibilidades de defensa frente al acusado. Se posibilitó la muerte ante la maniobra de entrada al bar efectuada dentro de la situación de enfrentamiento agresivo latente.

CUARTO.— La Sala sentenciadora se pronuncia en la línea marcada por este Tribunal de un modo pacífico y reiterado. La jurisprudencia, acotando el campo de la agravante de alevosía, elimina de su ámbito los supuestos de previa agresión del ofendido, riña aceptada o enfrentamiento mutuo, exteriorización del agente de su decisión de atentar contra la víctima, inminencia de actos inequívocos de ataque o acometimiento o, incluso, cruce verbal de advertencias amenazantes, en definitiva, presencia de un peculiar clima de violencia en el que resulta advertible cualquier desencadenamiento de atentado a la vida o integridad física (Cfr. sentencias de 22 de junio y 21 de diciembre de 1987, 8 de julio de 1988, 9 de febrero de 1989 y 25 de junio de 1991). La plena sorpresa que caracteriza esta variedad de alevosía se acompaña mal con la contienda física o incluso con enfrentamientos verbales fuertes (Cfr. sentencias de 3 de octubre de 1987, 3 de mayo de 1988, 9 de febrero de 1989 y 25 de junio de 1989). Si ambos contendientes han cruzado palabras retadoras y desafiantes, con simultáneos disparos de sus armas, no cabe hablar de indefensión de uno de los sujetos beligerantes respecto del otro. El adversario quiso acabar con la vida de Benito Rodríguez y por ello ha de responder del homicidio; pero no cabe imputarle una actuación alevosa. Siendo ello así, no procede entrar en el examen de la cuestión suscitada por el recurrente y a que se hizo alusión al principio. Procede la desestimación del motivo.

Artículo 14

Cocautoría. Falsedad documental. Delito continuado

(S.T.S. de 29 de febrero de 1992. Ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado.)

Segundo. Y en cuanto al segundo motivo de igual recurso, que de la misma manera procede declarar no haber lugar a su acogimiento, pues patente el acuerdo o concierto previo de todos los participantes en servir en la estación en que trabajaban menor cantidad de gasolina que la que figuraba en los vales facilitados a cambio de ella por el infiel funcionario del Ayuntamiento de Tarragona que la retiraba o en aceptar de él vales apócrifos sin entregar el carburante que representaban los mismos, repartiéndose después entre todos los pingües beneficios obtenidos así que alcanzaron la cifra de más de tres millones de pesetas, es inconcuso que *todos cometieron el delito de falsedad en documento privado como medio para cometer la estafa calificada por tan sustanciosa cuantía del que la Audiencia sentenciadora les hace responsables y por el que los condena, ya que en los hechos narrados constan los elementos integrantes de tales figuras jurídicas como son, la concepción para ellos de los vales como documentos privados, la mendacidad de los que se utilizaron apócrifamente, el uso de estos para aparentar la retirada de una gasolina que quedaba en poder de los expendedores para luego venderla y repartir su importe con los demás concertados y el empleo de otros vales poniendo en ellos mayor cantidad que la servida para los mismos destinos y fines, lo que, por haber sido hecho por todos de común acuerdo y en unidad de propósito, les hace partícipes de los ilícitos por los que se les sanciona aunque alguno o la mayor parte de ellos no hubiesen falseado de propia mano las menciones que los vales referidos deberían contener, puesto que sin esa recíproca cooperación, fruto del concierto y del designio perseguido, no hubiera sido posible que la empresa ideada hubiera llegado, como llegó, al feliz término conseguido, por lo que la sentencia recurrida debe confirmarse en todos los pronunciamientos entre ellos el relativo a la in-*

demnización señalada en favor de los damnificados, cuya distribución, entre éstos, es cuestión o tema ajeno al interés de los recurrentes.

Artículo 16

Complicidad omisiva. Asesinato

(Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1992. Ponente Sr. Barbero Santos.)

SEGUNDO.— Los restantes motivos, por infracción de Ley, se apoyan en el n.º 1.º del art. 849 de la LECriminal. El segundo reprocha la inaplicación del artículo 16 del Código Penal al procesado Carlos Garfia Rodríguez, por *complicidad omisiva* respecto del asesinato frustrado de Miguel Angel Mongil Redondo, del delito de asesinato de Ortiz Montero y del delito de atentado en concurso con asesinato de Daniel Prieto Dfáz. En apoyo de su tesis, el recurrente cita Sentencias varias de esta Sala.

Al margen de la cuestión relativa a la legitimación del recurrente en lo que no afecta a los policías municipales D. Daniel Prieto y D. Miguel Angel Mongil, que son sus patrocinados, la mayoría de las escasas sentencias citadas se refieren a la complicidad activa, no a la por omisión. Respecto a la admisión de esta clase de complicidad ha sido renuente la doctrina de la Sala. Es cierto, empero, que esta ha apreciado la complicidad en conductas omisivas (Sents. de 18 de febrero de 1983 y 30 de octubre de 1984), pero ha sido rigurosa en la exigencia de concurrir unos requisitos muy precisos para hacerlo. En reciente Sentencia de 23 de octubre de 1991 ha requerido la presencia de los siguientes elementos: a) objetivo (omisión eficaz, patente y manifiesta, no necesaria, empero, para la comisión del delito); b) subjetivo (voluntad consciente de cooperar al resultado con esa inacción), y c) normativo (deber de actuar para impedir la consumación del resultado ilícito que se está cometiendo; deber impuesto por la Ley o por una situación de peligro anterior creada por el omitente).

De conformidad con esta doctrina (la investigación científica española a pesar de algunas monografías recientes no ha efectuado contribuciones notables en el esclarecimiento de la materia) es evidente que no cabe apreciar en ninguno de los tres supuestos mencionados complicidad por omisión. Respecto del asesinato frustrado de Miguel Angel Mongil, tanto Carlos como Begofia dijeron a Juan José Garfia que «no se le ocurriera disparar contra el policía», «pese a lo cual» y sin mediar más palabras éste se dirigió hacia el vehículo policial y comenzó a disparar contra ellos. Está ausente, al menos, el elemento subjetivo: en ningún caso puede afirmarse que Carlos tuviese voluntad de cooperar en el resultado. Lo mismo puede asegurarse respecto del asesinato de Ortiz Montero, ya que, según el hecho probado, «Juan José Garfia, sin previo concierto con su hermano ni con la novia de éste, se dirigió hacia el Citroen y cuando salía del coche Jesús Ignacio Ortiz, encontrándose a un metro de distancia de Juan José, éste le disparó a quemarropa». En lo que afecta al asesinato de Daniel Prieto, en la descripción histórica no aparece mención alguna de Carlos Garfia. Mal puede imputársele complicidad omisiva, por tanto, en el resultado.

El motivo, y del mismo parece es el Ministerio Público, no puede prosperar.

Artículo 19

Responsabilidad civil. Delito contra la salud pública. Comiso. Causalidad

(Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

QUINTO.— El último motivo con idéntico cauce casacional denuncia la aplicación indebida del art. 19 del Código Penal, igualmente con carácter subsidiario.

Se sostiene en la defensa del motivo que la responsabilidad civil debiera deducirse del art. 22 y no del 19 del Código Penal. Cuestiona el motivo que no condenándose en la instancia, por un delito de daños, del que se absolvió a los recurrentes, si por un delito contra la salud pública puede establecerse una responsabilidad civil por unos daños ocasionados.

Razonan además en el motivo:

a) El delito contra la salud pública es un delito de peligro sobre la salud pública y no el patrimonio.

b) En todo caso no es aceptable la extensión dada por la Audiencia Provincial extendiéndola a la indemnización de perjuicios sin prueba al respecto.

Entiende la Sala, que la responsabilidad civil que se cuestiona en los recurrentes es, en todo caso, directa y no subsidiaria, por lo que figura como correcta la mención del art. 19 del Código Penal.

En todo caso, si bien tal precepto se pronuncia con una amplitud inexacta al decir que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente», cuando la realidad desmiente tan tajante declaración, ya que sólo dan lugar a responsabilidad civil aquellos delitos que producen un daño reparable; por eso, con mejor fórmula el art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresa que «todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible», no cabe duda que el delito es también fuente de obligaciones civiles como acto ilícito, en cuanto del mismo se derivan o pueden derivarse daños y perjuicios producidos a través de la relación causal entre la acción delictiva y su efecto.

Para que la responsabilidad civil se aprecie, se requiere la causación de un daño que debe repararse o la derivación de unos perjuicios indemnizables en concordancia y con la determinación de los artículos 101 y siguientes del Código Penal. En este sentido, la doctrina de esta Sala ha declarado que el art. 19 del mismo texto legal establece un principio general —sentencia de 10 de febrero de 1955— que no puede interpretarse en sentido restrictivo para obligar a la indemnización a los que se han beneficiado del delito —sentencia de 27 de enero de 1969— pues la declaración de responsabilidad civil no es accesoria de la pena impuesta, sino responde a un interés privado, pero exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la conducta delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos, sin ruptura de ese nexo causal —sentencia de 5 de octubre de 1988— o lo que es lo mismo, que los daños y perjuicios sean consecuencia «directa y necesaria del hecho delictivo» —sentencias de 6 y 14 de diciembre de 1963 y 13 de febrero de 1991—.

No cabe duda de que los daños determinados por el decomiso por la Junta de Extremadura de los jamones al chacinero, cifrados en 3.304.800 pesetas, así el deterioro de su fama como industrial jamonero con motivo de la sanción tuvieron por causa eficiente la ilícita y punible conducta de los recurrentes y que se refleja en los hechos probados de la sentencia de la Audiencia. Tal doctrina aparece correctamente explicitada en el funda-

mento jurídico cuarto de la resolución impugnada y este Tribunal la hace suya. Allí también se recoge que, a más de la pérdida concreta (*damnum*) determinada en el decomiso administrativo, su fama se mermó por el razonable temor de los consumidores de adquirir piezas contaminadas y ello determinó grandes pérdidas económicas que si bien no le llevaron a la total ruina, si produjeron notable merma en sus expectativas económicas que la Sala de instancia razonablemente ha fijado en tres millones de pesetas, cuya cuantía es inatacable en casación.

El motivo y recurso deben ser desestimados.

Artículo 22

Responsabilidad civil subsidiaria. Doctrina general. Ambito. Concierto hospitalario

(Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Granados Pérez.)

UNICO.— En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 22 del Código Penal.

La entidad recurrente «ARESA, SEGUROS GENERALES, S.A.», que actúa en sustitución por absorción de la «UNION IGUALATORIA MEDICO VALENCIANA S.A.» argumenta, en apoyo del motivo, que carece de fundamento jurídico el haber sido declarada responsable civil subsidiaria por la existencia de un concierto con la Clínica «Virgen del Consuelo S.A.», en cuyo servicio de urgencia trabajaba el médico condenado por una falta de imprudencia, a consecuencia del tratamiento dispensado a un asegurado de la entidad recurrente, con la que no tenía relación alguna de dependencia el médico declarado penalmente responsable.

La cuestión objeto del único motivo del recurso se contrae, pues, a dilucidar si la responsabilidad civil subsidiaria, en caso de insolvencia del responsable criminal, debe alcanzarse a la «UNION IGUALATORIA MEDICO VALENCIANA S.A.» que había establecido un concierto con la Clínica «VIRGEN DEL CONSUELO S.A.» en cuyo servicio de urgencia trabajaba el que ha sido declarado responsable penal.

La mayor o menor extensión de la responsabilidad civil subsidiaria estará en función del fundamento que se utilice para determinar los criterios en virtud de los cuales responden civilmente de un hecho delictivo personas o entidades extrañas a su realización, en caso de insolvencia del sujeto directamente responsable.

Doctrina y jurisprudencia, en una primera orientación, encontró dicho fundamento, afirmando que el maestro, el amo, el jefe de cualquier establecimiento, deben conocer la capacidad de sus discípulos, dependientes o subordinados y no imponerles otra obligación, ni encargarles otro servicio de aquella o aquel que sepan y puedan desempeñar. Y que los deberes que nacen de la convivencia social exigen la vigilancia de las personas o cosas que les están subordinadas. A la culpa «in operando» del servidor o dependiente se sumaba la culpa «in eligiendo» o «in vigilando» del principal.

Sin embargo, en cuanto el artículo 22 descansa sobre supuestos marcadamente objetivos en los que la culpa se presume «iuris et de iure», la jurisprudencia de esta Sala se inclinó, desde hace años, por una configuración cada vez más objetiva, que encontró su fundamentación jurídica en el principio «cuius commoda eius incommoda»: si el servi

ció se ejercita en beneficio de los amos, es lógico que también les afecten los perjuicios inherentes al mismo. Más moderna es la concepción de la creación del riesgo, que muy de acuerdo con los postulados sociales de nuestra época, impone a las empresas la asunción de los daños que para terceros supone su actividad.

Esta evolución, como se destaca en la sentencia de esta Sala 338/92, de 12 de marzo, ha sido realmente aperturista y progresiva en la interpretación del referido precepto con el ánimo loable de evitar a los perjudicados situaciones de desamparo producidas por la circunstancia, tantas veces observada en la práctica, de la insolvencia total o parcial de los directamente responsables.

Esta interpretación cada vez más abierta y flexible del artículo 22 del Código Penal, ha permitido ensanchar el ámbito de las personas que no siendo responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la acción punible, pudieran ser obligadas a los correspondientes pagos civiles en beneficio de los perjudicados.

Así, respecto al alcance de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del CP se han hecho, por esta Sala, las siguientes declaraciones: a) no es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto; b) no es exigible que la actividad concreta del inculcado penal redunde en beneficio del responsable civil subsidiario; c) basta con la existencia de una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una cierta intervención del segundo; d) comprende los casos en que el sujeto activo del delito actúa en servicio o beneficio de su principal, con inclusión de las extralimitaciones o ejercicio anormal de las tareas encomendadas; e) la relación de dependencia o servicio que vertebraba la aplicación de la norma legal puede ser laboral o no, siendo indiferente que sea gratuita o remunerada, permanente o transitoria. (Cfr. sentencias de 25 de enero y 18 de septiembre de 1991 y 12 de mayo de 1992).

El artículo 22 del Código Penal exige que el responsable penal se encuentre en una situación de dependencia o servicio respecto del responsable civil subsidiario, con las matizaciones indicadas. Esa dependencia o servicio lo ha centrado esta Sala y la doctrina en términos tales que el agente «*commissio delictae*» se encuentre potencialmente sometido a la posible intervención del responsable civil subsidiario como dueño de la situación, y de quien podrá recibir órdenes e instrucciones.

Si bien es cierto, como se ha dejado expresado, que esta Sala viene haciendo una interpretación «extensiva» del artículo 22 del Código Penal, ello es perfectamente permisible, para el logro de los fines antes apuntados, ya que su articulación dentro del Código Penal no le hace perder su carácter civil. Este criterio extensivo, social y progresivo, acorde con la prescripción del artículo 3.1. del Código Civil, en la aplicación del artículo 22 del Código Penal, no implica que se pueda prescindir de la literalidad del precepto, ni que pueda establecerse una responsabilidad civil subsidiaria sin base legal.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto objeto de este recurso, surge la esencial cuestión de si puede predicarse esa nota de dependencia o servicio, en los términos antes señalados, en la persona del médico, cuya conducta imprudente ha sido objeto de condena, respecto a la entidad recurrente que estipuló un concierto con la Clínica en la que trabajaba el citado médico.

La respuesta ha de ser negativa. La relación contractual existente, según la escueta información que se infiere del relato fáctico, entre «LA UNION IGUALITARIA MEDICO VALENCIANA, S.A.» y la Clínica «VIRGEN DEL CONSUELO S.A.» en nada permite vislumbrar que aquélla pudiera dar órdenes, instrucciones o de cualquier forma

influir de manera eficiente en la actividad y desempeño de las funciones por parte del médico responsable penal directo de los hechos enjuiciados, cuyo nombramiento o selección le fue totalmente ajeno.

Nada se ha acreditado en ese sentido y es más, ni siquiera se ha incorporado a la causa, ni aportado en ningún momento de la instancia, la póliza suscrita por el perjudicado con «LA UNION IGUALITARIA MEDICO VALENCIANA S.A.»; ni el documento en que se hubiese recogido el concierto entre esta entidad y la Clínica «VIRGEN DEL CONSUELO, S.A.»; ni el contrato que amparase la relación entre el médico y la clínica citada en la que, según el relato fáctico, prestaba sus servicios.

Así las cosas, se ha hecho, por el Tribunal de instancia una interpretación excesiva y no extensiva, que desborda el ámbito legal del artículo 22 del Código Penal, por lo que este único motivo debe ser estimado.

Artículo 33

Abonos. Arresto del quebrado. Condena posterior por estafa

(Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

SEGUNDO.— El abono del tiempo pasado en prisión preventiva durante la tramitación de la causa, que se recoge actualmente en el art. 33 del Código Penal, de abolengo en nuestra codificación, puesto que se encuentra en el texto de 1822 en cuyo art. 98 se disponía que «el tiempo que hubiese estado preso le será contado como parte de la pena», y fue desconocido en los Códigos posteriores, con olvido de que constituye un principio de estricta justicia y ello determinó que se dictaran disposiciones especiales, como el Real Decreto de 9 de octubre de 1853 que otorgó un abono limitado al tiempo sufrido en prisión preventiva y en un sentido muy semejante el Real Decreto de 2 de noviembre de 1879. Más tarde, la Ley de 17 de enero de 1901 dio nueva regulación a la materia, distinguiendo diversos supuestos de aplicación absoluta, parcial y de exclusión, permitiendo tan sólo el abono total de la prisión preventiva a los condenados a penas correccionales y comportando tan sólo la mitad en las aflictivas, así como cualquier fracción de tiempo, operando sobre la división tripartita de las infracciones punibles recogida en el texto penal de 1870. Desde la entrada en vigor de dicha normativa la doctrina de esta Sala puso de relieve que el espíritu de la Ley era de amplitud y de generosidad, no debiendo excluirse de sus beneficios a los que cupieran en él, aunque no se hallaren incluídos en sus preceptos de modo concreto y determinado —sentencia de 2 de julio de 1912— y que precisamente para la aclaración en sentido favorable a los reos se publicó la Real Orden de 29 de enero de 1901 —sentencia de 3 de abril de 1912—.

El art. 33 del Código Penal de 1932 estableció que «la prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de esta causa, se abonará en su totalidad, cualquiera que sea la índole de la pena a que fuera condenado», norma ésta que pasó al texto

de 1944 y se mantuvo en las reformas posteriores hasta la fecha, salvo la adición por la Ley de 24 de abril de 1958 de un segundo párrafo para su aplicación a la retención del permiso de conducir. La amplitud del precepto lo hace aplicable a los casos de arresto sustitutorio por impago de multa, habida cuenta lo señalado en el último inciso del párrafo primero del artículo: «cualquiera que sea la clase de pena impuesta». La jurisprudencia ha comprendido, dentro de éste espíritu de amplitud, no sólo la propia prisión preventiva, sino incluso la mera detención, cuando ésta haya sido motivada por el delito objeto del proceso —sentencia de 30 de enero de 1906— destacando la sentencia de 3 de noviembre de 1958 el «espíritu de amplitud y generosidad a favor del reo que inspira la finalidad del precepto».

TERCERO.— La figura anómala del arresto del quebrado, establecida por el art. 1.044 del Código de Comercio de 1829 y conservada en los artículos 1.335 y 1.336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como último vestigio de la prisión por deudas, que debe interpretarse inexcusablemente en la coordinación entre las vías civil y penal para la quiebra punible, debe interpretarse como una especial medida cautelar del proceso penal ulterior del que viene a constituir una anticipada prisión preventiva y ha sido calificada con acierto por un sector de la doctrina científica, como una vinculación jurisdiccional, pues no es suficiente sólo la declaración de quiebra para la incoación del procedimiento penal.

Cuestionada la constitucionalidad de tal medida limitadora de la libertad individual, la sentencia 178/1985, de 19 de diciembre, del principal intérprete de la Constitución, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad 274/1983, si bien ha destacado que el artículo 1335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no vulnera la presunción de inocencia, si se le interpreta como una habilitación al Juez para que motivadamente pueda adoptar la medida de restricción de la libertad para proteger los bienes que la justifiquen y la necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, es una causa legítima para limitar la libertad, añade que el arresto carcelario, como consecuencia de la falta de disponibilidad económica para prestar una fianza, excede manifiestamente la proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada, por lo que resulta incompatible con el art. 17,1 de la Constitución Española, pero, por el contrario, la restricción de la libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra y el art. 1.340 de la Ley procesal civil contiene una regla a cuyo tenor, acabada la ocupación de bienes del quebrado y el examen de sus libros, papeles y documentos concernientes al tráfico del quebrado, procede la soltura, alzamiento del arresto o concesión de salvoconducto, razón por la cual no podrá decidirse que la medida de privación de libertad es de duración indefinida.

Mantenida la constitucionalidad de la medida, aquí prolongada en exceso más allá de este período de ocupación de libros, papeles y documentos, aunque atenuada, en principio, por determinados salvoconductos o permisos, se plantea su aplicación como privación de libertad sufrida en la causa al posterior cumplimiento de la condena recaída en la causa de quiebra punible. Aquí la jurisprudencia ha sido unánime y constante. La sentencia de 26 de noviembre de 1946 declaró que la sentencia de instancia al negar a los encartados el abono del tiempo de privación de libertad como secuela de la declaración de quiebra, «interpretando así de modo restrictivo y disconforme con la finalidad que notoriamente le inspira aquel precepto beneficioso para el reo sea cualquiera el delito castigado y de cualquier clase la prisión provisional por tal causa sufrida, ya que el

arresto del quebrado constituye una medida judicial de carácter precautorio y procesalmente obligada en la declaración de quiebra, origen y raíz de las actuaciones criminales que han de seguirse sin solución de continuidad hasta la terminación del proceso», añadiéndose asimismo que «la anticipada privación (de libertad) ha de computársele, en justicia, para el cumplimiento de la pena que en definitiva le sea impuesta por la misma causa determinante del arresto».

La sentencia de 13 de noviembre de 1958 declara, que el arresto del quebrado «representa una verdadera prisión preventiva que, como anticipada privación de libertad, ha de computársele al quebrado para el cumplimiento de la pena que en definitiva le sea impuesta por la misma causa determinante del arresto acordado por la jurisdicción civil».

Finalmente, la sentencia de 24 de febrero de 1984, reitera, que ninguna cosa es más sensible y trascendente que la libertad de la persona y que por ello debe computársele en justicia la privación anticipada, para el cumplimiento de la pena que le sea impuesta.

CUARTO.— Entiende la Sala de instancia que el arresto domiciliario sufrido por el recurrente no constituye una genuina prisión preventiva, y más que una propia privación de libertad supuso una restricción de la misma. Trascendiendo de lo puramente terminológico, la prisión preventiva ni priva totalmente la libertad exterior, ni puede suprimir la libertad interna y por ello la doctrina italiana no designa, como entre nosotros, las penas como privativas de libertad o restrictivas, sino como restrictivas, dividiendo éstas en carcelarias o no carcelarias, dando al término cárcel el significado de establecimiento penitenciario. En todo caso, el arresto domiciliario, surgido como sustitutivo de las penas privativas de libertad de corta duración, tiene cabida en nuestro Derecho y así el art. 85 del Código Penal, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, establece que «el Tribunal podrá autorizar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor» y aunque desplazado en muchos ordenamientos jurídicos por la aplicación de la condena condicional, no cabe duda que supone una pérdida de la libertad ambulatoria que está condicionada al propio domicilio. Puede suponer una prisión atenuada respecto al ingresado en un Centro penitenciario, pero siempre constituye prisión preventiva y pérdida de libertad, y que lo es así se demuestra con que su duración debe estar limitada a la ocupación de libros y papeles y en este caso fue levantada por el Juez de Primera Instancia al cumplirse prácticamente la mitad de la condena, en cumplimiento de lo señalado en el art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cosa distinta es que el recurrente usara y abusara de los salvoconductos, porque en los Centros penitenciarios también se conceden permisos de salida a los que se refiere el art. 47 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Las irregularidades producidas por los numerosos salvoconductos no deben ser motivo de inaplicación del art. 33 del Código Penal, no sólo porque, como con notorio acierto expresa el *auto de disentimiento*, el Juez civil pudo en caso de incumplimiento del arresto sustituirlo por la prisión, sino porque ello supondría una actividad calificadora de esta jurisdicción en materia ajena, como es la atribución de la jurisdicción civil.

El arresto domiciliario deber computarse como una prisión preventiva, por ser solución justa y no perjudicial para el reo.

QUINTO.— Resta dilucidar ahora, lo que constituye un problema de honda trascendencia, el de si es posible extender el beneficio del abono de la prisión preventiva sufrida a otras causas diferentes a las que determinaron la medida. El recurrente pretende

que se le aplique el tiempo sufrido como privación de libertad por el arresto del quebrado en una causa por estafa —en la de quiebra fraudulenta fue absuelto libremente—. No cabe duda que la redacción del precepto que hace referencia a «la prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la *tramitación de la causa*» parece favorecer una interpretación meramente literalista, exigiendo la unidad de causa o procedimiento y así se ha recogido por antiguas sentencias de esta Sala —*ad exemplum* de 26 de febrero de 1943, 22 de diciembre de 1944, 26 de noviembre de 1946 y 13 de noviembre de 1958— pero, sin desconocer la importancia de la hermenéutica gramatical, no debe detenerse la búsqueda de la *mens legis* en el puro sentido de las palabras, sino que ha de atender a otros criterios lógicos, sistemáticos, históricos y de la realidad social del tiempo de aplicación, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma, como ordena el art. 3,1 del Código Civil. Desde este punto de vista, la prisión preventiva constituye un mal y una restricción de la libertad, que exige limitaciones de motivación, racionalidad y temporalidad, como se deduce del art. 17,2 de nuestro texto fundamental y del art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como tal medida se adopta por simples sospechas delictuosas y con finalidad de proteger a la sociedad con el descubrimiento de los delitos y sus autores, constituye una exigencia de justicia reparar este sufrimiento que la pérdida de la libertad comporta y cuando, como en este supuesto, se absuelve libremente en la causa de quiebra en la que se acordó el arresto *civil*, lo justo y razonable es aplicársele a otra causa en la que resultó responsable. Ello constituye la mejor reparación y se mueve asimismo en la línea de amplitud y generosidad que inspiró la reforma del precepto. En esta misma línea se ha manifestado la sentencia de 1 de abril de 1916 cuando afirmó la posibilidad de justificación de «la ficción del Derecho de suponer la existencia y cumplimiento de la prisión provisional simultánea en dos causas, cuando en una de ellas no le fuese computable ni abonable, por cualquier motivo legal». Así también se ha mantenido recientemente por esta Sala en la sentencia de 15 de enero de 1991, que recogió la posibilidad de extender el beneficio de la prisión preventiva en causas distintas a las que motivaron la condena, como medio hábil para que la prisión preventiva sea abonada «en su totalidad» y realizar así el fin de justicia material a que el precepto tiende, siendo un argumento sistemático que apoye esta tesis el del párrafo segundo del art. 70 del Código Penal que permite la acumulación jurídica de la pena para determinados delitos aunque hayan sido impuestas en distintos procesos, pues al ser la liquidación de condena conjunta el tiempo de duración de las prisiones preventivas sufridas se abonarán en la suma total. Pero esta transmisión de la prisión preventiva de un procedimiento a otro sólo tiene el límite el que las causas hayan estado en coincidente tramitación. En el supuesto ahora contemplado, el sujeto estuvo en el arresto domiciliario desde el 30 de mayo de 1983 al 17 de diciembre de 1986, en el sumario por quiebra fraudulenta (41B/1986), continuación del procedimiento civil estuvo en libertad provisional y recayó sentencia absolutoria el 22 de febrero de 1990, y en la causa por la que ha sido condenado (74/1986), recayó sentencia el 5 de mayo de 1988, no habiéndose podido ejecutar por haberse interpuesto un recurso de casación que fue desestimado. Pero no sólo existe una coexistencia temporal, sino incluso mas, existe una propia conexidad, ya que ambas causas penales se incoaron en las mismas fechas y presentan una profunda relación entre ellas, y basta leer el relato de hechos probados de la sentencia ejecutoria por estafa para percatarse de ello.

Por tales razones debe estimarse el motivo y el recurso.

Artículos 69 bis y 504

Delito continuado. Robo con fuerza en las cosas. Acuerdo previo. Reparto de tareas

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1992. Ponente Sr. Soto Nieto.)

PRIMERO.— Se funda el único motivo del recurso interpuesto por los procesados, al amparo del artículo 849.1.º de la L.E.Cr., en que, dados los hechos probados, se lleva a efecto una incorrecta aplicación del artículo 69 bis del C.P. Según el tenor del relato fáctico de la sentencia, los acusados, puestos de acuerdo y para obtener un beneficio económico común, decidieron cometer sustracciones en los establecimientos de Soria, denominados «Caballo Blanco», dedicado a Bar Restaurante, y en el también Restaurante «Cadosa», situados en lugares diametralmente opuestos de la ciudad. A tal fin se dividieron en dos bandos. Uno de los grupos, formado por los hermanos Heliodoro, Eloy y Javier Cava Martínez penetraron en el «Caballo Blanco» por una de las ventanas, rompiendo sus cristales. El otro grupo, integrado por Julio Jiménez Andrés y Sotero Andrés Manzanero accedió al local «Cadosa» por medios similares. En sendos establecimientos, y en la forma descrita en el *factum*, se apropiaron los sujetos intervinientes, en el primero, de un total de 80.000 pesetas, y en el segundo, de 50.000 pesetas. Con posterioridad se reúnen todos en casa de Heliodoro, y animados por otro inculpado rebelde, que llegó en aquellos momentos, deciden desplazarse a Logroño para canjear y cambiar en los Bancos de aquella ciudad las monedas y billetes que habían conseguido, siendo allí destinados.

La sentencia conceptúa los hechos como constitutivos de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, de los artículos 500, 504-1.º y 2.º, 505, en relación con el artículo 69 bis, todos ellos del C. Penal. Estima que las dos infracciones, la cometida en el Restaurante «Caballo Blanco» y la de «Cadosa», se conjuntan en una sola por la abrazadera de la continuidad a que alude el artículo 69 bis del citado cuerpo legal.

SEGUNDO.— Aunque los ejecutores directos de ambas infracciones se hallan perfectamente identificados y vienen agrupados separadamente, es lo cierto que ninguno de ellos es ajeno al atentado a la propiedad en el que no presta su colaboración material. Todo se realiza tras un cambio de impresiones, «puestos de acuerdo y para obtener beneficio económico común». Unos y otros, completando los bandos personales en que se integran, se dirigen a sus respectivos lugares de actuación, llevando a término sus propuestos fines de apoderamiento de dinero, tras violentar físicamente los locales y muebles o máquinas donde se hallaba depositado. Después se reúnen con ánimo noticioso y participativo. No nos hallamos ante actos desconectados, aislados en su generación y en sus efectos, sino perfectamente coordinados, en inteligente ensambladura, en el que cada partícipe se consideraba beneficiario de las ganancias obtenidas por el otro grupo actuante y, en cierto modo, impulsor de su dinámica delictiva. Ello lleva a reconducir el cuadro personal descrito como integrado por una serie de individuos implicados en sendas infracciones criminales, en una, en concepto de autores materiales y directos, y en la otra, bien también como autores del número 1.º del artículo 14 en méritos del acuerdo previo —postura de un sector de sentencias del T.S.—, o, más fundadamente, en calidad de inductores, al poder revestir la inducción la forma de un «pacto» entre instigador y ejecutor material (Cfr. sentencia de 25 de enero de 1988). El acuerdo logrado se tradujo en un mutuo influjo psíquico alentador del proceder antijurídico de los prota-

gonistas. No sin razón se ha destacado que la inducción viene a ser participación y, a la vez, autoría intelectual en el hecho ajeno. La sentencia de 25 de junio de 1985 admitía la sociedad como una de las modalidades clásicas en las que plasma la figura de la inducción; y, en general, cualquier actividad apropiada en el orden de las relaciones humanas.

TERCERO.— Si ello es así, la calificación de los hechos como constitutivos de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, cual ha verificado la sentencia impugnada, ha de aceptarse como correcta y fundada. Aunque cada una de las acciones, separadamente, integra un supuesto delictual, la valoración global como única infracción viene determinada en razón a la homogeneidad de sus elementos y a la unidad genérica de resolución o designio, existiendo una identidad en los sujetos activos. Cual informa el Ministerio Fiscal, impugnando la alegación del recurrente de inexistencia del delito continuado, en la narración fáctica se afirma que todos los procesados se pusieron de acuerdo para cometer las dos sustracciones, aunque, para su ejecución, se dividieran en dos bandos. Y que, culminando su propósito, poco más tarde, se reunieron de nuevo para juntar el botín. Lo que demuestra la intervención de todos los acusados en los hechos de autos. El motivo ha de claudicar y ser desestimado.

Artículos 76 y 344 bis a) 3.º

Penas superiores. Determinación de la multa

(Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1992. Ponente Sr. Moner Muñoz.)

PRIMERO.— El primer motivo de impugnación del Ministerio Fiscal, se formula por infracción de ley del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se denuncia inaplicación de lo dispuesto en los artículos 344 bis a) n.º 3 y 76, todos del Código Penal, que obligan a imponer la pena superior en grado a la pena conjunta de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio, y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas. El motivo se refiere exclusivamente al acusado José Ramón Goicoechea, al que la Sentencia de instancia aplicando los artículos 344 y el subtipo agravatorio de notoria importancia de la droga impuso la pena de cuatro años dos meses y un día de prisión menor y multa de 700.000 pesetas.

Aún cuando ésa fue la pena pedida por el Ministerio Fiscal en la instancia, por aplicación del principio de legalidad, la pena de multa conjunta con la de privación de libertad impuesta debió formarse de acuerdo con el artículo 76 del Código Penal, en su grado superior, aumentando la mitad de su cifra máxima a la cantidad total señalada por la ley, ya que como reiteradamente ha declarado esta Sala —cfr. entre otras la Sentencia de 18 noviembre 1987— *en las penas conjuntas el aumento o disminución del grado de la pena debe alcanzar a la totalidad de ella, privación de libertad y multa, y ello no afecta al principio acusatorio por cuanto que no se pena un delito más grave, sino que se aplica estrictamente la pena señalada al delito, lo que no vulnera aquél* —cfr. Tribunal Supremo Sentencia 22 enero 1992—.

El motivo, pues, debe estimarse, casando y anulando la Sentencia de instancia en tal particular dictándose a continuación la procedente.

Artículos 231.2.º y 236

Atentado a agente de la Autoridad. Voluntad de acometimiento

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1992. Ponente Sr. Barbero Santos.)

UNICO.— El recurso se interpone por el Ministerio Fiscal, por infracción de Ley, y por un solo motivo, por inaplicación del art. 236, en relación con el 231.2.º del Código Penal.

De acuerdo con el recurrente, en el *factum* se destaca el elemento objetivo: acometimiento intimidativo a agente de la Autoridad que se encontraba en el ejercicio de sus funciones y, también, el subjetivo: conocimiento del carácter de guardias civiles de tales agentes, reglamentariamente uniformados y con los distintivos del cuerpo, y el ánimo de despreciar el principio de autoridad de los mismos desobedeciendo la orden de alto, hasta el punto de saltarse el control establecido en la carretera, dañando a otro coche y obligando a uno de los agentes a saltar fuera de la carretera para no ser alcanzado.

Carece de interés exponer cuales son los elementos que integran el delito de atentado de conformidad con la doctrina de esta Sala, puesto que no es esa la cuestión que el motivo plantea. El punto a resolver es si dado el *factum*, que es obligado respetar por la vía casacional elegida, concurre o no el elemento subjetivo consistente en el ánimo de despreciar el principio de autoridad.

La exigencia de tal ánimo específico, tendencial, de menospreciar, menoscabar, vilipendiar o faltar el respeto debido al principio de autoridad, es una constante en la jurisprudencia de esta Sala.

En contradicción, sin embargo con esta exigencia suele estimarse que tal ánimo existe cuando se conoce el carácter público del sujeto pasivo y la autoridad que como tal encarna al llevar no obstante adelante el acto de acometimiento, afirmándose, incluso, en alguna Sentencia (v.gr., de 16 de junio de 1989, de 4 de julio de 1991) que el *animus* se presume si el sujeto activo conoce el carácter público de la víctima. Mientras en otras (Sent. de 28 de noviembre de 1988) más matizadamente se sostiene que «conociendo la cualidad personal de la autoridad o sus agentes, forzosamente se ha de representar el menosprecio que de ello resulta para el principio de autoridad, a no ser que se pruebe la existencia de un móvil divergente que por su entidad vendría a anular ya no sólo el dolo, sino el propio injusto de este delito.

Las presunciones respecto de la existencia de elementos integrantes de la figura de delito son, evidentemente, de repudiar. Cosa distinta es que de la constatación de los componentes objetivos del tipo se infiera lógicamente, de acuerdo con las reglas de la experiencia, la presencia del componente subjetivo. En todo caso el conocimiento del carácter público del sujeto pasivo e, incluso, de su eventual agresión, no puede llevar a afirmar que la pretensión del autor era la de menospreciar el principio de autoridad y que, por tanto, se cometió atentado. Si así fuere habría que considerar parricidio doloso toda muerte de una persona vinculada por lazos paterño-filiales, por el simple hecho de conocer el autor tal parentesco cuando cometió la acción. El respeto al principio de legalidad impide llegar a tales extremos. La constancia del elemento cognoscitivo es independiente de la del elemento volitivo. La distinción secular entre culpa con previsión y dolo eventual se apoya en tal distinción.

En el caso a enjuiciar es evidente que el procesado conocía que le fue dado el alto por la Guardia Civil. Pero el verbo que determina el comportamiento activo es, precisamente, el de desobedecer, no el de acometer. No se dice, en absoluto, que el recurrente «pretendiera» atropellar al Guardia Civil, ni siquiera que se representara posibilidad de tal «atropello». Se dice únicamente que habiéndole dado el alto los agentes de la autoridad «lejos de obedecer, aceleró la marcha, lo que obligó a un Guardia Civil a saltar fuera de la calzada para evitar ser atropellado». Clara la desobediencia, en absoluto lo es —dada la descripción histórica— el acometimiento. El que por encontrarse el Guardia en la calzada pudiera ser atropellado por la aceleración de la marcha del vehículo, no quiere decir que pretendiera atropellarle. Y sin tal pretensión o al menos sin la voluntad de atropellar al Guardia Civil, no cabe delito de atentado.

El motivo y con él el recurso, no puede prosperar.

Artículo 236

Atentado a agente de la Autoridad. Vigilantes jurados

(Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1992. Ponente Sr. Moner Muñoz.)

PRIMERO.— El primer motivo de impugnación, se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado por el Tribunal de instancia, la diligencia de prueba solicitada consistente en que se librara oficio a la Comisaría de Policía de Córdoba, al objeto de que se acreditara el carácter de vigilante jurado de los «presuntamente» agredidos, así como otras Circunstancias referente a los mismos. Aún cuando tal motivo fue apoyado por el Ministerio Fiscal, sin embargo los propios recurrentes en el acto de la vista, pusieron mayor énfasis, en la defensa del segundo motivo, de fondo, articulado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, en el que se denuncia la infracción del artículo 236, en relación con el número 2.º del artículo 231 ambos del Código Penal, por entender que si se estimara, podría definitivamente ser más favorable a sus pretensiones.

Es evidente que la prueba propuesta por los inculcados, debió ser admitida por la Audiencia Provincial, en cuanto pudiera haber aportado ciertos datos que hubieran podido delimitar mejor el relato fáctico, sobre la condición de vigilantes jurados de los lesionados, así como los servicios que estaban prestando. Sin embargo, aún admitiendo la realidad de aquéllos, mayor trascendencia tiene la consideración o no de Agentes de la Autoridad que puedan tener las personas que ostentan el cargo de vigilantes jurados a efectos de tipificar las agresiones contra ellos cometidas como constitutivas de un delito de atentado. Procede, pues, desestimar el primer motivo, y examinar el segundo de los articulados.

SEGUNDO.— Inicialmente en el correlativo motivo, se cuestiona la atribución que a los vigilantes jurados confiere el artículo 18 del Decreto de 10 de marzo de 1978 otorgándoles el carácter de Agentes de la Autoridad, pues es de dudosa jerarquía normativa requerida para el complemento de una Ley penal en blanco.

Tal cuestión fue ya resuelta en la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1979, sosteniendo que sujeto pasivo de la infracción del artículo 231 del Código Penal, lo pue-

de ser la Autoridad, entendiéndose por tal las personas a que se refieren los dos primeros párrafos del artículo 119 del Código Penal, —los funcionarios públicos— cuyo concepto se encuentra en el párrafo 3.º de aquel precepto, o los agentes de la Autoridad, deduciendo de ello que «si los vigilantes se hallaban al servicio de una entidad privada, no puede afirmarse ni reconocérseles la condición de Agentes de la Autoridad».

En el mismo sentido, la muy reciente Sentencia de 25 de octubre de 1991, declara que el artículo 18 del Decreto de 18 de marzo de 1978, supone una extensión del concepto de Autoridad pública establecido en el artículo 119 del Código Penal, y una ampliación de punibilidad de los delitos previstos en el Código Penal para la protección de los Agentes de la Autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Tal doctrina es asumida en la presente resolución, haciendo suyos los argumentos expuesto en las Sentencias mencionadas.

Aún cuando el Decreto de 10 de marzo de 1978 es anterior a la Constitución Española, y por tanto, a los artículos 25.1 y 81.1 de la misma, la existencia de la Ley penal previa estaba ya establecida en el artículo 1 del Código Penal en la época de la sanción de aquel Decreto. Y por ello, la extensión de la punibilidad establecida en la Ley Penal, mediante un Decreto tampoco se ajusta a las exigencias del sistema institucional de la época en que fue dictado.

Como afirma la Sentencia aludida de 25 de octubre de 1991, aún cuando no puede significar que el artículo 18 cuestionado sea en sí mismo inconstitucional, pero su validez en el marco del Derecho Administrativo, no puede ser materia de pronunciamiento en esta Jurisdicción.

Procede, pues, la estimación del motivo, sin necesidad de examinar el tercero referido sólo al recurrente José Solano Castillejo, casando y anulando la Sentencia de instancia, dictando a continuación la procedente.

Artículos 240 y 8.11.^a

Desacato a la Autoridad. Escrito de Abogado a Juez. Ejercicio de un derecho

(Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis.)

CUARTO.— El primer motivo, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 240 del Código Penal, en relación con el artículo 356 del mismo cuerpo legal, «por entender que no concurren los requisitos objetivos y subjetivos que conforman la entidad delictiva de desacato a la autoridad».

Dice el artículo 240 Código Penal que «cometen desacato los que, hallándose ... una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, en su presencia o en escrito que les dirijan». Y el artículo 356 del Código Penal castiga como autor de un delito de «prevaricación» al «Juez que, a sabiendas, dictare auto injusto».

En el presente caso, el hoy recurrente resultó adjudicatario de un lote de bienes subastado en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Huelva, cuyo titular dictó «auto, de fecha siete de febrero de mil novecientos ochenta y siete, concediendo a los

titulares registrales del bien adjudicado la posibilidad de liberar la finca mediante el pago de principal, intereses y costas garantizadas por la hipoteca o solicitar nueva subasta, por haberse omitido con anterioridad la notificación establecida en el artículo 131, regla 5.^a de la Ley Hipotecaria».

Los escritos dirigidos por el hoy recurrente al Juzgado de Primera Instancia, a que se refiere el «factum» de la sentencia recurrida, guardan directa relación con la anterior resolución judicial. Así las cosas, importa destacar: a) que dictar un Juez una resolución injusta a sabiendas constituye una conducta tipificada en el Código penal como constitutiva de «prevaricación»; b) que los escritos dirigidos por el hoy recurrente al Juzgado recogen literalmente la anterior expresión típica; c) que los escritos proceden de un jurista; d) que las referidas frases han sido vertidas precisamente por escrito, no en un momento de defensa acalorada; y e) que tales expresiones han sido reiteradas; no parecen, pues, fruto de un descuido o de un error.

El delito de «prevaricación», atendidas las penas con que es sancionado en el Código Penal, no es —obviamente— el más grave de los recogidos en el Código Penal; pero difícilmente puede imputarse a un Juez o a los Magistrados que componen un Tribunal Penitenciario en su estricta función jurisdiccional, un delito más grave que a dictar, «a sabiendas», resoluciones injustas.

Atendidas todas las circunstancias, no puede afirmarse fundadamente que, en el presente caso, no concurren los requisitos objetivos ni los subjetivos del desacato.

Desde el punto de vista objetivo, estamos en presencia de unos escritos dirigidos a un Juzgado, directamente relacionados con una resolución jurisdiccional de su titular, respecto del cual se opina que la ha dictado «a sabiendas» de su injusticia.

Desde el punto de vista subjetivo, el contenido penalmente típico de las expresiones, la condición de jurista de su autor, el hecho de vertirlas por escrito y con reiteración, no pueden menos de suponer en su autor, al menos, una previsión y una aceptación del menoscabo que tal conducta implicaba, de modo evidente, para el destinatario de sus escritos, y particularmente para la función pública desempeñada por el mismo.

Concurren, por tanto, todos los requisitos precisos para la existencia del delito de desacato. Procede, en consecuencia, la desestimación de este motivo.

QUINTO.— El motivo segundo, del número 1.^o del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley al entender «que no se ha tomado en consideración el artículo 8.11 del Código Penal, puesto que no se ha apreciado la concurrencia de la eximente de responsabilidad criminal de obrar en el ejercicio legítimo de un oficio (profesión)».

En definitiva, estima la parte recurrente que impugnar por vía de recurso una resolución judicial, sosteniendo que no se ajusta a derecho, que es injusta material o formalmente, no constituye ningún atentado contra el respeto debido a la autoridad que la haya dictado. Y, finalmente, cita en apoyo de su tesis los artículos 537.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («en su actuación ante los Juzgados y Tribunales, los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa»), y al artículo 42 del Estatuto General de la Abogacía («el Abogado, en cumplimiento de su misión, actuará con toda libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas de la moral y deontológicas»).

Según establece el artículo 8-11.^o del Código Penal, está exento de responsabilidad criminal «el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un de-

recho, oficio o cargo». El obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, constituye —como es bien sabido— una causa de justificación. Mas no toda forma de ejercitar un derecho puede encontrar el amparo de esta eximente. Así, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado, con carácter general, que tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso o alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad (v. s.^a de 14 de junio de 1956). Y, en referencia concreta al ejercicio de la Abogacía, ha declarado que si a fines de acusación o defensa se permiten expresiones que en otro caso serían injuriosas, esta facultad no implica carta blanca para atacar el honor de los encartados o litigantes o para faltar al respeto debido al Tribunal (v. s.^a de 29 de octubre de 1934); e incluso que los deberes del Letrado exigen el mayor comedimiento y mesura en el lenguaje (v. s.^a 16 de junio de 1890 y de 25 de octubre de 1974).

Es patente que, en el presente caso, no cabe afirmar que el hoy recurrente actuase en el ejercicio legítimo de su oficio al expresar a un Juez su opinión de que había dictado una resolución injusta «a sabiendas», es decir que había prevaricado dolosamente. La libertad de expresión, sin duda, no puede llegar a justificar este tipo de manifestaciones, especialmente cuando se vierten por escrito y reiteradamente.

Por todo lo dicho, procede la desestimación de este motivo.

Artículo 254

Tenencia ilícita de armas. Estado de funcionamiento

(Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis.)

PRIMERO.— El único motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley «por inaplicación, indebida, del art. 254 del Código Penal».

Estima el Ministerio Fiscal que la solución decretada por el Tribunal de instancia no está fundada, por cuanto carece de entidad suficiente para ello la circunstancia, especialmente consignada en el «factum» de la sentencia recurrida, de que «la biela (de la pistola de autos) estaba muy desgastada, no empujando el fiador suficientemente, de modo que para efectuar un disparo era necesario empujar manualmente el cartucho».

El Tribunal de instancia absolvió al acusado por entender que el tipo delictivo recogido en el art. 254 del Código Penal, cuya inaplicación aquí se denuncia, requiere necesariamente un arma «en estado de normal funcionamiento» lo cual no sucede en el caso de autos «ya que para lograr la percusión sobre el cartucho era necesaria una operación manual, probablemente sencilla para el experto, pero no necesariamente para todo detentador»; estimando irrelevante también «que el arma pudiera ser fácilmente reparada por persona entendida en su manejo» (vid. Fj 1.º de la s.^a recurrida).

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado, en relación con la cuestión aquí planteada, que el arma ha de hallarse en condiciones de funcionamiento pero precisando que «para estimar inútil un arma, lo ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego ni ser

puesta en condiciones de efectuarlo» (vid, sentencia de 10 de abril de 1986 y las especialmente citadas en ellas: sentencias de 20 de febrero de 1936, 31 de mayo de 1950, 5 de febrero de 1966, y más recientemente las de 17 de enero y 24 de septiembre de 1985). La sentencia de 10 de junio de 1988 (en un caso de una pistola que tenía «un defecto de la aguja percutora por lo que sólo ocasionalmente se efectúa el disparo del proyectil»), declaró que «el simple hecho de que ocasionalmente pueda efectuar disparos es suficiente para conceputar a la pistola arma de fuego, y para apreciar el abstracto peligro para la incolumidad pública que supone su tenencia sin los controles administrativos»; recordando, además, que, como dijo la sentencia de 5 de noviembre de 1986, el peligro existe cuando la inadaptación al uso es sólo momentánea, parcial o de simple corrección; y que, de acuerdo con una inconcusa doctrina legal «para estimar inútil un arma lo ha de ser en forma de no hacer fuego, ni de tener la posibilidad de ser puesta en condiciones de efectuarlo» (vid. sentencias de 10 de diciembre de 1986 y 10 de noviembre de 1987). En análogo sentido se pronunció la sentencia de 4 de febrero de 1991 («en la medida en que la dificultad del disparo es reparable..., y que no implica una inutilización definitiva de la misma como tal, su tenencia se subsume bajo el tipo penal contenido en el art. 254 C.P.»). E igualmente la sentencia de 15 de febrero de 1991, al afirmar que «una cosa es la dificultad de uso, y otra, muy distinta, la imposibilidad de verificarlo».

SEGUNDO.— Este Tribunal, haciendo uso de la facultad reconocida en el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la mejor comprensión de los hechos relatados en la sentencia, ha procedido a examinar los autos, pudiendo así comprobar que en el informe sobre el funcionamiento de la pistola ocupada al hoy recurrente, tras describir los defectos que la misma presenta, se afirma que «la reparación es muy sencilla», lo cual, unido también a que —según se dice en el «factum»— el acusado es «aficionado a las armas», constituyen un conjunto de circunstancias concurrentes en el hecho enjuiciado, que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, justifican sobradamente la estimación de este motivo.

Artículo 303

Falsedad documental. Documento oficial. Fotocopias

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

PRIMERO.— El motivo primero del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce la infracción, por aplicación indebida, del artículo 303 del Código Penal con un dúplice argumento: En primer lugar se afirma que no hay falsificación de un documento oficial, sino *fotocopia* de un impreso del INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (INEM), con membrete del mismo, en el que se había hecho constar mecanográficamente los datos de identidad del procesado y de su afiliación a la Seguridad Social como productor de la empresa «SUDENTA, S.A.», de Oviedo, con fecha de ingreso en la misma el 18 de febrero de 1980 y fecha de cese el 18 de febrero de 1981 por cumplimiento de contrato y al que se había añadido en su tercio inferior un «Recibí por importe de 78.575 pesetas» correspondiente a prestaciones por desempleo devengadas en dicho Instituto por el procesado con fecha 17 de octubre de 1983 y firma de la esposa de éste, con cuyos añadidos puestos por el proce-

sado o por otra persona desconocida, por indicación de aquél, se trataba de justificar que había abonado el procesado a su cónyuge, después de tramitada la separación y divorcio de ambos, los atrasos que debía a la misma por impago de pensiones alimenticias decretadas a favor de ella y de un hijo menor de edad, documento así alterado que presentó el 30 de junio de 1986 al Juzgado número 5 de los de Oviedo en el que se habían seguido los autos de divorcio en los que se había decretado el pago de dichas pensiones a cargo del procesado. Y el segundo argumento empleado alega que la propia sentencia recurrida, en su primer fundamento jurídico, califica de burda alteración la realizada en tal documento, tanto por haberse empleado máquinas de escribir distintas —a la vista de los tipos de las mismas— para rellenar el impreso con todos los datos relativos a la situación laboral del procesado y los relativos a la cantidad que se dice recibida con firma de la ex-esposa, como por estar datado el documento con una fecha en la que no podía ser posible el recibo de cantidad, puesto que las prestaciones por desempleo del procesado se habían extinguido en agosto anterior, amén de estar prohibida la percepción de la cantidad expresada por persona distinta del trabajador que la había devengado.

SEGUNDO.— En cuanto al primer argumento, es doctrina de esta Sala que la fotocopia de documentos, como dice la sentencia de 18 de julio de 1987, con cita de otras precedentes, es medio de reprografía hoy admitido en el tráfico jurídico, que puede alcanzar autenticidad una vez cotejada con el original por fedatario público, virtualidad en mayor o menor grado, que la hace apta para inducir a error, reuniéndose así las dos notas de toda falsedad, el mudamiento de la verdad y el remedo de la verdad.

Esta doctrina se ha mantenido en posteriores sentencias (sentencias 1 febrero 1989 y 1 abril 1991 entre las recientes), pero la sentencia de 7 octubre 1991 introduce importantes matizaciones en el anterior de pronto, parte del principio de que la fotocopia sólo tiene carácter de documento cuando esté certificada, puesto que el documento para ser tal ha de *perpetuar* y *probar* su contenido y *garantizar* la identidad de quien ha emitido la declaración de voluntad y ninguna de tales funciones se cumplían en el caso examinado por dicha sentencia en el que se aplicó el artículo 306.6.º del Código Penal (alteración o intercalación en documento verdadero que varíe su sentido).

Conformes con esta exigencia que confronta la fotocopia con el artículo 306.6.º del Código Penal para excluir la aplicación de este precepto en el caso entonces enjuiciado (la fotocopia unía dos documentos auténticos como si fuera un único documento) puesto que no se alteraba ni la perpetuidad del contenido, ni la capacidad de probar del mismo, ni la garantía de quien lo suscribió. En el caso que ahora se examina no ocurre tal cosa, puesto que el *modus operandi* de la falsedad consistió en unir dos fragmentos de dos documentos inicialmente veraces: Uno el fragmento mecanografiado de un impreso del INEM con su membrete oficial en el que figura la identidad personal y laboral del procesado, así como su afiliación a la Seguridad Social durante el período de un año (duración temporal del contrato con la empresa) y otro fragmento correspondiente al recibo de una cantidad por la cónyuge del procesado en fecha determinada con firma auténtica de la misma, pero figurando, además, con mecanografía distinta intercalada, la supuesta cantidad recibida por la esposa queriendo indicar así que se trataba de cantidad devengada por el procesado como prestación del INEM. Vemos, pues, que la unión de dos fragmentos correspondientes a documentos distintos, unidos no sólo materialmente, sino intercalando una cantidad (cual si fuera devengada por el procesado en período de desempleo) y recibida por su esposa de la que se encontraba separado y divorciado, no solo atenta al contenido del documento unido y así fotocopiado y a la prueba del mismo, puesto que se evidenció procesalmente su falsedad, sino a la garantía del que lo suscribe

(la esposa perjudicada) en tanto que si bien la firma es legítima no se corresponde con el hecho suscrito.

Entonces, tal modo falsario no sólo cabe encuadrarlo en el artículo 302.6.º del Código Penal, sino mejor aún en el número 9 del propio artículo puesto que se ha confeccionado con fragmentos de dos documentos uno nuevo y distinto, en definitiva se ha simulado con tal creación *ex novo*, un documento que induce a error sobre su autenticidad, exigencia esta última que según la mejor doctrina se satisface, si el documento así creado tiene *idoneidad* para engañar a un sujeto de características medias desde el punto de vista social, es decir, que la alteración de la verdad (*inmutatio veri*) y el remedo de la misma (*imitatio veri*) es bastante para llevar a error al común de las gentes. Esto nos lleva a tratar del segundo argumento del motivo.

TERCERO.— En cuanto a este segundo argumento, si bien es cierto que la jurisprudencia viene rechazando la falsedad penal del documento si éste no reúne una mínima apariencia de autenticidad, en el caso de autos no aparece tan manifiesta la falsa apariencia del documento confeccionado por el procesado o por otra persona a su instancia, con propósito de perjudicar a su cónyuge, pues si bien hay que aceptar que la doble mecanografía ya es indicio de la manipulación, también hay que recordar que la firma de la mujer era auténtica, traída de otro documento añadido al original, de cuyo conjunto se sacó la fotocopia, lo que exigió el correspondiente informe pericial caligráfico, como así mismo hubieron de solicitarse del INEM los datos necesarios para comprobar que no obraba en su archivo antecedente alguno del documento tal como fue alterado, como también se demostró la prohibición de que pudiera cobrar la prestación figurada persona distinta del favorecimiento de la misma. Es decir, que no bastó para la condena penal del recurrente, que impugnase la ex-esposa del mismo la realidad del cobro por ella de la cantidad que aseguraba el procesado haberle sido pagada, sino que fue necesaria toda la investigación procesal referida para llegar a afirmar el engaño perpetrado por el recurrente a través de un supuesto documento oficial.

El motivo, pues, debe ser desestimado.

Artículo 303

Documento mercantil. Concepto. Impreso de solicitud de talonario

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis.)

PRIMERO.— El único motivo de casación del Ministerio Fiscal ha sido formulado por el cauce del número 1.º del artículo 849 de 18 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia infracción de ley «por inaplicación del artículo 303, en relación con el núm. 1.º del art. 302 del Código Penal».

Entiende el Ministerio Fiscal que el Tribunal de instancia ha incurrido en error de derecho «al estimar los hechos como delito de falsedad en documento privado del artículo 306 del Código Penal,...., al considerar de tal carácter el impreso bancario de solicitud de talonario de cheques, en el que se imitó la firma, autorizada para ello, de la Empresa Fimetal, S.A., de su administrador único».

La cuestión plantada en este motivo se reduce a la delimitación de la naturaleza «privada» (como ha entendido la sala de instancia), o «mercantil» (como sostiene el Mi-

nisterio Fiscal), de la solicitud de un talonario de cheques por parte del titular de una cuenta corriente bancaria, efectua en el impreso correspondiente.

Según dice el Tribunal de instancia (FJ 1.º c), «hemos de entender que el escrito solicitando la entrega de talonario no es sino, precisamente, un acto propio de la correspondencia entre el Banco y su clientela, de modo que no puede considerarse, a los efectos que aquí interesan, como documento mercantil».

Sobre el particular, *tiene declarado esta Sala*, desde la antigua sentencia de 9 de abril de 1984, seguida por otras muchas (v. ss. de 8 de abril y 20 de diciembre de 1960, 10 de diciembre de 1964, 18 de octubre de 1968, etc.), que deben estimarse documentos mercantiles no sólo los expresamente regulados como tales en el Código de Comercio y en las Leyes Mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para constatar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos. En el mismo sentido, se dice en la sentencia de 27 de marzo de 1990 que son mercantiles a efectos penales los documentos que acreditan las operaciones que contraen en el ámbito o movimiento propio de una empresa o alguno de los elementos o incidencias relativos a tales operaciones, bien se trate de documentos recogidos en el Código de Comercio y demás leyes mercantiles, bien sean de los adoptados por el uso comercial sin que exista una tipificación legal determinada; de modo que cualquier falsedad material o ideológica de las comprendidas en el art. 302 del Código Penal, realizada en alguno de tales documentos por un particular, comerciante o no, debe ser sancionada conforme al art. 303. Más recientemente, la sentencia de 13 de marzo de 1991 dice que el documento mercantil existirá siempre que el mismo sea expresión de una operación mercantil o de comercio, en el sentido en que ésta se admite por la ley o por los usos mercantiles, en la línea, pues, del propio Código de Comercio, cuando de manera amplia define los actos de comercio (art. 2.º C. de Comercio); precisando que, en la órbita del tráfico bancario, todo lo que afecta a las operaciones de tales entidades, activas y pasivas, son eminentemente mercantiles, y no sólo la contabilidad, sino también cuantos documentos sean necesarios para constatar y acreditar las respectivas operaciones. En tal sentido, se cita la sentencia de 17 de marzo de 1987, que, de manera concreta, atribuye carácter mercantil a los documentos en virtud de los cuáles se procede a extraer cantidades de cuentas bancarias, depósitos o cartillas de ahorro.

SEGUNDO.— En relación ya con el presente caso, importa recordar que los bancos son empresas cuya actividad primordial es la de ser intermediarios en el crédito y que los contratos en que se plasma tal actividad se denominan bancarios, siendo ejemplo típico de los mismos la denominada «cuenta corriente bancaria», que, según la doctrina, constituye una subespecie del contrato de comisión mercantil.

En virtud de la relación jurídica creída por este tipo de contratos, el banco viene obligado a atender las órdenes que reciba del cliente (de reintegros de dinero, de pagos, de transferencias, etc.). Tales órdenes habrán de efectuarse en la forma prevista en el acuerdo entre las partes. Generalmente las órdenes de pago se dan por escrito y la orden de pago más corriente es el cheque.

Así las cosas, es manifiesto que la solicitud dirigida al banco por el titular de una cuenta corriente pidiendo la entrega de un talonario de cheques, efectuada en el impreso bancario correspondiente, constituye un documento inherente al desenvolvimiento normal de contrato bancario existente entre ambos. De ahí que tal solicitud deba ser considerada un verdadero documento mercantil, conforme a los criterios sentados por la

jurisprudencia recogida en el fundamento anterior. Procede, en consecuencias la estimación de este motivo.

Artículo 322

Uso público de nombre supuesto. Actos aislados

(S.T.S. de 23 de junio de 1992. Ponente Sr. Ruíz Vadillo.)

Unico. El recurrente opone a la sentencia, que le condena por un delito de uso público de nombre supuesto, un único motivo, al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando error de derecho por la aplicación indebida del artículo 322 del Código Penal.

El motivo parte del respeto al hecho probado al no intentar su modificación, sino que, por el contrario, constituye la premisa fáctica de la impugnación que formaliza. El hecho probado, en el particular que interesa al motivo, dispone que el procesado «en las dependencias policiales se identifica como Antonio P.H., hasta que fue descubierta su verdadera identidad, una vez había sido puesto a disposición judicial».

El examen de las diligencias, de conformidad con lo autorizado por el artículo 899 de la Ley Procesal, permite constatar que el procesado fue puesto a disposición judicial con el nombre supuesto que utilizaba, incluso en su declaración judicial no es interrogado por su verdadero nombre, reafirmandose el procesado en el supuesto. Las restantes actuaciones judiciales se realizan con el nombre verdadero y el supuesto, así en el mandamiento de prisión y auto en el que se acuerda.

Esta Sala ha atendido en otras resoluciones motivos sustancialmente iguales. La sentencia de 1 de marzo de 1988 analiza y recoge la jurisprudencia recayente al supuesto destacando que, la publicidad a la que se refiere el tipo penal, ha sido entendida mayoritariamente por la jurisprudencia como reiteración o persistencia del uso del nombre supuesto en las relaciones humanas. Sin embargo, *en otras ocasiones se ha estimado que tal publicidad se halla presente en algunos actos aislados que de ninguna manera conectan con la colectividad, sobre todo cuando tienen como destinatario inmediato una autoridad o funcionario público.*

En igual sentido, la sentencia de 28 de octubre de 1986 y la de 24 de marzo de 1987. Esta última señala que la jurisprudencia ha estimado que existen ocasiones en las que, aún sin reiteración en el uso del nombre, se produce la infracción penal por las consecuencias lesivas de su empleo en la vida de relación y en la seguridad jurídica.

La anterior jurisprudencia, de carácter unívoco, hubiera permitido declarar la inadmisión del motivo en aplicación del artículo 885.2 de la Ley Procesal Penal, lo que ahora ha de conducir a su desestimación, como es parecer del Ministerio Fiscal.

Artículo 322

Uso público de nombre supuesto. Subtipo agravado

(Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Moyna Ménguez.)

UNICO.— La jurisprudencia de esta Sala ha entendido —como afirma el recurrente— que el delito impugnado surge cuando hay una reiteración de actos de atribución de nombre supuesto, posiblemente porque la locución adverbial «públicamente» del tipo delictivo del artículo 322 del Código difícilmente puede cumplirse en virtud de la comisión de una única acción de uso; pero esta reiteración de actos, exigida como norma general, no ha impedido apreciar el delito, sin insistencia o repetición en el uso del nombre, cuando la utilización del supuesto hubiera tenido una particular trascendencia y más en concreto cuando hubiera producido consecuencias lesivas en la vida de relación o en la seguridad jurídica (sentencia de 11 de octubre de 1972, y en el mismo sentido las de 6 de mayo de 1960, 22 de noviembre de 1962, 9 de diciembre de 1968, 22 de junio de 1971, 21 de junio de 1980, 12 de marzo de 1982, 6 de diciembre de 1985 y 24 de marzo de 1987). No consta, efectivamente, que el acusado hiciera uso del nombre supuesto más que en una ocasión, pero si aparece del relato judicial que la utilización de un nombre que no era el propio se hizo para alquilar un automóvil con la finalidad específica de transportar en él un cargamento de hachís, impidiendo de esta manera o entorpeciendo la identificación del sujeto de esta patente acción delictiva; estas circunstancias son las de singular trascendencia y de consecuencias lesivas para la vida de relación y seguridad jurídica que justifican la aplicación del tipo penal, en cuanto que el interés público en la persecución del delito se ve intencionalmente obstruido o estorbado por el nombre supuesto utilizado por el sujeto. No hay, por ende, la aplicación indebida del artículo 322, 1.º y 2.º del Código penal que denuncia el recurso por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 325 bis

Delito contra la Administración de Justicia. Dualidad de tipificaciones. Intimidación de parte

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

SEGUNDO.— El otro motivo del recurso, el primero, con el mismo apoyo legal en el n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estima infringido por aplicación el art. 325 bis del Código Penal.

Se dice en el recurso que del hecho probado no se deducen los requisitos que exige para su aplicación tal precepto penal, por no existir violencia, ni intimidación.

El motivo está abocado a su total desestimación, pues a su socaire se pretende alterar o cuestionar el *factum*, aludiéndose a que sólo pretendieron los procesados pedir una explicación sobre la denuncia, sosteniendo que no existió ninguna clase de intima-

ción. Por lo pronto, la vía casacional utilizada obliga a un escrupuloso respto a los hechos probados de la sentencia de instancia, pues, en caso contrario, se incide en la desestimación del motivo, a tenor de lo señalado en los artículos 885,1.º y 884,3.º de la Ley procesal penal —sentencias de 17 de noviembre de 1986, 31 de mayo de 1988, 3 de julio y 20 de noviembre de 1991—.

El art. 325 bis del Código Penal fue introducido por la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, dentro del Título IV, «de los delitos contra la Administración de Justicia» y concretamente en el Capítulo I, «de la acusación y denuncia falsas», delitos contra los que nada tiene que ver el nuevo precepto, porque la nueva infracción ubicada para su sanción en el capítulo, lo es propiamente contra la libertad de las partes y terceros (testigos, peritos e intérpretes) del proceso, suponiendo más bien, como contemplaría el Proyecto de 1980, una forma de obstrucción a la justicia.

El artículo 325 bis comprende en realidad dos diferentes figuras punibles, pues mientras el párrafo primero se refiere a acciones violentas e intimidatorias para influir en una posterior actuación procesal del denunciante, parte, testigo, perito o intérprete, para actuar en tales personas y se retracten de su denuncia, desisten de la acción o dejan de prestar su declaración, informe o traducción o la prestan desviadamente, el segundo párrafo contempla los actos contra la vida, integridad, libertad, seguridad o bienes de tales personas como represalia de su actuación en un procedimiento judicial.

La finalidad del precepto se encuentra en la protección del derecho de acción del derecho-deber de denuncia, la obligación de testificar y la regularidad de los dictámenes periciales y las traducciones necesarias para una adecuada apreciación probatoria, constituyendo el bien jurídico la Administración de justicia y sus medios personales de actuación a fin de que no se vean privados de la libertad de cooperación o decisión.

El delito incriminado en el párrafo primero en su dinámica comisiva hace referencia alternativa a la violencia y a la intimidación, pues la conjunción disyuntiva «o» al separar ambos elementos, así lo da a entender. Dicha infracción es de mera actividad y no precisa un resultado distinto de la acción y en su sentido tendencial se perfecciona por el solo intento violento o intimidatorio ejercido sobre los sujetos protegidos con la finalidad del auxilio procesal requerido para evitar su infiel o extraviada prestación. Si bajo el prisma de la violencia debe entenderse el empleo de la fuerza física sobre los sujetos pasivos que enumera el artículo, en la morfología de lesiones, malos tratos, etc., la intimidación hace referencia al proferimiento de amenazas verbales o reales para amedrentar al testigo, denunciante, etc... y torcer su ánimo, sin precisarse para la perfección o consumación de la infracción de la consecución del resultado pretendido por el autor, como se ha recogido en la sentencia de esta Sala de 9 de mayo.

La jurisprudencia ha estimado el término de intimidación en sentido amplio y omnicompreensivo —sentencia de 23 de julio de 1988— y ha apreciado el delito en frases amedrentadoras o intimidatorias dirigidas a la víctima cuando se hallaba esperando en el Juzgado para prestar declaración —sentencia de 12 de diciembre de 1988—.

El relato fáctico, que debe ser respetado en la vía casacional utilizada, que solo cuestiona el *error iuris*, nos dice que los procesados «el día 14 de diciembre de 1984, entraron en el Bar los Tanques, que regentan José Luis Oliver Martínez y su esposa Josefina Gómez Salto y dirigiéndose a ésta le pidieron que retirara la denuncia contra su hermana Encarnación por agresión física e intento de sustracción de un pendiente y una pulsera... y le dijo Martín que en caso de no hacerlo le quemarían el bar y Antonio que ordenaría a su mujer que la arrastrara por los pelos, actitud que atemorizó al matrimonio...». La existencia de las amenazas condicionales resulta evidente del relato, no san-

cionándose como tales porque cuando las mismas persigan tendencialmente las finalidades explicitadas en el art. 325 bis del Código Penal, la doctrina científica y la jurisprudencial estiman un concurso normativo y en seguimiento de la regla del art. 68 del texto punitivo. En todo caso, las amenazas, como medio intimidatorio, se han producido en la actuación descritas en el *factum*, porque se han viabilizado mediante expresiones o hechos con entidad suficiente para causar una intimidación, como han recogido las sentencias de este Tribunal de 27 de octubre de 1982 y 4 de octubre de 1991.

El motivo debe por ello ser desestimado.

Artículo 337

Realización arbitraria del propio derecho. Concepto de violencia. Exigencia de dolo

(Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

TERCERO.— El delito de *realización arbitraria del propio derecho* descrito en el artículo 337 del Código Penal tiene su origen en el Código Penal de 1848 con dos diferencias respecto a la tipificación actual: La de referirse tan sólo al apoderamiento con violencia, y el de su encuadramiento entre los delitos «contra la libertad y seguridad». Así pervivió en los Códigos posteriores de 1870 y 1932, pues el de 1944, aparte de incluir la *intimidación* como medio comisivo, situó este delito entre los que atacan la *administración de justicia*, pero tal emplazamiento no debe hacer olvidar que el delito implica también un ataque a las *personas*, implícito en los medios comisivos de «violencia o intimidación», así como un ataque al *patrimonio*, en cuanto se obtiene el pago de una obligación fuera de los medios legales, es decir por propia mano por «las propias razones» según terminología clásica que aun perdura en Códigos como el italiano. El delito así se convierte en *pluriofensivo*.

De lo que antecede se derivan ya importantes consecuencias respecto a su delimitación con el robo violento, del que toma el *apoderamiento* de cosa ajena con *violencia o intimidación*, lo que excluye ya el *robo con fuerza en las cosas* y lo distingue del robo violento en que el «ánimo de lucro» es suplantado por el de «hacerse pago» con la cosa apoderada. Conforme a las normas del Código Civil (artículos 1096 y siguientes) la compulsión al pago puede hacerse en las distintas formas admitidas por dicho Código, de modo que no solo alcanza a la concreta cosa debida, sino al apoderamiento de cosa equivalente integrada en el patrimonio del deudor, toda vez que el mismo responde con todos sus bienes (artículo 1911 del Código Civil).

Las anteriores consecuencias expuestas por la doctrina científica y recibidas hoy por la jurisprudencia han supuesto en esta una importante flexión, puesto que si se llegó anteriormente a admitir tanto la fuerza física recayente sobre las personas como sobre las cosas, ello permitía la extensión del tipo a imagen del robo con fuerza en las cosas (sentencia 12 junio 1975, citada por el *à quo*), pero ya la sentencia 14 noviembre 1984, que condensa toda la doctrina sobre este delito, entendió la violencia y la intimidación como fuerza física y coacción moral en el sentido empleado por los artículos 500 y 501 del Código Penal, doctrina consolidada posteriormente (sentencias 3 noviembre 1990 y 3 febrero 1991).

CUARTO.— Finalmente, el *ánimo de hacerse pago* convierte a la infracción en esencialmente dolosa (sentencia 14 noviembre 1984) y este específico ánimo la distingue también del robo violento, ya como opuesto al ánimo de lucro (sentencias 3 febrero 1981, 26 febrero 1982), ya se entienda el ánimo de lucro en su acepción más lata de *animus rem sibi habendi* que existiría también en el delito del artículo 337, pero que queda suplantado por el ánimo de hacerse pago (sentencia 15 marzo 1991). En efecto, estamos ante un típico elemento subjetivo del injusto (sentencia 21 marzo 1991) que como tal excluye la culpa, si se entiende que existe un *error sobre el tipo*, dado que, si el error es vencible, el artículo 6 bis a) del Código Penal solo permite la remisión a la culpa, cuando la infracción sea castigada *en su caso*, como culposa. Y ya hemos visto que el delito de realización arbitraria del propio derecho no admite la comisión culposa en cuanto esencialmente doloso.

Las dos consecuencias obtenidas del análisis del tipo: exclusión del apoderamiento con fuerza en las cosas, en lugar de la violencia (fuerza física) o intimidación (fuerza psíquica), junto con la exclusión de la culpa por la concurrencia en el caso de autos de error sobre un elemento del tipo: creencia de que la cosa apoderada era propia y no ajena, eliminan la tipicidad del delito imputado en la instancia con argumentos opuestos a los acabados de exponer.

En consecuencia, se estima el motivo y con ello la necesidad de dictar nueva sentencia en la que se absuelva al recurrente.

Artículo 339

Inhumación ilegal. Doctrina general. Homicidio precedente

(Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1992. Ponente Sr. De Vega Ruíz.)

PRIMERO.— El Ministerio Fiscal interpuso un único motivo, por infracción de Ley del artículo 849.1 procesal, a través del cual denunciaba la indebida aplicación del artículo 339 del Código Penal.

Estima la acusación pública, de acuerdo con lo por ella mantenido en la instancia, que si el acusado, valiéndose de un cuchillo y un serrucho (siempre según el relato fáctico de la sentencia), dividió en varias partes el cuerpo de la víctima, para después arrojar las bolsas que las contenían en una planta incineradora de residuos urbanos con el fin de que no quedara rastro alguno, debió ser condenado también, además de por el delito de asesinato, por otro de inhumación ilegal.

SEGUNDO.— Como dice la Sentencia de 4 de junio de 1983, que después se citará otra vez, *la inhumación ilegal es una infracción de riesgo abstracto o comunitario, artificial* («mala quía prohibita») y *administrativa*. Dice, en otras palabras, *se trata de un tipo penal altamente controvertido*.

El delito del artículo 339 del Código Penal supone la configuración de una norma en blanco (Sentencia de 27 de mayo de 1988) al hacerse una remisión a disposiciones de naturaleza administrativa, en cualquier caso situadas fuera de la Ley penal. Se trata de una técnica mirada con manifiesta *desconfianza* desde el punto de vista de los principios que inspiran el Derecho Penal, pero *con cierta frecuencia* utilizada por el legislador ante la imposibilidad de llenar de contenido sustancial determinadas figuras delictivas cuya

esencia está constituida, precisamente, *por la vulneración de reglas no penales como se acaba de decir*.

Tal referencia, sin embargo, no lo es sólo a *disposiciones de rango inferior*, auténtico supuesto de Ley penal en blanco hoy considerado inconstitucional al no respetarse «la reserva de Ley» (es el caso del ya vetusto Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, de 20 de julio de 1974), *sino a otras que formalmente tienen la naturaleza de Ley* (por ejemplo la Ley de Registro Civil).

Delito en blanco que aparentemente puede plantear para algunos ribetes concretos de desigualdad (cuando no en franca contraposición al principio de territorialidad de la Ley penal) por consecuencia de los diversos planteamientos administrativos con que, desde cada Comunidad Autónoma, se establece la regulación más oportuna según las propias peculiaridades y según las competencias por cada una de ellas asumidas, lo que convenientemente se aclaró en la Sentencia de 18 de noviembre de 1991 con respecto al despacho de medicamentos deteriorados y expendición de medicamentos sin cumplir las formalidades reglamentarias.

El tipo penal acoge y criminaliza una *amplia conducta*, en la que el bien jurídico protegido puede ser la colectividad por medio de la salud pública, o el interés puramente particular para preservar a la persona viviente de errores humanos en orden al óbito.

En definitiva, el concepto de la inhumación ha sido entendido con mayor amplitud que el que se deriva, simplísimamente, de su estricto significado. No es sólo el *dar sepultura, dar tierra u ocultar con tierra*. Es lógico que tales conceptos fueren ya insuficientes dadas las muy diversas maneras con que se pueden hacer *desaparecer, esconder u ocultar* los cadáveres o fetos. De ahí que el delito comprenda igualmente los actos ilegales de inhumación por o con nichos, sarcófagos, mausoleos, o incluso en los demás lugares no habituales (incineradoras de productos o de seres humanos, pozos, piscinas, cuevas y un largo etcétera).

En esa concepción se estima como inhumación ilegal *cualquier acto tendente a desprenderse del cadáver, o feto, con infracción de leyes o reglamentos, bien con enterramiento, bien con ocultación, bien con destrucción, de manera permanente o temporal*. Se ha dicho por eso que con este delito merecen castigo *cuantos impiden* que los cadáveres o fetos sean conducidos, en el tiempo y con las formalidades legales, al recinto o recintos destinados al efecto, permaneciendo por el contrario insepultos, en medios inapropiados, *o destruidos indebidamente*, con la posibilidad de *transmitir o propagar enfermedades o esparciendo y alimentando*, con su putrefacción, una fauna cadavérica libre, *cuando no impidiendo que los deudos y familiares apliquen las exequias y ritos acostumbrados*.

TERCERO.— El problema más importante que desde el punto de vista jurídico-penal se plantea es el que aquí se cuestiona.

El tratamiento que ha de merecer la infracción cuando fue precedida por un delito contra la vida cometido por la misma persona, ha sido objeto de sendas tesis contradictorias, tanto en la doctrina científica como las resoluciones de esta Sala Segunda.

Por lo que a ésta respecta, a favor del autoencubrimiento impune en base al principio de no exigibilidad, se pronunciaron distintas resoluciones (5 de diciembre de 1956, 14 de mayo de 1960, 19 y 21 de diciembre de 1977, entre otras).

En esa idea, se llega a la simple ocultación del cuerpo del delito, acto posterior impune donde el desvalor del acto primero conduce, y consume, al desvalor del acto posterior, porque *no es dable exigir, en derecho, que el homicida que pretenda ocultar el «corpus delicti», para evitar la sanción penal acuda al Registro Civil, lo que supondría*

denunciarse a sí mismo. Como lo que conduce al absurdo debe rechazarse en el terreno jurídico, espontánea y naturalmente se manifiesta la imposibilidad de llegar a la condena de la posterior infracción.

Más la segunda orientación (Sentencias de 8 de octubre y 22 de noviembre de 1947, 27 de enero de 1951, 14 de febrero de 1964, 4 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1977 y 4 de junio de 1983, entre otras) muestra un criterio favorable al concurso por ser dos los bienes jurídicos que resultan atacados (vida y salud pública), sin que ninguna infracción absorva a la otra. El autoencubrimiento, dicen, es impune solamente *cuando los actos que lo integran no constituyan por sí otro delito*, lo que se demuestra consultando el artículo 17.4 de la Ley procesal penal, al considerar conexos los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros. Además al no ser consustancial o inherente al delito contra la vida, la infracción de riesgo o de peligro abstracto, *no tiene porqué absorver aquella a éste último.*

El motivo se ha de desestimar. Ciertamente es cuestión dudosa con recíprocas argumentaciones no exentas de solidez.

Los fundamentos de la primera tesis, o *teoría del autoencubrimiento impune*, acabó por imponerse ante esta Sala. *Como acertadamente establece la Sentencia de 24 de octubre de 1989* (última representación del criterio de la Sala Segunda), *no puede ser apreciado el delito en aquellos supuestos, tal es el presente, en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver, con su descuartizamiento y posterior destrucción en la incineradora, es exclusivamente esconder y disimular la sección homicida, no, ni muchísimo menos, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública.* Coloquialmente señala dicha resolución «que sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado.

Artículo 344

Tráfico de drogas. Delito provocado

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

PRIMERO.— Frente a la sentencia dictada el día 24 de octubre de 1990 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga han interpuesto sendos recursos de casación los procesados, Gerhard Dieter Hohle Santa María y Oscar Mateo Sánchez. El del primero de tales acusados se encuentra conformado en dos motivos de infracción de Ley y el del otro, en un único motivo de esta clase. Sin embargo tanto este único motivo como el primero del recurso del coacusado coinciden en el planteamiento de la cuestión del delito provocado, por la vía del n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ante el silencio del Derecho positivo sobre este punto, ha sido la doctrina de esta Sala la que ha tenido que pronunciarse sobre las consecuencias de la provocación policial y así lo ha hecho en un conjunto de sentencias, de las que son exponente las de 6 de julio de 1980, 8 de junio de 1984, 25 de septiembre de 1985, 9 de octubre de 1987, 20 de febrero y 21 de septiembre de 1991 y 15 de febrero de 1992, destacando que supone, *en primer término, un problema de política criminal* y que como tal aparece íntimamente conectado con el sistema político imperante en un país y, por tanto, no puede recibir el mismo tratamiento bajo un régimen autoritario, que prima el carácter represivo del or-

denamamiento penal *so pretexto* de la seguridad, que en un Estado de Derecho en que se encuentra proscrita la ilegalidad y la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9,3 de la Constitución Española— y donde se eleva a la categoría de principio fundamental el respeto a la dignidad de la persona y a su libertad, traducida también en su espontánea determinación, prohibiendo así tanto las formas coactivas de la ajena voluntad como las torticeras y engañosas aunque estuvieren dirigidas a la represión y prevención de la delincuencia.

Si bien el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a la Policía la averiguación de los delitos públicos y practicar las diligencias necesarias para su comprobación, descubrimiento de los delincuentes y recogida de efectos, instrumentos o pruebas para ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, no puede entenderse que puedan utilizar en su trabajo y actividad medios contrarios a los principios constitucionales, reprobables o ilícitos, entre los que se encuentran, indudablemente, los tendentes a la provocación del delito cualquiera que fuere la ulterior finalidad perseguida.

Delito provocado es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona o personas sospechosas y con la intención de constituir pruebas indubitables y para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarrazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador no sólo la casi segura detención del inducido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas.

De la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia se destaca cómo el agente encubierto ha puesto de relieve y ha dado a conocer una trama previa de tráfico de drogas, para lo cual se sirvió de un tercero, también procesado y condenado, pero no recurrente —José Manuel Ruíz Ruíz— que facilitó el contacto entre un comprador que no ha sido identificado en la causa y los procesados recurrentes para realizar una operación de tráfico, venta de haschis y en la que iban a proceder a la entrega de la droga. Los hoy recurrentes circulaban en un vehículo Nissan Patrol y a una señal del otro coprocesado Ruíz Ruíz, siguieron hasta la explanada del Supermercado Continente de Málaga pero, al apercibirse del cerco policial a que estaban sometidos, huyeron a pié, pero siendo detenidos por la Guardia Civil y ocupándose en el vehículo que conducía el procesado Dieter Hohle y tapados con un colchón de espuma cuarenta kilogramos de haschís.

La sentencia impugnada recoge que el agente encubierto se puso en contacto con un extranjero que pretendía comprar dicha droga, pero en nada alude a que tal agente ofreciera a ese tercero o a otros una operación de compraventa de droga. La vía casacional utilizada del n.º 1.º del art. 849 de la Ordenanza procesal penal comporta un reverencial respeto los hechos probados y su alteración por adición, supresión o modificación comporta la desestimación del motivo. Los hechos probados lo que revelan y patentizan es una operación de desmantelamiento de una operación de tráfico de drogas, la detención de los participantes así como la ocupación de tres bolsas de resina de haschís del peso indicado.

El miembro de la Guardia Civil, disimulado en su condición no hizo otra cosa sino descubrir dicho alijo y desmontar la planeada operación. La actividad de este agente encubierto no estuvo encaminada a suscitar en ninguno de los procesados, ni en el extranjero no identificado la idea criminal, sino exclusivamente a esclarecer e investigar y, en última instancia, a poner fin a la actividad criminal —sentencias de 15 de febrero de 1982 y 9 de octubre de 1987— por cuyo motivo procede la desestimación del único motivo del recurso del procesado Oscar Mateo Sánchez.

Como la operación desbaratada había supuesto la consumación del delito, por cuanto existía la tenencia de la droga preordenada al tráfico, el delito contra la salud pública del art. 344 del Código Penal estaba ya cometido y al no estarse en presencia de un delito provocado por lo antes razonado y expuesto, procede también la desestimación del primer motivo del procesado Gerhard Dieter Hohle Santa María, que denuncia la inaplicación de los artículos 4 y 52 del Código Penal, pero no se está en presencia de una Conspiración o proposición, sino de una tenencia y transporte de sustancia prohibida para destinarla a la venta, ni tampoco de una tentativa imposible. El delito del art. 344 responde a la estructura de los delitos de peligro abstracto y su punibilidad arranca de la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, situándose el tráfico real o efectivo más allá del área de consumación, siendo la obtención de lucro ajena al tipo —sentencias, por todas, de 10 de julio de 1987 y 19 de abril de 1988— y si bien algunas sentencias han admitido formas imperfectas lo es para los supuestos de comprador-traficante que no ha accedido aún a ninguna forma de disponibilidad de la droga —sentencias de 2 de junio de 1987 y 6 de abril de 1988, entre otras— lo que no ocurre en este caso.

Artículo 344 y 344 bis a) 1.º

Tráfico de drogas. Medicamentos. Rohipnol. Establecimiento penitenciario

(Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Martín Pallín.)

PRIMERO.— Se formaliza el primer motivo al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 344 del Código Penal.

1.— Por la vía del error de derecho aborda la recurrente varias cuestiones que pueden ser analizadas de manera conjunta con el contenido del motivo segundo en el que se denuncia la violación de lo dispuesto en el artículo primero del Código Penal.

En primer lugar plantea la absolución de la acusada por no haber participado en la comisión de los hechos que se le imputan en la sentencia recurrida, cuestión que no tiene encaje en la vía casacional elegida, ya que es imperativo respetar el contenido del relato de hechos probados.

En el relato fáctico se afirma que la recurrente entregó al centro Penitenciario una bolsa de tela con diversos enseres destinados a la persona con la que convivía, que estaba interno en el citado establecimiento y al ser examinado por el funcionario de turno se encontró entre las tapas de un libro veinte pastillas de Rohipnol.

2.— La acusada realiza actos de transmisión de un fármaco que se encuentra clasificado entre las sustancias consideradas como psicotrópicas y actúa con conocimiento de la ilicitud de tal conducta como pone de relieve el hecho de que escondiese el producto entre las tapas de un libro con objeto de evitar que fuese descubierto fácilmente por los encargados de revisar los paquetes destinados a los internos.

La Sala sentenciadora con acertado criterio no aplicó la agravante específica o subtipo agravado que se contienen en el número primero del artículo 344 bis a) del Código Penal, en cuanto que del relato de hechos probados se desprende que la sustancia psicotrópica no estaba destinada a su difusión en *establecimiento carcelario*, ya que pretendía

únicamente subvenir a la necesidad de la persona a la que estaba ligada afectivamente. De esta conducta no puede desprenderse el móvil o finalidad de su difusión, que exige un dolo específico y una constancia fáctica que se echa de menos en el relato de hechos probados y, en todo caso, no podemos rectificar este punto sin caer en una reforma de la sentencia en contra del reo en un punto que no ha sido objeto de planteamiento a esta Sala.

3.— La tercera cuestión que se contiene en el motivo citado hace referencia a un punto que sí ha sido abordado por la sentencia que se recurre y es el relativo a la consideración del psicotrópico ocupado, —Rohipnol—, como gravemente dañoso para la salud.

Su consideración como sustancia que daña la salud pública esta recogida en las listas correspondientes y uno de sus componentes, —el flunitrazepam—, fue incluido por Orden de 30 de mayo de 1984 en la Lista IV Anexo I del Decreto 2829/77 de 6 de octubre, sobre sustancias y preparados psicotrópicos en relación con el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971.

La consideración de una sustancia como gravemente peligrosa para la salud viene determinada por su composición intrínseca y por las reacciones y secuelas que produce en el organismo humano. Así nadie discute el efecto deletéreo y desintegrador de la personalidad que producen sustancias como la cocaína y la heroína, pero debe valorarse y ponderarse caso por caso las denominadas sustancias psicotrópicas que en ocasiones se encuentran incorporadas a las fórmulas y composición de productos farmacéuticos.

El Rohipnol es un inductor del sueño que se utiliza también como preanestésico y que incluye en su composición como elemento activo, —como ya se ha dicho—, el flunitrazepam lo que le convierte en una sustancia psicotrópica cuyo tráfico está tipificado como delito en nuestro Código Penal. Ni por su composición y efectos causa grave daño a la salud, ya que se trata de un fármaco que puede ser dispensado sin apenas contraindicaciones y efectos secundarios, sin que produzca adicción específica y sin que altere la personalidad del que los consume. El carácter nocivo de este y otros medicamentos viene determinado no por su composición intrínseca, sino por el abuso en su consumo, sin respetar las prescripciones contenidas en los prospectos que contienen recomendaciones sobre su administración y posología. Las incompatibilidades y efectos negativos o perjudiciales para la salud vienen originados por su consumo desordenado y sin respetar las prescripciones sobre incompatibilidad con la ingestión de alcohol y otros neurolépticos o tranquilizantes. En todo caso el efecto gravemente perjudicial para la salud vendrá determinado por el uso incontrolado en la dosificación y por la conducta del consumidor, elementos que no pueden ser adicionados para transmutar la composición farmacológica del medicamento en gravemente dañosa para la salud.

Por lo expuesto este apartado del motivo debe ser estimado.

Artículos 344 bis e) y 48

Comiso. Proporcionalidad. Tráfico de drogas

(Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1992. Ponente Sr. Hernández Hernández.)

TERCERO.— El «comiso» —perdida de los efectos e instrumentos de la infracción punitiva y traslado directo e inmediato de la titularidad dominical de los mismos a favor del Estado— desde el Código Penal de 1822 (anterior al concepto de medida de

seguridad), que le incluyó en su arsenal de penas, llega a nuestros días como tal y accesoria de la principal (cual se deriva del tenor literal del artículo 48 del Código Penal vigente, posición sistemática del precepto —Título III de la Parte General, «De las Penas»— y del hecho de no poder imponerse a terceros), pudiendo afirmarse que a partir del Código de 1848 nada ha cambiado al respecto, excepto pequeños retoques y la alteración sobrevenida por la breve vigencia del Código de 1928, que escapando, en parte y sólo formalmente, a la inercia anterior, incardinó el «comiso» como medida de seguridad, si bien, en su desarrollo, coincidió fundamentalmente con el «comiso-pena» de los textos anteriores, debiendo resaltarse al efecto que los preceptos referidos al mismo han permanecido esencialmente inalterados desde el Código de 1870 hasta la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

Con anterioridad a dicha Ley Orgánica, el Proyecto de Código Penal de 13 de enero de 1980, que aceptaba la pena de «comiso» (siguiendo en líneas generales a los Códigos de 1870, 1932 y 1944) como línea programática explícita que «el nuevo Código concibe la pena como un castigo que de guardar» «proporción» «con la gravedad del hecho cometido» y afirmativamente que «no hay pena sin culpabilidad». No obstante, no tiene en cuenta para nada que cualquier dosis de culpabilidad no es bastante siempre para cubrir el contenido de la sanción que comporte el «comiso» (cuando éste fuera de un volumen desproporcionado con la primera) y olvidando las declaraciones programáticas, paradójicamente, no acoge —como correctivo al defecto indicado— la posibilidad de que en los casos de patente desproporción entre antijuricidad y culpabilidad, por un lado, y contenido sancionador del «comiso», por otro, se pudiera prescindir, total o parcialmente, de dicha pena accesoria.

Después de dicho Proyecto y antes de la Ley Orgánica 8/1983, concretamente el 13 de junio de 1982, se promulga la Ley Orgánica 7/1982, de Contrabando, en cuyo artículo 5, se regula la procedencia del «comiso» para dicha materia y con relación a los medios de transporte (número 3, párrafo 1.º) señala una excepción al deber de decretar el «comiso» de los mismos «si el Tribunal ... estima que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y el importe de los géneros objeto de contrabando».

Dicha normativa, como antecedente legislativo próximo, por una parte, y la exigencia doctrinal de acomodar el castigo a la culpabilidad, o si se prefiere, a una infracción, no en su gravedad abstracta, sino en su reproche respecto al particular responsable de la misma, por otra, todo ello en aras de los principios de culpabilidad y «proporcionalidad», principios junto con otros como el de seguridad jurídica (certeza) y el de legalidad, que están presentes en el Ordenamiento Jurídico, en cuanto expresión de la idea y valor de justicia (de la que forman parte) proclamada en nuestra Ley Fundamental (Cfr. las recientes SS. de 3 y 9 de marzo del actual año 1992), indudablemente y aunque la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, no dedica una sólo línea a la adición de un segundo párrafo al artículo 48 del Código Penal, debió influir en el legislador para completar dicho precepto permitiendo que el órgano jurisdiccional prescinda total o parcialmente del «comiso» si el valor de los objetos no guarda «proporción» con la naturaleza y gravedad de la infracción. Novedad plausible pues posibilita una adaptación más flexible a la culpabilidad en el marco de determinación de las penas, máxime si se tiene en cuenta que en las penalidades conjuntas —y el «comiso» es en nuestro ordenamiento pena accesoria— la deseable proporción con la culpabilidad (asumido en ella el elemento previa de la antijuricidad) debe entenderse referida a la suma de las penas comparables.

Por fin, la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, introduce en el Código Penal el nuevo artículo 344 bis e) por el que el legislador amplía en gran manera el ámbito de aplicación del «comiso» en el delito de tráfico de drogas, definiendo de manera concreta y detallada el círculo de los instrumentos y aplicando el comiso a las ganancias o «producta sceleris», intentando el legislador con la aprehensión de las ganancias, junto con la multa elevada y la penalización del blanqueo, reprimir las ventajas económicas ligadas a la drogodelincuencia, factor criminógeno, imortante en dicho ámbito.

No entiende el artículo 344 bis e) citado cláusula de proporcionalidad como la del apartado segundo del 48 antes referido. En principio, podría pensarse que, dados los presupuestos típicos del precepto, en todo caso sería aplicable el «comiso» sin tener en cuenta la proporcionalidad de la sanción, más ello desconocería el carácter del nuevo artículo que, a través de la remisión que, indudablemente hace, al artículo 48, llega a una aplicación generalizada de su normativa, incluso la contenida en su segundo párrafo, a los supuestos especiales del comiso, que solamente se ocupan del círculo o área de objetos decomisables, debiendo por ello reivindicarse para el mismo la vigencia del principio de proporcionalidad indicado, de no querer conculcarse, quizás y en algún supuesto, las garantías para la propiedad privada contenidas en el artículo 33 de la Carta Magna, y el principio de adaptación de la pena a la culpa.

CUARTO.— El motivo 3.º, impugnado por el Ministerio Fiscal, debe, no obstante, ser estimado, ya que si ciertamente en el automóvil propiedad del acusado se encontraba la droga intervenida (oculta debajo de una de sus alfombrillas) y en él fue recogida la misma, cuando se acudió a lugar diferente para su adquisición, lo que hizo que el sentenciador, considerándole instrumento del delito, decretara su comiso, también lo es que la droga intervenida al procesado (y por cuya tenencia preordenada al tráfico viene condenado) es de las que no causan grave daño a la salud y su cuantía superior a la que se considera jurisprudencialmente como límite a la exigida para el Autoconsumo, no es en cuantía exagerada, algo mas de 70 gramos, la sanción privativa de libertad y multa que se le impuso se considera eficiente a su culpabilidad, resultando excesiva y desproporcionada la pena accesoria de «comiso» del vehículo de su propiedad, que por juego del párrafo segundo del artículo 48 del Código Penal, no debe decretarse.

Artículos 349 y 350 bis a)

Delitos contra la Hacienda Pública. Subsunción del delito contable. Unidad delictiva

(Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vadillo.)

PRIMERO.— Se denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 319.1 del Código Penal, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 2/85, de 29 de abril, y del vigente artículo 349 del mismo texto legal, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Razona el recurrente, haciendo una síntesis de sus argumentos, en el sentido de que no hay delito fiscal por el hecho de no llevar libros y registros de contabilidad, ya que el Código exige que la obligación esté fijada por Ley, que la defraudación es el elemento esencial del tipo delictivo, con cita de las sentencias de esta Sala de 12 de marzo y 12 de mayo de 1986 y que, por otra parte, no se ha acreditado perjuicio patrimonial a la Ha-

cienda Pública y, en definitiva, que el simple impago no es suficiente para elevar a la categoría de delito la actitud del contribuyente, insistiendo en que, al tratarse de un impuesto de tráfico de empresas cuya declaración es obligatoria, como sucede con el impuesto de sociedades y otros muchos, siempre habrá que pagar (se trataba de un negocio de fabricación de lejías) y, por consiguiente, que la no declaración no podía suponer, de ninguna manera, engaño para la Hacienda.

Teniendo en cuenta el cauce elegido por el recurrente, el único soporte eficaz para construir una impugnación lo es el hecho probado y en él, a los efectos que aquí interesan, se declara que, con ocasión de una inspección practicada por la Delegación de Hacienda de Ciudad Real, se descubrió que durante los ejercicios 1983, 1984 y 1985 el inculpado ni llevó libros de contabilidad, ni presentó declaración del ITE, dejando de ingresar en el Tesoro 5.367.206 pesetas (en 1983), 5.827.395 (en 1984) y 6.462.551 (en 1985), todo ello sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto del delito contable.

El motivo no puede prosperar. Existe una doctrina consolidada, constante y reiterada de esta Sala cuya proyección, interpretando los preceptos invocados como indebidamente aplicados, conduce a la desestimación. En efecto, para la existencia del delito son necesarios los elementos objetivo y subjetivo y, por tanto, es imprescindible el ánimo de defraudar (sentencia de 28 de junio de 1991), pero esa intención defraudatoria, evidente en quien de propósito declara mal o torticeramente, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente de este deber específico, omite una actuación esperada por la Administración Tributaria que puede ser tomada como expresión —*inveraz*— de no existir hecho imponible (sentencias de 27 de diciembre de 1990, 20 de noviembre y 3 de diciembre de 1991). Y esta idea es aplicable a todo tipo de supuestos porque el presupuesto es igual en todos y, por tanto, también en el viejo ITE, porque en todos ellos la plataforma delictiva está construida sobre la base de una declaración *inveraz* o falseada o una no declaración y, paralelamente, un ánimo de defraudar que, como todo elemento anímico, interno, es sólo captable por los Jueces y Tribunales en función de inferencias que, si son lógicas y conformes a las reglas de la experiencia, como aquí sucede, han de ser mantenidas, pues no es tarea de la Sala reconstruir el material probatorio, además sin el dato esencialísimo de la intermediación. Del hecho probado de no declarar un empresario en tres ejercicios consecutivos el ITE, conocedor de las obligaciones fiscales y, en consecuencia, no ingresar más de 17.000.000 de pesetas, no es nada contrario al sentido común y a las normas de la experiencia deducir el ánimo defraudatorio. La circunstancia de que la declaración fuera obligatoria en nada obstaculiza la existencia del hecho penal.

Procede la desestimación.

SEGUNDO.— Se denuncia, con el mismo apoyo procesal, infracción por no aplicación indebida del artículo 350 bis a. del vigente Código Penal.

El argumento que se utiliza por la Defensa es que el deber de llevar contabilidad no se incumplió absolutamente puesto que una cierta contabilidad existía, circunstancia que, pese a lo que en el motivo se afirma, no aparece recogida en el relato fáctico de la sentencia, habida cuenta de que precisa y terminantemente se afirma que el inculpado no llevó libros de contabilidad ni presentó declaración del ITE.

Ahora bien, acreditada, sin duda, una voluntad impugnativa genérica de negar la existencia del delito, aunque sea por otra dirección, el motivo ha de ser acogido.

La sentencia de instancia condena por un delito del artículo 350 bis a., que algunos llaman contable y cuya denominación acaso más expresiva pudiera ser la de grave incumplimiento de determinadas obligaciones contables, y, por otro, contra la Hacienda Pública, ambos referidos al año 1985, lo que no es correcto hacer, desde el punto de vis-

ta técnico-penal, pues, como señala la sentencia de 27 de diciembre de 1990, este delito contable va dirigido a tipificar unos determinados comportamientos, actos formales, en definitiva, que ofrecen la característica de poder servir de medio para la realización o posibilitación maliciosa de los delitos contra la Hacienda Pública y que, por consiguiente y en realidad, son actos preparatorios que por mandato legal adquieren la categoría de figura penal propia y específica cuando se ofrecen autónomos, pero que sustancialmente no pasan de ser una modalidad, una forma imperfecta, en el «*iter criminis*» del delito fiscal o contra la Hacienda Pública, de tal manera que, la relación concursal entre el artículo 350 bis y el 349 es de normas y no de delitos. Si una conducta es subsumible, primero en el delito contrable y, después, en el delito contra la Hacienda Pública, se da una clara relación de consunción. No se puede castigar con independencia el acto preparatorio de un delito y el delito, después consumado, a que dicho acto se refiere, porque constituiría una vulneración del principio esencial «*non bis in idem*». Es por ello por lo que procede estimar el motivo y dictar en este punto una sentencia ajustada a derecho.

Artículo 358

Prevaricación administrativa. Elementos. Inexigencia de perjuicio o lucro

(Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1992. Ponente Sr. Carrero Ramos.)

SEGUNDO.— El primer motivo del recurso por corriente infracción de ley (art. 849 n.º 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) ha alegado la aplicación indebida del artículo 358 del Código Penal porque no concurren los requisitos para integrar el delito de prevaricación. Claro está que tal motivo ha de atenerse a los hechos probados.

Lo cierto es que el recurrente enumera esos elementos y que se puede comprobar que concurren todos en los hechos. El Alcalde era funcionario público por elección popular (art. 119 del Código) requisito subjetivo innegable; la resolución que adoptó pertenecía a su competencia ordinaria artículo 24 e del Texto refundido de Régimen Local (R.D. Ley 781/86) y está inequívocamente adoptada en asunto administrativo. Objetivamente esa resolución no era legal pues al plan urbanístico le faltaba la aprobación definitiva (art. 84.1 de la Ley del Suelo y desde luego no se trataba de ninguno de los supuestos del 17.2 y 82.2 de la misma), que correspondía a la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma (art. 4.7 de la Ley 5/86, de 23 de mayo), previas subsanaciones y requisitos a que hemos aludido en el fundamento anterior y no al Ayuntamiento; además se adoptó en contra al parecer expreso del Secretario de la Corporación y del funcionario técnico competente en la materia. La existencia de esos informes contrarios y la obstinación en prescindir de los requisitos legales señalados es lo que justifica la aplicación de la norma penal, como señalaba la Sentencia de esta Sala de 2-11-78, pese al criterio restrictivo con que debe aplicarse (considerando 3.º, *in fine*).

Pero no es eso todo y hay más para determinar que fuera manifiestamente injusta. Tal precipitación en la concesión de licencia prescindiendo de trámites y requisitos, desoyendo asesoramientos contrarios, no era normal, ni fue casual; la beneficiaria de esa resolución expeditiva era una sociedad mercantil de la que el Alcalde era presidente, además de accionista tenedor de 1/7 del capital. Los artículos 182 y 183 del Reglamento de régimen jurídico de las entidades locales (R.D. 2568/86) establecen el deber de abs-

tenerse de los funcionarios remitiendo la regulación de las causas de abstención a la legislación del procedimiento administrativo común y el artículo 202. de la Ley de 17-7-58 en su apartado a) incluye como primera causa de abstención de toda «autoridad o funcionario» la de «tener interés personal en el asunto o ser administrador de sociedad o entidad interesada»; caso que alcanzaba de lleno al que era presidente de la sociedad promotora de la urbanización y solicitante de la licencia.

Sin embargo puede comprobarse por esta Sala (usando de la facultad del artículo 899 de la Ley procesal) que a lo largo del expediente no sólo no se abstuvo sino que intervino decisoriamente continuadamente, hasta resolviendo un empate (sesión del Pleno de 20-2-87). Actuación que podía viciar esos actos y determinar responsabilidades. Y que se coronó concediendo la licencia, que originó el comienzo de las obras meses antes de que estuvieran debidamente autorizadas, poniendo a la Administración y a cualquier vecino o persona interesada ante un hecho consumado. Las demoliciones es sabido que son costosas, litigiosas y gravosas, a la larga suelen conducir a la tolerancia como mal menor.

Esa conducta dió lugar a la postulación por la Acusación particular de un delito del artículo 401, no descaminada del todo, por cuanto el requisito de «interesarse directa o indirectamente» concurría aunque la interpretación restrictiva de los términos «contrato u operación» condujera a la Audiencia a descartar la aplicación de esta norma penal.

El tipo del delito no exige ni el logro de lucro, ni el perjuicio de terceros, ni de la Administración (que no han concurrido), por lo que, con independencia de que ya es perjudicial para el prestigio de la Administración la *vox populi* de arbitrariedad o favoritismo discriminatorio (fácilmente atribuible al propio interés del presidente y socio de la concesionaria) y de que en el expediente han alegado otros interesados y ha habido denuncias y querrela, no obsta la ausencia de perjuicios concretos para la aplicación del tipo penal. Tal perjuicio no es exigencia del mismo. La protección jurídica no cubre sólo intereses económicos sino también la legalidad de la actuación administrativa, que repercute tanto en las expectativas de imparcialidad de los administrados como en el prestigio de la Administración cuya acción no solo debe ser ajustada a la ley sino que tiene que mostrarse como tal.

En cuanto al elemento anímico es objeto del motivo siguiente y allí se examinará.

El motivo con una construcción jurídica y dialéctica encomiables técnicamente, no logra sin embargo destruir la concurrencia tipificadora y no prospera.

Artículo 360

Prevaricación de abogado. Perjuicio moral

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vadillo.)

PRIMERO.— En un motivo único, se alega por el Ministerio Fiscal, con correcto apoyo procesal, infracción de Ley por no aplicación del artículo 360 del Código Penal. La sentencia de instancia estima que el delito de prevaricación, del que fue acusado el imputado en la Audiencia, no existió, argumentando que faltó el requisito del perjuicio para el cliente. Como ya quedó explicado, según la narración histórica de la resolución recurrida, el Abogado, condenado por falsedad, deja de presentar la correspondiente de-

manda encargada por el cliente por las razones que fueran, acaso por abandono o descuido, tras la oportuna preparación, haciéndole creer que lo ha hecho, hasta el extremo de asegurarle que ha recaído sentencia favorable a sus intereses, sentencia confeccionada por él mismo, que es firme y que, por tanto, es irrecurrible, en los términos ya examinados en el anterior recurso.

Pese a todo ello, la sentencia le absuelve por este delito de prevaricación por estimar que falta uno de los elementos: el perjuicio, teniendo en cuenta que la no presentación de la demanda ningún perjuicio produjo al cliente, puesto que siempre cabía la posibilidad de iniciar el pleito sin que el simple retraso durante unos meses pudiera comportar la existencia de tan esencial requisito.

SEGUNDO.— Tiene razón el Ministerio Fiscal. El artículo 360 del Código Penal citado contiene un supuesto muy específico del que sólo pueden ser sujetos activos los Abogados y los Procuradores: el abuso malicioso del oficio en su modalidad dolosa o la negligencia o ignorancia inexcusables en el ejercicio de sus respectivas actividades, en la vertiente de imprudencia temeraria que perjudica a su cliente o descubre sus secretos. Prescindiendo de si, en definitiva, este segundo elemento se reconduce siempre al perjuicio porque el descubrimiento del secreto en beneficio precisamente del cliente (para obtener, por ejemplo, una sentencia absolutoria) difícilmente podría tener cabida en el campo penal, en todo caso hay que poner de relieve que *el perjuicio puede ser moral o patrimonial* y la circunstancia de que, como consecuencia de la indemnización satisfecha, no se haya consumado el perjuicio material por el correspondiente resarcimiento, para nada empece a la existencia del delito.

Es por ello por lo que procede casar la sentencia y dictar otra ajustada a Derecho en el sentido propuesto por el Ministerio Fiscal.

Artículo 383

Limitaciones a la libertad sexual. Doctrina general. Solicitud sexual. Funcionario público

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Hernández Hernández.)

PRIMERO.— El motivo 1.º del recurso interpuesto por el acusado —condenado en la instancia, como autor de dos delitos de «limitaciones a la libertad sexual», a sendas penas de 6 años y 1 día de inhabilitación especial— al amparo de la vía procesal del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por corriente infracción de Ley, aduce vulneración, por aplicación indebida, del texto y espíritu del artículo 383 del Código Penal, ya que la sentencia censurada entiende que el bien protegido es el legítimo ejercicio de la función pública y la prestación de ésta dentro de la legalidad exigida por el Ordenamiento Jurídico, cuando en realidad el precepto únicamente protege la libertad sexual de los administrados.

El motivo, que en su desarrollo no observa la coherencia debida con lo expresado en su extracto y que, en la última parte de su argumentación se explicitan razones vinculadas con las expuestas en el motivo 3.º, carece de base atendible.

En efecto, el artículo 383 del Código Penal, primero de los dos que integran el Capítulo VIII, rubricado como «De las limitaciones a la libertad sexual» («De los abusos

contra la honestidad» antes de la promulgación de la Ley Orgánica 3/1989) y dentro precisamente del Título VII del Libro II, dedicado a «los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en esencia prevé el supuesto de «un funcionario público que abusa de la específica situación prevalente, que le confiere dicha condición, para solicitar sexualmente a una persona que, en cierta forma, está bajo su decisión», lo que implica ni más ni menos, que una situación de preeminencia del agente y, consecuentemente, otra de dependencia del sujeto pasivo. Partiendo de dichas premisas, de su incardinación dentro del Título dedicado a los delitos funcionariales y hasta de la propia y específica sanción que conlleva, inhabilitación especial, pese a encontrarse contemplada la figura del artículo 383 referido en el Capítulo VIII del mentado Título, consagrado a las denominadas normativamente «limitaciones a la libertad sexual», no es ciertamente la «libertad sexual de los administrados», ni siquiera de manera principal el único bien jurídico tutelado penalmente en tal artículo, sino también —como se lee en la S. de 13 de junio de 1979— el irreprochable comportamiento del funcionario, cuya desleal extralimitación en tales situaciones, no puede por menos que traducirse en público desdoro y desprestigio, tanto del funcionario mismo como de la institución oficial en que está integrado, o, en otras palabras, el interés público que tiene la Administración de que su gestión se realice con la máxima corrección y que se concreta en la obligación de un exquisito cumplimiento de los deberes del servicio que incumbe a todos los funcionarios; siendo por tanto dos bienes jurídicos los protegidos por el precepto, uno que afecta al interés «público» y otro a un interés «individual» o «particular».

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.— El correlativo motivo, igualmente por corriente infracción de Ley y por la misma vía casacional, alega que la sentencia de instancia ha conculcado el artículo 383 del Código Penal citado, al haber sido aplicado a un supuesto de hecho no incluido en la literalidad de sus términos, ni en el sentido de sus palabras, ya que en el precepto el significado de la solicitud sexual debe ir más allá que una mera propuesta o la exteriorización de un liviano deseo, no concretado, ni menos aún puesto en práctica.

El motivo debe correr igual suerte que el anterior y ello en virtud de las siguientes y escuetas razones: 1.^ª), se trata de un supuesto en el que, debido a la situación prevalente del funcionario, el precepto adelanta la protección penal de la «libertad sexual» al hecho de la «mera solicitud», momento en que el tipo se cumple, con independencia de que la proposición se traduzca o no en la realización concreta del acto solicitado, ya que se trata de un mero delito de actividad, no de resultado; mientras que la solicitud fuera realizada por un particular (en vez, de por el funcionario público), carecería, en términos generales, de relevancia penal, sería impune o, a lo más, objeto de, un reproche venial; y 2.^ª), la acción nuclear del tipo «solicitar sexualmente», resulta polémica doctrinalmente, pues mientras un sector considera que ha de entenderse en el sentido de «proponer el acceso carnal completo», otro se decanta para que la solicitud sea punible, tanto a la que tiende a obtener el «yacimiento», como a «la que tiene por objeto cualquier otro acto lúbrico». Postura está última que, después de la reforma de 1989, al entender el tipo y poder ser sujetos activo y pasivo indistintamente varones o hembras, adquiere mayor predicamento y a la que esta Sala se adhiere, interpretando el término «solicitar» en sentido amplio, admitiendo que la proposición o petición comprende la de cualquier manifestación sexual, lo mismo cuando se pretenda la realización del acto sexual completo, como la dirigida a ejecutar cualquier acción de contenido sexual.

El motivo, como se intuía, debe ser desestimado.

TERCERO.— El motivo 3.º y último del recurso, residenciado igualmente en la vía casacional del número 1.º del artículo 849 de la Ordenanza Procesal, denuncia que la sentencia impugnada infringe el repetido artículo 383 del Código punitivo vigente, al haber incluido en su texto como sancionable la sólo concurrencia del carácter de funcionario, cuando para su correcta aplicación era necesario que concurriera además una al menos de las tres circunstancias que el precepto determina, obligación de resolver, deber de evacuar informe o de elevar consulta a un superior.

El motivo, como los anteriores, debe decaer, puesto que el artículo 383 del Código Penal, con origen en el Código de 1.822, tras modificaciones que no hacen al caso, en los extremos objeto del motivo casacional se mantiene en su primitiva redacción, debiendo interpretarse, ni extensiva ni analógicamente, pero sí acorde y a la vista del contenido del artículo 3.1 del Código Civil y, muy concreta y específicamente de acuerdo con «la realidad social del tiempo en que nos encontramos» —distinta en todos los aspectos a la existente hace más de siglo y medio— y con atención especial al «espíritu y finalidad» de la norma —interés de la Administración en que su gestión se realice, con la máxima pulcritud y corrección, así como evitar la intromisión del funcionario público en el ámbito de la libertad sexual de los administrados—, y así, la expresión «pendientes de resolución» no puede entenderse simplemente como pendiente de dictar resolución en el sentido técnico-jurídico de la palabra, esto es dictar una diligencia de «ordenación», «providencia», «auto» o «sentencia», sino que dicha expresión quiere decir «pendiente de una toma de decisión que, de hecho, esté al alcance del funcionario», como puede ser, en el supuesto cuestionado, que un oficial de la administración de Justicia, ponga a trámite o no un determinado asunto o, puesto ya en marcha, agilice o retrase su curso, habida cuenta la acumulación de asuntos que puede y suele haber en los juzgados y la importancia que tiene para la persona «solicitada» la mayor o menor rapidez en la tramitación, función encargada legal y reglamentariamente al oficial de la Administración de Justicia (artículo 485 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y artículo 3.2.^a del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto de 19 de septiembre de 1986), en la que sí es decisiva su intervención de «hecho», aunque reglamentariamente no le incumba ninguna realización de actividad de impulso procesal.

Desestimados los tres motivos que integran el recurso, procede el decaimiento de este último en su integridad.

Artículo 401

Fraude. El «interesarse». Concejal de ayuntamiento

(Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis.)

TERCERO.— El motivo tercero, al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley, «por considerar que la sentencia recurrida incurrió en error de derecho por indebida aplicación del art. 401 del Código Penal». Según la parte recurrente, «el error consiste en creer que el comportamiento imputado a mi representado constituye cumplimiento del verbo típico «interesarse» del art. 401 del Código Penal».

Se refiere la parte recurrente, en el desarrollo de este motivo, a los contornos poco definidos de la figura penal aplicada, que podría atentar contra los principios de tipicidad y de legalidad; a la expresión «interesarse» (por cuanto no se sabe bien si por tal ha de entenderse «tomar parte», simplemente, o si es preciso la prosecución y obtención de un lucro o beneficio); a si, por tal, ha de entenderse el incumplimiento de todos los deberes impuestos en el orden administrativo. Recuerda luego el principio de «intervención mínima», y, finalmente, pone de manifiesto la concurrencia, en el presente caso, de las siguientes circunstancias especiales: el recurrente no es un funcionario público «stricto sensu», el proyecto en cuestión se discutió y aprobó con conocimiento de su intervención en el mismo, no se hizo por el Secretario advertencia de ilegalidad, y cuando votó el procesado el proyecto ya estaba aprobado.

El art. 401 del Código Penal, situado en el Título VII («De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»), capítulo XI («De los fraudes y exacciones ilegales»), castiga al «funcionario público que, directa o indirectamente, se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo».

Como clara y resumidamente se dice en la sentencia de 24 de septiembre de 1991, para la existencia de esta figura penal no es preciso que haya engaño, artificio, ni lesión patrimonial. Es un delito de simple actividad, no de resultado, y el dolo está en la voluntad consciente de asumir, a la vez, intervención como cargo público de la Administración y como interesado privado de la operación con aquélla. El bien jurídico que se protege es el interés de la Administración Pública, más moral que patrimonial, porque lo que al legislador le importa es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizando su imparcialidad.

La sentencia de 29 de abril de 1989, por su parte, destaca que el art. 401 del C. Penal, pese a su localización bajo el epígrafe «De los fraudes y exacciones ilegales», se desmarca del significado vulgar del término fraude en su descripción tipificadora. A la hora de aplicar este tipo penal, tenemos que atenemos a sus términos estrictos, de modo que basta que el sujeto activo sea un funcionario público que interviene por razón de su cargo, y cuya intervención consiste en interesarse en cualquier contrato u operación en el que ese cargo que desempeña tenga que tomar alguna resolución; y nada más. Aquí no hay engaño ni artificio, ni perjuicio de lesión patrimonial. Por lo demás, el criterio de la norma es extensivo, como indican las expresiones «cualquier clase de contrato u operación» y «directa o indirectamente». En todo caso, el bien jurídico protegido por este precepto punitivo es desde luego el interés de la Administración Pública, pero más aún el moral que el patrimonial. Lo que importa al legislador es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver.

Como precisa la sentencia de 16 de mayo de 1990, sujeto activo de este delito lo son los funcionarios públicos, cuyo concepto se halla en el art. 119 del Código Penal.

En referencia ya al presente caso, es evidente que el procesado, en cuanto Concejal del Ayuntamiento de Albacete, tenía la consideración legal de funcionario público (vid. art. 119 C.P.). El proyecto urbanístico, cuya aprobación era competencia del Pleno de dicho Ayuntamiento, fue realizado por el propio procesado, a iniciativa del mismo —en su condición de arquitecto— y de uno de los socios de «Albain S.A.». Es patente, por tanto, que *el hoy recurrente estaba interesado en la aprobación* de dicho proyecto. Pese a ello intervino en el Pleno del Ayuntamiento de Albacete —en su condición de Concejal— y votó a favor de su aprobación, no obstante tener un interés personal en el asunto. La imparcialidad de su actividad pública pudo quedar en entredicho. Consiguientemen-

te, es preciso reconocer que, al concurrir todos los requisitos necesarios para la existencia del delito definido en el art. 401 del Código Penal, procede, sin necesidad de mayores razonamientos la desestimación de este último motivo. No parece ocioso, sin embargo, destacar que no nos encontramos aquí ante ninguna norma penal en blanco. Tanto el art. 21 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen de las Entidades Locales y el 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que imponen la obligación de abstenerse de intervenir en el procedimiento a las autoridades o funcionarios que tengan un interés personal en el asunto de que se trata, como el art. 76 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, deben desarrollar su propia eficacia en el ámbito administrativo; pero sin inferir ni, por supuesto, condicionar la eficacia de la norma penal.

Dentro de este contexto, ninguna influencia puede tener el hecho de que el voto del Concejal —hoy recurrente— haya sido, o no, decisivo para la aprobación del proyecto urbanístico de referencia.

Procede, en suma, como hechos dicho, la desestimación de este motivo.

Artículo 429.1.º

Violación. Doctrina general. Conducta no tipificable

(Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Conde-Pumpide Ferreiro.)

UNICO.— Que comenzando, por razones metodológicas, por analizar el recurso de la acusación particular, sustentada a nombre de EVA FLORENSA RUFACH, ésta, en un único motivo alega, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de aplicación del número 1.º del artículo 429 del Código Penal, por estimar que el relato de hechos probados pone en evidencia una situación de angustia e intimidación psicológica de la menor Eva, creada deliberadamente por el acusado con el propósito de que ello iba a coadyuvar, como así fue, al doblegamiento de la voluntad de aquella para acceder a la satisfacción de sus bajos instintos, por lo que sostiene que no se prevaleció el acusado de una situación de superioridad —esto es, niega el estupro de prevalimiento por el que condenó la Sala «a quo»— sino de un clima de miedo insuperable para la menor —es decir, afirma la existencia de la intimidación integradora del tipo de violación—; así como alega que se da también el empleo de fuerza física y el «animus» propio del delito previsto en el número 1.º del artículo 429 del Código Penal, por todo lo que considera concurren las premisas necesarias para llegar válidamente a una condena por este delito.

El motivo plantea un tema que es esencial en la estructura de la acción del delito de violación del número 1.º del artículo 429, que es la cometida mediante fuerza o intimidación, tema que se centra en determinar cual es el grado que han de tener una u otra para considerar que la libertad de la víctima para disponer de su sexualidad ha sido atacada hasta el extremo de verse privada de ella y sometida a un acto sexual que su voluntad no consiente. Cuestión contingente, que no puede ser resuelta en términos absolutos del empleo de una fuerza total e irresistible o de una intimidación que provenga de la conminación de males supremos e irreparables —como algún sector doctrinal pretende, apoyándose en la gravedad de la pena impuesta a la violación—, sino que una y otra han de ser valoradas en función de las circunstancias del caso concreto, carácter de la vícti-

ma y demás elementos que permitan afirmar que se vió forzada a ceder al acto sexual, que se le imponía con fuerza o con intimidación suficiente para vencer su oposición. Tesis ésta, relativista, que ha venido de tiempo siguiendo esta Sala desde las ya antiguas sentencias de 13 de enero de 1943, 10 de diciembre de 1968 ó 16 de junio de 1978, hasta las más recientes de 12 de junio de 1985; 3 de noviembre de 1986 y 11 de abril de 1989. Y ello no podría ser de otra manera por cuanto los atentados a la libertad sexual constituye actos con un grave contenido de antijuricidad, que el legislador ha equiparado en la penalidad y los propios ataques al bien fundamental de la vida, cuando se menosprecia y ataca aquella libertad utilizando la fuerza bruta o una intimidación que impida a la víctima disponer libremente de su libertad, cosificando así a la persona que se convierte en un mero objeto de la satisfacción lúbrica del autor del hecho, con lo que no sólo se ataca el propio bien esencial de la libertad sino también la dignidad de la persona, razón por la que aparece más que justificada en esos casos la grave sanción que ellos señala el Código Penal.

Ahora bien, esas consideraciones que conducen a la valoración relativa de la fuerza y la intimidación en función de las circunstancias del caso concreto, no puede llegar al extremo de hacer perder de vista que la esencia del problema radica en un enfrentamiento de voluntades: la del agresor dispuesto a imponer por medios violentos e intimidatorios sus deseos sexuales y la de la víctima negándose a perder su libertad sexual y oponiéndose a aquellas pretensiones hasta donde razonablemente se le puede exigir que mantenga su negativa. Por lo que, igual que cabe exigir que la fuerza sea lo bastante intensa y mantenida como para entender que vencería cualquier resistencia opuesta en condiciones normales; así como que la intimidación sea seria y de un mal suficientemente grave como para inhibir la capacidad de resistencia de la persona amenazada (S.9 de febrero de 1989), gravedad que ha de valorarse no en términos absolutos sino en función de las circunstancias del caso y la mayor o menor pusilaminidad de la víctima; cabe también esperar que quien defiende su libertad sexual mantenga una oposición no heroica o a ultranza, pero si sería, real y que muestre claramente su negativa, de modo que no puede considerarse como un disentimiento cierto el de quien, expresando inicialmente una negativa termina admitiendo la propuesta del agente por una decisión propia y no forzada.

Precisamente la existencia de situaciones en las que la víctima no se vé privada del total ejercicio de su libertad sexual, pero si se siente coartada para ejercerla en plenitud, es lo que ha llevado al legislador a crear la figura del estupro de prevalimiento, en el que el agente se aprovecha de las circunstancias o situación en las que se desarrollan sus relaciones con la víctima, que sitúan al primero en condiciones de superioridad para imponer su voluntad y a la segunda en una posición, que sin privarla de su capacidad de negativa, si la debilitan en cierto modo. Aparece así esa clase de estupro, como ilícito que se sitúa en la zona intermedia entre el acceso carnal violador y la relación sexual consentida con plena y madura libertad.

Si examinamos, a la luz de esa doctrina, el relato histórico de la sentencia recurrida, cuyos datos esta Sala se ve obligada a aceptar en sus propios términos, dado el cauce casacional en el que se plantea este motivo de recurso, vemos que hubo una inicial proposición no violenta ni coactiva por parte del procesado, a quien Eva Florensa había acompañado por dos veces voluntariamente en su moto, proposición a la que se negó en principio Eva, «diciendo aquél que en tal caso tendría que volver a su casa andando lo que le llevaría una hora de camino, frente a diez minutos de regresar en moto, con la consiguiente regañina de sus padres», a lo que no consta que la recurrente hubiera dado

respuesta alguna ni hecho protesta o petición de que así no fuera, sino que sin solución de continuidad el relato probado pasa a decir que «tomándola por los brazos, tumbándose en el suelo» (esto es, no tumbándola o derribándola, sino tumbándose o acostándose ambos) realizando el coito ante la pasividad de la joven». Ante cuyo relato parece razonable la posición de la Sala «a quo» que considera que no se da en aquella conminación las condiciones de intimidación sería y suficiente para forzar la libertad de la mujer —máxime si se considera que el alegado desamparo de ésta no era total, ya que el lugar estaba «parcialmente habitado» — que merezcan atribuirle el alto desvalor de antijuricidad y la grave pena que son propios de la violación, sin perjuicio de la calificación y la condena de tales hechos que aquella Sala ha llevado a cabo, como estupro de prevalimiento, lo que hace que no quede impune la conducta de aprovechamiento de la situación por él mismo creada, que observó el procesado.

En cuanto a la alegación del empleo de fuerza que comulativamente hace el recurrente, —en base a extremos «no debidamente acreditados» y por ello imposibles de tomar en cuenta en esta vía casacional— no existe ni en el relato histórico ni en el resultado de la investigación que la Sala recoge en los Fundamentos de Derecho de su sentencia, elementos serios para considerar que concurrió violencia física en los hechos, pues ni los miembros de la joven presentaron al ser examinada huella alguna de haberse ejercido cualquier clase de presión sobre ellos, ni se apreciaron otros signos de violencia en el cuerpo de la mujer —aparte el desgarró del himen consustancial a la existencia del coito, sea o no consentido— ni los pantalones que vestía y hubieron de serle quitados para realizar el acto, sufrieron desperfecto alguno; ni existió aquella pretendida fuerza en la realización del coito, que se llevó a cabo «ante la pasividad de la joven».

La conclusión de no haber existido en los hechos una verdadera confrontación e imposición forzada del yacimiento aparece congruente con la conducta posterior observada tanto por el procesado como por la recurrente, los que regresaron juntos a Lérida, dirigiéndose de nuevo al bar «Snopy» en el que se detuvieron momentáneamente sin apearse del vehículo para hablar con uno de sus amigos, sin que los presentes advirtieran nada anormal en el aspecto de aquella, ni «huellas del desaliño propias de un forcejeo o de una situación de agresión»; ni Eva expresara ante ellos queja alguna ni buscara su amparo (como hubiera sido lógico de haber sufrido el atropello que posteriormente se denunció), sino que continuó con el supuesto agresor reanudando la marcha hasta el domicilio de aquella, donde se separaron. Todo lo que es más propio de un comportamiento consensuado o, al menos aceptado, que de la existencia de una situación de violencia y enfrentamiento.

Razones por las que el motivo debe ser desestimado.

Artículos 429.2.^o y 6 bis a)

Violación. Oligofrenia de la víctima. Error de prohibición

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992. Ponente Sr. De Vega Ruiz.)

PRIMERO.— La sentencia recurrida vino a condenar al acusado como autor de un delito de violación, con base en el artículo 429.2 del Código Penal, es decir, porque el sujeto pasivo de la infracción *se encontraba privada de razón* según la terminología

anterior a la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, o respecto de la cual *se había abusado de su enajenación*, tal y como el vigente texto penal establece.

Se trata, sin duda alguna, del supuesto o variante *más controvertido* en lo que a estas graves infracciones se refiere. Ello es así por las dudas que se suscitan ante los jueces *cuando llega la hora de analizar y estudiar las diferentes alteraciones anímicas que la persona ultrajada puede sufrir*. Ello es así, finalmente, porque la diversidad de enfermedades mentales, su evaluación y equiparación a los índices fríos y matemáticos de la denominada «edad mental», como las «*situaciones límites*» que surgen *en todos aquellos casos de perturbaciones mentales próximas a los niveles más bajos de normalidad, provocan en los jueces lagunas, imprecisiones e incertidumbres*.

Son, en suma, situaciones tan delicadas que propician frecuentemente no solo el mayor número de sentencias absolutorias en razón de las imposiciones derivadas de la «duda racional», sino también la mejor defensa de quienes propugnan una disminución en las penas a imponer por el tipo legal del Código.

Por esta modalidad delictiva se cuestiona, además, *el derecho de la mujer anormal* (en términos generales) *para hacer el amor libremente cuando se desee*, como también el del varón para gozar del sexo con ella si la relación es aceptada voluntariamente por ambas partes, sin tener que verse inmerso en el posible juicio penal. *Problema delicadísimo en tanto que lo que decida una voluntad viciada o incompleta, será siempre una voluntad nula, que generará efectos nulos también*.

Es, más que nunca, un problema de equilibrio. *Si la mujer (habitualmente sujeto pasivo) conoce del sexo con todas sus consecuencias, hasta el punto de discernir con claridad para obrar, elegir y decidir libremente, entonces sus relaciones sexuales pueden estar enmarcadas dentro de la legalidad, quizás porque en ese supuesto no habría anormalidad alguna. Si por el contrario, aún con apariencias de normalidad física, no actúa con plenas facultades intelectivas y volitivas, si a pesar de saber del sexo, su conocimiento no deja de ser sino superficial, carece en ese caso de los presupuestos necesarios para proceder, y obrar, a pesar de que en su débil voluntad no se rechace nada en aras de una mente enfermiza, débil y sugestionable*.

Es pues en esta segunda panorámica cuando la violación se consuma si el acusado *abusa de tal enajenación*, si el acusado actúa con conocimiento de la perturbación y de la anormalidad, de la que se aprovecha. *De la que, se reitera, abusa porque influye, sugiere, decide, se impone, engaña y humilla en el fondo, desde el momento en que se avasalla la personalidad de la que es, quiérase que no, víctima, y víctima propiciatoria precisamente*.

SEGUNDO.— La representación procesal del acusado interpone un primer motivo por infracción de Ley del artículo 849.1 procedimental, por indebida aplicación de los artículos 1 y 429.2 del Código Penal.

El motivo se ha de desestimar, ya que, como revela la relación fáctica (con mayor o menor fortuna en su redacción), hubo penetración vaginal (*así hay que entender la expresión sobre «la realización consumada del acto sexual»*) con una mujer enajenada, que padecía una oligofrenia de grado medio, con alteraciones de la afectividad y del pensamiento, con despersonalización y bajo nivel de conciencia, concretado en una edad mental inferior a ocho años y un coeficiente intelectual inferior al 40%, *por todo lo cual se hallaba impedida para hacer juicios abstractos sobre la realidad y para discernir el alcance de sus actos*.

El dolo penal, o conciencia de la ilicitud del acto, acompañó la conducta del recurrente en tanto que con *conciencia* y con *voluntad* ejecutó lo que deseaba a pesar de *co-*

nocer la deficiente personalidad de la mujer. A pesar de conocerla y para aprovecharse de ello.

La cuestión básica radica pues en ese conocimiento de la anormalidad, reiteradamente negado por el acusado.

Es evidente que la Audiencia tuvo que acudir necesariamente a un puro juicio de inferencia, o juicio de valor, para deducir, indirectamente, ese *saber* que el sujeto activo se cuida muy mucho de disimular, cuando no de negar. Conocimiento e intención escondido en lo más profundo del pensamiento que, salvo espontánea manifestación, sólo a través de pruebas indiciarias puede obtenerse, como aquí lo ha sido por medio de un lógico método inductivo, simple, racional y no arbitrario.

Así, las características de la deficiencia claramente perceptible que la ofendida padece, el trato de relación y de conocimiento que los vecinos tienen entre sí, más en un minúsculo pueblo, después de muchos años de convivencia en común, conllevan al justo estado de opinión ofrecido por la sentencia impugnada.

TERCERO.— El segundo motivo, por igual vía casacional, aduce la infracción del artículo 6 bis a) del Código Penal, por medio de cuyo alegato vuelve a insistirse en la misma cuestión del supuesto desconocimiento por parte del acusado en cuanto a la situación anímica de la violada.

En realidad se abarcan ahora las dos formas posibles de error invencible que aquí se alega. *Error en el tipo* (por afectar a un elemento esencial de la figura penal), o *error de prohibición* (creencia de obrar lícitamente), *respectivamente referidos a la tipicidad* (el hecho no constituye delito de violación porque el acusado hizo el amor con una mujer normal, *con lo que falta uno de los requisitos del artículo 429.2 del Código*) o *a la culpabilidad* (aunque el hecho fuera constitutivo de delito, no sería culpable el recurrente porque racionalmente creía obrar lícitamente ante la apariencia de normalidad mental que la víctima ofrecía).

Ya nos movamos en el error invencible o vencible, ya se trate del tipo o de la prohibición, ya fuere error de prohibición sobre la norma en sí o sobre alguna causa de justificación, *ya se estime finalmente que la prueba corresponde a quien lo alegare, como reitera la doctrina tradicional de la Sala Segunda, o a la propia parte acusadora, como más recientemente se expone en aras del mejor principio acusatorio*, lo cierto es que el dilema *se ha de resolver a cuenta de las condiciones psicológicas y de cultura del infractor; a cuenta de sus conocimientos técnicos o vulgares, sociales, jurídicos, políticos, familiares y vecinales*. A cuenta de las posibilidades que se ofrezcan para *ser instruido o asesorado, o para llegar a conocer la trascendencia jurídica de su actuación* (Sentencia de 13 de junio de 1990).

En esa línea justo es decir: a) que no es permisible invocar tales errores en aquellos hechos cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada, cuando manifestamente concurre un conocimiento *ostensible de la situación que ahora se niega*; y b) que para excluir el error basta con que el sujeto activo tenga conciencia de una *alta probabilidad de antijuridicidad, cuando se perciba que lo que se hace con otra persona tiene muchos visos de ser ilícito dada la especial configuración de ésta* (Sentencia de 12 de noviembre de 1986 y 20 de noviembre de 1990).

Por todas las razones expuestas, también ha de ser desestimado este segundo motivo pues el acusado conocía la trascendencia total de su conducta, sin error de clase alguna.

Artículos 429.2.º y 430

Violación. Otras agresiones sexuales. Privación de sentido. Concepto.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Moner Muñoz.)

CUARTO.— El motivo cuarto de impugnación por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce infracción del artículo 429.2.º del Código Penal. El recurrente alega que el joven denunciante no se hallaba privado de razón, al no ser un enfermo mental, ni privado de sentido al conservar todas sus facultades intelectivas y volitivas como aquel mismo reconoció en el acto del juicio.

Dada la vía procesal elegida haya que partir del más absoluto respeto a los hechos probados, lo que no se verifica, ya que frente a la afirmación fáctica de la «disminución de la conciencia y capacidad de reaccionar», se expresa por el recurrente «que se encontraba en perfecto uso de sus facultades intelectivas y volitivas y no estaba privado de sentido», por lo que estima incorrectamente aplicado el número 2.º del artículo 429 del Código Penal.

La privación de razón o sentido no precisa ser absoluta, ni debida a enfermedad psíquica o estado patológico alguno. Así puede hallarse la persona dormida y aprovecharse de tal estado para realizar —tocamientos lúbricos— cfr. Sentencias Tribunal Supremo de 28 enero 1988 y 14 de julio 1986. No es preciso el empleo o aprovechamiento de una situación de privación total, ni tampoco «privar» semánticamente es término absoluto, es «dejar a alguien sin cierta cosa», en este caso de la plenitud de su conciencia. La víctima lo que afirmó en su denuncia es que «normalmente cuando recibe este tratamiento suele darle algo de sueño, pero en la sesión del día 15, este efecto fue más intenso». Y en el acto del juicio oral lo que manifestó Marco Antonio fue que «le puso una cosa nueva en la nariz», y «como si estuviera mareado notó que le tocaba el miembro viril, le vio lamerle el pene», y que «notó una somnolencia». El verbo «privar», empleado en el precepto —dice la Sentencia de 28 de marzo de 1980— ha de entenderse no como falta absoluta de razón o sentido, basta con que falte la necesaria para consentir. La expresión «privada de razón» ha de entenderse no como ausencia total de conciencia sino como pérdida o inhibición de sus facultades intelectivas y volitivas en grado o intensidad suficiente para desconocer y desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañe a impulsos sexuales trascendentes. Y ese estado de somnolencia de relajación de entrega y confianza en que se halla el sujeto al recibir masajes, que no eran los primeros, parece evidente que le restan facultades perceptivas no totalmente, pero sí de forma transitoria y prueba de ello es que cuando advierte la anormal conducta del procesado, reacciona y pone fin a la sesión. El motivo, pues, ha de rechazarse.

QUINTO.— Por último, al amparo del mismo precepto procesal que el precedente, se formula el quinto motivo, en el que se aduce infracción del artículo 430 del Código Penal. Centra el motivo en rebatir la existencia «ánimo libinidoso» en la acción del procesado, alegando que el mismo se limitaba a dar un masaje corporal y halla lógico que en el curso del mismo se produjeran tocamientos en las ingles y le rozara el pene. Ahora bien, esta argumentación contradice los hechos probados, pues en ellos, se indica además de esos tocamientos «llegando a lamerle el pene e introducirse en la boca», lo que obviamente, en modo alguno puede considerarse un tocamiento «incidental» en el trans-

curso del masaje. La llamada «fellatio» es un acto de indudable intencionalidad lúbrica. La existencia en este tipo de actos de otro ánimo distinto del de satisfacer un apetito lúbrico, debería ser objeto de una prueba que lo excluyese, lo que ciertamente no ocurre en este caso. El motivo debe decaer.

Artículos 452 bis a) y d)

Proxenetismo. Tercería lucrativa. Diferencias

(Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

PRIMERO.— El primer motivo del recurso, con sede en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce la aplicación indebida del artículo 452 bis a) 1.º del Código Penal y la falta de aplicación del artículo 452 bis d) 1.º, por entender que la procesada no hacía otra cosa que actuar de simple gerente, cobrando determinadas cantidades de los clientes que acudían a su casa para realizar el acto sexual.

La distinción entre ambos tipos penales parangonados por la recurrente, ha sido establecida por la jurisprudencia de esta Sala con toda claridad: El artículo 452 bis a)-1.º del Código Penal, destinado al proxenetismo de mayores de edad, exige «cooperar» o «proteger» la prostitución de una o varias personas, es decir, la conducta de quien, como la procesada, organiza, coordina y se lucra con el tráfico carnal de mujeres que acuden a su piso o local, por eso se llama a esta especie *prostitución localista*, en suma, además de facilitar la habitación, sirve de intermediario a las prostitutas, percibiendo parte del *pretium camis*, mientras que el tipo del artículo 452 bis d), queda reservado para supuestos de menor gravedad objetiva, denominados comúnmente de *tercería locativa* en los que se ejerce la prostitución cobrando un precio por el alquiler de las habitaciones, pero sin coordinar los tratos entre hombres y mujeres ni participar directamente en los beneficios del degradante tráfico (Sentencias 15 abril 1988 y 28 febrero 1989 entre otras).

SEGUNDO.— Aplicada dicha doctrina interpretativa al caso de autos, es visto que la Audiencia Provincial aplica correctamente el artículo 452 bis a)-1.º del Código Penal, una vez que en su *factum* se lee que la procesada Lourdes Touriño López era titular del establecimiento denominado «Relax Mari» en determinado inmueble de Barcelona, que no se limitaba a proporcionar habitación a parejas que acudieran a realizar el acto carnal (según ampliación fáctica del *iudicium*) sino que proporcionaba además la persona de la prostituta, cobrando por cada ocupación el precio de de tres mil a cinco mil pesetas, prestando servicios en el local para el menester aludido dos mujeres y un travesti, además de los que prestaba el otro procesado (no recurrente) en concepto de vigilante, de asistencia y de recados. Se trataba por tanto de un verdadero «negocio» organizado por la procesada con local y servicios *ad hoc*, llevando ella misma el cobro rendido por aquella actividad sancionada por los Convenios Internacionales a los que España se ha adherido, como es sabido.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

TERCERO.— El segundo motivo, por el mismo cauce casacional postula la indebida aplicación del artículo 452 bis a) del Código Penal en relación ahora con el artículo 14 de la Constitución Española que consagra el *principio de igualdad*, pues entiende

que la conducta como la aquí sancionada se reitera en España con publicidad más o menos velada con total impunidad, lo que atenta al valor fundamental de la Justicia.

Es doctrina constitucional y de esta Sala, de todos conocida, que la posible impunidad de otros culpables no supone que en virtud del principio de igualdad haya de declararse la impunidad de otros que han participado en los mismos hechos. Cada cual responde de la propia conducta ilícita con independencia de lo que ocurra con los otros (Sentencia Tribunal Constitucional 17/84 de 17 febrero), normativa que ha sido corroborada por esta Sala que establece que la posible impunidad de personas ajenas a la litis, no supone la inculpabilidad del implicado y juzgado en la misma, sin que decaiga con ello el principio de igualdad consagrado en la Constitución Española como valor superior (artículo 1) y como derecho fundamental (artículo 14), (Sentencias 1 junio 1987, 25 septiembre 1989 y otras muchas).

El motivo, por ende, debe ser desestimado.

Artículos 430 y 452 bis b) 1.º

Abusos deshonestos. Corrupción de menores. Diferencias

(S.T.S. de 21 de febrero de 1992. Ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado.)

Primero. Estampándose como hecho probado en la sentencia recurrida que el procesado llevó a su domicilio en Valencia los días 7, 14 y 21 de mayo de 1988 a dos niñas de 13 y 14 años de edad, a las que previamente había conocido, y que una vez allí, en todas las ocasiones, las hizo objeto de caricias en muslos y cuerpo después de haberlas desnudado excepción hecha de las bragas, las que le masturbaron además entregándoles 500 pesetas por ello a cada una, es claro que semejante declaración íntegra a no dudar dos delitos de *corrupción de menores* del artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de que el Ministerio Público acusa al recurrido en las presentes actuaciones y no los seis de abusos deshonestos por los que se le condena, pues si *promover* equivale a inducir, fomentar, incitar o estimular a otro a realizar actos lascivos, o lo que es lo mismo iniciar a un menor de 18 años en la práctica de comportamientos sexuales que le envicien y extravíen rompiendo el normal desarrollo de su vida sexual, resulta evidente que la conducta del procesado, aparte del abuso cometido contra la libertad en este terreno de las menores con la finalidad de satisfacer su propio instinto libidinoso, —y que quedan embebidas en el tipo del precepto antes citado—, constituye por modo a todas luces notorio y evidente los delitos de corrupción de menores que se hizo referencia, pues, consciente de la minoría de edad de las dos niñas a las que sedujo, realizó con ellas y sobre ellas en diferentes y seguidas ocasiones prácticas sexuales diversas iniciándolas en el camino del vicio y de la depravación, lo que obliga a estimar el recurso planteado y a dictar segunda sentencia para corregir los errores de derecho cometidos en este caso por el Tribunal sentenciador.

Artículo 480

Detención ilegal. Elementos. Dimensión temporal. Modalidades comisivas

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1992. Ponente Sr. De Vega Ruiz.)

PRIMERO.— La sentencia de la Audiencia Provincial condenó al acusado por sendos delitos de lesiones y tenencia ilícita de armas, con la concurrencia de la agravante específica de reincidencia, a la vez que le absolvía del delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 480 del Código Penal.

El Ministerio Fiscal que se aquietó con la declaración condenatoria de la instancia a pesar de que en sus conclusiones definitivas optaba por el homicidio frustrado en lugar de las lesiones, ha recurrido tal resolución por lo que se refiere al pronunciamiento absolutorio en tanto que, por medio de un único motivo casacional, alega y denuncia, con base en lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley procesal, la indebida inaplicación del repetido artículo 480, definidor del delito de detención ilegal del que efectivamente fue acusado el recurrido, para el que solicitó las penas de cuatro años de prisión menor y multa de ciento cincuenta mil pesetas (150.000 pesetas).

SEGUNDO.— La naturaleza y ámbito del motivo interpuesto obliga muy especialmente al más escrupuloso respeto de los hechos contenidos en la relación fáctica de la resolución impugnada, si no se quiere incurrir en la causa de inadmisión que el artículo 884.3 de la citada Ley adjetiva previene.

Es por eso por lo que cualquier discurso jurídico respecto al hecho enjuiciado exige ahora, más que nunca, fijar aquellos condicionantes acreditados en el sentir de la sentencia recurrida en cuanto afecta a esta cuestión planteada, única también a considerar aquí.

1. El acusado, condenado anteriormente en dos ocasiones por robo con violencia (lo que no consta se conociera por los aquí intervinientes), había mantenido «*relaciones sentimentales*» con la supuestamente detenida, «a la que ya había hecho saber su interés por continuar dicha relación y su sentimiento de celos por si la veía con otro hombre».

2. En la noche de autos, el acusado, sobre las 23:30 horas, provisto de una pistola marca «Star», *interceptó al vehículo que conducía la referida mujer y ocupaban además su hermana y un hombre.*

3. Una vez detenido y apeado el acusado del que a su vez conducía, se dirigió a aquél, esgrimiendo la pistola, *bajándose seguidamente la joven que trató de que «cesara en su actitud amenazante», pero el inculcado, tras «hacer caso omiso» y situarse «escasamente a un metro y medio» del primer vehículo, conminó al acompañante «para que así mismo saliera del coche, y al no hacerlo éste, disparó el arma que empuñaba dirigiendo el disparo hacia abajo», con lo que además de atravesar la portezuela del turismo, le alcanzó con el proyectil, «causándole heridas en el dorso del pié izquierdo».*

4. Acto seguido, el acusado «*obligó a la repetida mujer a «subir» a su coche, «en el que la llevó por distintas calles de Barcelona, accediendo la misma a mantener una conversación con él sobre su situación y la pretensión manifestada de reanudar la relación anterior».*

5. Tras avisar Josefa, que así se llama, «*telefónicamente a sus padres de los motivos de su ausencia, estuvieron en dicho vehículo hasta que, sobre las 5 horas de la madrugada del día siguiente, se separaron».*

TERCERO.— La acción del delito de detención ilegal del artículo 480 (en esencia también en lo que afecta a la infracción del 184 cometida por funcionario público) se caracteriza porque se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar, según su libre voluntad (Sentencia de 11 de junio de 1992).

Se ha dicho en otras ocasiones (Sentencia de 17 de octubre de 1991) la trascendencia de esta figura delictiva en el entorno de la sociedad moderna en tanto se cercena la libertad de la persona, como don más preciado después de la propia vida. Es así que uno de los bienes jurídicos consagrados en los artículos 9.2 y 17.1 de la Constitución es el derecho al libre ejercicio de la voluntad humana en la medida en que no se oponga al ejercicio que lleve a efecto otra persona o al bien común de todos.

El delito se desenvuelve, pues, cuando se procede intencionada y dolosamente, con plena conciencia, absoluta y segura, de la ilicitud del acto. Con plena conciencia, absoluta y segura, se repite, de que el acto es antijurídico en su realización y en su ejecución (Sentencia de 7 de mayo de 1990).

El acto ilícito ha de suponer, en conclusión, la privación de la capacidad de deambulación, de la libertad de circulación.

CUARTO.— La acción nuclear del tipo viene conformada por los verbos *encerrar o detener*, lo que indudablemente implica muy distintas maneras de proyectarse.

Como quiera que la concurrencia de la violencia es un factor concreto que en nada afecta a la consumación, en principio, del delito del artículo 480 que ahora se considera, es evidente que lo que verdaderamente condiciona la infracción, en orden a aquella consumación o para la estimación de una simple coacción (fuera del supuesto de la absolución), son otras cuestiones: a) definición y determinación exacta del verbo, encerrar o detener; b) proyección temporal de la irregular actividad; y c) situación anímica de la persona retenida, su voluntad y participación, colaboración en su caso, respecto de la limitación operada en cuanto a la facultad deambulatoria.

QUINTO.— 1. Encerrar y detener significan, en la línea antes expuesta, *una restricción del sujeto pasivo, un impedir el libre albedrío en su proyección física hacia el exterior de la persona. Si encerrar priva del traslado libre de un lugar a otro porque se tiene al individuo/a dentro de los límites espaciales del largo, alto y ancho, como dice el recurrente, detener en cambio produce el mismo efecto (incapacidad para la libre deambulación) aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar, se fuerza de mil maneras distintas a la inmovilidad.*

En este aspecto es indudable que *retener a una persona, forzosamente, dentro de los límites espaciales de un vehículo de motor constituye, o puede constituir, fundamento fáctico para la perfección del tipo* (así lo consideran las Sentencias de 11 de junio de 1992, antes referida, y 29 de enero de 1992, en tanto la de 20 de febrero de 1991 se refiere a todo lugar del que no le es posible salir a la víctima).

2. La permanencia temporal como requisito esencial para en este aspecto diferenciar la detención ilegal de las coacciones ha sido cuestión debatida de tiempo atrás, si bien referida sobre todo a la detención pues que *el acto de encerrar físicamente presenta ya de principio unas características inconfundibles que hablan claramente de una intención y de un propósito manifiesto.*

La jurisprudencia se inclinó tradicionalmente por entender que *el delito se consuma en el momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de actuar*, sin que el mayor o menor lapso de tiempo tenga, en tal sentido, mayor trascendencia (así lo admite la ya repetida Sentencia de 11 de junio del corriente año aunque «evidentemente con cierta duración o permanencia», también la de 16 de febrero de 1988).

De otro lado (Sentencias de 9 de abril, 12 de junio y 16 de diciembre de 1986, y 3 de noviembre de 1987) otra corriente jurisprudencial insiste en ese «factor tiempo» para distinguir la detención ilegal del delito de coacciones.

Hay que acudir al examen de los hechos concretos antes de dilucidar el problema. Quiere decirse entonces que no caben quizás reglas genéricas. *Por de pronto la situación de encierro no debe ofrecer dudas para la conclusión condenatoria en cuanto a la detención ilegal.* Más incluso respecto a la simple *detención* es ya difícil señalar el límite temporal a partir del cual surge la figura delictiva (algunas sentencias señalan media hora, otra habla de tres cuartos de hora, dentro de lo que puede ser casuismo rico y variado).

De ahí las razones acertadas de una postura tradicional que, por lo que se ha visto, sigue manteniéndose. En cualquier caso el propósito del autor habrá de ser decisivo a la hora de definir la infracción. El delito es eminentemente doloso, por lo que requiere el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad deambulatoria (Sentencia de 20 de febrero de 1991). *Esa intención*, deducible en último caso de todos los factores concurrentes, sean anteriores, coetáneos o posteriores, *dará la exacta dimensión de los hechos producidos como ejecución del íntimo y perverso pensamiento del acusado.*

3. Finalmente, es la voluntad de la víctima otro factor esencialmente determinante en el delito, en cuanto que solo la retención, la detención o el encierro de la persona devendrá a la infracción si el hecho se produce y ocasiona *contra la voluntad o sin la voluntad de la misma*, bien porque se oponga terminantemente, con mayor o menor fuerza, que eso ya es algo dependiente de la idiosincracia de cada uno, bien porque se actúe sin la voluntad, agotada tras la inicial oposición o inexistente desde el primer momento por las razones que fueren. Cuestión también sometida al caso concreto y a la prueba que sobre tal extremo se hubiere ofrecido. Indudable es, no hay que insistir en ello, que la conducta de la víctima accediendo de buen grado, sin cortapisa alguna, sin coacción moral alguna, a lo que el sujeto activo desea o propone, enervaría la posibilidad de la consumación. Sin embargo, nada empece para la existencia del mismo, el hecho de que tras una inicial oposición, se haya manifestado después una mayor o menor complacencia de la mujer en este caso, complacencia que puede ser real y auténtica pero que también puede venir operada por el miedo, cuando no por la conveniencia de un mal menor.

SEXTO.— A la vista de todo lo expuesto procede estimar el motivo expuesto por el Fiscal pues si se parte del relato fáctico, suficientemente expresivo a este respecto, *es indudable que la víctima fue encerrada dentro de un vehículo de motor.* La víctima fue obligada a subir al mismo para, acto seguido, llevarla por distintas calles de Barcelona. *Si obligar significa imposición obligatoria, si llevar significa transportar o conducir, es evidente que la mujer contra su voluntad penetró en el vehículo de motor y contra su voluntad fue de un lugar a otro de la ciudad.* La conclusión viene reforzada por las demás circunstancias concurrentes en los hechos, destacándose, sobremanera, la violenta actitud del acusado que, pistola en mano, intercepta un coche, pretende obligar a su desocupación parcial y termina por efectuar un peligrosísimo disparo que produce heridas importantes. Ante ese panorama, de poco ha de valer que en el «factum» de la sentencia recurrida no se aclare si la mujer continuó en la compañía del sujeto activo *por su voluntad o contra su voluntad*, ya que en cualquier caso se trataría de una determinación volitiva *altamente viciada en cuanto a su espontaneidad.*

Así las cosas, el problema de la duración temporal de esa privación deambulatoria no tendría ahora mayor significado, no tanto porque si el deseo del autor es eliminar la libertad, para exigir, para obligar y para, marcando la pauta de una situación, llevar forzosamente a una persona por donde aquél desea, tal aquí acontece, la detención ilegal es clara por sobrepasar los hechos la simple intimidación coactiva, *sino porque desde las once y media de la noche hasta las cinco de la mañana transcurrió un lapso de tiempo suficiente e importante, que fue más allá de la detención gramatical para incidir en el encierro físico y espacial*, aunque pudiera a partir de algún momento convertirse tal retención ilícita en una situación más o menos aceptada, siempre bajo la sospecha de una imposición que la sentencia tampoco aclara.

Artículo 480.3

Detención ilegal. Diferencias con el delito de coacciones

(Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1992. Ponente Sr. Hernández Hernández.)

PRIMERO.— La Audiencia Provincial condena al recurrente, como autor responsable, criminalmente, de un delito de usurpación de funciones y otro de detención ilegal, con la concurrencia a su favor de la atenuante analógica de enajenación mental incompleta, a las penas de siete meses de prisión menor por el primero, y de siete meses de prisión menor y multa de treinta mil pesetas (sustituible caso de impago por quince días de arresto) por el segundo, accesorias y costas.

SEGUNDO.— Contra dicha resolución se alza en impugnación casacional el procesado-condenado, fundando la censura en infracción de Ley artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y tres motivos, los dos primeros por aplicación indebida de los artículos 480.3 y 320 del Código Penal (número 1.º), y el tercero por error de hecho derivado de documentos obrantes en autos (número 2.º). Razones de método y técnica jurídica aconsejan el estudio en primer término del formulado en último lugar.

TERCERO.— Al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley adjetiva citada, por infracción de Ley y error de hecho basado en documentos obrantes en las actuaciones que, a juicio del recurrente, demuestran la equivocación del Juzgador de instancia, se articula el tercer motivo casacional, señalando como particulares el atestado policial, declaración ante la Policía de Pedro Guillen (folio 5), las declaraciones del denunciante (folios 7, 8 y 73), las declaraciones de los testigos acompañantes del denunciante, las declaraciones de Francisco Muñoz González, (folio 53), el texto de los Estatutos de la «Asociación de los Amigos del Somatén» (en cuanto se refiere a sus fines sociales), las declaraciones de Ramiro Vicente Pérez y José Cuenca Ferrer (folios 91 y 92), el informe del Médico Forense y documentos unidos en el acto del juicio oral, así como las declaraciones y peritajes efectuados en el acto de la vista.

En el desarrollo del motivo se hace constar se pone toda la documentación indicada a disposición de la Sala para que, tras su estudio, en relación con los motivos aducidos por infracción de Ley del número 1.º del artículo 849, se aprecie el error y se dicte otra sentencia, absolutoria del recurrente por los delitos que se le atribuyen y se le condene, en su caso, por una simple falta de vejaciones o coacciones leves.

Ni de los recortes de prensa, ni de los documentos de tipo facultativo-sanitario, adjuntados por la defensa del recurrente en el acto del juicio oral por simple fotocopia, ni de la lectura del artículo 2 de los estatutos de la Asociación de antiguos miembros y adheridos del Somaten (folio 37), se deriva error cometido por el Tribunal sentenciador en la apreciación y valoración de la prueba, en cuanto se refiere o hace relación a los hechos probados, base para la calificación jurídica y encuadre de los mismos en las figuras punitivas de detención ilegal y usurpación de funciones, por los que viene condenado el recurrente. Dichos elementos, aparte de haber sido tenidos en cuenta por el Juzgador para formar su convicción en conciencia, resultan completamente ineficaces a efectos de la crítica en que se utilizan.

Las declaraciones, informes y peritajes, no son «documentos» a efectos casacionales, sino «pruebas personales documentadas» (a efectos de constancia) bajo la fe pública del Secretario Judicial, sobre las que el sentenciador ejercitó las facultades de apreciación y valoración que le Confieren los artículos 741 de la Ordenanza Procesal Penal y 117.3 de la Constitución.

Procede desestimar el motivo.

CUARTO.— La Constitución Española propugna en su artículo 1.1, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, por no decir el primero (según un amplio sector doctrinal), la libertad, entendida además no en términos puramente formales, sino de realidad y efectividad, hasta el extremo que llevó al legislador constituyente a la atribución a los poderes públicos del deber de promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiéndose como prescribe su artículo 9.2 los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

El término libertad (genérica y abstracta), es multívoco pudiendo comprenderse en el concepto todo el cúmulo de atribuciones inherentes a la persona humana para su completa realización, así libertad de pensamiento, de información, de expresión y las demás (particulares y concretas) que se especifican en el Capítulo II del Título I de la propia Constitución, las que, declarándose además «fundamento del orden político y de la paz social», deben interpretarse conforme a la «Declaración Universal de Derechos Humanos» (artículo 10 del Texto Constitucional). Cifrándonos a la forma más primaria de la libertad, libertad ambulatoria o de movimiento, es reconocida como «derecho fundamental» en el artículo 17.1 de la Carta Magna en fórmula idéntica a las del «convenio Europeo de Derechos Humanos» en su artículo 5.1, «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad».

La libertad de movimientos, locomotriz o ambulatoria, reconocida y afirmada constitucionalmente como «derecho fundamental» —como se acaba de decir—, viene igualmente protegida en el Ordenamiento Penal a través de diversas figuras legales, así, por medio de los delitos de rapto y sustracción de menores (en los que la norma específica desplaza a la detención ilegal como genérica), de robo violento con toma de rehenes (tipo complejo en el que el ataque a la propiedad, preferente, relega a la detención ilegal a segundo plano), de amenazas, coacciones y detención ilegal.

La sentencia de instancia condena al procesado-recurrente, como autor de un delito de detención ilegal. La impugnación centra la censura sobre dicho extremo en un primer motivo, al amparo del número 1.º del artículo 849, por infracción de Ley y aplicación indebida del artículo 480.3 del Código Penal, doctrina y jurisprudencia que lo desarrolla, por cuanto la sentencia considera como detención ilegal un incidente que no tuvo —a juicio del recurrente— la trascendencia legal necesaria para su consideración como deli-

to, y sí, en el peor de los casos, como una falta de vejaciones o colecciones leves del artículo 585.5.º del Código Penal.

El motivo tiene que decaer. En efecto, el hecho probado —intangible en el cauce casacional elegido— pone de manifiesto como el acusado, con el coche que conducía sigue al que lo era por el sujeto pasivo y cuando éste entra en un callejón sin salida, se cruza con el coche que portaba impidiéndole así hacer marcha atrás, entonces el acusado se dirige al mismo, se hace pasar por Comisario de Policía, le pide la documentación del vehículo y la personal, y como no llevara la última, le dice tiene que acompañarle a Comisaría y le introduce «a empujones» en un coche, dando a continuación varias vueltas por las calles de la zona y cuando han transcurrido aproximadamente unos treinta minutos, le deja en un lugar próximo al en qué se encontraba estacionado su vehículo.

En la conducta referida se aprecia nítidamente como el acusado, «particular», aunque fingiera actuar como funcionario público («sujeto activo»), impidió a otro («sujeto pasivo») el ejercicio de su derecho («fundamental») de moverse o desplazarse libremente de un lugar a otro (libertad ambulatoria como «bien jurídico protegido»), mediante la detención que efectúa de su persona, obstaculizando su marcha y compeliéndole a ir donde no le apetecía («tipo») y ello de una forma arbitraria y contra la voluntad del perjudicado («antijuricidad»), consciente de lo que hacía voluntaria e intencionalmente («dolo»), de donde resultan todos y cada uno de los requisitos precisos y necesarios para la apreciación y nacimiento a la vida jurídica del tipo básico de «detención ilegal» previsto en el artículo 480 del Código Penal, que se convierte en el tipo privilegiado del párrafo 3.º de dicho precepto, dado que la detención duró unos treinta minutos y se dejó sin efecto antes de la apertura del procedimiento.

No puede mutarse el tipo de «detención ilegal» por el de, «coacciones» —según postula el recurso— y menos en su forma venial o falta, ya que es constante la doctrina de la Sala de que, en supuestos como el contemplado, aunque el bien jurídico protegido es común a las dos figuras, cuando la coacción afecta a la libertad ambulatoria del sujeto pasivo, el precepto específico del artículo 480, se impone al más genérico del 496, y ello aún exigiéndose para la incardinación del hecho en el delito de detención ilegal (y no en las coacciones), una cierta proyección en el tiempo por lo que atañe al contenido genuino de la detención, ya que no cabe duda que tal requisito se cumplió en el evento examinado, si se tiene en cuenta que la privación de libertad se prolongó durante media hora aproximadamente (Cfr. SS. de 12 de junio y 16 de diciembre de 1986, y 29 de octubre de 1990, así como las que se citan en las mismas).

Artículo 487.1.º

Abandono de familia. Doctrina general

(Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1992. Ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado.)

PRIMERO.— La figura delictiva definida y sancionada en el párrafo primero del artículo 487 del Código penal se produce cuando se dejaren de cumplir, pudiendo hacerse, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, bien por el abandono malicioso del domicilio conyugal, o bien a causa de una conducta desordenada.

SEGUNDO.— Todos esos elementos de la infracción que se indica concurren a la perfección en las afirmaciones de hecho de la sentencia recurrida puesto que el procesado, que era viudo pero que convivía con sus suegros en la casa de estos en compañía de la hija de dos años de edad que había tenido en su matrimonio, fue obligado por aquellos a desalojar la vivienda por razones que no afectan al fondo de la cuestión debatida marchándose de ella, despreocupándose desde entonces de la criatura que le había nacido a la que en ningún momento visitó y a la que sólo hizo objeto de algún esporádico regalo pero sin prestarle, en todo el tiempo transcurrido, el auxilio económico indispensable para su mantenimiento, cuidado y educación, ni tampoco la asistencia que todo padre está obligado a deparar a sus hijos en orden a su formación moral y humana, deberes que en este caso dejó desatendidos el recurrente y cuya dejación por su parte constituye la conducta desordenada a que se refiere la ley conforme a constantes declaraciones de ésta Sala que entiende por tal no sólo la que atenta a las buenas costumbres o a la moral correspondiente a una determinada ética religiosa o social sino también la que se opone o quebrante el buen orden que es preciso observar para cumplir las obligaciones anejas a la relación paterno filial y hacer posible la subsistencia en todos sus aspectos de aquellos a quienes legalmente debe dispensarse la prestación, ya que desorden es todo lo contrario al orden y no cabe mayor desorden o comportamiento a quien mejor cuadre el reproche de desordenado, que el de quién, pudiendo evitarlo, deja en el más absoluto y completo desamparo a sus hijos en los campos afectivo y material, por lo que el recurso debe desestimarse por el único motivo que lo conforma y consiguientemente confirmarse la sentencia reclamada en todos sus pronunciamientos.

Artículo 487.2.º

Abandono de familia. Asistencia indispensable. Delito autónomo

(S.T.S. de 14 de enero de 1992. Ponente Sr. Delgado García.)

Primero. La sentencia recurrida condenó a Alfonso S.A. como autor de un delito de abandono de familia, aplicando la figura agravada del párrafo II del art. 487, referida al supuesto en que se dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento, en el presente caso, del cónyuge e hijos del procesado, imponiéndole las penas de cuatro meses y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pts., que es el mínimo legalmente permitido al respecto.

Dicho condenado recurrió en casación en base a tres motivos, todos ellos por infracción de ley, de los cuales sólo es necesario examinar el segundo de ellos en el que, al amparo del n.º 1.º del art. 849 de la L.E.Cr., se alega que hubo aplicación indebida del referido párrafo II del art. 487.

Segundo. Esta figura penal, *antes condebida como una agravación de la que aparece tipificada en el párrafo I del mismo artículo, y ahora, a partir de la entrada en vigor de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, reputada como delito independiente, al haberse sustituido la expresión «cuando el culpable» por la de «el que» (véase al respecto la sentencia de esta Sala 7 de noviembre de 1989), aparece en nuestro código como un verdadero delito de omisión, porque el comportamiento que se sanciona consiste en un no hacer por parte de una persona que se encuentra obligada a observar un determinado comportamiento positivo.*

En efecto, la legislación civil impone a determinadas personas, respecto de aquellas otras a las que se hallan ligadas por un concreto y próximo vínculo de parentesco, la obligación de prestar alimentos (arts. 142 y ss. del C.C.). Si tal obligación se incumple dentro de los específicos supuestos previstos expresamente en esta norma penal (línea recta y matrimonio) y ello ocurre con especial intensidad, de modo que deje de prestarse la asistencia indispensable para el sustento, entonces se incurre en la infracción criminal ahora examinada.

Ahora bien, aunque nada diga al respecto expresamente dicho párrafo II del art. 487, es necesario que en este delito concurra el elemento que aparece exigido para la infracción definida en el párrafo I del mismo artículo cuando dice «*pudiendo hacerlo*», porque es evidente que a quien carece de capacidad económica suficiente para realizar la prestación alimenticia no se le puede exigir su cumplimiento.

Por ello ha de constar acreditada como hecho probado la realidad de tal capacidad económica para la imposición de una condena por este delito, tanto en los supuestos del párrafo I como en este otro más grave del párrafo II. Y en este punto precisamente falla la sentencia recurrida, conforme se razona a continuación.

Tercero. Tal sentencia en su relato de hechos probados nos dice que Alfonso se marchó del domicilio conyugal sin que desde tal marcha hasta la fecha del juicio (más de dos años) hubiera vuelto al mismo ni hubiera prestado la más mínima asistencia a su familia (esposa, a la que dejó embarazada, más un hijo que todavía no había cumplido dos años) «pese a haber obtenido ingresos durante tales fechas, obligando así a la esposa, que carecía de todo tipo de ingresos, a acogerse en el domicilio de sus padres, ante la imposibilidad material de autosubsistir».

Así lo expresa literalmente el Tribunal de instancia.

No dice la Audiencia qué ingresos tuvo el marido procesado durante ese período de abandono del domicilio familiar y, por tanto, no podemos conocer si pudo o no haber enviado a su esposa, para ella y para los hijos comunes, algún dinero en ese tiempo, habida cuenta de que algo necesitaría para su propio sostenimiento y que se trataba de un obrero que trabaja, al parecer, sólo de modo eventual. Examinadas las exigencias practicadas, para mejor comprender esta Sala los hechos relatados, conforme lo permite el art. 899 de la L.E.Cr., se advierte que se trata de una familia muy humilde, que residía en un pueblo de Andalucía, y que el marido se marchó a Benidorm donde trabajó como camarero sin que exista prueba del tiempo durante el cual tuvo empleo ni de aquél en que pudo estar parado, ni tampoco de lo que ganó (sólo aparecen unos documentos relativos a unos pocos meses aportados por la propia defensa del acusado).

Únicamente si se hubiera acreditado la cuantía de los ingresos que el marido tuvo durante el tiempo en que estuvo fuera del domicilio familiar, se podría haber valorado si ellos eran o no suficientes de modo que hubieran servido para su propio mantenimiento y para el de su familia (aunque sólo hubiera podido colaborar en parte al mantenimiento de ésta); pero, al desconocerse tan importante dato es claro que no cabe afirmar que le fuera exigible al procesado el haber enviado dinero a su familia.

Así pues, del relato de hechos que la Audiencia Provincial nos ofrece no se deduce la concurrencia de este requisito esencial para este delito del art. 487, párrafo II, lo que obliga a entender que esta norma penal fue indebidamente aplicada en la sentencia recurrida conforme denunció el condenado en el motivo segundo de su recurso que, por tanto, ha de ser estimado, y ello excusa del examen de los otros dos que fueron formulados.

Artículo 489 bis (ahora 489 ter)*Omisión del deber de socorro. Doctrina general. Elementos***(Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vadillo.)**

PRIMERO.— El único motivo del recurso del condenado, apoyado por el Ministerio Fiscal que en la instancia solicitó en este sentido la absolución, se funda en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 489 bis del Código Penal que tipifica el delito de omisión de socorro.

En este caso el acusado «se dio rápidamente a la fuga abandonando el lugar y al herido al que se habían acercado diversas personas que pasaban por el lugar», «reanudó la marcha huyendo del lugar cuando ya otros ayudaban y asistían al herido», «...al herido podían prestar y de hecho prestaron asistencia los transeúntes que se encontraban en el lugar del accidente». Lo transcrito son expresiones tomadas del relato histórico de la sentencia impugnada y se sus fundamentos de derecho con valor de hecho probado o de inferencia.

SEGUNDO.— Este precepto trae origen de las leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962 y fue introducido en el Código Penal, con su redacción actual, por Ley de 8 de abril de 1967.

No es, pues, irrazonable ni sorprendente el cambio de posturas a lo largo de su existencia en orden a la interpretación de la norma. La jurisprudencia no ha sido tampoco, en este sentido, unánime.

El tema básico consiste en determinar si para la existencia del delito basta con la mera fuga del lugar del accidente o es también necesario el peligro manifiesto y grave y el desamparo de la víctima ocasionado por el accidente.

Las consecuencias son muy distintas según el criterio que se adopte. Si se exige desamparo no habrá delito si la víctima está muerta, aunque desde un punto de vista más amplio pudiera ser más solidario que el autor del accidente se quedara en el lugar del mismo para responder del hecho en los términos que en cada caso fueran procedentes. Y lo mismo sucede si la víctima está ya atendida (no si, potencialmente, pudiera estarlo por el concurso de otras gentes que, aun estando presentes, todavía no han prestado ayuda). En este sentido, si el que ha producido el accidente es una persona que conduce un ciclomotor y quien está prestando efectivamente la ayuda es un automovilista, obviamente la ayuda eficaz la puede prestar éste y no aquél.

El Derecho penal no debe extender las conductas subsumibles en su campo más allá de lo necesario, en razón al esencial principio de mínima intervención. El deber de socorro, en general, viene fundamentado en la idea de solidaridad humana y, en el precepto que examinamos, en el hecho concreto de constituirse el causante del accidente en garante de la vida e integridad de la víctima. Cuando esta garantía está ya plenamente satisfecha por otros, no puede haber delito.

La sentencia, muy expresiva, dice, como ya se recordó, que el acusado reanudó la marcha cuando ya otros ayudaban y asistían al herido, al que podían prestar y prestaban asistencia.

En la compleja y difícil tarea de subsumir comportamientos en los correspondientes tipos y subtipos penales, no siempre es fácil descubrir, como ya se dijo, una trayectoria rectilínea de interpretación de la norma. Sentencias de esta Sala, como la de 23 de

marzo de 1988, rechazan que el deber de socorro desaparezca por el hecho de estar otras personas próximas al lugar porque, dicen, ninguna de ellas estaría individualmente obligada toda vez que cada uno podría invocar que él no estaba obligado porque había otros presentes; la de 26 de septiembre de 1990 destaca que el delito existe aunque se pudieran encontrar otras personas (que no consta que efectivamente estuvieran). La de 24 de noviembre de 1990 estima que hay delito aunque en el lugar del accidente hubiera otro automóvil cuyo conductor potencialmente podía prestar auxilio al herido, pues tal presencia no suponía, o por lo menos no parece comprobado, que supusiera un efectivo y total auxilio a la víctima que hiciera ineficaz la actuación del acusado. En parecidos términos las sentencias de 20 de mayo de 1990, 6 de octubre de 1989 y otras muchas.

Otras resoluciones de igual naturaleza, así las de 27 de marzo de 1989, 24 de octubre de 1990 y varias anteriores, discurren por otros caminos que no son, si se examinan con detenimiento, opuestos. Sólo cuando conste de manera clara que el auxilio no es hacedero porque la víctima ha fallecido, o porque otras personas con medios eficaces están ya prestando el auxilio requerido, no habrá delito.

Este es el supuesto que ahora se enjuicia, debiendo dictarse otra sentencia absoluta ajustada a Derecho, de acuerdo con los argumentos precedentes.

Artículos 493.2.º y 585.3.º

Amenazas. Gravedad. Consumación

(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

PRIMERO.— El recurso del Ministerio FISCAL en su *primer motivo*, amparado en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce la infracción por aplicación indebida del artículo 585-3.º del Código Penal, y por falta de aplicación del artículo 423.2.º del mismo Código, es decir, que impugna la consideración de los hechos probados como una falta de amenazas, siendo así que, a su juicio, merecen la estimación de un delito de amenazas por haberse conminado un mal grave sin que la amenaza fuere condicional.

SEGUNDO.— El alegato del Fiscal considera que es inescusable la consideración delictiva del mal conminado por el acusado, al apuntar con su pistola reglamentaria contra las personas ocupantes de la furgoneta que colisionó ligeramente con el automóvil que conducía el inculcado, si bien por no haber quitado éste el seguro de aleta de la pistola no salió el disparo aunque se oyó el chasquido metálico de aquella percusión frustrada por el seguro. Y como los así conminados no dieran muestras de amedrentamiento el acusado realizó dos disparos (lo que implica que ahora quitó el seguro) sobre las puertas traseras de la furgoneta, en las que produjo sendos orificios de bala, cuya reparación ha sido tasada en 20.160 pesetas.

Hasta este punto la conformidad de la acusación pública con la sentencia recurrida es completa: Hubo conminación de un mal grave contra las personas amenazadas (ya en su vida, ya en su integridad física), por cuanto pertender disparar un arma contra una o varias personas, apuntando en dirección a ellas, es un mal grave constitutivo de delito y no de falta. Esto acarrea que quede apartado el artículo 94 del Código Penal que se refiere al mal conminado constitutivo de una falta (sentencia 18 septiembre 1986).

El punto de divergencia entre una y otra tesis está en que la sentencia califica los hechos como falta de amenazas del artículo 585.3.º del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma de la Ley 3/89, de 21 de junio, más favorable) por entender que el inculpado no persistió en la idea que significaba con su amenaza, única circunstancia que diferencia la falta del delito. Tal cosa la deduce el texto *à quo* del hecho probado de que el acusado se ausentó rápidamente del lugar en que se cometió el delito, citando al respecto la sentencia de 7 de abril de 1982.

Sin embargo tal circunstancia nos lleva, en el caso de autos, muy distinto al de la citada sentencia de 1982, a cerciorarnos de si al ausentarse el inculpado, el delito de amenazas estaba ya consumado jurídicamente.

Ello nos conduce a realizar una rápida disgresión sobre la naturaleza jurídica del delito de amenazas. Este no es otro que un ataque a la seguridad y libertad de las personas a tenor de la rúbrica legal bajo la que está enclavado. Como tal, es un delito de *simple actividad*, de expresión, en el que la manifestación de voluntad y el resultado suelen coincidir en el tiempo, aunque ambos momentos pueden quedar escindidos en algún caso (amenazas par carta). Desde otro punto de vista la amenaza es un delito de peligro: ¿abstracto o correcto? Hemos llegado al *punctum pruriens* de la cuestión. Es cierto que basta la *idoneidad general* de la amenaza para intimidar al amenazado, lo que permite la incriminación de las amenazas simples, pero no es menos cierto que el peligro abstracto no excluye el peligro concreto añadido, a la susceptibilidad a aptitud *in genere* de la amenaza. Otra posición llevaría a la disolución del delito de amenazas, al considerar las amenazas simples como una infracción policial, contravencional, y las condicionales como integrantes del delito de coacciones. Esta posición adoptada por algún sector doctrinal no es la que predomina entre nosotros, ni, por supuesto, la acogida por la jurisprudencia, para la que nuestro delito es de simple actividad y consumado con la llegada del anuncio conminativo a su destinatario, con apariencia de serenidad y firmeza, pero sin la exigencia de que se haya producido perturbación anímica perseguida por el autor (sentencia 23 mayo 1989 y las que en ella se citan).

De acuerdo con lo expuesto se deduce sin lugar a duda el momento consumativo del delito, ligado al conocimiento de la amenaza por el sujeto pasivo, haya producido o no en él algún tipo de amedrentamiento, bastando la susceptibilidad general de la amenaza para producir tal alteración anímica.

Trasladada la cuestión al caso de autos, vemos que encanonar o apuntar con una pistola a las personas de autos, cuyo disparo no llega a producirse por no haber quitado el seguro el agente, quien ratifica su voluntad real de disparar al hacerlo sobre el vehículo de aquellas, denota una gravedad de la amenaza susceptible de intimidar a cualquier sujeto. Mas aun, en el supuesto de autos, la amenaza producida está rozando su categoría de condicional cuando no inmersa totalmente en ella desde el momento en que la conminación del mal se relaciona con la anterior discusión para que el luego amenazado acepte la inclusión de mayores daños materiales en el seguro de su vehículo, de modo que al negarse a tal aceptación surge la amenaza. Si no se acepta tal conclusión es para no extravasar los límites de la acusación que, como hemos dicho, tanto en instancia como en casación, excluyó la amenaza condicional al incluirla en el artículo 493.2.º del Código Penal.

En consecuencia, cuando se ausenta el acusado después de proferidas sus amenazas, hasta el punto de que parte de ellas llegaron a efectuarse como daño patrimonial, si quiera éste, por su cuantía hubiera de considerarse como simple falta, lo cierto es, decimos, que la ausencia del acusado tiene lugar cuando el delito de amenazas ya se ha

consumado jurídicamente e incluso agotado al remachar el procesado su conducta con los dos disparos dirigidos al vehículo de sus oponentes, tal como arguye el Ministerio en este motivo del recurso que, por lo mismo, debe ser estimado con la consiguiente casación de la sentencia provincial.

Artículo 499 bis 2.º

Delito contra la libertad y seguridad en el trabajo

(S.T.S. de 10 de abril de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis)

Tercero. El motivo segundo, ha sido deducido por la vía del n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y denuncia «infracción de ley», en relación con el artículo 499 bis 2.º del Código Penal, por el que ha sido condenado el recurrente».

Destaca la parte recurrente el carácter eminentemente «doloso» de esta figura delictiva, «debiendo de obrar necesariamente el agente en “forma maliciosa”, excluyéndose así la modalidad culposa»; añadiendo seguidamente que «estos delitos... constituyen también una infracción de resultado pues, para su consumación, es necesario o indispensable que se haya conseguido abolir o menoscabar, suprimir o limitar “los beneficios legales reconocidas a los trabajadores”». Y concluye, «sin existir malicia y según la doctrina del Tribunal al que tengo el honor de dirigirme no se configuran los elementos del tipo del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo y por tanto procede en consecuencia dictar una sentencia por la que se absuelva libremente al recurrente».

Como recuerda la sentencia de 1 de febrero de 1989, la infracción descrita en el n.º 2.º del artículo 499 bis del Código Penal constituye un *delito de resultado*, en cuanto exige la producción del perjuicio para el trabajador previsto en el precepto, *más no es menester que el perjuicio se traduzca de inmediato en uno de naturaleza económica, sino que basta que el daño de dicha especie sea potencial y de futuro para que se produzca la perfección del delito*. Por lo demás, el elemento «objetivo» del delito está constituido por la acción descrita en el mismo; y el elemento «subjetivo» exige que la conducta descrita sea «maliciosa», lo que comporta el dolo y descarta la culpa, e implica por tanto «maquinación o acechanza artificiosa tendente a lograr un fraude de ley, dando apariencia de legalidad a lo que realmente no lo es».

El relato fáctico de la sentencia pone de relieve la concurrencia de todos los elementos precisos para la estimación del delito del art. 499 bis n.º 2.º del Código Penal. En efecto, el procesado dirigía la empresa TELISA «unipersonalmente y con amplísimas facultades». La empleada Pilar C.S. «había ingresado en la empresa el 4 de marzo de 1981, mediante contrato verbal, y como tal de duración indefinida». El hoy recurrente pretendió dar por finalizada la relación laboral el 4 de marzo de 1983, y la empleada formuló demanda de despido ante la Magistratura de Trabajo, presentándose en dicho procedimiento por la representación de la empresa un contrato «falso», en el que se hacía constar tal fecha de terminación del mismo, y en el que figuraba «imitada la firma de la trabajadora», sin que la firma correspondiente a la «empresa» coincidiera con la de Ignacio S.

Como pone de manifiesto en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, la propia defensa del hoy recurrente reconoció la falsedad del documento (aunque refiriéndola a la firma puesta por el representante de la empresa), y, según de-

clararon otras trabajadoras de la empresa, tampoco ellas firmaron contratos de trabajo, sino que fueron admitidas verbalmente.

La falsedad del contrato presentado era patente, e igualmente el conocimiento de ello por parte del hoy recurrente, que ello no obstante lo presentó en la Magistratura de Trabajo (Ignacio S. era quien dirigía la empresa «unilateralmente y con amplísimas facultades», y fue quien comunicó a la empleada la finalización de su relación laboral —v. último párrafo del art. 499 bis del C.P.). *El perjuicio para la trabajadora era igualmente patente: al haber sido contratada verbalmente, tenía derecho a una relación laboral «de duración indefinida», que, mediante la presentación del contrato laboral falso, se pretendía dar por finalizada el 4 de marzo de 1983. El n.º 2.º del art. 499 bis del C.P. habla expresamente de suprimir o restringir «los beneficios de la estabilidad en el empleo». Esto fue lo que, con su conducta pretendió el acusado. Procede, en suma, la desestimación de este motivo.*

Artículo 504.3.º

Robo con fuerza en las cosas. Hurto. Ciclomotor. Rotura de cadena

(S.T.S. de 21 de mayo de 1992. Ponente Sr. Montero Fernández-Cid.)

Primero. El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se inicia con un motivo por infracción de ley procesalmente residenciado en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que alega la vulneración, por aplicación indebida de los artículos 500, 504.3.º y 505, párrafo primero, inciso primero, del Código Penal y, por aplicación indebida, del artículo 587.1.º del referido cuerpo legal sustantivo. Se funda el motivo en que el relato histórico de la sentencia ahora sometida a recurso establece de manera inatacable, en aplicación de la norma contenida en el artículo 884.3.º de la expresada Ley procesal, que el apoderamiento de la motocicleta marca Vespa se produjo «violentando una cadena de candado que la protegía» y de ello trata de deducir la precisión de incardinar los hechos en la figura típica del robo con fuerza en las cosas y no en la del hurto. El motivo ha de ser desestimado. Rompiendo con una doctrina reiterada de esta Sala sentada precedentemente, las recientes SS de 30 de noviembre de 1990, 17 de diciembre de 1991 y 18 de enero de 1992 han venido estableciendo —y ello ahora se ratifica— que para que la fuerza en las cosas definida en el artículo 504 del Código Penal pueda ser estimada como típica a los necesarios efectos del principio de legalidad y de interdicción de la interpretación extensiva de las normas sancionadoras establecidos en los artículos 25 y 9.3 de la Constitución es preciso que la fuerza se ejerza no «in re», sino «ad rem», es decir, no sobre la cosa misma, sino para el acceso a la misma. Se ha hecho referencia así en tales resoluciones a la precisión de distinguir en el análisis del artículo 504 del Código entre un «objeto-continente» y un «objeto-contenido», que es el que ha de ser objeto del apoderamiento. En efecto, no toda fuerza instrumental para lograr éste es típica en el sentido de la norma indicada y así no lo son los distintos supuestos en que aquélla se ejerce sobre la cosa misma: arrancamiento de espejos retrovisores de vehículos o de faros de los mismos; desprendimiento de una estatua de su pedestal al que se hallaba adherida por obra de albañilería, etc. *Lo decisivo en la configuración del precepto citado es la existencia de los dos objetos*, lo decisivo es que los impedimentos puestos por el propietario provengan de la guarda del objeto de la sustracción en otro diferente.

Entender lo contrario sería vulnerar el principio de taxatividad de la descripción de los tipos penales que es consecuencia necesaria del principio de legalidad.

Artículo 504.3.^a, in fine.

Sustracción de objetos cerrados. Intención de fractura ulterior. Consumación

(Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1992. Ponente Sr. Moyna Ménguez.)

PRIMERO.— El Código Penal junto a las hipótesis clásicas de fractura externa e interna en el robo con fuerza, introdujo, a partir del Código de 1870 y con procedencia del Código francés, una figura que sale, en principio, de las tipicidades del robo al faltar la fuerza como medio comisivo, pero que se incluye dentro del mismo por la abstracta finalidad o propósito de futuro que inspira al sujeto: la de fracturar o violentar los objetos sustraídos fuera del lugar del robo para apropiarse de su contenido; la figura prevista en el segundo inciso del artículo 504.3.^o del Código constituye una derogación parcial de la específica figura del robo con fuerza en las cosas extendiendo ésta a los casos de fractura llevada a cabo fuera del local donde fueron sustraídos, y una de sus singulares características es la de la consumación por «amotio», es decir desde que se pone el objeto cerrado fuera del lugar, siempre que esté acreditado el propósito de fractura ulterior. La jurisprudencia de esta Sala, que tiene su primer precedente en la sentencia de 16 de febrero de 1903 y expresión más reciente en las de 20 de febrero de 1979, 12 de julio de 1985 y 17 de junio de 1986, considera este delito de consumación subjetiva anticipada, o, si se prefiere, de resultado cortado, como lo denota la partícula «para» inserta en la descripción típica, de tal modo que la fuerza no es coetánea a la sustracción sino que, en perspectiva finalista, basta que se proyecte ejecutarla fuera del lugar del robo.

Aplicad esta concisa disgresión interpretativa del precepto al relato resulta patente que se ajusta perfectamente al supuesto de hecho de la norma penal: al depositar los acusados y recurrentes, trabajadores de una sala de bingo de Orihuela, la recaudación en el cajero automático de una Caja de Ahorros de la localidad advirtieron que en su interior, por un posible fallo del mecanismo de admisión, se hallaba una bolsa de plástico cerrada con cremallera y candado, similar a las entregadas por dicha Entidad a los usuarios de dicho servicio; se apoderaron de ella, trasladándose a Alicante y, en el domicilio de la acusada, un tercero, que era precisamente su novio, forzó el candado y se repartieron el contenido de pesetas 1.770.000. El recurso que discurre por la vía del número 1.^o del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega la aplicación indebida del artículo 504.3.^o del Código expresando que el apoderamiento debe producirse siempre mediante el empleo de fuerza, y niega su existencia en el momento de la consumación, sin que la conducta posterior desvirtúe el dolo inicial que solamente debe referirse a la sustracción del bolso, debiendo responder de la fractura el tercero que la realizó materialmente y que fue condenado como receptor.

En primer término, el dolo no puede restringirse a la simple sustracción del bolso porque es patente que los acusados conocían, por el lugar en que se hallaba y por sus características, cuál era su contenido; la intervención del tercero, novio de la acusada y en su domicilio, lo fue por acuerdo e inducción de los recurrentes, como confirma el hecho de que seguidamente hacen reparto equitativo del dinero, y el momento consumativo del

delito enjuiciado no suscita cuestión alguna a la luz de la jurisprudencia arriba calendarada porque la sustracción con propósito de fractura ulterior es insoslayable, y la fractura y disposición de lo sustraído, que también han existido, agotaron el delito en todas sus consecuencias; y aquel momento consumativo, vinculado a la sustracción del bolso, explica la condena por receptación del acusado no recurrente.

También cita el recurso la infracción del artículo 506.8.º del Código, aunque sin desarrollo argutivo alguno, posible por que son conscientes los recurrentes de que la suma sustraída excede notoriamente del módulo que viene estableciendo esta Sala al interpretar el concepto jurídico indeterminado de «especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos robados».

Procede la desestimación del recurso.

Artículo 506.2.º

Robo en casa habitada. Pluralidad de moradas

(Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

PRIMERO.— En un único motivo conforma el Ministerio Fiscal su recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con el n.º 220 de 1989, de 3 de octubre, porque, entre otros pronunciamientos, condena a los procesados Olegario Conchado Jiménez y Jesús Gabarri Jiménez, como autores de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, concurriendo en el segundo la circunstancia atenuante de menor de dieciocho años, respectivamente a las penas de un año de prisión menor y de tres meses de arresto mayor.

Al amparo del n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia el motivo, infracción de Ley, por inaplicación del n.º 2.º del art. 506 del Código Penal, respecto al delito de robo y con relación a los mencionados procesados, habida cuenta que los hechos probados describen los robos cometidos en los chalets de temporada, propiedad de José Luis Magdalena Curros y de Marcelino Fernández Álvarez, precisándose en el *factum*, que en el primero se aprovecharon de que la familia estuviera fuera por asistir a la misa.

De tal relato deduce el Fiscal que los robos se cometieron en casa habitada y que debió ser aplicado el n.º 2.º del art. 506 del Código Penal, con las consecuencias en orden a la sanción conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 505 del mismo cuerpo legal.

SEGUNDO.— La agravación específica del delito de robo con fuerza en las cosas de verificarse en casa habitada o alguna de sus dependencias (art. 506.2.º) es de gran abolengo en nuestro Derecho Penal, ya que desde el texto de 1848 se contemplaba como modalidad más grave el robo en iglesia o en lugar habitado —art. 421— y ello se mantuvo en la reforma de 1850 —art. 431— persistiendo en el Código de 1870, que no sólo conservó tal agravación —art. 521— sino dio incluso una interpretación auténtica y contextual en el art. 523, y también se recogió en el de 1928 en su art. 696, y en el texto penal republicano que volvió al sistema de 1870, al contener la figura agravada en el art.

497 y la definición de casa habitada y sus dependencias en el art. 499, pasando tal sistema al texto penal de 1944 y manteniéndose en todas las reformas posteriores.

El fundamento de tal agravación se encuentra en la inviolabilidad del domicilio ajeno y en la mayor peligrosidad que surge con el eventual enfrentamiento entre los moradores y los extraños, así proyectada la acción delictiva como robo con fuerza en las cosas puede degenerar fácilmente en robo con violencia e intimidación en las personas, en una progresión criminal que añade a los elementos subrepticios y a la fuerza en las cosas las agresiones y ataques personales —sentencias de 2 de julio de 1962, 25 de marzo de 1968, 10 de noviembre de 1981, 15 de julio de 1982, 3 y 17 de octubre de 1983, 3 de febrero, 22 de octubre, 16 de noviembre y 28 de diciembre de 1984, 5 y 24 de noviembre de 1986, 6, 20 y 23 de abril, 13 de mayo y 13 de julio de 1987, 9 de febrero, 11 de mayo y 5 de julio de 1988, 9 de octubre de 1989, 25 de febrero y 28 de diciembre de 1991—.

Por lo demás, la doctrina de esta Sala ha entendido por casa habitada no sólo la que esté real y permanentemente ocupada por una persona o familia que en ella vive, sino la que sirve a dichos fines de habitación en épocas determinadas o inciertas —sentencias de 21 de diciembre de 1982, 29 de marzo y 19 de mayo de 1986— si bien la doctrina jurisprudencial excluyó la agravación en los supuestos de hallarse «habitualmente» deshabitada la vivienda —sentencia de 13 de octubre de 1977— ha mantenido que siendo su destino el hogar familiar (aunque lo sea sólo en épocas determinadas) pueden estar sus moradores «accidentalmente» ausentes —sentencias de 11 de mayo de 1984, 11 de marzo y 19 de mayo de 1986, 26 de marzo, 11 de mayo y 6 de octubre de 1988—. El concepto de comisión del robo en casa habitada se objetiviza, prescindiendo del conocimiento que tenga el reo de que no esté habitada en aquel momento —sentencias de 6 de febrero, 29 de abril, 18 de mayo y 21 de octubre 1985— ya que la objetivización de la circunstancia viene dada de diversas direcciones. En primer lugar, la propia norma, al expresar literalmente que «se verifique en...» sin añadir requisito alguno. En segundo lugar, la jurisprudencia la viene objetivando al no exigir en el agente que conozca que esté habitada o incluso aunque se asegure que no hay moradores en la ocasión del robo —sentencias de 20 de junio y 6 de octubre de 1988—.

Una persona puede tener más de una morada, incluso en distintas ciudades, siempre que sirvan de habitación y con la posibilidad de presentarse en cualquier momento sus titulares —sentencias de 28 de septiembre y 29 de octubre de 1987, 13 de febrero, 21 de abril, 4 y 14 de julio de 1989, 1 de marzo de 1990 y 8 y 22 de julio de 1991—.

Concurre la agravante en el robo en un chalet, propiedad de la víctima, quien lo habitaba por aquellas fechas, aunque fuera cometido durante una ausencia momentánea del morador —sentencia de 15 de julio de 1983—, pues la circunstancia de no encontrarse en su casa en el momento del robo, no enerva los efectos de la agravante —sentencias de 25 de abril y 11 de mayo de 1984—.

Siendo asimismo irrelevante que los autores del delito se cercioren con anterioridad a sus acciones de robo, de que haya alguien en sus domicilios —sentencia de 4 de marzo de 1981 y 12 de marzo de 1982— porque, difícilmente podrá adquirirse certeza absoluta, porque no puede conjeturarse el riesgo de un inopinado regreso de los moradores y por último, porque ello no elimina la vertiente de menosprecio, irreverencia y profanación del hogar ajeno —sentencias de 23 de enero, 11 de marzo y 19 de diciembre de 1986, 3 de marzo, 28 de septiembre, 29 de octubre y 26 de diciembre de 1987, 3 de marzo de 1989, 25 de febrero y 15 de marzo de 1991— porque resulta totalmente irrelevante que los moradores no se encuentren accidentalmente en la casa —sentencia de 8 de julio de 1982—.

TERCERO.— Describiéndose en el hecho probado de la sentencia impugnada que los procesados, tras romper el cristal de la ventana de la cocina, accediendo a través de ella al interior de la casa chalet de temporada, aprovechando que dicha familia había ido a misa, se está proclamando que el ataque a la propiedad se ha cometido en casa habitada, cuya definición legal se recoge en el art. 508 del Código Penal y que alcanza a dicho concepto «aunque se encontraren ausentes de ella (los moradores) cuando el robo tuviere lugar». Robo en casa habitada que se patentiza con la descripción de objetos apoderados que el *factum* describe.

Que asimismo en el robo cometido otro día posterior, se hace referencia a un chalet de temporada, en el que se apoderaron de platos, cubiertos y ropa de hombre y mujer. Concorre asimismo la referida y específica agravación de comisión del delito en casa habitada o sus dependencias —art. 506,2 del Código Penal— a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta en el precedente fundamento jurídico de esta resolución y que se da aquí y ahora por reproducida para evitar innecesarias repeticiones.

Por tanto, el órgano *a quo*, al no apreciar dicha agravación ha conculcado por inaplicación dicho precepto y procede por ello acoger el motivo y recurso del Ministerio Fiscal.

Artículo 510.2.º

Llave falsa. Recepcionista. Hurto

(Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1992. Ponente Sr. Barbero Santos.)

PRIMERO.— 1.— El motivo primero, por infracción de Ley y apoyo en el n.º 1.º del art. 849 de la LECriminal, al haber cometido la Sentencia error de Derecho al aplicar indebidamente los artículos 500, 504, 4.ª, 510,2.ª y 505 del Código Penal y no hacerlo de los arts. 514 y 515 del mismo Cuerpo legal.

De acuerdo con el recurrente, no se realizó acto de fuerza alguno en las cosas, ya que no se empleó para la apertura de la habitación ganzúa u otro instrumento semejante, sino la llave original y destinada habitualmente, tanto por el huésped como por el servicio del hotel, a la apertura de la puerta de la habitación, por lo que dicha llave legítima solamente podría reputarse como falsa en el supuesto de haber sido sustraída al propietario.

2.— Para el cumplimiento de los fines propios del Derecho penal, el Legislador hace una enumeración de llaves falsas que abraza, incluso, a la llave legítima siempre que haya sido sustraída al propietario. Y esta Sala se ha ocupado de la cuestión en Sentencias múltiples, algunas muy recientes (v.gr. de 15 de julio de 1988, 6 de marzo, 3 de julio, 15 de septiembre y 23 de diciembre de 1989) perfilando, a través de ellas, un concepto preciso de llave falsa, en particular de la considerada tal por el n.º 2 del art. 510, es decir, de la llave legítima sustraída al propietario. Y estima que hay que considerar como «sustraída» la llave legítima que llega a poder del agente por robo, hurto, retención indebida, acción engañosa o, en definitiva, por un medio que constituya infracción penal. Con carácter más general en alguna de las Sentencias citadas se afirma que lo que caracteriza el concepto de llave falsa es la falta de autorización del propietario para su utilización. Ese es el límite que no es dable traspasar, si no es a costa de interpretar ex-

tensivamente el precepto. En el caso a examen es obvio que el recepcionista del hotel estaba autorizado para usar la llave que poseía, aunque es cierto que no en el sentido en que la utilizó. Y que no llegó a su poder por un medio que constituyese infracción penal.

El Ministerio Fiscal en su brillante informe sostiene que el uso por el recepcionista de la llave podría encuadrarse en la apropiación indebida. Pero precisamente este delito se caracteriza porque el bien mueble no se sustrae al poseedor, y el art. 510,2 del Código penal requiere que la llave se sustraiga, por lo que no tiene en él cabida. El uso conforme con la finalidad para la que se entrega al recepcionista la llave íntegra, por el contrario, de forma clara el abuso de confianza en su utilización previsto por el art. 10,9 del Código Penal, como se estimó en la instancia. Pero de ello se trata en el motivo siguiente.

El motivo se ha de estimar.

SEGUNDO.— También por infracción de Ley, y con el mero apoyo procesal, por violación de la circunstancia 9.^a del art. 10 del Código Penal, ya que de un mismo hecho no se pueden derivar dos circunstancias agravantes, con vulneración del art. 59,2 del Código Penal.

La estimación del motivo precedente, que lleva a la conversión del robo en hurto, hace perder a este motivo su fundamento. Al no constituir la utilización de la llave por el recepcionista la conducta de sustracción de la misma, el abuso de confianza no opera dos veces como agravante. Sólo una: del hurto.

El motivo no puede prosperar.

Llaves falsas. Tarjetas de crédito con banda magnética. Sustracción

(Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1992. Ponente Sr. De Vega Ruiz.)

PRIMERO.— El único motivo del recurso hace referencia a una cuestión jurídica interesante y, hasta cierto punto, controvertida. La sentencia condenó por delito de robo con base a los artículos 500 y 504.4 del Código Penal, como consecuencia de unas sustracciones de dinero, en cuantía superior a 30.000 pesetas, consumadas y obtenidas mediante la *utilización de una tarjeta de crédito, con banda magnética, de las usadas en los cajeros automáticos de las entidades bancarias*. El motivo viene estructurado, por la infracción de Ley del artículo 849.1 de la norma procesal penal, por estimar indebidamente aplicado los artículos 500, 504.4 y 505, con inaplicación indebida entonces de los artículos 514 y 515.1, todos de la misma Ley penal citada al principio.

SEGUNDO.— Se trae a colación la diferencia entre los delitos de robo y hurto en aquellos casos en los que del empleo de llaves falsas, o similares, se trata.

Ahora se cuestiona la *definición, la naturaleza y las características de las tarjetas de crédito* que, al amparo del progreso y de la evolución que la sociedad de consumo impone, proliferan habitualmente como medio normal, y adecuado, en el desenvolvimiento de la vida ciudadana.

Lo de menos será el encaje técnico de tales tarjetas para constituir el robo con fuerza en las cosas. Lo de menos porque en cualquier caso estarían comprendidas en el artículo 504.4 del Código. *Ya como llaves falsas propiamente dichas, huyendo de interpretaciones extensivas prohibidas en el Código Penal pero también acudiendo a la significación total y completa que la llave, como concepto gramatical, merece*. Ya sea como «instru-

mento semejante», en expresión abierta que el precepto referido establece para acoger, en «*numerus apertus*», los supuestos análogos.

La palabra llave designa generalmente un instrumento metálico, no necesariamente, que se introduce en la cerradura de las puertas para abrirlas o cerrarlas. Es esa funcionalidad lo que constituye la esencia de lo que se entiende como llave. No el tamaño, ni el peso, la materia o la forma que pueda tener, todo lo cual cambia o puede cambiar con la evolución de los tiempos. No se olvide que la llave es tal porque abre o cierra los pestillos hechos para que sobre ellos actúe ese instrumento, y *no porque el mismo tenga una u otra forma*.

TERCERO.— Con respecto a las llaves propiamente dichas, existen todavía dos corrientes doctrinales en esta Sala, la tradicional y la moderadamente innovadora.

Conforme a la primera (Sentencias de 16 de febrero de 1988 y 1 de junio de 1989), se llega a una amplia interpretación, pues se comprenden en el texto penal tanto las llaves propiamente sustraídas al titular o usuario legítimo de las mismas, *como las retenidas indebidamente, las apropiadas, las olvidadas circunstancialmente en la vivienda o local ajeno o en otro lugar, las escondidas por el poseedor legítimo y obtenidas por el infractor de cualquier forma*. En suma, la palabra «sustraída» es un elemento normativo que encierra y engloba el acceso a la posesión de la llave legítima contra o sin la voluntad de su dueño.

La reciente corriente doctrinal de la Sala (Sentencias de 9 de febrero y 3 de julio de 1989, 14 de septiembre de 1990, 19 de febrero de 1991 y 8 de febrero de 1992), se inclina a restringir el concepto de la llave falsa *a las que llegan a la posesión* del agente a virtud de robo, hurto, retención indebida, *acción engañosa* o, en conclusión, «por un medio que constituya infracción penal», como se decía, con propósito generalizador, por el Proyecto de Código Penal de 1980 y también por la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Tan es así, que si la entrada a la vivienda o al local se hizo mediante llave extrañada al propietario, faltaría quizá la fuerza específica hábil para transformar en robo la sustracción, porque ni al término de «instrumento semejante» podría acudirse.

Hay que decir, sin embargo, que algunas sentencias *aun cuando recogen la nueva corriente, llegan a la misma conclusión que la primitiva doctrina, pues que a través del amplio significado del verbo tomar, característico del hurto, estiman ilícito penalmente el acto de coger, asir o hacerse con las llaves perdidas u olvidadas si es sin consentimiento o autorización del dueño*. Acción ilícita que conlleva entonces el delito de robo cuando con esas llaves se produce la acción criminal enjuiciada. Por tanto, son pocos los supuestos que se pueden escapar del concepto de «llave falsa».

En los casos en los que la sustracción de los efectos se hace o realiza burlando los *procedimientos magnéticos de identificación, marca y etiquetado de los objetos que se venden en tiendas y grandes almacenes*, se plantea una vez más el problema sobre la consolidación, o no, de los medios definidores del robo con fuerza en las cosas.

Esos nuevos avances tecnológicos sirven para controlar las ventas y las disponibilidades existentes en los depósitos de mercancías y *se utilizan, además, para detectar la salida de objetos sin pasar por las cajas registradoras dotadas éstas como están de los medios técnicos necesarios para desactivar las alarmas sónicas que se ponen en marcha cuando aquéllos se intenta sacarlos subrepticamente de los citados establecimientos*.

Estos sistemas de alerta (Sentencia de 13 de mayo de 1991) *no pueden ser equiparados a los cerramientos con que se custodian o defienden las cosas para dificultar su ilegítimo apoderamiento*, por lo que la sustracción de los efectos o mercancías expues-

tas generalmente al público, sin ningún sistema de sujeción o cierre, subrepticia y habilidosamente, sin fractura alguna, difícilmente integrarían el delito de robo.

CUARTO.— Dentro de esos avances técnicos dichos figuran también los distintos sistemas informáticos de control, aparte de las tarjetas de crédito antes dichas.

Tales tarjetas que no son llaves en el sentido gramatical del concepto, sí lo son funcionalmente (Sentencia de 21 de septiembre de 1990) por cuanto sirven en la práctica para accionar el cierre del local que da acceso al cajero automático (a semejanza de las tarjetas que ahora se utilizan para abrir las habitaciones de los hoteles), o bien para abrir el habitáculo o salida del mismo cuando se halla instalado en el exterior del establecimiento bancario.

En esos casos, las tarjetas cumplen una primera función como llaves por ser el único medio previsto para la apertura sin necesidad de hacer uso de claves o números secretos. *Entonces son llaves falsas por tratarse de instrumentos legítimos de cierre sustraídos a su titular.*

Carácter que no se desvirtua porque, a la vez, tengan las tarjetas atribuidas una segunda función programada para extraer dinero pulsando y marcando un número secreto exclusivamente asignado al titular de la tarjeta.

En cualquier caso se trataría de un «instrumento semejante» a la llave, con lo que siempre incardinaría el tipo penal ahora contemplado a través del reiterado artículo 504.4.

Con la teoría mantenida por la Audiencia no se vulnera el principio de legalidad ni se hace uso de interpretación extensivamente analógica.

Bien sea por violentar o abrir una puerta con «llave sustraída», bien sea porque se extrae dinero del cajón, también subrepticamente, manipulando una combinación secreta como la «fractura» del 504.3, *se llega siempre a la violencia que el Código asume para las cosas.*

QUINTO.— El problema aquí cuestionado es uno más en el campo del Derecho Penal, con respecto al cual es muy difícil mantener criterios uniformes porque no se desconoce las distintas vertientes que el tema ofrece.

El primer aspecto de esta problemática estriba en el «factor llave». Consiste en concretar si la tarjeta de crédito ha de ser estimada como tal llave.

Si la contestación es afirmativa, *como lo es por las razones antes expuestas*, surge entonces un segundo aspecto referido a si la utilización de la tarjeta de crédito, por quien no es su titular, consume el delito de robo con fuerza en las cosas *una vez que con ella, previamente apropiada, sustraída, cogida o tomada*, se opera sobre el cajero automático.

SEXTO.— La sustracción de estas tarjetas, como decía la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1987, con frecuencia objeto preferente del delito, acontece especialmente en los casos de pequeños delincuentes, muchas veces drogadictos, ya en apoderamientos por el sistema del «tirón», ya en el interior de los vehículos de motor forzados o violentados.

Las distintas opiniones que la materia estudiada ofrece parten todas del previo análisis sobre *las acciones desarrolladas para la obtención del dinero, o parte del dinero, que el cajero automático ofrece a la disponibilidad del titular de la tarjeta.*

Frente a quienes se basan en la existencia de actos distintos (el apoderamiento inicial de la tarjeta de un lado, y la manipulación posterior del cajero automático de otro), la Memoria citada rechaza la posibilidad de tratar la extracción del dinero del cajero automático como un «delito autónomo per se» (estafa o robo con fuerza en las cosas). Por

el contrario se apoya en la acción única, *unidad natural de acción* se ha dicho, para afirmar la existencia de hurto, robo o apropiación indebida, según el caso, en el que la extracción del dinero del cajero es sólo el agotamiento de la inicial infracción. Sin embargo en la Consulta 2/88, de noviembre de 1988, la Fiscalía General del Estado respecto de la apropiación de una tarjeta encontrada en la calle dentro de un bolso y con la que después se sacó dinero del cajero automático por ir también la correspondiente numeración en el referido bolso, estima la existencia de sendos delitos de apropiación indebida y robo con fuerza en las cosas, después de descartar que pueda integrarse el *conjunto con un solo delito de apropiación indebida*.

De acuerdo con el «factum» que la instancia asumió, puede establecerse:

1. La tarjeta de crédito es llave pues basta con que el instrumento en cuestión «sirva en la práctica para accionar el mecanismo de cierre de una puerta y para dejar abierta y expedita la que previamente estaba cerrada», en ratificación así de lo más arriba explicitado.

2. La tarjeta de crédito, como tal, puede entrar en el contexto de las llaves falsas a las que se refieren los artículos 510.2.º y 3.º y 504.4.º del Código Penal (llaves legítimas sustraídas o instrumentos semejantes).

3. Las tarjetas de crédito apropiadas ilícitamente constituyen siempre el supuesto previo para la definición del robo, bien entiendo que el *tomar sin la voluntad de su dueño* va embebido en el concepto anterior (tomar como sinónimo de asir, coger).

4. Independientemente de la naturaleza que tenga el hecho inicial de apoderamiento (hurto, robo o apropiación indebida), *aunque se quiera dar a la tarjeta sólo el valor material que ella en sí ofrezca* (con lo que el «tirón» del bolso que únicamente contiene la tarjeta sería siempre robo), es evidente:

a) que la apertura de la puerta del habitáculo que encierra el cajero será siempre robo si se opera con tarjeta sustraída ilícitamente (no si la tarjeta fue olvidada por su dueño puesta sobre el artificio que sirve para abrirla), con lo que quiere decirse es entonces indiferente la manipulación que seguidamente se realice sobre el cajero;

b) que la manipulación efectuada sobre un *cajero situndo en la vía pública* (o en el supuesto de que la puerta del habitáculo estuviera abierta o no necesitara maniobra alguna para abrirla) *para obtener dinero, porque de alguna manera se ha sabido, conocido o investigado la numeración*, tiene que constituir infracción penal, no ya porque la conclusión final absoluta por absurda habría de obligar a invertir los tiempos del razonamiento silogístico, sino porque en todo caso estaría unido tal hecho a la inicial sustracción de la tarjeta, incluso a pesar de que ésta, una vez utilizada, se devolviera, siendo así que el cajero viene asumido por el precepto legal, artículo 504.3, en el sentido de *objeto cerrado o sellando*; y

c) que ese apoderamiento a través de la manipulación normal, sobre cajero sito en la fachada de la entidad bancaria, conociéndose el número secreto, constituye por lo menos un delito de hurto, fuera ya de su conexión con el apoderamiento inicial de la tarjeta, *porque siempre se estaría tomando una cosa sin la voluntad de su dueño*.

OCTAVO.— El problema, las dudas teóricas o las variaciones que ofrece toda esta cuestión, son también manifiestas. Darán lugar a la controversia, más según el razonamiento lógico que se estima acertado, ha de llegarse a la conclusión que aquí se mantiene para desestimar el recurso de casación interpuesto, con la consiguiente confirmación de la tesis y resolución mantenida por el voto mayoritario de la Audiencia.

Artículos 512 y 3

Robo con violencia en las personas. Consumación anticipada. Principio de culpabilidad

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992. Ponente Sr. Moyna Ménguez)

PRIMERO.— Resume el Tribunal sentenciador sus argumentos para la inaplicación del artículo 512 del Código Penal afirmando que las lesiones producidas a la mujer, con cuyo cuerpo cubría la huída uno de los acusados, eran culposas, y que tuvieron lugar en momento posterior al desarrollo de la acción de robo que resultó fallida. Frente a la tesis de la frustración del complejo delictivo de robo intimidatorio, que es la aceptada por la sentencia recurrida, se levanta el recurso del Ministerio Fiscal invocando la inaplicación del citado artículo 512 del Texto penal.

La sustantividad que el robo violento ostenta, en una zona intermedia entre los delitos de apoderamiento patrimonial y contra las personas, se manifiesta en la pluralidad de bienes afectados —la propiedad, la vida, la integridad física y la libertad— y en la circunstancia de que el valor económico de la sustracción, que es la finalidad o motivo de la acción, es irrelevante a efectos de la responsabilidad penal, y en el hecho de trasgredirse las normas ordinarias de la ejecución delictiva al estimar consumado el robo no logrado siempre que exista un resultado lesivo para las personas.

Esta consumación delictiva anticipada, que es el efecto querido por el artículo 512 del Texto penal, no exige que la violencia esté con el resultado de lesiones en relación de medio a fin, sino que basta que se halle presente en cualquier momento del «iter» ejecutivo, es decir que las lesiones, como detrimento experimentado en la integridad física o corporal, se produzcan en el curso de la acción depredatoria emprendida o con posterioridad si siguen a la acción sin solución de continuidad —lesiones ocasionales o episódicas—; pero es menester, además, que tengan origen en una acción culpable —dolosa o imprudente— del sujeto, porque las fortuitas no deben traer la eficacia consumativa indicada si se lleva a sus últimas consecuencias el principio de culpabilidad del párrafo segundo del artículo 1.º del Código, y el deseo de cerrar la entrada de toda hipótesis de responsabilidad por el resultado.

La aplicación de esta doctrina a los hechos probados conduce a la estimación del recurso del Ministerio Fiscal, pues consta que el acusado Morillo García, al tratar de huir de la persecución policial, disparó repetidamente contra los Agentes que sorprendieron a los delincuentes cuando salían de la entidad bancaria, hiriendo a uno de ellos con lesiones de las que curó a los cinco días; otro de los acusados se parapetó tras de una viandante y al disparársele la pistola que portaba —de forma culposa según la sentencia recurrida— produjo lesiones que exigieron ciento ochenta días de duración.

A esto se añade, según criterio constante de la Sala, que el concierto previo para cometer un delito de robo con violencia e intimidación usando armas de fuego —cada uno de los sujetos llevaba la suya—, aunque no hubiera un propósito definido de utilizarlas, responsabiliza del resultado a todos los partícipes, en el caso de ser empleadas, por la vía del dolo eventual, y si hay lesiones para la vida o integridad física de las personas, aunque sean atribuidas a la acción directa de dos de los delincuentes, el efecto consumativo del susodicho artículo 512 del Código penal se extiende a todos.

SEGUNDO.— El primer motivo del recurso del acusado Morillo García es un modelo de confusión; cita la aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 3 del Código Penal, y mantiene en su desarrollo la hipótesis de la frustración que es, precisamente, la mantenida por la sentencia recurrida; se refiere también a la inaplicación indebida (sic) del artículo 512 del mismo Texto, y trata de explicar en la que llama «exposición del motivo» que el resultado lesivo se produjo por un disparo fruto del pánico y nerviosismo, es decir se propugna la inaplicación de un precepto inaplicado en la instancia al rechazar la consumación ficticia del robo y contra el que alzó el recurso del Ministerio Fiscal. El motivo debió ser inadmitido por falta de fundamento —causa 1.^a del artículo 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, que se torna en causa de desestimación en este momento procesal.

Artículo 516 bis

Utilización ilegítima de vehículo de motor. Autorización tácita

(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Martín Pallín.)

TERCERO.— Se invoca un tercer motivo al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 516 bis del Código Penal.

1.— El delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, se caracteriza por el uso material de un vehículo sin la autorización o consentimiento expreso o tácito de su titular y la concurrencia de un ánimo o propósito de valerse de él sólo de una manera temporal, con objeto de satisfacer un interés de cualquier clase evaluable económicamente, lo que da lugar a que esta modalidad delictiva esté incluida en el Título de los delitos contra la propiedad, si bien, dentro de un capítulo específico.

2.— Trasladando estos conceptos al caso que nos ocupa debemos examinar si concurre la autorización expresa o tácita del titular o propietario del automóvil, lo que eliminaría la existencia del delito imputado.

Siguiendo el relato de hechos probados, el titular del vehículo accede de buen grado, —son palabras textuales de la sentencia recurrida—, a ceder el automóvil a los dos procesados, sin poner inicialmente por su parte tiempo límite a esta utilización. Son precisamente los propios recurrentes los que fijan el tiempo de una manera aproximada y dicen al perjudicado que vuelva dentro de una hora, lo que sugiere o indica que existía una extensión tácita del uso a un tiempo no precisado y que una demora mayor en la devolución no contradecía la voluntad inicial del titular del vehículo.

Se puede deducir del relato de hechos que lo que impulsa a los procesados a continuar con el uso del automóvil, fue el incidente surgido con la víctima del delito de abusos deshonestos, a la que arrojaron del coche ahandonando el lugar para darse una vuelta por diversas calles de la ciudad hasta que fueron detenidos por la Policía una hora y media después de haberse hecho cargo del vehículo, lo que pone de relieve que no existió el uso temporal que excediese del previsto inicialmente por su dueño. El hecho de que éste denunciase los hechos en la policía cuatro horas después de haberse producido, sólo indica que estaba preocupado por lo que hubiera podido haber ocurrido, pero no se puede olvidar que, según el hecho probado, la entrega del automóvil se había

realizado de buen grado. No aparece de lo actuado, por tanto, que los procesados actuasen en contra de lo que voluntariamente había aceptado la persona que les había cedido el vehículo.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser estimado extendiéndose esta estimación al otro procesado que se ha adherido al motivo.

Artículo 529.7.º

Estafa. Agravación por el valor. Cualificación

(Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

QUINTO.— El *motivo cuarto*, también por corriente infracción de Ley, entiendo mal aplicado el artículo 529.7 del Código Penal que recoge el subtipo agravado de la especial importancia de la defraudación en la estafa que la sentencia recurrida, entiendo como muy cualificada, a tenor del artículo 528, párrafo 2.º del mismo Código.

El problema del valor de la defraudación ha de considerarse con arreglo a criterios de relatividad, para no recaer en el antiguo y reputado sistema de cuantías rígidas e inamovibles, que sólo por renovaciones más o menos periódicas del Código Penal se venían variando. Hoy día la apreciación de esta agravante simple o muy cualificada ha sido trasladada a la interpretación judicial atendidos factores evolutivos que vienen dados por los indicadores económicos de erosión monetaria, índice de precios al consumo y tantos otros. *Un primer punto de partida fue dado por la jurisprudencia atendido el primer cambio legislativo de 1983 que vino a duplicar la frontera entre el delito y la falta de estafa (como en el hurto, robo y apropiación indebida) por lo que pasado el límite de las 500.000 pesetas se estableció la agravación simple y rebasado el millón de pesetas se permitía la muy cualificada, (Sentencias 8 julio 85, 28 diciembre 1987, 20 noviembre y 4 diciembre 1989, 8 junio y 19 octubre 1990 y 5 febrero 1991). Últimamente se han alzado por esta Sala los referidos módulos cuantitativos, situando más o menos en el doble de dichas cantidades la aplicación de la agravante simple y la muy cualificada, pero sin perder de vista el tiempo transcurrido desde el momento en que el delito se produjo (Vid. Sentencia 25 marzo 1992).*

La sentencia *a quo*, aplica la agravación muy cualificada dado que estima el valor de la cosa en 2.200.000 pesetas y no el de tasación pericial, atendido que el primero de tales valores fue el de estimación de la propietaria del vehículo al procesado y aceptado por éste, aunque fuera con fines defraudatorios. Incluso, como hemos visto, sube la cuantía de la responsabilidad civil a tres millones de pesetas atendiendo para ello a los casi cinco años transcurridos desde la comisión del delito hasta el momento de dictarse sentencia.

En consecuencia, si con arreglo a criterios económicos actuales habría de desecharse la agravación muy cualificada, dadas las razones acabadas de exponer y declaradas por la sentencia recurrida, *procede tener por acertado en su tiempo el criterio de instancia con la consecuente desestimación del motivo que se examina.*

Artículo 531.2.º*Venta como libre de finca gravada. Doctrina general*

(Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1992. Ponente Sr. Soto Nieto.)

PRIMERO.— En el primer motivo del recurso, por infracción de ley y al amparo del artículo 849,1.º, de la L.E.Cr., se atribuye a la sentencia haber incurrido en error de derecho calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de estafa, sin que en los hechos probados consten los requisitos necesarios para configurar el engaño, elemento de naturaleza objetiva, ni el dolo consistente en un ánimo de lucro, elemento de naturaleza subjetiva, ambos fundamentales para la configuración de dicha figura delictiva, con violación de los artículos 529,7.º, en relación con el 528,1.º, y 531, número 2.º, del C.P., infringidos por aplicación indebida. La figura de estafa comprendida en el párrafo segundo del artículo 531 del Código Penal, viene referida, entre otras, al supuesto del que dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado, señalándose como requisitos precisos para su configuración: a) que se enajene, traslativa o constitutivamente, una cosa mueble o inmueble; b) que la enajenación se realice por el titular dominical de la cosa, es decir, hemos de hallarnos ante la disposición de un bien propio; c) existencia sobre el bien de un gravamen que desmienta y contradiga la condición de «libre» atribuida en el acto de disposición, entendiéndose por tal, entre otros supuestos, cualquier carga de índole real que sobre aquél pese constituida en forma legal para garantizar la efectividad de cumplimiento de una determinada obligación; d) existencia de engaño, elemento característico y configurador de la estafa, al que quiere referirse el precepto inequívocamente al aludir al conocimiento —«sabiendo»— por parte del enajenante de las circunstancias que acompañan al objeto de la relación jurídica, deducible, sin más, del hecho de que, hallándose impuesto de la pendencia del gravamen lo silenció al tiempo de contratar, ocultando al adquirente su existencia y vigencia; e) perjuicio patrimonial, que tanto puede recaer en la persona titular del gravamen, al padecer la garantía con la que contaba, como —cual sucede normalmente— sobre el adquirente, el que, ignorante de la traba recayente sobre la cosa, con el riesgo que ello supone para la estabilidad y seguridad del derecho adquirido y la merma del valor que comporta, concierta un contrato que, sabedor de aquellos antecedentes, no hubiera celebrado o hubiese perfeccionado en términos distintos a los efectuados; señalando la jurisprudencia que no es preciso que esté total y absolutamente determinado el perjuicio en su cuantía siempre que su realidad sea evidente; f) ánimo de lucro en el agente, como es común a las defraudaciones, consistente en cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídico proceder. Serie de requisitos, los enumerados, de perseverante y constante mención por la doctrina legal, en sentencias, por cita de las más relevantes, de 22 de diciembre de 1972, 26 de septiembre de 1974, 27 de octubre de 1977, 28 de marzo de 1979, 4 de julio de 1980, 4 de junio de 1981, 3 y 4 de febrero de 1983, 18 de noviembre de 1985, 22 de mayo de 1987 y 29 de marzo de 1990.

SEGUNDO.— Partiendo del antecedente fáctico de la sentencia, cuya intangibilidad es absoluta dada la vía casacional escogida, no ofrece la menor duda la correcta subsunción de los hechos en la figura del artículo 531,2.º, en relación con el artículo 528, que se lleva a efecto por el Juzgador de instancia. El día 21 de enero de 1988 el acusado vendió mediante escritura pública la finca de su propiedad que se describe a 1.ª Ge-

neralitat de Catalunya, afirmando que la misma estaba afecta tan sólo por una anotación preventiva de embargo en favor de «Banca Mas Sarda, S.A.», satisfaciéndose en el acto de la venta dicha carga, toda vez que era condición expresa de la venta el que la finca se hallara libre de cargas. El vendedor e imputado silenció que con fecha 10 de noviembre de 1986 se había practicado diligencia de embargo a favor de la Caja de Ahorros de Sabadell, como consecuencia del juicio ejecutivo número 109/86 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granollers contra Miguel Cuch Mayneris, tomándose anotación preventiva en el Registro de la Propiedad en 19 de febrero de 1987 en garantía de un principal de 2.148.303 pesetas y 800.000 pesetas por costas.

Concurren, pues, todos los elementos integrantes de la estafa referida, negocio jurídico de disposición, transmisión de la finca como libre cuando sobre ella pesaba un gravamen que se oculta o silencia, y ello con ánimo de lucro, y el consiguiente perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo. La alegación de que el encausado no tuvo conocimiento cierto del embargo de que se ha hecho mención, carece de fundamento cuando la diligencia del mismo, según la descripción fáctica, se entendió como el propio acusado. Las razones que impulsaran al mismo a vender la finca a la Generalitat no Juegan para nada al respecto. Tampoco resulta acogible la alegación de que aquélla institución pudo obtener información sobre el estado jurídico de la finca en el Registro de la Propiedad, máxime cuando el propio recurrente reconoce que la certificación de gravámenes entregada a la Generalitat lo fue el 19 de noviembre de 1986. El motivo rlo puede prosperar, pues, y ha de ser desestimado.

Artículo 535

Apropiación indebida. Cuotas de la Seguridad Social. Crisis. Retención teórica

(Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992. Ponente Sr. Moner Muñoz.)

SEGUNDO.— En el correlativo motivo, con base en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega inaplicación del artículo 535 del Código Penal. Para impugnarlo, y con el fin de no repetir argumentos que aparecen en la Sentencia de esta Sala de 15 de enero de 1991, hay que remitir a los allí expuestos, que declara la inexistencia del delito de apropiación indebida, cuando, cual aquí ocurre, la pérdida de capacidad económica de la empresa, impide afirmar que existió apropiación de unas cuotas que no pudieron ser realmente retenidas, exigiendo así para la existencia del aludido delito, la efectiva disponibilidad de las cuotas por el empresario, aquí inexistente.

Artículo 552

Incendio. Norma residual

(Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vellido.)

De la narración histórica de la sentencia se deduce: 1) Que los procesados procedieron a trasladar a la parte posterior del almacén las existencias de la parte delantera con

la finalidad de que no se propagara el fuego a las viviendas. 2) Los desperfectos fueron tasados en 2.385.329 pesetas y no consta que hubiera peligro alguno respecto a personas.

Los delitos de incendio, conforme pone de relieve la doctrina científica y jurisprudencial, defienden unos intereses complejos dispares, como son la seguridad de las personas, el patrimonio público y privado, la propia naturaleza, etc. También es tarea compleja el deslinde de cada una de las figuras delictivas.

En este estado de cosas, hay que decir de inicio que la actuación de los procesados no está desde luego tipificada en el artículo 348 del Código Penal. Los procesados sabían que dentro del edificio no se encontraba ninguna persona, es decir, está probado precisamente que la exigencia del tipo penal, en este orden de cosas, no se daba. Y no cabe ningún tipo de presunciones y conjeturas, antes al contrario, es obligado que el conocimiento del agente, respecto a tan decisivo dato, haya de ser directo, cierto, real y anterior, por supuesto, al incendio mismo.

Así las cosas, el problema radica en establecer cuál haya de ser el precepto aplicable. Las defensas estiman que el artículo 552 y el Ministerio Fiscal que el 549.2, uno y otro del Código Penal.

El 552 es una norma residual referida a los incendios de cosas no comprendidas en los artículos anteriores, mientras el 549.2 ha de aplicarse a los supuestos de incendio de una casa habitada o cualquier edificio en que habitualmente se reúnan diversas personas, ignorando si había o no gente...

Pero si se da como probado que, no sólo saben que no hay gente en el edificio, sino que de manera activa llevan a cabo operaciones de traslado de enseres para evitar la propagación del incendio, no resulta procedente aplicar el artículo 549.2. En este sentido la jurisprudencia de la Sala.

Es decir, en el precepto penal acabado de citar (artículo 549.2) existe un riesgo posible, dentro del escalonamiento en este orden de cosas: certeza, probabilidad, posibilidad, lo que no ocurre en este caso en el que precisamente el riesgo es eliminado por los imputados, conscientes del peligro que en otro caso podría producirse.

Por ello las situaciones como la que aquí se contempla y también los supuestos de duda en la aplicación de dos o varios preceptos, en orden a los delitos de incendio, por la operación tan difícil y compleja que ha de llevar a cabo el juzgador respecto de estas figuras delictivas cuya fronterización es muchas vecesa harto difícil, han de ser resueltas en virtud del principio «in dubio pro reo» que realmente afecta al hecho y al derecho en beneficio del imputado. Por esta razón ha de entenderse aplicable el artículo 552 del Código Penal puesto que las circunstancias concurrentes en el hecho probado están todas ellas inequívocamente incorporadas a este artículo, debiendo imponerse la pena correspondiente al último inciso entendiendo al valor del daño causado, muy superior, desde luego, a 250.000 pesetas.

Procede, por consiguiente, estimar el motivo y dictar, en este sentido, otra sentencia ajustada a Derecho.

Artículo 564*Excusa absolutoria. Alzamiento de bienes. Separación matrimonial***(S.T.S. de 22 de junio de 1992. Ponente Sr. García Ancos.)**

Cuarto. La acusación particular, en la formalización de su recurso, interpone un primer motivo articulado procesalmente en el número 1.º del artículo 849 y con base sustantiva en haberse infringido, por aplicación indebida, el *artículo 564* del Código Penal en relación con *el delito de alzamiento de bienes*.

De una *interpretación puramente literal* de dicho precepto podría inferirse la razón que asiste a la Sala de instancia cuando aplicó la excusa absolutoria que la norma contiene, ya que, de un lado, el delito que se enjuicia está comprendido dentro del concepto de «defraudaciones», y, de otro, tanto el sujeto activo de la acción, como la víctima o sujeto pasivo, tienen la cualidad de «cónyuges» al mantenerse entre ellos el correspondiente vínculo matrimonial por no estar divorciados, sino simplemente separados judicialmente. Decimos que ello se deduce de una interpretación literal del precepto, pero, sin embargo, si empleamos el *método hermenéutico de la lógica* creemos que las consecuencias deben ser distintas, pues no cabe duda que esta excusa absolutoria hay que medirla o tenerla en cuenta desde dos parámetros diferentes: uno puramente material consistente en el «daño» que puedan causarse mutuamente los cónyuges; otro esencialmente espiritual, dirigido a preservar, en lo posible, las relaciones matrimoniales que se verían deterioradas o totalmente deterioradas si al delito cometido se le aplicase la correspondiente pena con todas sus consecuencias, incluso, en algunos supuestos, la de privación de libertad. En evitación de ésto es en lo que creemos su sustenta la verdadera «ratio legis» de la exención de pena, de tal forma que si por motivo de una separación legal de personas y bienes desaparece, no ya la «afectio maritalis» (que, por íntima, no podemos juzgar), sino también toda convivencia familiar y los intereses económicos surgen, además, totalmente contrapuestos, es difícil comprender la necesidad e, incluso, la racionalidad de aplicar tal norma exoneradora.

En este mismo sentido, aunque de manera un tanto tangencial, se pronuncia la *sentencia de 3 de julio de 1989*, referida a un caso, no de separación legal del matrimonio, sino de una *simple separación de hecho*.

Este primer motivo de la acusación particular debe, por tanto, ser estimado.

Artículo 565*Imprudencia temeraria. Adelantamiento. Nueva normativa***(Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)**

PRIMERO.— El *motivo primero* del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende indebidamente aplicado el artículo 565, párrafo 1.º del Código Penal, por entender que los hechos declarados probados no son constitutivos de *imprudencia temeraria*, pues si es verdad, dice el recurrente, que el acusado no debió efectuar el adelantamiento que hizo, no es menos cierto que si lo reali-

zó es porque *creyó* que podía hacerlo sin causar daño a nadie, máxime si el lugar en que se produjo el accidente era «tramo recto de perfecta visibilidad», lo que lleva a la conclusión de que tal actitud, si bien errónea no puede calificarse de temeraria.

El recurrente con el argumento que dá desconoce que el error vencible que atribuye al acusado genera culpa (Vid. 6 bis a, párrafo primero del Código Penal) y tanto es así cuanto que en el fondo de toda imprudencia yace un error que afecta al elemento psicológico de aquella consistente en la omisión anímica de la atención y diligencia en la conducta emprendida que hace nacer un riesgo y subsiguiente daño para el bien jurídico protegido, no obstante ser tal resultado perfectamente previsible y evitable (sentencia 11 julio 1988 entre otras).

Y en cuanto a la gravedad de la culpa en el caso de autos, no hay duda alguna de que alcanza el ápice de la imprudencia, lindante con la culpa consciente, pues es harto sabido para el común de conductores y aún de personas profanas en la conducción de vehículos de motor, que el adelantamiento en carretera que obliga a invadir la mano contraria no puede realizarse viniendo otros vehículos en dirección contraria y si, no obstante, se hace pensando que la distancia a que se acercan dichos vehículos, permite realizar el adelantamiento antes de que llegen a la altura del que pretende adelantar, se incurren en un cálculo erróneo solo imputable a quien lo hace y que se traduce por lo dicho en culpa grave y temeraria.

Y si del elemento psicológico, pasamos al normativo de la culpa, la peligrosidad del adelantamiento en vías interurbanas es también manifiesta como lo demuestran las minuciosas prescripciones que el artículo 31 del Código de la Circulación —vigente en la fecha de autos— dedicaba a tal maniobra, prescripciones que igualmente recoge en los artículos 32 a 37 la Vigente Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial de 25 de julio de 1989 y el Reglamento que desarrolla dicha Ley en su capítulo VII, artículos 82 a 89, de los que conviene destacar la obligación del conductor antes de iniciar la maniobra, de comprobar que en el carril que pretende utilizar para el adelantamiento, existe espacio libre suficiente para que la maniobra no ponga en peligro ni entorpezca a quienes circulan en sentido contrario, *teniendo en cuenta la velocidad propia y la de los demás usuarios afectados*. Por lo demás, las infracciones de todas las normas dedicadas al adelantamiento tendrán la consideración de *graves*.

SEGUNDO.— Aplicado todo lo expuesto al caso de autos basta leer el relato probatorio para deducir que estamos ante un caso típico de imprudencia temeraria por adelantamiento indebido. En efecto, sobre las 19'30 horas del 4 de marzo de 1988, hora ya nocturna, el acusado circulaba por la carretera nacional N-340 de Barcelona-Cádiz, conduciendo el vehículo turismo marca Opel-Senator por cuenta ajena, cuando al llegar a determinado punto kilométrico, *tramo recto de perfecta visibilidad*, término municipal de Cox (Alicante), efectuó el adelantamiento a varios vehículos que le precedían, cuando en dirección contraria otro coche que circulaba reglamentariamente, con las *luces de cruce encendidas* y llevando puestos los dos ocupantes delanteros los cinturones de seguridad produciéndose, pese a las maniobras evasivas de los dos vehículos, la colisión entre ambos, lo que produjo la muerte de uno de estos y lesiones graves para su conductor y el otro pasajero, además de los daños consiguientes (Vid. sentencia 9 febrero 1990 entre las últimas).

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.— El motivo segundo, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la falta de aplicación del artículo 600 del Código Penal modificado por Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, en relación con el artículo 30 a)

del Código de la Circulación, es decir, que su conducta debe ser tipificada como simple imprudencia con infracción de reglamento.

Claro es que este motivo es consecuencia del anterior, por lo que desestimado aquél, el que ahora se examina debe correr la misma suerte desestimatoria.

Por otra parte, el recurrente parece olvidar que no sólo se produjeron daños (a los que se refiere el artículo 600 del Código Penal) sino también muerte y lesiones graves, por lo que de seguir su tesis sería aplicable el actual artículo 586 bis introducido por la reforma de 3/89, en que la infracción de reglamento funciona como falta siempre que se apareje con la *simple* imprudencia o negligencia y no, como aquí sucede, cuando la imprudencia es temeraria, lo que atrae la aplicación del artículo 565.

En el caso de autos, como tantas veces ha dicho esta Sala, no quiere decirse que la infracción de reglamentos desplace la imprudencia temeraria por la simple, pues no pocas veces, tales infracciones reglamentarias son índice de temeridad por el grave peligro que aparejan. Así lo entiende de modo explícito la nueva ordenación circulatoria que por boca del vigente Reglamento que desarrolla la nueva Ley del ramo, declara que son graves las infracciones sobre adelantamiento.

El motivo, por todo lo dicho, debe ser desestimado.

Artículos 1.3.1.^a y 1.1.4.^o de la Ley Orgánica 7/1982

Contrabando. Territorio. Tráfico de drogas

(S.T.S. de 15 de enero de 1992. Ponente Sr. Delgado García.)

Primero. La sentencia recurrida condenó a Edgar Orlando B.H. como autor de un delito contra la salud pública por haber traído al aeropuerto de Madrid-Barajas, en vuelo procedente de Amsterdam, 751,6 gramos de cocaína de un 35,2 por ciento de pureza, valorada en 7.500.000 pts.

Como dicha sentencia absolvió del delito de contrabando por el que había sido también acusado, el Ministerio Fiscal recurrió en casación en base a un solo motivo por infracción de Ley al amparo del n.º 1.º del art. 849 de la L.E.Cr., por estimar que se había aplicado indebidamente el art. 68 e inaplicado el 71 en relación con el 344, 344 bis a) 3.º) todos del C.P., y con el 1.1,3 y 2.1 de la L.O. 7/1982, de 13 de julio, reguladora del contrabando.

Segundo. Viene entendiendo esta Sala, si bien con argumentos diversos, que en los casos en que se introducen en territorio español drogas tóxicas se cometen dos delitos, uno el definido en el art. 344 del C.P. y otro el recogido en la Ley Orgánica reguladora del contrabando, 7/1982, de 13 de julio (art. 1.3, circunstancia 1.^a, en relación con el 1.1.4.^o).

Dice tal art. 1.3, circunstancia 1.^a, que son reos de ese delito quienes realizan alguna de los hechos descritos en el art. 1.1, *cualquiera que sea su cuantía, cuando el objeto sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualquiera otros cuya tenencia constituya delito*, con lo cual la Ley está manifestando su propósito de castigar el delito que ella misma sanciona además de aquel que pudiera existir por la tenencia prohibida, sistema de agravación punitiva semejante al previsto en los números 2.º y 3.º del art. 255 del C.P. (dos sentencias de esta Sala de la misma fecha: 2 de diciembre de 1989), aunque utilizando una técnica diferente, pues en lugar de agravación de un tipo básico se confi-

gura como un concurso de delitos. Como tal concurso ha de entenderse desde el momento en que, a la acción propia del delito contra la salud pública por tenencia de la sustancia estupefaciente para traficar con ella, se añade otra acción también tipificada como delito, la importación de tal sustancia, pluralidad de acciones, sólo parcialmente coincidentes, que origina una *pluralidad de delitos* que han de ser sancionados conforme al art. 71 porque *uno de ellos fue medio necesario para cometer el otro*.

Interpretar tales normas de la manera que lo ha hecho la Audiencia Provincial de Madrid en el presente caso llevaría consigo la inaplicación en la práctica de la mencionada disposición del art. 1.3, circunstancia 1.^a, de la referida Ley 7/1982, lo que supondría una interpretatio abrogans contraria al principio de vigencia de las normas y, en definitiva, una violación de la sumisión del poder judicial al imperio de la Ley ordenada por nuestra Constitución en su art. 117.1.

Si sólo se castigaran los hechos ahora examinados como delito de tráfico de drogas, no se cubriría en su totalidad la ilicitud que reviste la conducta enjuiciada, pues quedaría sin sancionar aquello que supone violación del control aduanero establecido por el Estado para defender sus intereses, en este caso la salud pública de los ciudadanos, que se protege de manera doble, por los arts. 344 y ss. del Código Penal y por la referida legislación de contrabando, sin lesionar el principio *ne bis in idem* porque cada sanción tiene su propia justificación. Precisamente éste es el criterio que sirve para distinguir el concurso de delitos del llamado concurso aparente o de normas a que se refiere el art. 68 del Código Penal, aplicable este último solamente cuando es necesario aplicar conjuntamente los diferentes preceptos penales para castigar el comportamiento ilícito como se merece, y ello incluso aunque el bien jurídico protegido sea el mismo.

En este sentido se viene pronunciando reiteradamente esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (sentencias de 5-2-88, 4-5-89, 19-7-89, 16-5-90 y 2-12-90, entre otras muchas).

Por todo lo expuesto ha de prosperar este recurso del Ministerio Fiscal, ya que también ha de sancionarse el hecho ahora examinado como delito de contrabando, si bien en grado de frustración conforme al razonamiento que se hace a continuación.

Tercero. A efectos de esta clase de delitos de contrabando hay que precisar que por importación de drogas o sustancias estupefacientes debe entenderse *la introducción de la mercancía en territorio español, estimándose tal aquel que se encuentra defendido por las barreras aduaneras, prescindiendo de otros conceptos geográficos o jurídicos más amplios que* llevan límites del territorio hasta donde el Estado extiende su soberanía comprendiendo la zona terrestre más las aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo.

Tal concepto estrictamente aduanero, que es el más conforme con la legislación especial existente en esta materia de contrabando, es el único que permite dar la debida seguridad jurídica y precisión al concepto de importación ahora examinado, debiendo entenderse, conforme al mismo, que la importación se produce cuando se ha pasado subrepticamente el control aduanero y también cuando el objeto se introduce en territorio español por un lugar donde tal control no existe de modo que la mercancía queda dentro ya del espacio delimitado por esas fronteras por haberse excluido su paso, como ocurre, por ejemplo en los casos de accesos por vía marítima o aérea con desembarco en lugar no custodiado por los servicios aduaneros.

Conforme a dicho criterio (sentencia de 4 de diciembre de 1989) debe estimarse que en la figura de importación de estupefacientes el delito queda consumado cuando se ha pasado el control aduanero o cuando, inexistente éste, se ha colocado la mercancía en territorio protegido por las barreras aduaneras españolas, *siendo posibles las formas in-*

perfectas de ejecución cuando se han iniciado las actividades inmediatamente dirigidas al paso de la frontera en la forma antes expuesta y, sin embargo, no se ha producido la introducción en el territorio español.

En estos casos, conforme a lo dispuesto en el art. 3 del C.P. hay *frustración* cuando ya se ha realizado por parte del autor del hecho toda su actividad tendente a tal introducción y, sin embargo, no se llegó a realizar la entrada en territorio español por causa independiente de su voluntad, y hay *tentativa* cuando, iniciada tal actividad, ésta no llegó a completarse por motivo distinto al voluntario desistimiento, desistimiento que puede existir, y ser eficaz para eliminar la sanción penal, hasta cualquier momento anterior a aquél en que el sujeto termina la referida actividad de introducción.

Dice la relación de hechos probados de la sentencia recurrida que *el acusado fue detenido en el aeropuerto de Madrid-Barajas tras haberle sido detectada por medio de una radiografía la presente de unos cuerpos extraños en el interior de su organismo*, que confesó que era droga, comprobándose luego, por medio de los correspondientes análisis, que se trataba de 75 bolsas de cocaína con un peso total de 751,6 gramos de un 35,2% de pureza.

Tales hechos revelan que *el acusado había terminado ya su actividad* dirigida a la introducción de la cocaína en territorio español, en el concepto aduanero antes referido, pues *fue interceptada la droga en el último momento*, cuando ya había agotado por su parte todos los actos que de él dependían para que la sustancia prohibida pudiera pasar el control aduanero. Por ello hay que entender que existió delito frustrado.

Tal concepto de territorio a efectos de esta clase de delito de contrabando y la posibilidad de formas imperfectas de ejecución han sido ya utilizados por esta Sala en sentencias de 4-12-89, 25-1-90, 16-5-90, 25-9-90, 18-9-90, 15-10-90, 22-10-90 y 27-6-91.

Artículos 1.º.1.3.º y 3.º.1 de la Ley Orgánica 7/82

Contrabando. Tabaco. Normativas comunitaria y nacional. Atenuante discrecional

(Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vadillo.)

PRIMERO.— Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia en el motivo inicial del recurso infracción por aplicación indebida del párrafo 3 del inciso 1 del artículo 1 y artículo 3 inciso 1 de la Ley Orgánica 7/82, de 13 de junio, y falta de aplicación del párrafo 2 del inciso 1 del artículo 1 de la citada Ley, mientras que en el segundo de los motivos, con la misma apoyatura procesal se alega infracción por falta de aplicación del artículo 2.3 de la citada Ley Orgánica.

Probablemente una consideración general del problema puede ayudar a una mejor comprensión del recurso, entendido como una unidad con pretensiones alternativas subsidiarias.

El hecho probado declara que, sobre las 22 horas del 11 de noviembre de 1987, fuerzas de la Guardia Civil interceptaron, cuando salía de una cochera, un vehículo conducido por el acusado, ocupándosele en su interior dos cajas conteniendo mil cajetillas de tabaco rubio de procedencia extranjera que se destinaban a ser repartidas entre los distintos vendedores al por menor, procediéndose a continuación al registro de otra cochera contigua a la anterior y alquilada por el procesado, ocupándose gran cantidad de

la misma mercancía de las marcas «Winston» y «Camel» que, sumadas a las anteriores, arrojaron un total de 165.220, introducidas ilegalmente en territorio nacional y valoradas en 26.435.200 pesetas.

La posición del recurrente, a grandes rasgos, es ésta: El artículo 3 de la Ley Orgánica 7/82 contiene un tipo penal en blanco, siguiéndose así una técnica legislativa en el fondo coherente con el bien jurídico protegido alejado de la Ley Penal, pudiendo, por consiguiente, variar el ámbito de la ilicitud penal sin que cambie la Ley punitiva al ritmo de las mutaciones legislativas que se ofrecen en las normas no penales hacia las que se dirigen las remisiones. El citado artículo 3 no protege bien jurídico alguno, sino sólo a otras normas jurídicas que son las verdaderas e inmediatamente protectoras de concretos bienes, intereses o valores. En aplicación del principio «in dubio pro reo» y partiendo de estos presupuestos, habrá de entenderse que el tabaco procede de un país de la CEE, ya que la sentencia se limita, se dice, a manifestar que es de procedencia extranjera, sin que la marca signifique nada dado el carácter de multinacional de la mercancía con fabricación en cualquier país.

Las Leyes de 18 de marzo de 1944 y 30 de marzo de 1971, que cita la sentencia como legislación administrativa, dice el recurrente han sido derogadas por la entrada en vigor el día 1 de enero de 1986 de la Ley de 22 de noviembre de 1985, n.º 33/85 de la Jefatura del Estado, sobre monopolio de tabacos (BOE de 29 de noviembre de 1985) nacida como consecuencia de la incorporación de España a la C.E.E., ya que los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma prohíben los monopolios comerciales.

En dicha Ley se mantiene el monopolio de fabricación, importación y distribución de tabacos manufacturados no comunitarios y se liberaliza la importación y comercio en fase de mayoristas de labores de tabaco de procedencia comunitaria.

Señala que el período transitorio al que se refiere la Disposición Transitoria 2.ª finaliza, según el Acta de Adhesión de España, el 31 de diciembre de 1991 (artículo 48 del Acta), manteniéndose los derechos de aduana que serán suprimidos el 1 de enero 1993.

Recuerda que la Ley citada limita, sin duda, la libertad de comercio consagrada en la Constitución Española (artículo 38) y por ello los supuestos límite habrán de resolverse en favor de la impunidad (*in dubio libertas*).

Teniendo en cuenta la fecha en que los hechos tuvieron lugar, somete a la Sala el problema de cuál de las normas habrá de ser aplicada.

El segundo motivo, como queda dicho, viene referido a la reducción de la pena que el artículo invocado permite al Tribunal, llevada a cabo en uso del llamado arbitrio judicial, teniendo en cuenta que el recurrente fue un simple tenedor y no titular del tabaco. En todo caso, se dice, faltaría la motivación de la sentencia, en este orden de cosas, faltándose así al mandato del artículo 120.3 de la Constitución.

SEGUNDO.— No parece que ofrezca duda que, como dice la doctrina científica, las coordenadas generales del Derecho Comunitario, en las que hay que enmarcar todas las disposiciones relativas al sector público, vienen determinadas por la contradicción fundamental entre la unidad del Mercado Común y la diversidad de las políticas económicas nacionales. Es por ello por lo que, en el marco de un proceso de interpretación económica parcial, que tiene como objetivo la unificación de los espacios económicos nacionales en un único Mercado Común llamado a convertirse, a su vez, en un único mercado interno, pero que no tiene, en cambio, como objetivo la sustitución de las políticas económicas nacionales por una única política económica común, parecen inevitables las constataciones, unas aparentes y otras reales.

Sin duda la Declaración del Tratado de la Unión Europea que se cita como punto importante de referencia, relativo a la aplicación del Derecho Comunitario, puede servir inicialmente de consideración general en la que enmarcar el tema sobre la base de un recurso cuya estructura y contenido han de ser elogiados por su profundidad y correcto plantamiento, cualquiera que sea la solución que haya de adoptarse.

En primer lugar nos encontramos con la procedencia del tabaco. La sentencia dice que extranjera. Extranjero es sinónimo de no nacional, pero en la actualidad cabe afirmar la existencia de un tríplico en este sentido: nacionales propiamente dichos, nacionales comunitarios y extranjeros, es decir, nacionales no comunitarios. El tabaco aprehendido era americano y las inscripciones, según se deduce de la lectura de las actuaciones, a las que la Sala ha accedido haciendo uso de las facultades que le concede el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estaban en inglés. Todavía sigue siendo dudosa la procedencia y cabría la aplicación del principio de la presunción de inocencia al no estar probado uno de los presupuestos integradores del tipo penal, lo que se dice a efectos puramente dialécticos, si es que esta consecuencia no es obtenible por la vía de las inferencias —prueba indirecta o indiciaria— si éstas son razonables y lógicas, conformes a las reglas generales de la experiencia. Aún así no puede dejarse en el olvido la importancia de la operación y sus circunstancias y que el hecho se produjo el 11 de noviembre de 1987, cuando, con toda obviedad, era inequívoca la ilicitud, de tal manera que la licitud «ex post facto» vendría de la aplicación del principio de retroactividad favorable que consagra nuestra Constitución y el Código punitivo respecto de las Leyes penales o sancionadoras, como consecuencia de los principios por los que se gobierna el Derecho Penal.

Pero, dejada así constancia de ese problema, aparece el específicamente jurídico o normativo.

La Ley de 22 de noviembre, número 38/85, relativa al Monopolio de Tabaco, contiene una exposición de motivos especialmente significativa, expresando que «la incorporación de España a las Comunidades Europeas impone transformaciones de extraordinaria trascendencia en el ordenamiento jurídico del sector tabaquero español». De un lado, la prohibición de los Monopolios comerciales impuesta por los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma y, de otro, la imposición indirecta, supone la modificación institucional del Monopolio que, incluso sin la concurrencia de estas circunstancias, resultaría aconsejable. A tales efectos, dentro del espíritu de respeto de los principios generales de las negociaciones con la C.E.E., se altera la situación vigente en los siguientes puntos: supresión de la Renta de Tabacos, cuya carga fiscal debe quedar absorbida por el impuesto especial y el IVA; mantenimiento del monopolio de fabricación, importación y distribución de tabacos manufacturados no comunitarios...; liberalización de la importación y comercio en fase mayorista de labores de tabaco de procedencia comunitaria...

Pasando de la Exposición del motivos al articulado, se establece en el artículo 1 el mantenimiento del régimen de monopolio del que es titular el Estado respecto de la fabricación y comercio al por menor de labores de tabaco en España, con excepción de las Islas Canarias, exceptuándose las «labores de tabaco procedente de los Estados miembros de la C.E.E., que sean originarias de éstos o que en éstos hayan sido puestas en régimen de libre práctica, su importación y comercio al por mayor se podrá realizar por cualquier persona física o jurídica en las condiciones que reglamentariamente se establezcan».

Ahora bien, en la Disposición Transitoria segunda se dice «No obstante lo dispuesto en el artículo 1 (acabado de transcribir) se mantiene, hasta el final del período transitorio de incorporación a la Comunidad Económica Europea, el monopolio de importación y comercio al por mayor de labores de tabaco, salvo en lo que resulte obligada su modificación en razón de lo previsto en el Capítulo de adaptación de los Monopolios en el texto del Acuerdo de incorporación del España a dicha Comunidad».

Podemos concluir diciendo que la sentencia es correcta, aunque la cita del sistema normativo no lo sea: 1) Porque no se han cumplido las exigencias del Derecho Comunitario respecto del proceso de descriminalización de determinadas conductas en razón a los presupuestos temporales. 2) Porque no se trata de un sistema que incondicionadamente abra las posibilidades de importación sin más, sino que el régimen precedente es sustituido por otro en el que se establece un impuesto especial y el IVA. Se trata de una sustitución de regímenes de prohibición por otro de cumplimiento de determinadas exigencias cuya infracción es delictiva y, en este caso, más gravemente delictiva. 3) Porque, aunque surgiera la incertidumbre, que no es el caso, como ya se ha dicho, la inferencia, en el sentido de que el tabaco era de procedencia extranjera no comunitaria y del ánimo de contrabando, la consecuencia final es una reexión intelectual correcta, dadas las circunstancias que acompañaron a la aprehensión del tabaco, así como las características de la operación. Los hechos se pueden acreditar a través de una prueba directa y también de una prueba indirecta o indiciaria que esta Sala establece supliendo la carencia de suficiente motivación respecto de este hecho tan importante, es decir, que el tabaco no procedía de la Comunidad (Cfr. el problema de las armas de procedencia extranjera o de la droga de igual origen), sino de países extracomunitarios.

Todo ello con el reconocimiento explícito e incondicionado del valor del Derecho Comunitario, entendiéndolo por tal el Derecho originario (Tratados, básicamente) y Derecho derivado (reglamentos, directivas y decisiones con sus correspondientes especificaciones) con el efecto ya clásico de obligar directamente a todos los Estados miembros y de primacía sobre los Derechos nacionales. En este sentido el Derecho Comunitario puede producir, y produce, efectos descriminalizadores o despenalizadores según la terminología que en cada caso se utilice aunque, en cambio, es ya más delicado el tema de la criminalización que, probablemente no se produce, es decir, de tipificación de conductas como ilícitos penales (V. no obstante, el artículo 194 del Tratado Euratom y el 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia) a consecuencia de normas Comunitarias.

TERCERO.— Respecto de la invocada vulneración jurídica de que no apreciara el Tribunal de instancia la circunstancia específica de atenuación, contemplada en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 7/82, de 13 de junio, ha de desestimarse.

En primer lugar, no concurren en el hecho ninguna de las situaciones que podrían determinar la atenuante y, en segundo término, no se trata de una facultad reglada del Tribunal de instancia, sino discrecional, que sólo puede tener entrada en la casación cuando, apareciendo probadas las circunstancias a las que la Ley se refiere para decidir la intensidad de la antijuricidad o de la culpabilidad, la atenuante no se aplica o, no apareciendo acreditadas, se aplica con notorio olvido de su significación.

Procede, con la desestimación de este motivo, la del recurso.

