

Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 8, 4.º. Legítima defensa. La actualidad de la agresión cesa si el atacante ha sido despojado del instrumento que esgrime.

«1. El primer motivo articulado, acogido a efectos procesales al artículo 849, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, descansa en la supuesta infracción, que el recurrente atribuye a la Sala de instancia, por no haber apreciado en su conducta la circunstancia eximente de legítima defensa que describe el artículo 8, número 4.º, del Código Penal, alegación carente de toda base en el relato histórico de la sentencia impugnada y, en consecuencia, condenada a su desestimación. Porque, constituyendo la agresión ilegítima el primer y más decisivo requisito de los que la norma legal exige para que alcance realidad en el orden jurídico la circunstancia de legítima defensa —hasta el punto de que si el mismo no concurre no puede apreciarse la mentada eximente ni aún como incompleta— y debiendo revestir la agresión, si se pretende que tenga virtualidad justificadora, no solamente la condición de ilegítima sino, al mismo tiempo, la de actual o inminente, es claro y patente que no puede ampararse en la eximente de referencia quien, como el recurrente en la ocasión de autos, tras haber arrebatado el martillo a la persona que acababa de golpear con él el vehículo en que el mismo viajaba y, teniéndola ya desarmada y a su merced, la asestó con dicha herramienta un golpe en la cara con las graves e indelebles consecuencias que en el «factum» de la sentencia recurrida se especifica, pues en tal caso, como quiera que la inicial agresión, dirigida —no es ocioso recordarlo— contra el vehículo que ocupaba el recurrente y no contra su persona, había concluido y no podía reanudarse, por haber sido despojada la agresora del instrumento que esgrimía, la reacción violenta de aquél no estaba ya legitimada por la necesidad de la defensa —que convierte en conforme a Derecho la lesión de los bienes jurídicos del agresor en función del principio del interés preponderante—, sino rotundamente desvalorada como acción puramente vindicativa, inspirada por el exclusivo propósito de castigar el comportamiento de la lesionada, ciertamente vituperable, pero no acreedor, por ello, de la arbitraria y violenta sanción del recurrente. En virtud de cuyas consideraciones, que se inscriben en una reite-

rada y pacífica doctrina emanada de esta Sala, de la que son recientes ejemplos las sentencias de 30 de enero, 26 de febrero y 19 de mayo de este año, mantenedoras todas ellas de la agresión actual o inminente como presupuesto indispensable de la legítima defensa, ha de llegarse a la conclusión de que la única respuesta que merece este primer motivo analizado no es otra que su desestimación.» S. T. S. de 11 de octubre de 1986.)

Artículo 11. Circunstancia mixta de parentesco: diferentes modos de operar.

«PRIMERO. Como es sabido, las circunstancias **mixtas** o ambivalentes, son aquéllas que según los casos, y atendiendo principalmente a la naturaleza, motivos y consecuencias de la infracción, pueden operar como agravantes o como atenuantes e, incluso, a veces y como ha resaltado la jurisprudencia moderna de esta Sala, así como la doctrina científica, son prooperantes dada su inocuidad e irrelevancia en orden a las peculiaridades del supuesto de que se trate. El Código Penal les dedica el Capítulo V del Título I del Libro también primero, cuyo epígrafe, «De las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad criminal según los casos», en lo que tiene de expresión plural, queda inmediatamente desmentido, puesto que en el artículo 11, único que integra el meritado Capítulo, no se regula más que la circunstancia de parentesco. De conformidad con las sentencias de este Tribunal de 6 de junio de 1928, 16 de junio de 1944, 21 de abril de 1949, 8 de noviembre de 1961, 23 de abril de 1970 y 31 de enero de 1981, entre otras muchas, para la estimación de la circunstancia estudiada, es preciso no solo que, entre ofensor y ofendido, se den los vínculos de parentesco a que se refiere el precepto, sino también la **afectividad** propia de la relación familiar, aunque dicha afectividad se presume como declaró la sentencia de 2 de febrero de 1954. Por otra parte, las sentencias de 15 de enero de 1886, y 11 de febrero de 1984, resaltan la necesidad de que confluayan dos elementos, o requisitos, el **objetivo**, esto es, el parentesco, en el grado y con los límites establecidos en el artículo 11, y, el **subjetivo**, el cual radica en el conocimiento que, el agente, ha de tener de los lazos parentales que le ligan con la víctima, añadiendo que, la circunstancia, es irrelevante cuando, el ofendido, hubiere provocado el suceso, hubieren precedido, a éste, ofensas, procedentes de aquél o, en el caso de los cónyuges, cuando la infidelidad de uno de ellos, real o presunta, hubiera sido la determinante del hecho punible. Para lo que aquí interesa, es conveniente recordar que, el parentesco por afinidad, no es definido por el Código Civil, aunque lo mencione en diferentes preceptos, pero, partiendo del contenido del antiguo artículo 84 del mencionado cuerpo legal y de las sentencias de este Tribunal de 21 de enero de 1924 y 6 de junio de 1928, las cuales se inspiraron en Las Partidas, son **afines** los cónyuges entre sí y cualquiera de ellos respecto a los parientes por consanguinidad del otro, no siéndolo, de ningún modo, los parientes por naturaleza de cada uno de ellos respecto a los parientes consanguíneos del otro, ni un cónyuge respecto a los parientes por afinidad de su consorte. La circunstancia, para operar como agravante o como atenuante ha de generar

un incremento o una disminución del desvalor de la conducta, es decir, que, con palabras de esta Sala, se habrá de atender a la mayor o menor **malicia** del ofensor o a su superior o inferior **perversidad**, y como, el artículo 11, se refiere, como línea de separación, a la **naturaleza**, a los motivos y a los efectos del delito, es preciso destacar que, por **naturaleza**, se ha de entender la índole de la infracción perpetrada o, especialmente, la clase de bien jurídico violado o contra el cual se atenta, los **motivos**, equivalen a los móviles que impulsaron al agente a actuar de modo antijurídico, y finalmente, **efectos**, no son tanto el resultado del hecho punible, como las consecuencias de toda especie producidas o desencadenadas por la infracción. Por regla general, este Tribunal, ha entendido que, la circunstancia analizada, opera, como agravante, en los delitos contra las personas o contra la honestidad, y, como atenuante, en las infracciones contra la propiedad; y así, v. g., las sentencias de 22 de octubre de 1923; 10 de febrero de 1925, 15 de abril de 1942 y 2 de febrero de 1954, declararon que es en los delitos contra las personas donde se despliega la eficacia agravatoria del parentesco, si bien cuando estímulos más moderados que el respeto familiar impulsaron al reo a delinquir, operará el parentesco como atenuante, lo cual, como subrayaron las sentencias de 8 de febrero de 1900, 10 de febrero de 1925, 12 de febrero de 1919, 27 de septiembre de 1944 y 2 de febrero de 1954, significa que si, la motivación del hecho punible, fue ajena a los lazos familiares u obedeció el delito a razones extrañas al orden parental, la circunstancia mixta estudiada, no operará como agravante, ocurriendo de idéntico modo cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, por enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier otra razón, así como en los casos de provocación por parte de la víctima, de ofensas precedentes del mismo origen, o de infidelidad real o presunta. (S. T. S. de 15 de septiembre de 1986.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas. Autoría aunque no exista una posesión material.

«4. El segundo motivo del recurso anterior se refiere a la aplicación indebida del artículo 254 del Código Penal argumentando que al haber sido halladas dos armas de fuego real, solamente dos de los asaltantes podían ser sujetos del delito de tenencia ilícita, pero esta alegación no advierte que en la relación de hechos probados la sentencia expresa que los acusados se pusieron de acuerdo para el asalto a una entidad bancaria trasladándose desde Madrid al pueblo de Guijuelo con dos pistolas en perfecto estado de funcionamiento «de las que se habían proveído para su uso conjunto», es decir que las armas estaban a disposición indistinta de todos y cada uno de los miembros del grupo, que las destinaban a la común empresa delictiva, y esta posesión indistinta o compartida, como han dicho reiteradas resoluciones de este Tribunal (sentencias de 1 de junio de 1984, 8 de noviembre de 1985, y 25 de marzo y 12 de mayo de 1986, entre otras muchas) no exceptúan de responsabilidad a quienes en el momento de la ejecución, por el convenido reparto de cometidos o por cualquier otra causa, no ostentan arma alguna, que es el caso, reiteradamente contemplado en las resoluciones

de este Tribunal, del coautor que espera vigilante con el motor en marcha. No ha existido, por tanto, infracción del expresado artículo 254, ni —subsidiariamente— la aplicación errónea de los artículos 516 bis, párrafo cuarto, y párrafo final del artículo 501, que también denuncia este motivo del recurso, cuya desestimación procede.» (S. T. S. de 12 de noviembre de 1986.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas. Es suficiente la mera intención de poseer el arma.

«Porque si bien es cierto, por una parte, que para la perfección del tipo penal descrito en el artículo 254 del Código sancionador no basta el fugaz contacto físico del agente con el arma, no lo es que, como se dice en el recurso, sea necesaria una posesión permanente y sostenida a lo largo de cierto período de tiempo, siendo suficiente con que, como se recuerda en la sentencia de 21-4-86, la relación entre la persona y el arma le permita a la primera la disponibilidad de la segunda y haga factible su utilización, lo que sin duda aconteció en el caso de autos en que el recurrente, tras ser expulsado de un bar, fue a su casa, se apoderó de la pistola que legítimamente poseía su padre, se presentó de nuevo ante el establecimiento ya cerrado y, amenazando de muerte a su propietario, hizo dos disparos contra la puerta. Y aunque sea innegable, por otra parte, que la tenencia del arma ha de ir acompañada de un específico "animus" no se trata, como pretende el recurrente, del "animus rem sibi habendi" o voluntad de tener el arma como propia, sino el mero "animus possidendi" o simplemente "detinendi", intencionalidad que no puede ponerse en duda respecto de quien, como el recurrente, sustrajo y retuvo el arma precisamente para darle el uso que le es inherente, es decir, para hacer fuego con ella contra determinada persona o cosa.» (S. T. S. de 25 de noviembre de 1986.)

Artículo 257. Depósito de armas. También es autor el que sin constituir el depósito, tiene las armas a su disposición.

«2. La normal plurisubjetividad con que viene concebida la infracción resalta de la enumeración de protagonistas contenida en el precepto, **promotores** u **organizadores**, a quienes se les castiga con la pena de reclusión menor dada la significación de sus conductas encaminadas directamente a dar vida al depósito o a estructurarlo u ordenarlo, y **cooperadores**, asistentes o ayudantes necesarios o no, en la formación de aquél, a quienes se les reserva la pena de prisión mayor. Si bien, y pese a esa generalizada pluralidad de intervinientes, no puede conceptuarse el delito que nos ocupa como de participación necesaria, de indefectible intervención de varios sujetos en la ejecución de la acción de establecimiento; pudiendo ser un solo individuo el que lleve a término la acumulación de armas, cual ha reconocido la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1979, sosteniendo que, aunque efectivamente en el artículo 257 del Código punitivo se distingue a efectos de graduación de penas entre promotores u organizadores y cooperadores, según los distin-

tos grados de actuación de cada uno de los partícipes en la creación del depósito, ello no resulta necesario cuando las tenencias hayan sido individualizadas, respondiendo cada procesado singularmente de su ilícita posesión. Siendo igualmente parecer jurisprudencial afianzado el de que, tratándose el depósito de armas y municiones de un delito de tracto continuo, permanece mientras el depósito subsista y las armas se encuentren en poder de quienes las almacenaron y ocultaron, perpetrándose el delito no sólo mediante la acumulación en determinado lugar del número y clase de armas que la Ley establece, sino de igual modo mediante el conocimiento de su existencia en esa forma, mantenida durante un período más o menos dilatado, y con posibilidad de utilización por el sujeto en la comisión de hechos delictivos en apoyo de los cuales fue establecido precisamente el depósito, es decir, que quien no interviene en la formación inicial del depósito pero lo tiene después a su disposición para los fines ilícitos a que propendía, se reputa también autor de la referida infracción; criterio alentado en sentencias de 13 de marzo de 1968, 3 de julio de 1973, 16 de abril de 1974 y 15 de noviembre de 1975.» (S. T. S. de 9 de octubre de 1986.)

Artículo 302, 4. Falsedad documental. Se consuma cuando, constando la falsedad, se entrega el documento a otro para que lo use.

«**Sexto.** Para negar la existencia de los delitos (mejor hubiera sido en todo caso referirse a la autoría, pues el dato objetivo de la falsificación lo proclama su «factum»), la sentencia sometida a recurso parte de que (segundo Considerando) es «insuficiente el dictamen pericial obrante en el sumario para imputarle la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil, pues dicho informe ni se reprodujo en el acto del juicio oral ni se dio ocasión a la defensa para impugnarlo»; pero esta loable —y no siempre practicada— asepsia ritualia del Tribunal «a quo» en uso de sus privativas facultades conferidas por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y por ende no revisable por este Tribunal de casación, en nada empece a la estimación positiva de la autoría del procesado en el delito de falsedad imputado a partir de la relación fáctica de la sentencia recurrida, ya que el Tribunal provincial, para negar la acción comisiva de la falsedad parte de que el procesado no está demostrado que fuese el autor material de la falsedad de tal carácter que prevé el número 1.º del precepto matriz (artículo 302 del Código penal): «contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica»; más en forma inexplicable silencio que al lado de esta forma comisiva existe la prevista por el número 2.º de dicha norma («suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido»), que una reiteradísima doctrina de esta Sala configura como falsedad ideológica, intelectual o histórica; que no depende de la autoría del primer supuesto, pues se consuma **cuando a quien le conste la falsedad de un documento lo entrega a otra persona para que lo use en su provecho** (Sentencias de 2 de octubre de 1969, 15 de octubre y 27 de diciembre de 1979, 28 de abril y 11 de julio de 1983 y 6 de diciembre de 1985); y ninguna duda puede haber que si el procesado, conforme a lo

figurado por la narración histórica de la sentencia recurrida, tenía que ser plenamente consciente al suscribir y firmar la declaración cambiaria no sólo de la falsedad de la firma de quien figuraba como coaceptante, sino también de la del domicilio de la sociedad librada a la que representaba, es claro que el supuesto se residencia o incardina no sólo en el tipo matriz del citado número 2.º, sino también en el del número 4.º del mismo artículo 302 del Código penal.» (S. T. S. de 28 de octubre de 1986.)

Artículo 339. Inhumación ilegal precedida por un delito contra la vida.

«B) En lo que respecta al problema del ocultamiento o destrucción del cadáver o inhumación ilegal del mismo, cuando el infractor es la misma persona que cometió el aborto, infanticidio, homicidio, asesinato o cualquier otro delito contra la vida, precedente y que privó, de dicha vida, al luego interfecto, la doctrina científica se halla dividida, pues, unos sectores entienden que se trata de un acto de autoencubrimiento impune —ocultación del "corpus delicti"—, que el delito contra la vida absorbe o consume a la infracción sanitaria —"lex consumens derogat consumptas"—, que el desvalor de la inhumación ilegal está ya incluido en la penalidad del delito contra la vida, y que, finalmente, es inexigible que la abortista, la infanticida, el homicida, el asesino o el autor de cualquier delito contra la vida se autodenuncien, presentándose en el Registro Civil para promover la legal inhumación del cadáver resultante gracias a sus antijurídicos actos; mientras que, otros sectores, atendiendo a la heterogeneidad del bien jurídico violado, sostienen la punición de ambas figuras, sin que, ninguna de ellas, absorba a la otra. Por su parte, la jurisprudencia, en sentencias de 5 de diciembre de 1956 —asesinato—, 14 de mayo de 1960 —aborto—, y 19 de diciembre de 1977 —accidente de circulación en el que el reo se limitó a no dejar el cadáver "in situ" sino que lo llevó a un lugar próximo al del atropello arrojándolo a la acera que discurría paralelamente a la carretera—, adoptó la solución negativa, que reputó más técnica, realista y científica, proclamando la impunidad del autoencubrimiento y añadiendo no ser exigible, al homicida, que se autodenuncie y no oculte el "corpus delicti" para evitar la consecutiva sanción penal; pero, en las sentencias de 9 de junio y 22 de noviembre de 1943, 8 de octubre y 22 de diciembre de 1947, 27 de enero de 1951, 27 de septiembre de 1952, 4 de marzo de 1965 y 15 de noviembre de 1977, esta Sala, sostiene lo contrario, basándose en que, las conductas atacan bienes jurídicos distintos —vida y salud pública—, en que, el autoencubrimiento, es acto impune pero que ello solamente sucede cuando, los actos que lo integran, no constituyen, por sí solos, otro delito, lo que se demuestra consultando el artículo 17, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo precepto considera conexos a los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros, y en que, no siendo consustancial o inherente al delito contra la vida, la infracción de riesgo o peligro abstracto, no tiene por qué absorber aquélla a éste último, tal como ocurre, v. g., con el homicidio o las lesiones en las figuras del artículo 501 del Código Penal, o con los daños causados

en los supuestos contemplados en los números 2 y 3 del artículo 504 del mismo; inclinándose, en este caso y atendidas las circunstancias del mismo, esta Sala, a la última solución citada, no solamente por las razones expuestas sino porque el párrafo segundo del artículo 322 del mismo punen conductas delictivas efectuadas para procurarse la impunidad de otros delitos y porque la punición de la inhumación ilegal consecutiva a la perpetración de un delito contra la vida, no supone forzar al delincuente a dejar el cadáver "in situ", a una autodenuncia o a su comparecencia en el Registro Civil para promover el legal enterramiento de el mismo, sino que simplemente se le exige que no incurra en un "plus" de antijuridicidad; sumando al delito cometido, el ocultamiento o destrucción del cadáver, impidiendo, con ello, tanto que éste sea tempestivamente, y sin peligro para la salud pública, conducido al recinto señalado al efecto y confinado en él, como que, sus familiares o deudos, se hagan cargo de dicho cadáver y pueden dedicarle los habituales funerales y exequias.

En el caso de autos, la acusada, después de matar a su infeliz asalariado, metió el cadáver en una caja de cartón ondulado, introduciéndola, con su contenido, en el maletero o cofre de su automóvil, trasladándolo, desde el término municipal de Cardona donde se halla su empresa hasta una casilla de peones camineros abandonada, sita en el kilómetro 31,300 de la carretera Vich-Olot, donde descargó el cadáver con su embalaje, lo introdujo en dicha casilla, lo roció de gasolina que había llevado al efecto y le prendió fuego, permaneciendo el citado cadáver, oculto e ignorado en la casilla dicha desde el 22 de septiembre de 1979 hasta el 30 del mismo mes y año, fecha, esta última, en la que fue hallado casualmente, y parcialmente calcinado, siendo identificado por sus padres gracias a los objetos personales que respetó el fuego así como por los restos de su indumentaria. Y ante estos hechos, y a la luz de los razonamientos antes expuestos, **es preciso estimar que, la acusada, cometió el delito de inhumación ilegal**, comprendido en el artículo 339 del Código Penal, procediendo, en armonía con lo expuesto, el acogimiento del único motivo del recurso interpuesto por la acusación particular al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del citado artículo 339 del Código Penal.» (S. T. S. 14 de octubre de 1986.)

Artículo 344. Tenencia de drogas destinadas al tráfico: consumación anticipada.

«2. El procesado A. A., súbdito pakistaní, fue detenido en el aeropuerto de Son San Juan (Palma de Mallorca), llevando escondido en su equipaje 494,140 gramos de heroína valorada en 6.266.756 pesetas que, tras introducirla en la isla desde Turquía, vía Zurich, había de ser entregada a un tercero con la finalidad de su distribución en España, tal como reza el **factum** y sin que tales aseveraciones fácticas se intenten destruir o rectificar por la vía procesal adecuada. En base de ello y como autor de un delito contra la salud pública del artículo 344 del Código Penal, se le condena a la pena de ocho

años de prisión mayor y multa de cien mil pesetas. Infracción existente al tratarse de un típico delito de los que vienen definidos como de consumación anticipada, tan pronto concurren los requisitos a que antes se hizo referenda, con completa independencia de cualquier resultado ulterior, el que sólo afectaría a la fase de agotamiento; consumándose, pues, el hecho delictual una vez realizada por el agente alguna de las acciones enunciadas en el precepto, tal como sucede en el caso enjuiciado, la posesión o tenencia con intención de tráfico, determinándolo así los verbos nucleares de la citada norma, sin que sea precisa la transmisión del producto tóxico para que se produzca la consumación. Doctrina mantenida en múltiples sentencias de esta Sala, tales las de 16 de enero y 30 de mayo de 1981, 24 de febrero y 16 de julio de 1982, 14 de febrero y 3 de mayo de 1983, 20 de junio y 9 de julio de 1984, 7 y 12 de marzo y 10 de mayo de 1985, 15 de enero y 11 de abril de 1986.» (S. T. S. de 11 de julio de 1986.)

Artículo 344. Tráfico de drogas. No desaparece el fundamento del castigo aunque el donatario sea un sujeto drogadicto.

«Único.—Procede estimar los dos motivos impugnativos del recurso del Ministerio Fiscal, ambos amparados en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que efectivamente la sentencia recurrida al absolver al procesado del delito contra la salud pública objeto de acusación infringió por inaplicación el artículo 344 del Código Penal, pues es reiteradísima la doctrina de esta Sala posterior a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en orden a que tras ella la donación de sustancias estupefacientes se integran en los actos de tráfico contemplados por dicho precepto (Sentencias, entre otras, de 8 de febrero de 1984, 15 de marzo, 15 de mayo, 26 de junio y 15 de noviembre de 1985 y 16 de febrero de 1986); sin que sea tendible el razonamiento del tribunal provincial en orden a que si el donatario es sujeto drogadicto desaparece el fundamento de la punición, ya que los verbos básicos del tipo no se ciñen a "promover", sino, con la misma significación, también "fomentar" y "facilitar"; lo que determina la vulneración del precepto y derivada estimación del recurso.» (S. T. S. de 24 de noviembre de 1986.)

Artículo 406, 3.º. Asesinato. Muerte del cónyuge mediante veneno.

La Audiencia condena por asesinato al haberse servido de veneno (el fallo no valora la existencia de parentesco, a efectos de la posible aplicación del artículo 11), y el recurrente, acusador particular, estima que se ha aplicado indebidamente el artículo 406, siendo lo adecuado la apreciación del artículo 405 (parricidio) del Código penal. El Tribunal Supremo, aun cuando parece darle la razón, no casa la Sentencia, pero argumenta en los siguientes términos:

«Quinto.—El recurrente acusador particular articula, en ambos supuestos con invocación formal del artículo 849-1.º de la tantas veces citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, dos primeros motivos de impugnación por infrac-

ción de ley: los derivados de una supuesta aplicación indebida del artículo 406 del Código Penal (motivo primero) y una pretendida inaplicación del artículo 405 del mismo cuerpo legal (motivo segundo), que al ser como el envés y el revés de un argumento único pueden y aún deben ser analizados conjuntamente, al incidir ambos sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad, por alterнатividad normativa, del artículo 68 del Código Penal como hizo la sentencia sometida a recurso; cuestión que si de siempre había sido resuelta por esta Sala en el sentido de, por aplicación de la especialidad del tipo, estimar existente la figura delictiva o tipo de parricidio, aplicando, caso de existir, las circunstancias agravatorias cualificadoras del delito de asesinato como agravantes genéricas, ahora podría suscitar unas dudas iniciales derivadas de la nueva redacción que la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, dio en forma absolutamente injustificada y opuesta a toda la evolución legislativa española—) al artículo 406 citado al conminar el delito de asesinato con la pena de reclusión mayor no en toda su extensión (como hace el artículo 405 respecto del parricidio), sino, y con abstracción de otras circunstancias, en el grado máximo de la referida pena; con lo que **es llano**, por el distinto campo de los numerales 1.º y 2.º del artículo 56 del Código Penal, en relación con los artículos 27, 61 y 78 y su tabla demostrativa en dicho cuerpo legal sustantivo, de un lado, **que el asesinato es siempre y en todo caso delito más gravemente penado que el parricidio** y, de otro, que los supuestos de degradación punitiva podrían funcionar con intensidad distinta en cada caso de seguirse la tesis de alternatividad o la de la especialidad.

Sexto.—El tema ha sido ya resuelto, en el mismo sentido postulado en dichos dos primeros motivos impugnativos formulados por la parte acusadora en su recurso, por la reciente Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1986, la que, en doctrina que ahora se ratifica, y tras una extensa referencia a la evolución legislativa española sobre el tema, se pronunció por la aplicabilidad en estos supuestos del principio de especialidad (lo que determina la improcedencia del citado artículo 68) y existencia de «tipo privilegiado» (también excluyente), al expresar que debe ser así «por la razón simplísima de que **ello** (lo contrario) **supondría desmembrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy día privilegiada como es el parricidio**, extrayendo de su tipo la circunstancia de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero de los preceptos citados»; doctrina que por su claridad releva de insistencias fundamentadoras que serían meras reiteraciones y que conduce a la inicial desestimación de estos dos primeros motivos del recurso que se examina.» (S. T. S. de 29 de septiembre de 1980.)

Artículo 420, 4.º Lesiones. La deformidad se ha de valorar con independencia de la posible corrección por efecto de la cirugía.

«UNICO. Es de frecuente aceptación por las sentencias de esta Sala el concepto de deformidad —a los efectos del artículo 420, 3.º, del Código Penal— como irregularidad física, visible y permanente, y sobre esta última nota una antigua sentencia datada el 5 de mayo de 1884 parificaba lo per-

manente con lo irreparable por la acción constitutiva de la naturaleza, a destrucciones orgánicas no regenerables se refería la sentencia de 20 de marzo de 1957, y recientes declaraciones —sentencias de 30 de mayo de 1983 y 23 de abril de 1986— aluden a defectos duraderos o imperfecciones insubsanales por la acción del tiempo. Las sentencias de 28 de junio y 17 de julio de 1983 completaban este cuerpo de doctrina sobre deformidad al añadir que las secuelas de las lesiones deben ser las apreciadas en el momento de juzgar o los resultados de las mismas después de un proceso normal de sanidad, sin que puedan ser consideradas las mejoras conseguidas mediante posibles intervenciones posteriores porque el resultado de la cirugía reparadora puede ser incierto y no es susceptible de ser impuesto a la víctima, dado que el remedio quirúrgico de las alteraciones de fisonomía nunca ofrece todas las garantías de éxito, siempre envuelve un riesgo personal y puede producir o dejar otras secuelas de índole somática o psíquicas. Este criterio jurisprudencial arranca de lejanas resoluciones de este Tribunal (vid. sentencias de 16 de mayo de 1908, 17 de junio de 1915, 3 de diciembre de 1927, 22 de octubre de 1952), y se ha aplicado a la cirugía plástica en las sentencias de 5 de mayo de 1980, 30 de mayo de 1983 y 21 de enero de 1985 por hacer cita de las más recientes, y con referencia a la pérdida de dientes se ha negado eficacia subsanadora a los medios que ofrecen las modernas técnicas de ortodoncia y odontología (sentencias de 28 de noviembre de 1981 y 20 de octubre de 1983).

En atención a lo anteriormente expuesto, procede desestimar el primer motivo del recurso de invoca la aplicación indebida del artículo 420, 3.º, del Código Penal, basado en que la posibilidad de corrección de las cicatrices del rostro mediante una operación de cirugía estética se opone a la permanencia que es inherente al concepto penal de deformidad. Y la desestimación de este motivo lleva tras de sí al segundo y último de los formulados que, excluía la deformidad, valora únicamente a los efectos tipificadores la duración de las lesiones propiciando la subsunción en el número 5.º del susodicho artículo 420 del Código.» (S. T. S. de 18 de noviembre de 1986.)

Artículo 429. Violación. Sujeto pasivo: prostituta.

«UNICO. 1. La fuerza o intimidación necesarias para lograr el yacimiento y consumir una violación es la necesaria y adecuada en cada caso y producirse en tanto en cuanto se da comienzo a la realización del acto carnal y se termina por la consumación. Conforme a reiterada doctrina, nada obsta a la consumación el que la mujer siga de grado al varón, que haya previamente estipulado un precio o promesa por el yacimiento, cuando llegados el momento de la consumación se olvidan unos y otros y se recurre a las formas comisivas que integran el delito de violación conforme al número 1.º del artículo 429 del Código Penal.

2. Así, comete violación quien, como el procesado, tras haber concertado por precio aplazado la realización del acto carnal con una prostituta, llegados al lugar convenido y reclamar la mujer el precio pactado, se niega a entre-

garlo y bajo amenazas anula la voluntad de la mujer y consigue realizar el acto carnal.

Lo comete, asimismo, el mismo procesado que, tiempos después recoge a una prostituta y la traslada a un camino próximo a determinada población y a la que, mediante golpes y amenazas, consigue vencer su voluntad contraria y consigue realizar el acto carnal.

En consecuencia, procede la desestimación del único de los motivos alegados en que, por fondo, se postula la inexistencia de violación.» (S. T. S. de 26 de septiembre de 1986.)

Artículo 429. Violación. Frustración: desproporción de los órganos sexuales.

«1. El único motivo del recurso formalizado por la representación del procesado, atento al cauce del número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, gira en torno al grado en que se dice cometido el delito de violación por el que se le condena, mostrándose disconforme con la calificación de la sentencia en cuanto conceptúa los hechos como constitutivos de aludida infracción en grado de frustración, creyendo que sólo alcanzan la categoría de mera tentativa. Existe un amplio espectro jurisprudencial sumamente ilustrativo y aleccionador al respecto, al objeto de diferenciar los varios estadios que pueden haberse alcanzado por el agente, constante su ánimo de conseguir el yacimiento carnal con la mujer, sujeto pasivo de su dinámica pasional e irrefrenada, concurrente alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 429 del Código Penal; comprendiendo desde los actos preparatorios, pasando por la ejecución incompleta que la tentativa o frustración representan, hasta llegar a la perfección consumativa definida en el tipo. La **consumación** se entiende producida tan pronto se consigue el ayuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales de varón y hembra, «coniunctio membrorum», siempre que conlleve penetración del pene, más o menos perfecta, en la cavidad genital femenina, en los órganos sexuales de la mujer, sin exigirse la perfección fisiológica del coito, la cópula normal y completa en su alcance y consecuencias. En orden a aclarar supuestos en los que latía la duda y contradicción, ha tiempo que esta Sala declaró que para estimar la consumación del delito de violación no se requiere que la penetración del miembro viril sea completa, bastando la introducción más o menos profunda (sentencias de 8 de octubre de 1969, 12 de junio de 1979, 11 de marzo de 1980, 28 de octubre de 1982, 23 de junio y 19 de noviembre de 1983, 27 de diciembre de 1984 y 5 de marzo de 1985); sin que se precise la originación de la eyaculación sexual (sentencias de 8 de octubre de 1969, 12 de junio de 1979, 11 de marzo de 1980, 28 de octubre de 1982, 23 de junio y 19 de noviembre de 1983 y 30 de mayo de 1984), ni siquiera la rotura más o menos completa del himen, con desfloración de la mujer doncella (sentencias de 8 de octubre de 1969 y 26 de junio de 1983). En la **frustración** el culpable practica toda la serie de actos que, según común experiencia, son los adecuados para dar cima al resultado propuesto, no alcanzándose, no obstante, indicado fin,

hipótesis frecuente —y que suele citarse como la más caracterizada— ante la desproporción de los órganos sexuales del varón y los de la mujer ofendida (sentencias de 14 de diciembre de 1961, 21 de octubre de 1967, 13 de mayo de 1974, 20 de mayo de 1977, 23 de septiembre de 1981 y 22 de octubre de 1984); o en los supuestos del llamado coito vestibular o de introducción imperfecta, afectante tan sólo a los órganos genitales externos de la mujer, a la región vulvar u orificio externo de la vagina, pero no a la vagina propiamente dicha (sentencias de 20 de mayo de 1977 y 23 de septiembre de 1981), si bien esta última modalidad de frustración —cual reconoce citada sentencia de 1981—, por constituir verdadero caso límite, es de problemática apreciación; no se llega al estadio de la consumación en la progresión delictiva, normalmente, ante la tenaz resistencia de la mujer, mas puede decirse que se realizaron todos los actos precisos y adecuados para ello, cual expresa la sentencia de 3 de diciembre de 1985. Cuando de *tentativa* se trata sólo hallamos actos itinerantes conducentes hacia la meta propuesta, pero que, en su ensamblaje aditivo, no ofrecen aún la idoneidad e integridad precisas para su logro; tales el penetrar ilegalmente en el domicilio ajeno saltando por una ventana desprovisto de ropa con la intencionalidad de saciar sus lúbricos deseos en la víctima (sentencia de 28 de septiembre de 1981), derribo de la víctima, bajándole la parte inferior del biquini (sentencia de 26 de junio de 1982), enfermedad del procesado impositiva de la realización del acto sexual (sentencia de 11 de junio de 1983), arrojar al suelo a la mujer, tratando de cohabitar y no consiguiéndolo ante su tenaz resistencia (sentencia de 31 de marzo de 1984), actos conducentes a desnudar a la joven, sin lograrlo ante el serio forcejeo y rotunda resistencia de la misma (sentencia de 27 de junio de 1986).» (S. T. S. de 24 de noviembre de 1986.)

Artículo 481, 1.º Detenciones ilegales consecutivas a un delito contra la propiedad.

«A. Todo delito de robo violento o intimidatorio lleva consigo una cierta y poco duradera privación o limitación de la libertad del ofendido u ofendidos, el tiempo imprescindible para inmovilizarlos y consumir el despojo con el sucesivo apoderamiento, y en estos casos es inane plantearse el concurso delictivo porque queda absorbida la detención por el delito contra la propiedad; ahora bien, cuando la duración excede del tiempo normalmente exigido por la acción de robo o concurren circunstancias cualificadas en la detención o encierro, y éstos se realizan «in situ», pueden producirse dos situaciones con trascendencia en la calificación delictiva: que la detención o encierro se mantenga mientras el apoderamiento y la huida que permite la disponibilidad de los efectos robados, que es tanto como decir mientras el delito se consume, en cuyo caso concurre con el robo violento el tipo básico de detención ilegal del párrafo primero del artículo 480; o cabe la posibilidad de que la detención nazca después o subsiga a la consumación del robo, «consecutivamente al delito contra la propiedad», que es uno de los comportamientos cualificados previstos en el artículo 481, 1.º, del Código.

Junto a estos supuestos de detenciones en concurso con el robo violento, forzados por las tipificaciones vigentes, figura el robo con cuyo motivo u ocasión se «tomaren rehenes» con el fin de facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable introducido por el texto reformado del artículo 501, 4.º, del Código, que supone también una privación de libertad ambulatoria o locomotriz, pero acompañada siempre de una aprehensión de la víctima del robo o de personas a ella unidas por relaciones parentales, afectivas, económicas o de cualquier otra índole, aprehensión que comporta sujeción directa o dependencia a la voluntad de los delincuentes como prenda o garantía del éxito de la acción criminal o de la impunidad, ya se realice el apresamiento o encierro en el lugar del robo o en otro distinto, ya se traslade a los detenidos a otro lugar, ya sea antes o después de la depredación, ya para facilitar el delito o la fuga, pero siempre «con motivo u ocasión del robo» como factor común determinante.

Dentro de este catálogo de supuestos la versión que ofrece el primer Resultando de la sentencia inclina a situar los hechos en el marco del concurso del robo violento del artículo 501, 5.º, y del delito básico de detención ilegal del artículo 480 —que fue la tesis del Ministerio Fiscal y la que siguió la Audiencia al imponer la pena— porque después del encierro de los dos sujetos robados, de la empleada y del contable en los servicios del entre-suelo —sellada la boca con esparadrapo y las manos atadas «introdujeron las joyas en un baúl de cuero, se apoderaron también de dos maletas que contenían cien relojes y se dieron a la fuga» y «poco después» las cuatro personas consiguieron soltarse y avisaron a la Policía.» (S. T. S. de 9 de julio de 1986.)

Artículo 487. Abandono de familia. Delito de omisión de índole permanente. Malicia.

«3. Este delito omisivo, con abstención o inacción entroncada con alguna de antedichas conductas, de índole permanente al cometerse en tanto el culpable persiste en el abandono del cumplimiento de los deberes mencionados, no puede entenderse existente, sin más, por el hecho de la ausencia o abandono del domicilio familiar, aun con carácter continuista o persistente; ya que tal marcha o deserción ha de aparecer inmotivada, sin razón explicativa o justificativa razonable, siendo pródiga la jurisprudencia en el reconocimiento de falta del elemento subjetivo —dolo específico de abandono—, si se llega a la convicción de existencia de causas graves que puedan impulsar a la ruptura convivencial. Y ello porque no puede exigirse la prolongación de una situación marcada por la violencia y el riesgo, en plena y grave crisis conyugal, cuya solución legal puede hacerse esperar en el tiempo, y porque la solución criminalizadora de las conductas incidentes en la vida familiar, en razón a los sentimientos sobre que debe asentarse la misma, debe estar presidida por el principio de intervención mínima del Derecho penal. Derivando de ello que la doctrina legal aluda a la exigencia de la ausencia o desaparición de modo intencional o volitivo que tanto vale

como injustificado o sin motivo conocido que pudiera servir de excusa, explicación o paliativo (sentencia de 9 de mayo de 1975 y 23 de febrero de 1981 y 2 de junio de 1982); abandono malicioso que se identifica con voluntario o inmotivado, sin explicación plausible, sin causa o motivo legitimador, o sin la previa ocurrencia de altercados, incidentes, reyertas o brotes demostrativos de incompatibilidad de caracteres o de imposible convivencia que pudieran justificar la marcha del hogar (sentencia de 19 de febrero de 1974); todo abandono permanente y duradero del domicilio familiar se reputa malicioso, a menos que pudiera justificarse y motivarse de modo plausible y convincente aportando una explicación legitimadora o exonerativa (sentencia de 9 de mayo de 1975); el calificativo de malicioso queda eliminado cuando se justifica el abandono por causas o motivos legitimados por normas jurídicas extrapenales o por la normativa socio-cultural que acepta como satisfactorio el abandono, al realizarse no para liberarse del cumplimiento de los deberes conyugales y filiales, sino para la cesación de situaciones insostenibles para la normal convivencia (sentencia de 12 de mayo de 1979); al deberse el abandono del hogar conyugal a notoria desarmonía familiar, la ruptura de la convivencia matrimonial no debe ser tratada de caprichosa o arbitraria (sentencias de 15 de febrero y 11 de noviembre de 1985).» (S. T. S. de 6 de octubre de 1986.)

Artículo 489. Detenciones ilegales. Por la comisión de una falta no puede detenerse a una persona si tiene domicilio conocido.

«1. De la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida aparece delineada la figura delictiva tipificada en el artículo 184 del Código Penal, pues la infracción que la constituye tiene, como elemento generador, el propósito de atentar contra el derecho individual y fundamental de la libertad ambulatoria, consagrado en el artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el artículo 17 de la Constitución, pues las detenciones practicadas por el procesado, Subcomisario del Cuerpo General de Policía, fueron rigurosamente arbitrarias y sin fundamento legal alguno, pues los obreros de la Empresa Constructora que le había vendido el piso, y que no se lo habían todavía entregado por desavenencias del recurrente con ella y la Promotora, no estaban cometiendo delito alguno, al cumplir las órdenes de sus principales de entrar en el piso, no entregado, como queda dicho, todavía al comprador, aunque tuvieran que forzar la cerradura, acción que lo más que podría constituir sería una falta de daños, nunca un allanamiento de morada por no estar el piso habitado por persona alguna, y sabido es que por simple falta no puede detenerse a persona alguna cuando se tiene domicilio conocido (artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por ello al no estar comprendidos los citados obreros en ninguno de los supuestos del artículo 492 de la tan citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, la detención practicada lo fue con extralimitación y abuso de su función y cargo, pues sabía, cuando actuaron los obreros, de lo que se trataba y quienes eran, siendo el motivo determinante de la detención de carácter personal y

propio por las desavenencias antes dichas, todo lo cual pone de manifiesto la arbitrariedad e imprudencia de tal medida, por lo que procede desestimar el motivo primero del recurso.» (S.T.S. de 12 de noviembre de 1986.)

Artículo 501, último párrafo. Uso de medio peligroso para cometer el delito de robo violento o intimidatorio. Un atomizador de gases irritantes —spray— es instrumento peligroso.

«2. En este caso, habiendo aplicado, la Audiencia de origen, el subtipo agravado o agravante específica descrita en el último párrafo del artículo 501 del Código Penal —uso de armas u otros medios peligrosos—, el acusado T., pretende que, el uso del spray de gas, sin duda irritante, que constituyó el medio peligroso, no le afecte a él puesto que no tuvo conocimiento, del mentado uso, en el momento de la acción o de su cooperación para el delito; pretensión, en este caso, totalmente inviable y descabellada, puesto que, tal como se consigna en el «factum» de la resolución recurrida, fue precisamente él quien portó el spray, conminando, con el mismo, a los empleados de la entidad bancaria, compeliéndoles a que entraren en el despacho del director, momento en el que, para asustarles y para evitar ser perseguido, les disparó el spray a la cara, produciéndoles heridas oculares y epidérmicas. Así pues, el problema pudo presentarse respecto a los demás partícipes, pero nunca respecto al recurrente, el cual, de modo personal y directo, utilizó un medio indudablemente peligroso para atemorizar a los empleados de la entidad bancaria atracada e incluso para lesionarles. Procede, por consiguiente, la desestimación del primer motivo del recurso interpuesto por el acusado T., basado en el núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 60 del Código Penal.» (S. T. S. de 3 de noviembre de 1986.)

Artículo 503. Extorsión. Distinción entre consumación y agotamiento.

«1. El delito denominado «extorsión», definido en el artículo 503 del Código Penal, es una figura un tanto anómala, híbrida de robo con violencia o intimidación en las personas y defraudación, conjugando la «vis», sea «absoluta», sea «compulsiva», con la insidia y la maquinación propias de la estafa. Su **objeto material** lo es una escritura o documento, y su **objeto jurídico**, tratándose de una infracción patrimonial, lo integra la lesión o atentado contra los bienes ajenos, mientras que la acción o **dinámica comisiva**, consiste en, mediante violencia o intimidación, obligar a otro a suscribir, entregar u otorgar alguna representación gráfica del pensamiento o vestigio del pasado ya citados, debiendo, el sujeto activo, proceder, de ese modo, con finalidad defraudatoria y ánimo de lucro, produciéndose, la **consumación** de esta figura delictiva, tan pronto se obtiene la entrega, la suscripción o el otorgamiento, con los citados ánimo de lucro y propósito defraudatorio, por lo cual cualquier episodio posterior, incluso los tendentes a ase-

gurar u obtener el lucro pretendido o a neutralizar al ofendido para que no obste o estorbe las intenciones depredatorias del infractor o infractores, pertenece, no al tracto comisivo de la infracción estudiada, sino a su fase de agotamiento, excéntrica respecto a la extorsión, disociada de ella y que si, «per se», constituye uno o más hechos punibles, no quedarán absorbidos o englobados por o en el seno de la referida extorsión, sino que constituirán delito o delitos autónomos e independientes. Finalmente, se ha de destacar, en primer término, que, esta figura, ha sido analizada por esta Sala, entre otras, por las sentencias de 25 de octubre y 11 de noviembre de 1982, y, en segundo lugar, que se trata de un precepto penal incompleto, pues, a diferencia de otras infracciones cuya estructura responde al clásico binomio delito-pena, el artículo 503 del Código Penal, se limita a describir el comportamiento típicamente antijurídico, confiando la determinación de la condigna sanción punitiva, es decir, de las penas correspondientes, a las señaladas en el Capítulo I del Título VIII del Libro II del meritado Código, y más concretamente, y aunque no lo diga el legislador, a las citadas en las diferentes hipótesis enumeradas en el artículo 501 del mismo.» (S. T. S. de 16 de octubre de 1986.)

Artículo 510. Llaves falsas. Interpretación estricta.

«2. Tiene declarado esta Sala que el concepto legal de llaves falsas del núm. 2.º del artículo 510 del Código Penal, referida a las «llaves legítimas sustraídas a su propietario», requiere como todos los elementos típicos, una interpretación estricta y no extensiva, máxime en perjuicio del reo, que vulneraría el principio de legalidad básico de nuestro ordenamiento jurídico, al ampliar indebidamente los confines del robo a costa del hurto; siguiendo esa interpretación estricta y del principio de que la ilicitud de tenencia de las llaves ha de derivar del título originario, no de conducta concreta en el momento de la sustracción, que naturalmente es siempre ilícita, trátese de robo o hurto; los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, en su parquedad, tan sólo nos dicen que «aprovechando que L. P. G., estaba en posesión de las llaves de la puerta de acceso a la casa...», afirmación que completa el Considerando primero de la sentencia impugnada al manifestar que «los procesados quebrantaron la confianza puesta en ellos, al entregarles el propietario las llaves de acceso a su casa», lo cual ya nos da a conocer que el título originario de adquisición de la posesión de las llaves no fue ilícito, sino entregadas voluntariamente por el dueño de la casa por la confianza que tenía en ellos, y al no contar en el relato de hecho la extensión y uso que se había de hacer de las llaves, si para entrar en la casa, cuidársela y vigilarla o meramente para tenerlas a disposición de su dueño, y no poderse establecer presunciones en contra del reo, procede estimar el motivo segundo del recurso y considerar que los hechos son constitutivos de un delito de hurto al no constar la ilicitud en la entrada a la casa y sí en el apoderamiento de las botellas de licor que se dicen en el «factum», lo que obliga a dictar segunda sentencia más ajustada y conforme a derecho.» (S. T. S. de 7 de noviembre de 1986.)

Artículo 513. Asociación para cometer el delito de robo.

«TERCERO. El artículo 513 del referido cuerpo legal, se ocupa del delito de asociación siquiera fuere transitoria para cometer el delito de robo, infracción que fue introducida en el Texto refundido de 1944, pero que procedía de la Ley de Seguridad del Estado de 9 de marzo de 1941. Como, en el mismo Código, en sus antiguos artículos 172 y 173, se definían y castigaban los delitos de asociaciones ilegales, ciertos sectores doctrinales, estiman que, el artículo 513, es precepto absolutamente superfluo, mientras que, otras opiniones, niegan la superfluidad reparando en que, las asociaciones castigadas en el Título II del libro II del Código Penal, han de revestir los caracteres de permanentes y duraderas, mientras que, las contempladas por el citado artículo 513, pueden ser meramente transitorias, esto es, de vida y duración breves y efímeras, y finalmente, un tercer sector doctrinal, entiende superfluo el precepto cuando la asociación para cometer delito de robo es permanente, y operante y nada ociosa, la figura, cuando, la asociación constituida lo es solamente con carácter transitorio. En definitiva, se trata no de un precepto de los denominados vacíos o en blanco, sino de una figura delictiva **incompleta**, pues, frente al clásico binomio delito-pena, el artículo 513 describe o define la conducta que criminaliza, pero, para determinar la sanción, se remite al número 2.º del artículo 172, hoy día 173, número 1.º y 174, núm. 2.º, del mencionado cuerpo legal. La jurisprudencia inmediatamente posterior a la vigencia del Código de 1944, sostuvo que, la asociación, no debía referirse a delito o delitos de robo concretos y determinados, sino a delitos de robo en abstracto y sin gestación o planeamiento previos, pero sentencias posteriores de las que es paradigma la de 30 de abril de 1983, admitieron que podía tratarse de gestación de delito o delitos de robo concretos y específicos, constituyendo, de este modo, una modalidad de conspiración, por lo que, como en todas las hipótesis de actos preparatorios o de resoluciones manifestadas si posteriormente se avanza en el «iter criminis» pasando a fase o etapa de delito intentado o de delito consumado, la asociación transitoria, perderá todo relieve o sustantividad, castigándose la fase de mayor madurez delictiva y no la simple asociación transitoria.» (S. T. S. de 25 de septiembre de 1986.)

Artículo 528. Estafa. Cabe el engaño mediante formas omisivas impropias o de acción concluyente.

«A. El quinto, orientado a una inexistencia de engaño genérico, porque en su inteligente articulación silencia interesadamente que el engaño no se ciñe o centra su exclusividad en conducta, más que activas o de acción, de iniciativa, sino que a su lado «pari passu» tanto la doctrina científica más autorizada como la jurisprudencia de esta Sala vienen situando unas formas comisivas de la conducta engañosa determinante o causante en el error: las denominadas **formas omisivas impropias o de acción concluyente**, en las que si bien no existe una omisión en el propio sentido del término, sí existe una acción anterior determinantes del error que causaliza el desplazamiento patrimonial, entendiéndose por tal acción concluyente la que,

no de un modo expreso, pero sí implícito, lleva consigo la falsa afirmación de un hecho. Y en este mismo sentido doctrinal la jurisprudencia de esta Sala ha declarado en la S. de 10 de noviembre de 1978 que «la llamada estafa por omisión no es muchas veces tal, sino una verdadera estafa activa, en la que el silencio o encubrimiento de la verdad se conecta a una acción anterior llamada concluyente, por la que el sujeto activo simula una prestación contractual que radical e inicialmente no puede llevar a cabo» y en la S. de 15 de junio de 1981 que el delito de estafa se caracteriza entre otros por la existencia de una maquinación insidiosa constitutiva del engaño operativo del traspaso patrimonial, susceptible de realizarse no solamente por acción, sino también **mediante omisión de la que se deduzca cierta nota de positividad, en cuanto que al mismo tiempo que se ocultan ciertos condicionamientos por parte del sujeto activo de la infracción delictiva, existe el aprovechamiento de determinadas circunstancias que las exigencias del tráfico jurídico dan por supuestas**»; doctrina científica y jurisprudencial que, en concreta aplicación a los datos fácticos consignados en el relato y anteriormente transcritos en forma literal, llevan a la necesaria desestimación del quinto motivo impugnativo.» (S. T. S. de 22 de noviembre de 1986.)

Artículo 529, 7.ª Módulos para determinar la especial gravedad o la gravedad muy cualificada.

«1. El segundo motivo del recurso, único subsistente de los interpuestos, se formula por infracción de ley del artículo 849, 1.ª; por aplicación indebida del artículo 529, agravación 7.ª. Se trata de una apropiación indebida de un agente de ventas de una conocida empresa levantina, por importe de 4.304.968 pesetas. El motivo argumenta «entendemos que resulta evidente que no puede establecerse criterio que delimite exactamente dónde comienza 'la especial gravedad' de la cuantía defraudada». Tal expresión núcleo del subtipo agravado, constituye uno de tantos conceptos jurídicos indeterminados tan frecuentes en los textos legales, que no son vacíos o lagunas del ordenamiento, sino uno de los elementos normativos del tipo representado por conceptos o criterios de experiencia, a llenar por el juzgador y fundamentalmente por la Jurisprudencia de casación. Por eso ésta Sala en esa misión de completar el ordenamiento jurídico, tiene declarado que sin volver al sistema derogado de la punición por cuantías, cuando no concurren circunstancias determinantes sobre la mayor o menor gravedad atendido el valor de la defraudación —impregnando toda esta materia de un gran relativismo, dominada por la contemplación de cada caso concreto— ha estimado que cuando la defraudación no excede de 500.000 pesetas la agravación no se produce y el delito se castigará con la pena de arresto mayor (artículo 528, párrafo 1.ª), pero si excede de esa cantidad hasta un millón, sí se aprecia la «especial gravedad» y el arresto mayor se impondrá en su grado máximo; si el valor de lo defraudado llega al millón o lo excede, la agravación se estima como muy cualificada (sentencia de 14 de mayo de 1983: 6 millones de pesetas; sentencia de 28 de diciembre de 1983: 2.300.000; sentencia de 22 de noviembre de 1984: 2.500.000; sentencia de 7 de diciembre de 1982: 3.800.000;

sentencia de 3 de mayo de 1985: 1.600.000; sentencia de 18 de junio de 1985: 4 millones; sentencia de 3 de octubre de 1985: dos millones). Con éstos antecedentes jurisprudenciales la Audiencia sentenciadora actuó con toda corrección al apreciar la especial gravedad como muy cualificada, ya que como se ha dicho la cantidad apropiada excedió de los cuatro millones de pesetas.» (S. T. S. de 6 de octubre de 1986.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria. Actio libera in causa.

«2.—De la declaración de hechos declarados probados se desprende con toda evidencia la existencia del delito de imprudencia temeraria, tipificado en el número 1.º del artículo 565 del Código penal, rectamente aplicado por la Sala sentenciadora, contra lo que se sostiene en el motivo único de fondo del recurso, que procede desestimar en consecuencia, pues es doctrina reiteradísima de esta Sala que si a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas, el conductor de un vehículo de motor causa un resultado dañoso, su conducta ha de estimarse necesariamente constitutiva de imprudencia temeraria siquiera, para ello, sea necesario proyectar al campo culposo la doctrina de las «actio libera in causa», pues el sólo hecho de conducir en estado de embriaguez entraña una conducta temeraria, ya que una hemoconcentración de alcohol etílico en sangre de 2,40 gramos por mil, produce inevitablemente retardo en las reacciones, dispersa la atención, produce incordinación e incapacita para conducir automóviles, siendo ello, indudablemente, la causa de que el procesado chocara contra el lateral izquierdo del automóvil, marca Simca que se hallaba aparcado junto a la acera de la derecha en la dirección que llevaba dicho procesado por la calle Camarena de esta Capital, tramo de amplia curva de diez metros de anchura con automóviles aparcados en las aceras pero que dejaban libres más de tres metros de calzada en cada dirección, con lo que tenía paso más que suficiente, no obstante, como queda dicho, chocó con el citado turismo correctamente aparcado causándole desperfectos y arrastrando a su propietario, que se encontraba examinando el motor del vehículo con el capot levantado, unos seis o siete metros, causándole lesiones en la parte derecha de su cuerpo a consecuencia de las cuales falleció días después». (S. T. S. de 11 de julio de 1986.)

