

# Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON  
Universidad Complutense. Madrid

## Artículo 3. Tentativa de violación desistida seguida de un delito de asesinato

«**Tercero.** En cuanto a los dos recursos de fondo, la propia naturaleza de los motivos de ambos impone alterar el orden e iniciar el análisis por él formulado por la acusación particular; la que articula un primer motivo al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que denuncia una supuesta vulneración del artículo 429.3 del Código penal, en relación con los artículos 3, párrafo tercero, y 52 del mismo Cuerpo legal, al estimar que el procesado, que se había propuesto violar a la víctima, no desistió válidamente de tal propósito válidamente, sino por surgir, ante su resistencia, el “animus necandi”.

Para analizar este motivo, que está —según se indicará, íntimamente interrelacionado con el siguiente del recurso de dicha parte—, resulta obligado acudir a la narración histórica no combatida por las partes, y por ello mismo incólume al no haber sido impugnada por la vía formal suministrada por el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el relato, obligadamente prolijo, se narra un hecho que introduce una profunda cesura en la descripción de la dinámica comisiva: “En dicho momento (cuando la víctima cayó al suelo y quedó en estado semiinconsciente y sangrando) **el procesado ya no quiso continuar con su propósito inicial de yacer con la joven agredida, que ya no podía ofrecer una resistencia eficaz**”. De este pasaje del “factum” el tribunal sentenciador de instancia obtiene la conclusión de existencia de un desistimiento voluntario de la tentativa, que en cuanto impune por prescripción de los preceptos sustantivos presunta o supuestamente violados es combativo por la recurrente en el motivo que ahora se analiza.

Con probabilidad, el análisis desde cualquier ángulo del desistimiento voluntario de la tentativa es uno de los temas más precisados de delimitación en toda la dogmática penal y derivada aplicación en la “praxis”. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencial se mueven todavía bajo la fuerte influencia de la llamada “teoría del estímulo”, fundada en razones de política criminal. No obstante, lo cierto es que en la actualidad es pacífica la distinción entre voluntariedad y “espontaneidad”. Lo decisivo, para en trance decisorio valorar la “voluntariedad” es la valoración jurídica de los motivos que impulsaron al autor a variar su originaria resolución volitiva de cometer el delito, debiéndose, con autorizada doctrina científica, estimarse en este sentido que la ley no permite albergar duda alguna en orden a que **la reflexión del autor debe exclusivamente li-**

**mitarse a la posibilidad de consumación de la acción típica concretamente elegida; pues las meditaciones en pro o en contra, posteriores a la consumación del hecho, pertenecen a la ética.**

Desde esta perspectiva se han de analizar los doctrinal y jurisprudencialmente denominados “impedimentos relativos”, que son los que vertebran entitativamente este motivo impugnativo. El recurrente parte de que el cese en el dolo inicial de violar surge, dicese, cesa al ser sustituido, ante la resistencia de la víctima, por el “animus necandi”. Pero el recurrente, desde su área obvia y necesariamente interesada y parcial, silencia que el relato expresa también —y ello es la médula de la decisión absolutoria del tribunal sentenciador de instancia que ahora se impugna— que “el procesado ya no quiso continuar con su propósito inicial de yacer con la joven agredida, que ya no podía ofrecer una resistencia eficaz”. Tratar de penetrar en los motivos íntimos de este desistimiento, de este cese en la agresión proyectada es algo ajeno al campo jurídico-penal, y fuesen cuales fueren los mismos, lo cierto es que el cese a la acción violadora, desde el ámbito psicológico, no puede por menos de resultar tildable de “voluntario”, y por ello impune; procediendo así la desestimación de este primer motivo impugnatorio.

**Cuarto.** Esta misma cesura de la acción sirve para instalar en una perspectiva adecuada el segundo motivo impugnativo de la recurrente-acusación particular. Dicha parte, al amparo o con apoyo en el precepto procesal indicado (artículo 489.1 de la LE-Crim.), denuncia una supuesta violación o vulneración por inaplicación del precepto penal sustantivo constituido por el artículo 406.1 del Código Penal; estimando que en lugar de la calificación de homicidio adoptada por el órgano “a quo” debió, por estimación como concurrente de la circunstancia de alevosía, reputarse existente un delito de asesinato.

El análisis de este motivo resulta extremadamente delicado. Una primera lectura —como tal recusable— de la doctrina de esta Sala (por ejemplo, y entre muchas, SS. de 24 de mayo de 1982 y 23 de diciembre de 1985) vendría a propiciar la desestimación del motivo, en cuanto declarativa de que la situación de indefensión ha de existir desde el momento inicial de la agresión, con lo que quedan eliminadas las formas comisivas de la denominable “alevosía sobrevenida”. Mas aquí, como en el supuesto que resolvió la S. de esta Sala de 12 de noviembre de 1958 (aunque ésta contemplaba el supuesto inverso: muerte que se inicia alevosa y se consuma desaparecida la situación de indefensión), lo decisivo ha de ser **el examen de si existió una sola acción delictiva o dos diferentes**, aunque inmediatas en su sucesión temporal; pues de entenderse lo primero sería plenamente aplicable la anterior doctrina jurisprudencial y de reputarse que existieron dos acciones separables, la iniciación de la segunda —con la víctima situada en posición de imposible indefensión— comportaría la estimación del motivo de forma indudable.

Esta segunda solución —como ya se desprende del fundamento que antecede— es la procedente. Una mínima coherencia lógica enlaza el cese del dolo de violación inicial, que hace a éste impune, con el surgimiento del propósito de matar, **convirtiendo así la acción en una sucesión progresiva de dolos**. Por lo demás, esta construcción no supone novedad alguna dentro de la doctrina de esta Sala, ya que:

a) La S. de 12 de septiembre de 1924 ya declaró que: “Si bien el propósito del culpable era el de yacer a todo trance con su víctima, lo que consiguió después de cruenta lucha, a pesar de la resistencia tenaz que aquella opusiera, y cuando esta resistencia fue dominada por el reo, fue sorprendida con la agresión contra su integridad personal, y como la alevosía es tan especial que surge a veces dentro del desarrollo de

los hechos y esta circunstancia sobrevino después de la violación, hasta que el autor de ésta consiguió matarla, es visto que procede aceptar tal circunstancia.”

b) La S. de 26 de marzo de 1926, en plena línea con el supuesto de hecho que ahora se decide, expresa que “no es obstativa a la determinación de la alevosía el hecho de haber dado muerte a la violada cuando por consecuencia de actos anteriores se encontraba ésta en estado de indefensión, **que él no buscó ni empleó para matarla, sino para violarla**, y en cuyo acto no pensó en matarla, pues esta resolución la formó sólo cuando después fue amenazado por la víctima.”

c) La S., ya más reciente, de 13 de febrero de 1956, asimismo declara que “el concepto unitario de la alevosía mantenido por la doctrina de esta Sala se refiere al nacimiento del propósito homicida y al posterior desarrollo del hecho hasta la consumación, que aparece claramente consignado al establecer que **después de calcular el procesado que el daño que infirió a la mujer desvanecida, si fuera denunciado, podría ocasionarle perjuicios, concibió la idea de privarle de la vida, para lo que aprovecha el estado inerme e indefenso de dicha mujer; con lo que resaltan diferenciados con precisión dos hechos distintos, y respecto al segundo, el instante en que surge la idea de causar la muerte cualificada**”.

Y esta misma claridad de doctrina que, no por lejana en el tiempo (lo que no es óbice alguno en materia jurisprudencial, que ónticamente se instala en parámetros de certeza y seguridad jurídicas) deja de ser exacta y que ahora se ratifica, comporta sin necesidad de otros argumentos la procedencia de aceptar este segundo motivo impugnativo.» (S.T.S. de 15 de diciembre de 1986.)

#### **Artículo 8, 4.º Legítima defensa. Racionalidad del medio empleado.**

«1. El primer motivo que se articula en su recurso por J.J.M.M., que ha de examinarse con anterioridad al del Ministerio Fiscal por las razones que se verán, utilizando el cauce procesal del artículo 849, núm. 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la que estima indebida aplicación, en la sentencia impugnada, del artículo 9, núm. 1, en relación con el núm. 4 del artículo 8 del Código Penal y la correlativa inaplicación, igualmente indebida, de este último artículo 8, núm. 4, del citado Código o, lo que es igual, pretende que apreciemos en la conducta del recurrente la eximente completa de legítima defensa y no la incompleta que el Tribunal de instancia estimó concurrente. Se trata, empero, de un motivo improsperable. Porque siendo indiscutible, a la luz de la declaración de hechos probados, que la situación en que se produjo la acción delictiva que se imputa al recurrente era un situación objetiva de defensa, en tanto su amigo salía en aquel instante del establecimiento, donde acababa de entrar perseguido por un individuo que portaba un cuchillo de monte y cuatro individuos más, también en actitud agresiva, lo que configuraba la realidad de un acometimiento, ya en acto, o al menos inminente, que justificaba una intervención defensiva y, estando igualmente fuera de duda que el recurrente no había provocado en forma alguna la antijurídica agresión de que era víctima su compañero, puesto que ni siquiera había entrado en el local donde aquél se había visto enfrentado a sus atacantes, circunstancias ambas que daban vida a los requisitos primero y tercero de la eximente de legítima defensa que describe el núm. 4 del artículo 8 del Código Penal, no es menos cierto que la reacción ante dicha situación incurrió en lo que doctrinalmente se denomina exceso intensivo por haber uti-

lizado el defensor un medio racionalmente desproporcionado para impedir o repeler la agresión. Aunque la necesidad racional del medio defensivo, que equivale a proporcionalidad o equilibrio entre el mismo y los empleados en el ataque, no postula una exacta igualdad entre uno y otros, habiendo declarado la jurisprudencia en multitud de ocasiones —recuérdese, entre las más recientes, las Sentencias de 4 de febrero y 4 de junio de este mismo año— que han de tenerse en cuenta tanto la perturbación psicológica que el acometimiento ilegítimo produce de ordinario como la dificultad en que normalmente se encuentra el agredido para escoger u obtener un medio adecuado con que hacer frente a la agresión, no debe ser entendida esta prudente llamada a una individualizada y flexible interpretación del segundo requisito legal de la legítima defensa como un portillo abierto a toda suerte de reacciones posibles en la defensa, como si la situación que sirve de presupuesto a la eximente retrotrayese a los afectados por ella a un hipotético estado prejurídico en que todo subjetivismo y toda arbitrariedad, por lesivos que fueren, se conviertan en admisibles. En esta perspectiva, que viene impuesta por la obvia consideración de que la circunstancia eximente que consideramos no tiene su único fundamento justificativo en los legítimos intereses individuales, sino en la defensa del propio orden jurídico, es llano que el comportamiento del recurrente en la ocasión de autos, disparando con un rifle de repetición, a escasa distancia y tras apuntar cuidadosamente, sobre una zona vital del cuerpo del que parecía ser en principio agresor de su amigo, hasta el punto de que le ocasionó heridas que hubieran producido su muerte de no haber sido urgentemente asistido, no puede estimarse tan racionalmente adecuado al conjunto de circunstancias concurrentes que merezca la total exoneración de responsabilidad criminal, puesto que bien pudo, dada su condición de experto tirador y habida cuenta de que dispuso de tiempo y ánimo para apuntar con cuidado, hacer disparos intimidativos al aire o, en todo caso, disparar hacia los pies del agresor, todo lo cual lleva al rechazo de este motivo por estimar correcta la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa —en razón de la inexistencia del segundo requisito de la eximente— e improcedente, en consecuencia, la apreciación del núm. 4 del artículo 8 del Código Penal.» (S.T.S. de 16 de diciembre de 1986.)

**Artículo 8, 4.º Legítima defensa. La agresión ilegítima subsiste durante el tracto ejecutivo del robo o el hurto.**

«La decisión del motivo debe conectarse con la doctrina mantenida por la S. de esta Sala de 19 de diciembre de 1979, en la que, en supuesto similar y tras referirse a este mismo principio de ponderación y ceñir el área de la causa incompleta de justificación a la situación existente mientras dura el ataque patrimonial, cesando cuando el sustractor ha llegado a la pacífica posesión de la misma, señalando así que “de modo que durante el tracto ejecutivo del robo o hurto aún puede hablarse de agresión ilegítima contra los bienes, con la consiguiente posibilidad de defenderlos racional y proporcionalmente”. Supuesto que es el concurrente en el presente caso, al expresar el relato fáctico que los disparos se efectuaron “(cuando) el cual se disponía a cargar en el coche”; es decir, cuando el ataque representado por el delito contra la propiedad todavía no había producido para sus autores otra cosa que la aprehensión y no había generado una disponibilidad de la cosa sustraída, poniéndola fuera del alcance inmediato de su legítimo propietario; por lo que, al existir el necesario y aún imprescindible requisito de la agresión ilegítima, el motivo debe decaer, pues incluso con la evidente falta de proporción

entre el medio empleado para repeler la agresión y esta misma, la estimación de la eximente incompleta —muy poco compartible a la altura de los tiempos desde un plano dogmático—, resulta ajustada a la norma legal todavía en vigor.» (S.T.S. de 20 de diciembre de 1986.).

#### Artículo 8, 11.º Cumplimiento de un deber.

«5. La causa de exención de la responsabilidad criminal 11.ª del artículo 8 del Código Penal, en su modalidad legitimadora del uso de fuerza o de violencia por parte de la Autoridad o de sus agentes, encontró, en este Tribunal, y en fase ya superada, su justificación única en la agresión ilegítima precedente y procedente de aquella persona sobre la que después recae la fuerza o la violencia, habiendo declarado las sentencias de dicho Tribunal de 14 de julio de 1919, 28 de marzo de 1930, 28 de diciembre de 1935 y 6 de febrero de 1945, que, tanto la eximente completa como la incompleta, requieren inexcusablemente la agresión ilegítima. Sin embargo, y puesto que, como destaca la doctrina científica, esta posición y la exigencia a ultranza de la ilegítima agresión, oscurecerían la diferenciación de esta eximente con la de legítima defensa, pronto abundaron las sentencias inspiradas en criterio distinto y se abandonó definitivamente esta postura, como puede comprobarse en las sentencias de 25 de junio de 1889, 23 de marzo de 1942, 22 de enero de 1943, 9 y 25 de marzo de 1951, 6 de abril de 1956, 10 de octubre de 1958, 23 de junio de 1959, 16 de marzo de 1961, 20 de octubre de 1980, 7 de octubre de 1981 y 30 de marzo, 22 de abril y 16 de mayo de 1983, las cuales, siquiera en la mayoría de las ocasiones, en forma incompleta, aceptan la eximente estudiada basándose en que el ordenamiento jurídico atribuye a la Autoridad y a sus agentes el cumplimiento de ciertas funciones —prevención del delito, detención, entrada y registro domiciliario, mantenimiento del orden público—, cuyo ejercicio puede hacer necesario y, por tanto, legítimo el uso de la fuerza, como lo evidencian los artículos 492 y 546 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 11, 12 y 13 de la Ley de Orden Público —véase especialmente el artículo 568 de la primera Ley citada—, siendo indispensable, para la estimación de la eximente analizada: 1) que ha de tratarse necesariamente de **Autoridad o de sus agentes**, habiendo declarado al respecto este Tribunal, en sentencia de 29 de diciembre de 1953, que los funcionarios del Cuerpo General de Policía están de servicio permanente y han de intervenir siempre que las circunstancias lo demanden; 2) que dicha Autoridad o sus agentes se hallen en el **ejercicio de una función pública** a ellos encomendada, es decir, cumpliendo unos deberes que su cargo les impone; 3) que su comportamiento violento y el uso de la fuerza sean **necesarios**, esto es, que obedezcan a racional precisión indispensable para alcanzar la meta o el obligado cometido de la respectiva función pública, agregándose que será necesaria aquella acción que sea racionalmente imprescindible, con la consiguiente limitación implícita de la **menor lesividad posible** para conseguir el cumplimiento de la misión que les corresponde desempeñar, distinguiendo la doctrina entre la necesidad de la violencia **en abstracto** y la necesidad **en concreto**, la cual equivale a la idoneidad **del medio** específicamente interpuesto o utilizado, añadiéndose que, sino hay necesidad abstracta del empleo de fuerza no operará la eximente, ni completa ni como incompleta, y que si falta la necesidad concreta podrá aplicarse al amparo del núm. 1 del artículo 9 del Código Penal; 4) que en los casos del transgresor

que huye, si la Autoridad o sus agentes, tras previas intimaciones, hacen uso de armas de fuego, disparando contra aquél, sobre zonas no vitales, cabrá hablar de legitimación, especialmente si concurre ausencia de otros medios y si el delito cometido por el que huye era de gravedad y capital importancia, pero si la transgresión no era especialmente trascendente, no cabrá calificar el comportamiento de la Autoridad o el de sus agentes como ajustado a derecho —véanse sentencias de 2 de abril y 14 de junio de 1960, 9 de marzo de 1963 y 9 de mayo de 1969—, si bien no habiendo la debida **proporción** entre el mal producido o augurado y el medio empleado para prevenirlo o repelerlo, cabe la aplicación de la eximente incompleta, y 5) que abundando en lo dicho, cuando el exceso se produce por **ausencia total de necesidad**, constituye extralimitación manifiesta que impide la aplicación de la exención, tanto en forma completa como incompleta, pero si el exceso acontece por **inadecuación** de los medios utilizados, cabrá la aplicación de la eximente incompleta.» (S.T.S. de 9 de diciembre de 1986.)

#### **Artículo 9, 4.ª Preterintencionalidad: figura mixta de dolo y culpa.**

«3. El instituto de la **preterintención** bien puede calificarse de **crux studiosorum** en la penosa andadura histórico-dogmática del Derecho penal, pues ha sido fértil en toda clase de aceptaciones y ensayos constructivos, desde considerarlo como una especie de “dolo indirecto” o “indeterminado”, hasta, en el extremo opuesto, estimarlo como especie de delito cualificado por el resultado, concepciones que no paraban mientes en que la primera de las expuestas incurría en una pura **contradito in terminis**, puesto que todo lo que está mas allá de la intención es ajeno al dolo, ya sea directo o eventual, las dos genuinas especies de esta forma de la culpabilidad; en tanto que la otra acepción es del todo reprobable en cuanto ignora por completo el principio de culpabilidad; por ello, aún se buscó una fórmula que trató de emancipar la ultraintención tanto del dolo como de la culpa, a modo de **tertius genus** de la culpabilidad que llegó a ganar alguna legislación como la italiana (artículo 42.2 del Código Penal de dicho país), pero sin que pudiera concretarse en qué consiste ese **aliud** con el que se quiere caracterizar esa pretendida tercera forma de culpabilidad, como no sea la de considerar que en el delito preterintencional el resultado rebasa el propósito del agente, con lo que nada se añade al concepto desde el punto de vista psicológico-normativo, quedando la pretendida fórmula en pura abstracción; motivo por el cual acabó por imponerse la única noción posible en el actual estudio de la dogmática penal, que partiendo de la idea esencial de que dolo y culpa son las dos únicas formas de la culpabilidad y que, por ende, agotan la misma, se ha acabado por entender que el delito preterintencional es, según frase feliz, “una mixtura de dolo y culpa”, es decir, una estructura constituida por un hecho-base doloso y por un hecho-consecuencia no querido pero previsible (culpa consciente) o previsto, pero no aceptado (culpa consciente), sin que, naturalmente, deba faltar el nexo causal entre aquel primer hecho y el segundo.

4. En el **status** anterior a la reforma del Código Penal de 1983, la preterintención, tal como entendió la doctrina científica y aceptó esta Sala, se bifurcaba en dos direcciones o ramas: la **preterintencionalidad heterogénea** o de grado mayor que enlaza dos infracciones situada en la misma línea de ataque (requisito común a las dos ramas) pero situadas en distintos tipos de delito (lesiones seguidas de homicidio como más sobresaliente, hasta el punto de ser tipificada como tal figura independiente en algunas legislaciones); y la **preterintencionalidad homogénea** o de grado menor, en la que,

huelga decirlo, los dos delitos, el propuesto y el ejecutado encarnan en un mismo tipo delictivo (no de una figura de delito, de contornos mucho más amplios) aunque con resultado de mayor o menor gravedad (lesiones graves del artículo 420 del Código Penal como ejemplo más característico); de suerte que la primera de las citadas especies de la **praeterintentionem** encarnaba en el artículo 50 en conexión con el párrafo 3.º del artículo 1.º del Código Penal y la segunda en la atenuante 4.ª del artículo 9 del mismo Código. Pero advenida la mentada reforma punitiva que suprimió el párrafo 3.º del artículo 1.º y de su conexo artículo 50, quedaba abolida la preterintencionalidad que cabe llamar cualitativa, para admitir tan sólo la cuantitativa del artículo 9.4 del Código; reforma íntimamente unida a la proclamación del principio de culpabilidad —nunca bastante elogiada— en el mismo pórtico del Código (artículo 1.º, párrafos 1.º y 2.º lógicamente enlazados), de cuya proclama, dogmática y terminante, se deducen dos grandes consecuencias plenamente acordes con el desarrollo actual de la ciencia penal: **Primera**, que el dolo y la culpa agotan las formas de culpabilidad con inmediata repercusión en la noción que esta Sala defiende del delito preterintencional; y **segunda**, que todos los preceptos del Código deben ser interpretados en función de aquel principio que, incluso, a través del de presunción de inocencia que sirve de instrumento al primero dentro del proceso, alcanza rango constitucional; con lo que, si esto es así, cabe resolver el agudo argumento que un sector doctrinal aduce a la estimación de la única preterintencionalidad superviviente: la del artículo 9.4, a través de una **atenuante**, pues si ésta como mera **circunstancia** supone ya el delito que le precede, en cuanto accidente del mismo, externa a él, (**accidentalia delicti**), no puede injertar en el tipo de injusto doloso un tipo de injusto culposo afectante a su misma esencia; objeción que cabe salvar en cuanto que, en el plano de **lege data**, en que hemos de movernos, la **mens legis** inicialmente expresada en el artículo 1.º con carácter general debe imponerse considerando que lo sustancial debe privar sobre lo adjetivo o accidental y que es voluntad de la Ley, crear la preterintención como figura mixta de dolo y culpa, aunque lo haga a través de una “circunstancia” quedando así salvado tal error de técnica fácilmente subsanable en el plano de **lege ferenda**; con lo cual resplandece la esencia de la preterintención que, al exigir en el último tramo de la conducta la concurrencia de culpa, elude de una parte, el caso fortuito, como último reducto del **versari**, y de otra, repele que en el hecho eventual, fronterizo de la culpa consciente, pues, si se da aquel dolo estaremos ya fuera de la sólo formal “atenuante” del artículo 9.4.» (S.T.S. de 15 de noviembre de 1986.)

**Artículo 10, 13.ª Cuadrilla: basta que los malhechores vayan provistos de garrotes.**

«En lo tocante a la agravante de cuadrilla, aplicada por la sentencia recurrida al robo del apartado a), respecto al que se hace constar que los cinco procesados iban provistos de “una barra de hierro y cuatro garrotes que portaban”, no puede ponerse en entredicho su correcta apreciación, al venir fundada semejante agravación en la presencia de unos elementos fundamentales concurrentes en el supuesto que se enjuicia: a) existencia de más de tres malhechores armados, sin que necesariamente hayan de ser armas de fuego o armas blancas los instrumentos de que se valgan habiéndose estimado concurrente la exigencia normativa en el supuesto de ir provistos de garrotes los agentes, tal la sentencia de 1 de mayo de 1935; b) intervención de los delinquentes en virtud de acuerdo en

orden a la ejecución del delito, en unidad de voluntad y de acción, sin que tal concierto haya de preceder necesariamente a la actividad delictiva y formularse de un modo expreso, pudiendo ser —cual reconoce la sentencia de 20 de febrero de 1981— tácito y momentáneo. Factores concurrentes y vivos en el hecho de autos, dado que los procesados, según se expone, llevaron a cabo el mismo “previamente puestos de acuerdo y actuando de consuno”, sin que sea preciso se trate de un colectivo organizado en jerárquica relación con algún promotor o jefe. Decayendo, pues, todas las alegaciones impugnatorias que, en cuanto a las apreciadas circunstancias agravantes, se incorporan al motivo casacional de que se ha hecho mérito, que se desestima.» (S.T.S. 24 de noviembre de 1986.)

**Artículo 14. Se sirve de un menor de edad penal, mientras el procesado queda vigilando. Dominio funcional del hecho.**

«1. La parte recurrente articula, con apoyo formal en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un primer motivo en el que denuncia una supuesta vulneración del artículo 500 del Código Penal, que trata de fundar en una muy peculiar versión del relato fáctico o narración histórica de la sentencia sometida a recurso; pues en su entender, naturalmente parcial e interesado, si el “factum” establece que el procesado ahora recurrente no llegó a entrar en el establecimiento comercial difícilmente pudo haber empleado violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas; pero la recurrente silencia que el inatado relato expresa dos datos esenciales: a) Que a la acción o comisión delictiva precedió un “pactum scaeleris”: “en unión y puesto de acuerdo con un menor de edad penal”. b) Que “y en tanto que el procesado se quedaba a la puerta vigilando, el otro penetró en el interior en donde logró apoderarse, tras amenazar al encargado” aseveraciones fácticas que por sí mismas conllevarían la desestimación del motivo por simple aplicación de reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala dictada para supuestos idénticos (sentencias, entre muchas, de 1 de marzo y 12 de noviembre de 1982, 14 de enero y 23 de mayo de 1983, 19 de abril y 21 de mayo de 1985 y 12 y 28 de febrero, 24 de marzo y 30 de junio de 1986), generalmente fundada en la existencia del concierto previo, carácter nuclear de los actos de vigilancia y no secundariedad o accesoriedad de la participación; pero que no relevan de verificar unas determinadas precisiones en trance fundamentador.

Hay un dato generalmente admitido por la doctrina científica: la improcedencia de identificar la “**realización del tipo**” con la “ejecución física (directa y corporal)”; pues el concepto de autoría se ha de identificar con la “realización”; y se ha de identificar partiendo del denominado “**dominio funcional del hecho**”, inspirado en la señalada “división del trabajo” o “división de funciones” en la dinámica comisiva, en cuya área o ámbito se incluyen aportaciones al hecho que formalmente no se incluyen en la acción típica, en tanto que varios comparten el dominio del hecho en la fase de realización o ejecución; residenciándose así su conducta en el artículo 14 del Código Penal, al realizar acciones íntima y directamente vinculadas con la típica y sin precisión de eslabones intermedios.» (S.T.S. de 10 de diciembre de 1986.)

**Artículo 14,3.º Cooperación necesaria: el partícipe no ejecuta el hecho típico.**

«3. La tercera de las modalidades de autoría recogida en el artículo 14 del Código sustantivo penal, supone por parte del interviniente la cooperación a la ejecución del



hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado, es decir, y en ello se diferencia de la coautoría material o ejecutiva, que el participe no "ejecuta" el hecho típico, sino que pone a contribución una actividad ajena o distinta, pero íntima y necesariamente relacionada con aquél; caracterizándose el auxilio prestado por este notorio coadyuvante al empeño común, por su principalidad, necesidad o imprescindibilidad, para la realización del delito —*causa dans*, propia de la autoría—, frente a otras colaboraciones contingentes o secundarias en la obtención del resultado, que igualmente pudo conseguirse sin el concurso del auxiliador. Constante el concierto o acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, unidad de acción y propósito, y mutuo concurso, con asignación de "roles" en la proyectada empresa criminal, surge una responsabilidad "in solidum" respecto al resultado delictivo, con independencia de los actos encomendados a cada uno, al coadyuvar todos de un modo directo y eficaz a la consecución del fin trazado y pese a que los actos nucleares, integrantes en sentido estricto del tipo, sólo vengan ejecutadas por alguno o algunos de los infractores. Parecer en el que se alinean, entre muchas, las sentencias de esta Sala de 20 de marzo de 1969, 5 de diciembre de 1972, 24 de septiembre de 1973, 20 de octubre de 1977, 16 de julio de 1984, 25 de junio y 3 de julio de 1986. Anclando su razón jurídica en expuesta doctrina setencias como las recientes de 16 de octubre de 1985 y 25 de febrero de 1986, al detectar supuestos de cooperación necesaria en delitos de violación ante la intervención de individuos que sujetan a la víctima para vencer la resistencia al acto carnal, mientras otro concertado previamente con los autores de tales actos realiza el yacimiento; o bien cuando el yacimiento tiene lugar en el ámbito de una situación intimidatoria muy grave, más adelante violenta, provocada por los sujetos que sucesivamente se turnan en el lance sexual.» (S.T.S. de 24 de noviembre de 1986.)

**Artículo 66. La especial atenuación de la pena no es aplicable a las eximentes incompletas por analogía.**

«2. Para que, la adicción a la heroína pudiera operar como eximente incompleta, sería necesario que constara el grado de intensidad de la misma, su influencia o incidencia sobre el intelecto o sobre la voluntad del sujeto activo e incluso si, durante el tracto comisivo, se hallaba bajo los efectos de la aplicación o inyección de la sustancia dicha o inmerso en una etapa de crisis de abstinencia o estado carencial que aflojará poderosamente sus facultades de inhibición de autocontrol o de autodominio. Pero atendiendo a que la pretensión casacional ejercitada por el acusado, se limita a lograr la aplicación de la circunstancia 1.ª del artículo 9 del C.P. en relación con la 1.ª del mentado artículo y con la 1.ª del artículo 8 del mismo, lo realmente ambicionado es la aplicación de una circunstancia analógica dimanante de la adicción a la heroína declarada por la Audiencia de origen, en lo que no habría inconveniente puesto que, de ordinario, se atribuye a la drogadicción, por sí misma, un efecto débilmente aminorador de las facultades cognoscitivas o volitivas del drogadicto en cuantos temas o actividades se relacionan con la toxicomanía que padece, si bien, pese a ello, no sería posible la estimación del recurso dada la falta de practicidad del mismo, puesto que, caso de apreciarse positivamente la concurrencia de una atenuante analógica, la pena que debiera imponerse, es la correspondiente al delito enjuiciado —prisión menor— en su grado mínimo —véase regla 1.ª del artículo 61 del C.P.—, lo que ya hizo, virtualmente, la Audiencia de origen, al imponer la de dos años de dicha prisión, cuyo grado mínimo abarca de seis

meses y un día de la misma hasta dos años y cuatro meses de ello, bien entendido, por lo demás, que si lo que pretendía el recurrente es que, la atenuante invocada, por ser análoga a una eximente incompleta —núm. 1 del artículo 9 del C.P.—, debe producir los efectos privilegiadamente atenuatorios establecidos en el artículo 66 del indicado Cuerpo legal, la preterensión y el empeño, son totalmente infundados pues, este Tribunal ha declarado reiteradamente que, las circunstancias atenuantes por analogía, no son más que atenuantes simples, con los efectos propios de ellas, no gozando del rango de las privilegiadas a las que se asemejan, ni pudiendo obtener el tan benévolo trato punitivo concedido a éstas —pena inferior en uno o dos grados a la correspondiente al delito de que se trate—» (S.T.S. de 21 de noviembre de 1986.)

**Artículo 69 bis. No es aplicable la doctrina del delito continuado a los supuestos de abusos deshonestos violentos.**

«La inaplicabilidad de la figura del delito continuado a los supuestos de abusos deshonestos violentos fue reiteradamente sancionada por la doctrina de esta Sala anterior a la expresada Ley reformadora, al declarar que dicha figura delictiva se consuma o agota por la mera actividad que supone a la libertad sexual del sujeto pasivo, por lo que resulta imposible ligar las diversas actuaciones temporalmente distanciadas, a pesar de efectuarse sobre la misma persona ofendida por el propio sujeto activo, porque cada acto, aunque sea idéntico, no es parte de un quehacer incompleto ni la voluntad que lo anima es fracción de un homogéneo proceso unitario previo (SS., entre muchas, de 29 de abril de 1968, 27 de mayo de 1972, 25 de junio de 1977 y 22 de noviembre de 1979).

Tras la consagración legislativa de la figura la doctrina ha de ser idéntica en los supuestos en que a la infracción contra la honestidad se sobreañada el plus representado por un ataque contra un bien eminentemente personal cual el de la libertad, en estos casos en su manifestación sexual. Así lo ha entendido esta Sala en la Sentencia de 31 de diciembre de 1985, al declarar que ello es así “por la común condición en todos ellos de ser bienes eminentemente personales” y en el mismo sentido, la Sentencia de 31 de enero de 1986, recogiendo la doctrina de la anteriormente citada y la contenida en las SS. de 3 de marzo, 8 de junio y 14 de julio de 1984, configura, como no podía ser menos, la libertad sexual como bien eminentemente personal y por ello exceptuado en principio de la continuidad delictiva, aunque haga la salvedad excepcional de los supuestos de existencia de “una misma situación intimidatoria o de violencia, entre los mismos sujetos y en el marco de una misma ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar.» (S.T.S. de 10 de diciembre de 1986.)

**Artículo 344, párrafo 2.º Tráfico de drogas. Elementos normativos del tipo.**

«2. El recurrente plantea un importante problema dogmático y político criminal que ha preocupado en los últimos años a los juristas sensibles a la tutela de los derechos individuales: la acogida en las figuras de delito de los denominados elementos valorativos que, evidentemente, en contra de lo que acaece con los elementos que suelen llamarse cognoscitivos, producen un mayor margen de indeterminación. La realidad es, empero, que las leyes más modernas, ni siquiera las más progresivas, y un ejemplo palmario lo constituye la regulación española de los delitos contra la propiedad tras la re-

forma del Código Penal de 25 de junio de 1983, han prescindido de estos elementos, y, asimismo, desde el plano dogmático, es igualmente obvio que el Juez se encuentra, también en estos supuestos, vinculado a la Ley en el sentido de que el ordenamiento jurídico no espera una valoración netamente personal y parte, por el contrario, del hecho de que en la colectividad existen valores a los que está, también él, subordinado. Y si esto ocurre incluso respecto de los elementos normativos "con valoración cultural", vgr., los que afectan al pudor y las buenas costumbres, mucho más en este caso.

3. Conclusión de lo expuesto es: 1) en las leyes existen elementos normativos del tipo; 2) los Tribunales están legitimados —son los únicos legitimados— para dar contenido vinculante, obligatorio, a su determinación; 3) Al hacerlo están subordinados a las valoraciones imperantes en la colectividad.

4. Por los enormes costos individuales y sociales que la drogadicción causa, el legislador español, en la reforma operada en el Código Penal en 1983, previó como agravante específica, con particulares efectos de imponer la pena superior en grado, la notoria importancia de la cantidad poseída para traficar. Y esta Sala apreció, en Sentencia de 23 de febrero de 1984, que reunía estas características la posesión de 765 gramos de heroína, y en otra, de 16 de marzo de 1985, la posesión de 290 gramos. Si la cantidad en esta ocasión poseída se eleva a 884 gramos, ninguna duda cabe de que se da la característica de "notoria importancia" que obliga al juzgador a imponer la pena superior en grado. Por lo que el motivo ha de desestimarse.» (S.T.S. de 16 de diciembre de 1986.)

#### **Artículo 402. La exigencia de mayores tasas judiciales que no sean en beneficio propio no integra el delito.**

«1. El delito tipificado en el artículo 402 del Código Penal, cuya infracción se denuncia en el único motivo articulado en su recurso por el Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 849, núm. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo comete "el funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, mayores derechos de los que le estuvieren señalados por razón de su cargo". Ello quiere decir que uno de los presupuestos básicos de esta conducta criminal es que el sujeto activo sea un funcionario público que esté facultado a percibir, como contraprestación de su actividad oficial, emolumentos o retribuciones —aranceles, dietas, indemnizaciones, etc.— que constituyan sus "derechos", es decir, sus haberes profesionales, de suerte que si el funcionario en cuestión no reclama para sí retribución de ninguna clase, sino sólo exige y percibe —como inequívocamente se dice que hicieron los procesados en esta causa en el resultado de hechos probados de la sentencia recurrida, que ha de respetarse en su integridad— mayores tasas judiciales de las legalmente autorizadas sin ingresar en su patrimonio parte alguna de lo indebidamente percibido, se presenta, "prima facie", como problemático que la irregular exacción pueda y deba ser incardinada, a efectos punitivos, en la figura legal descrita en el mencionado precepto del Texto Penal fundamental.

Para esclarecer esta cuestión es indispensable recurrir a la clave interpretativa que nos proporciona la colocación sistemática del artículo 402 incluido en el Título VIII del Libro II del Código Penal, entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y dentro de ellos en el Capítulo XI, que lleva por epígrafe "de los fraudes y exacciones ilegales". Esta ubicación denota claramente que mediante la sanción penal de la conducta a que nos referimos, el bien jurídico prioritariamente tutelado no es otro que la correcta prestación del servicio público y la defensa del particular, en el uso

y disfrute del mismo, frente al venal comportamiento del funcionario, que pretende convertir su cargo en corrompida fuente de enriquecimiento personal, ora exigiendo mayores retribuciones de las que puede legítimamente percibir, ora reclamando emolumentos sin estar autorizado para ello, si bien en este último caso —como puntualiza la sentencia de 14 de abril de 1986—, el comportamiento del agente podrá incidir, con más propiedad, en las figuras de estafa o cohecho. Que ello es así resalta con mayor claridad aún si se recuerda que el delito de exacciones ilegales estuvo agrupado durante algún tiempo, en nuestras leyes penales, con el de impuestos ilegales, conceptuados todos, indistintamente, como delitos cometidos por los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de sus cargos, siendo el Código de 1870 el que, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 15 de la Constitución de 1869, y de acuerdo con la filosofía liberal que a la misma inspiraba, llevó los delitos de contribuciones ilegales —atentatorios al derecho de los ciudadanos a no pagar más contribución que la legalmente establecida— al conjunto de los delitos contra la Constitución, dejando entre los fraudes y exacciones ilegales la percepción de derechos en cuantía superior a la debida, criterio que se ha mantenido en los textos posteriores y subsiste en el vigente.

Esta distinción entre el delito de exacciones ilegales, que ante todo ataca y lesiona el buen y honesto desempeño de la función pública y el de impuestos ilegales, que vulnera fundamentalmente el derecho ciudadano que hoy garantiza el artículo 31.3 de la Constitución vigente, aun estando claramente trazada, como vemos, en la Ley penal y habiendo llevado a un importante sector de la doctrina a sostener, con indudable corrección, que el delito tipificado en el artículo 402 del Código Penal sólo puede cometerse por los funcionarios públicos que obtienen su retribución, total o parcialmente, de los particulares a los que prestan el servicio que les está encomendando, no encontró siempre, sin embargo, acogida en la doctrina de esta Sala, siendo digna de recordar al respecto la sentencia de 24 de febrero de 1968, en que el hilo de una identificación histórico-conceptual entre los derechos arancelarios que percibieron en épocas pasadas determinados funcionarios de la Administración de Justicia y las tasas judiciales que —según se decía— habían venido a sustituir a aquéllos, establecía una sinonimia entre tasas y derechos y reputaba correcta la incardinación en la figura penal cuestionada de la conducta de quienes cobraron tasas judiciales con notorio exceso sobre lo que debían haber cobrado, aunque importa sobremanera, para valorar con toda justeza tal doctrina, tener en cuenta que dicha interpretación se producía a propósito de un caso en que los funcionarios perceptores hicieron suyo con ánimo de lucro la sobretasa arbitrariamente reclamada y recaudada.

No obstante, y sea como sea, la progresiva desaparición del arcaico sistema retributivo arancelario y la correlativa exigencia legal de que toda prestación patrimonial de los ciudadanos a la cobertura de los gastos públicos sea liquidada e ingresada en las cajas del ente acreedor —Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio— va convirtiéndose inevitablemente en residual la figura delictiva descrita en el artículo 402 del Código Penal, en la medida en que la modernización del sistema tributario y la más acabada burocratización de la función pública hacen más difícil y anómala la aparición en la realidad social de su presupuesto fáctico, por lo que no parece lógico ni suficientemente respetuoso, por otra parte, con el principio de legalidad, continuar subsumiendo en dicho tipo, por inercia histórica y al amparo de una interpretación excesivamente amplia de los términos que lo delimitan, conductas que tendrían su más adecuado encaje y correcta respuesta penal en otros preceptos del Código. Cuando un funcionario público retribuido únicamente por sueldo exige a los contribuyentes, con destino al ente público al que sirve, tributos no legalmente autorizados, aunque asuman la forma de ta-

sas, porque la condición de su exigencia sea la realización de una actividad que afecte particularmente al sujeto pasivo, es el artículo 202 y, en su caso, el 203 del Código Penal el que debe proporcionar marco de referencia para la definición y sanción de tal conducta. Y como no fue esta calificación de los hechos la que hizo, en el caso que nos ocupa, el Ministerio Fiscal en la instancia ni fue la misma sugerida o planteada por el Tribunal "a quo" ni obviamente esgrimida en esta sede por la Acusación pública recurrente, es llano que no puede ser introducida ahora por nosotros en el marco de este recurso, por lo que, siendo correcta la apreciación, por las razones que han quedado expuestas, de que los hechos declarados probados y no impugnados ni integrados por vía procesal idónea —percepción por los procesados, oficial y auxiliar de la Administración de Justicia respectivamente de tasas superiores a las legalmente establecidas, con el único propósito de sufragar los gastos del juzgado en que prestaban servicios y sin ánimo de obtener beneficio económico— no constituyen el delito configurado en el artículo 402 del Código Penal, se está en el caso de rechazar este único motivo y desestimar el recurso.» (S.T.S. de 12 de diciembre de 1986.)

#### **Artículo 480. Detenciones ilegales. Es una especie del delito de coacciones.**

«3. De forma subsidiaria con respecto al anterior, se articula por el mismo recurrente un tercer motivo en que, igualmente en el ámbito procesal del artículo 849, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida inaplicación del artículo 496 del Código Penal en que se describe y sanciona la figura delictiva de coacciones que —según se dice— resulta más ajustada a los hechos declarados probados de los que fue sujeto pasivo L.F.T. que la de detención ilegal impugnada en el motivo segundo. Los delitos de detención ilegal y coacciones tienen entre sí, a no dudarlo, un estrecho parentesco, más ello no significa que sea fácil su confusión y que el único criterio diferenciador de que se disponga sea el meramente cuantitativo del tiempo que hubiere durado la acción coactiva o paralizadora del delincuente. Aunque, ciertamente, la doctrina de esta Sala se ha referido de modo tan reiterado como justificado a la necesidad de que la privación de libertad, característica de la detención ilegal, alcance cierta duración y permanencia para que no se confunda aquel delito con el de coacciones, también ha establecido con toda claridad —así, entre otros, en las Sentencias de 3 de octubre de 1984, 18 de mayo de 1985 y 5 de febrero de 1986— una relación de especie a género entre uno y otro tipo delictivo, de suerte que el de coacciones, consistente en el empleo de fuerza física o psíquica para impedir a otro efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, sería el delito genérico, y el de detención ilegal el específico, por cuanto en éste aquella genérica y arbitraria coacción se ejerce con la precisa finalidad de encerrar y privar de libertad deambulatoria al sujeto pasivo, de cuya especificidad se deriva que el delito pueda estimarse consumado incluso en el instante mismo en que la detención se produce —Sentencia de 12 de junio de 1985— sin que sea decisivo el respecto al mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad de su secuestrador. Y como en el caso a que este recurso se refiere, no sólo se ha descrito en el resultando de hechos probados una patente privación a la víctima de su derecho a continuar donde estaba y desplazarse a donde le plugiere, sino que además se ha concretado nada menos que en tres horas el tiempo que duró la vejatoria y ominosa situación —tres horas de detención coactiva es plazo más que sobrado para reputar gravemente vulnerado el bien jurídico de la libertad— ha de concluirse que la nor-

ma penal aplicable no era, como se pretende, el artículo 496, sino el 480 del Código Penal, en que correctamente se subsumió el comportamiento del recurrente.» (S.T.S. de 16 de diciembre de 1986.)

**Artículo 501, 4.º Robo con torturas: dejan caer cera fundida sobre el pecho de la víctima.**

«3. En el motivo tercero del recurso que se analiza y en el segundo del planteamiento a nombre del recurrente V., se sostienen las tesis de haber sido violado por aplicación indebida el núm. 4.º del artículo 501 del Código Penal, ya que, según afirman, no hicieron constar los juzgadores de instancia cuál de las circunstancias expresadas en el mencionado núm. y precepto era la concurrente, lo cual no es cierto, pues los hechos probados, con notoria claridad, declaran, certeramente, que mientras V. “dejaba caer la cera de una vela encendida sobre el pecho” de la víctima, que se encontraba amordazada y reducida, “causándola quemaduras de primer grado”, el otro depredador registraba el piso apoderándose de objetos valorados en 117.500 ptas., es decir, que durante la perpetración de la fechoría infligieron al desvalijado torturas cruentas, mortificándole con refinada determinación, lo que es suficiente para la aplicación de aquel artículo, que sólo requiere, como en él se detalla, que con motivo y ocasión de robo se infieran torturas; torturas de las que dicho sea de paso son responsables en igual grado ambos recurrentes porque los dos se concertaron para cometer el robo y llevaron a cabo conjuntamente sus actos de ejecución, aunque luego sólo uno de ellos fuese el que las realizase, sin reproche ni desaprobación por parte del otro, por todo lo cual es obligada la desestimación de los dos motivos antedichos.» (S.T.S. de 23 de diciembre de 1986.)

**Artículo 535. Apropiación indebida: No es título apto el préstamo mutuo.**

«Segundo. Los títulos aptos e idóneos para generar delito de apropiación indebida se hallan citados en el artículo 535 del Código Penal, el cual los formula de modo abierto o ejemplificativo, de suerte que, no solamente la comisión, el depósito o la administración pueden engendrar la figura estudiada, sino cualquier otro título capaz de transmitir la posesión legítima de cosas muebles, habiendo estimado este Tribunal que son títulos apropiados para tal función, el mandato, el comodato, la sociedad, la compraventa con reserva de dominio, la prenda, el arrendamiento de cosas, el de servicios, el de obras —en ciertos casos—, la aparcería y otros más, pero sin que lo sean, como ha declarado esta Sala —véase, vgr., la sentencia de 27 de octubre de 1986— todos aquellos títulos que no sólo transfieren, al “accipiens”, la posesión legítima de los bienes muebles, sino también la propiedad de los mismos y, por lo tanto, todas las facultades inherentes a esta “plena in re potestas”, encontrándose, entre dichos títulos inapropiados para originar delito de apropiación indebida, la compraventa, la permuta, la adjudicación o dación en pago, la donación y el préstamo mutuo, el cual transmite la propiedad de los bienes muebles objeto del mismo, aunque con la obligación de entregar o devolver, en el plazo pactado, otro tanto de la misma especie y calidad.

**Tercero.** En el caso enjuiciado, tanto la CEPYME de Zaragoza, entregara directamente al acusado 932.820 ptas. para la adquisición de una parcela, cuyo vendedor era el Instituto Nacional de Urbanización, como si realizó el ingreso en las arcas de esta entidad en beneficio y por cuenta del acusado, lo cierto es que, como se deduce ine-

quívocamente de los documentos que acompañan a la querrela —y que esta Sala ha examinado al amparo de la facultad que le concede el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, la cantidad referida, se concedió al acusado a título de préstamo mutuo, transmitiéndole la propiedad de la suma antedicha aunque con la obligación de restituirla en la forma y plazo convenidos, con lo cual, si más adelante decidió el procesado, resolver el contrato de adquisición de la parcela reembolsándole el Instituto de Urbanización las cantidades entregadas a cuenta del total precio, con el descuento del 20% consecutivo al desistimiento de la mentada adquisición, es indudable que, la recepción de la cantidad resultante, lo fue también a título de propiedad de la misma y no simplemente de posesión legítima de ella, por lo que, la falta de reintegro a CEPYME por parte del acusado, de la cantidad prestada por dicha entidad, entrañará el incumplimiento del contrato de préstamo convenido, con la condigna trascendencia civil, pero no pudo generar en modo alguno, el delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado el meritado acusado, procediendo, en virtud de lo expuesto, la estimación del primer motivo del recurso interpuesto por el imputado, amparado en el núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 535 del Código Penal, procediendo igualmente casar y anular la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza —Sección Primera— con fecha 18 de febrero de 1984, siendo innecesario, ante el acogimiento del meritado primer motivo, el examen del segundo y último basado en el núm. 2 del artículo 849 que se acaba de mencionar.» (S.T.S. de 24 de noviembre de 1986.)

#### **Artículo 535. Apropiación indebida. Retención de impuestos a los trabajadores y ausencia de ingreso en la Hacienda Pública**

«2. Así, pues, la cantidad retenida al trabajador forma parte integrante del salario o jornal y como al Empresario se le concede la facultad y se le impone la obligación de detraer la cuota correspondiente al impuesto al tiempo de verificar el pago desde el momento en que se produce la retención, el importe de la misma, pasa a constituir un patrimonio separado, adscrito a un fin, o, en todo caso, constituye una parte integrante del patrimonio del trabajador avocada a ser ingresada en el Tesoro, por lo que desde ese mismo momento el empresario pasa a poseerla a título de depositario hasta el momento en el que se verifica el ingreso en el organismo correspondiente, de forma que el empresario posee las cantidades detraídas en virtud de uno de los títulos expresamente aludidos en el artículo 535 del Código Penal, pero en todo caso, lo que no puede ponerse en duda es que la posee en virtud de un título de los innominados a los que abarca la fórmula genérica del mentado precepto penal, sin que se pueda entender o admitir que constituya un obstáculo para entenderlo así el hecho de que no hubiere mediado “amotio” o traslado material del numerario, pues basta la adscripción ideal “ex iure domine”, ya que, como es obvio, en nuestro Ordenamiento Jurídico la “tradictio” puede no ser material, hallándose admitida la instrumental o simbólica y la convencional, bajo las dos modalidades, “brevi manus” y “constitum posesorium” cuyo último supuesto es el de autos, en cuanto que el empresario se halla en posesión del dinero a título de dueño y en virtud de la retención se transforma la posesión de la cantidad retenida que de posesión a título de dueño pasa a ser poseedor de cosa ajena, pues en los dos aludidos supuestos, “brevimanus” y “constitum posesorium” no hay desplazamiento material del “corpus” posesionis”, sino que por un acto de voluntad o de dispo-

sición legal, cambia el signo del título en virtud del cual se posee, pasando, en el primer caso, a poseer a título de dueño lo que ya se poseía aunque en virtud de un título menor a la inversa de lo que se produce en el segundo, siendo de observar que, cuando de dinero se trata, dado el carácter de cosa fungible que le caracteriza, la posesión, salvo excepciones, recae sobre un valor y no sobre una cosa concreta y tangible.» (S.T.S. de 24 de diciembre de 1986.)

#### **Artículo 546 bis a). Receptación. Aprovechamiento en beneficio de tercero.**

«**Segundo.** Otra cuestión también intrincada y de difícil y nada pacífica solución, es la que se suscita, cuando, el presunto receptor, aprovecha los defectos del delito en el que no ha participado como autor o cómplice, pero no lo hace para sí, sino en provecho o beneficio de terceros, bien porque se proponga transmitirles, onerosa o gratuitamente, los efectos adquiridos, bien porque, aunque obrando en nombre propio, lo hace por cuenta ajena, como mandatario expreso o tácito del destinatario de los referidos efectos. Dentro de la doctrina científica, unos sectores, afirman que no es solamente aprovechamiento propio o para sí el que redundará en exclusivo provecho del receptor, pues éste puede recibir, las cosas procedentes de un delito contra los bienes, para compartirlas con terceros y hasta para trasladar a los mismos el total disfrute de los efectos receptados, mientras que, para otras corrientes doctrinales, si, el aprovechamiento, lo es para sí, será aplicable el artículo 546 bis a), y si, el mentado aprovechamiento, lo es para otros, el operante será el núm. 1.º del artículo 17. Por su parte, la jurisprudencia, también es, a veces, contradictoria, y así, vgr., la sentencia, de esta Sala, de 6 de marzo de 1961, declaró que, el signo diferencial entre encubrimiento y receptación, radica precisamente en que, el lucro pretendido o logrado, sea ajeno o propio, de tal modo que, en el primer caso, entrará en juego el artículo 17 y, en el segundo, el artículo 546 bis a), mientras que, la sentencia de 30 de septiembre de 1961, considera y reputa receptor al hijo que adquiere efectos sustraídos, a sabiendas de su procedencia ilegítima, como encargado de un establecimiento comercial del que, su padre, era el exclusivo propietario. Pudiéndose resolver la cuestión, ante estas opiniones contradictorias y antagónicas, del modo siguiente: dentro de la frase “para sí” legal, es posible albergar no sólo aquellos casos en los que, el presunto receptor, aprovecha los efectos receptados en beneficio exclusivamente propio, sino también, los supuestos, en los que, siendo él quien personalmente los adquiere, se propone entregarlos, en su totalidad, onerosa o gratuitamente, a otro u otros, así como aquéllos en los que, actuando en nombre propio, sin embargo, lo hace como mandatario, expreso o tácito, de otra persona, proyectando cederle, a ella, el provecho de la ilícita operación. En resumen, la clave de la cuestión, estriba en que, **esos otros**, sean autores o cómplices del delito contra los bienes del que proceden los efectos adquiridos, en cuyo caso operará el artículo 17, o, por el contrario, persona o personas distintas a los autores o cómplices del delito encubierto, en cuyo supuesto será el artículo 546 bis a) el operante, abonando esta tesis, el texto del artículo 546 bis b) del Código Penal, en cuyo precepto se reputa receptor habitual a los gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público, siendo así que, de ordinario, dichos encargados o gerentes, adquirirán los efectos sustraídos, **inmediatamente**, para sí pero, **mediatamente**, para la empresa o titular de la misma a quienes prestan sus servicios.» (S.T.S. de 23 de diciembre de 1986.)



**Artículo 546 bis a). Receptación. Conocimiento de la procedencia de los bienes: elemento cognoscitivo normativo. Precio vil.**

«6. Como uno de los requisitos precisos para la perfección del delito de receptación figura el de conocimiento por parte del infractor de que los efectos que adquiere provienen de anterior acción delictual contra los bienes, información que la jurisprudencia ha venido conceptuando unas veces como elemento subjetivo del injusto y otras —sentencias más modernas— como elemento cognoscitivo normativo o estado anímico de certeza, el cual va más allá de las meras sospechas, suposiciones o conjeturas, sin que sea equiparable al conocimiento exhaustivo y pormenorizado del hecho criminal en cuanto a sus particularidades o circunstancias de fecha, forma o lugar, ni exigirse —como destacan las sentencias de 23 de octubre de 1984, 23 de enero de 1985 y 5 de mayo de 1986— que el sujeto acierte a calificar, con precisión y exactitud y con su **nomen iuris**, la infracción precedente; siendo admisible y válido que los Tribunales de instancia, en las narraciones históricas de las sentencias, se refieran a tan indispensable requisito con las frases “a sabiendas de su ilegítima procedencia”, “con conocimiento de su origen ilícito” y otras similares, verdaderas cláusulas de estilo con las cuales se quiere significar, y se significa, que el agente o agentes, tenían pleno conocimiento de que los efectos aprovechados por ellos procedían de la anterior perpetración de un hecho contra los bienes. Al dejarse constancia en el relato básico de que el procesado «sabía sobradamente» la procedencia de los efectos que adquiriría, ha de estimarse cumplida suficiente y satisfactoriamente la exigencia normativa del tipo de receptación. Lo que se refuerza con las consideraciones que a continuación se consignarán. Procediendo, pues, la *deestimación del motivo*.

7. En el segundo de los motivos del recurso del indicado procesado J. C. se atribuye a la sentencia impugnada no haber declarado el ánimo de lucro en el inculpado, elemento esencial del tipo que se describe en el artículo 546 bis a) del Código Penal. El postrer elemento objetivo o real de dicha infracción deriva del aprovechamiento por parte del receptor de los bienes u objetos del delito antecedente ajeno, aprovechamiento respecto del que basta su potencialidad, ante la abstracta disponibilidad de aquéllos, identificándose con cualquier goce o satisfacción obtenida por el presunto infractor, incluso los meramente contemplativos o los de ulterior liberalidad o beneficencia, llegándose a estimar suficiente por la sentencia de 23 de enero de 1985, anclada en algún precedente jurisprudencial, la tendencia de los mentados efectos sin descargo suficiente que explique satisfactoriamente la susodicha tenencia. Y, desde luego, es constante la doctrina legal, al igual que la científica, en apuntar hacia el precio vil o escaso como signo evidente de la efectiva e indiscutible utilidad proporcionada por el sujeto, sirviendo, a la vez, para reforzar la convicción de que el mismo tenía pleno conocimiento y se hallaba impuesto de la procedencia ilegítima de los bienes u objetos adquiridos. Parecer este sobre la significación y consecuencias del precio mezquino, irrisorio o vil, como viene siendo designado, en el que abundan, entre otras, las sentencias de 25 de mayo y 8 de julio de 1982, 9 de julio y 23 de octubre de 1984, 23 de enero de 1985, 13 de febrero y 5 de mayo de 1986, por citar entre las modernas, todas coincidentes en que la mediación de un precio vil en la operación de compra está delatando el ánimo de aprovechamiento en el receptor. La satisfacción de cuarenta mil pesetas por el suministro de cien gramos de oro en joyas, y de ciento veinte mil pesetas por la muy numerosa relación de objetos y joyas de figuran en el resultando fáctico de la sentencia, revela a las claras, de modo paladino e incuestionable, la intención utilitaria y de aprovechamiento que presidió la actuación del procesado, consciente del origen ilegítimo

de la mercancía ofrecida y de la ocasional ventaja que se le brindaba. Decayendo, en consecuencia, y desestimándose el motivo referenciado.» (S.T.S. de 16 de diciembre de 1986.)

#### **Artículo 565. Imprudencia temeraria. Deber de cuidado interno y externo.**

«1. El primer motivo en que se fundamenta el recurso, acogido al cauce procesal del artículo 849, núm. 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la que se considera indebida aplicación a los hechos declarados probados del párrafo primero del artículo 565 del Código Penal y la correlativa falta de aplicación, igualmente indebida, del párrafo segundo del mismo precepto, por entender el recurrente que su conducta no debió ser calificada como imprudencia temeraria, sino como imprudencia simple como infracción del artículo 27 c) del Código de Circulación. La diferencia entre la imprudencia temeraria y la simple, como consecuencia de la estructura fundamentalmente normativa de la culpa —a diferencia del dolo que es una entidad psicológica— radica en la gravedad que alcanza la infracción de las normas objetivas de cuidado en que toda imprudencia consiste. La existencia o no de una infracción reglamentaria, de la que depende, a tenor del párrafo segundo del artículo 565 del Código Penal, que la imprudencia simple pueda llegar a constituir delito u origine, en su caso, una simple falta, no tiene la menor relevancia para aquella primera distinción puesto que, como ha declarado reiteradamente la doctrina de esta Sala y ha recordado recientemente la sentencia de 24 de febrero de este año, la imprudencia grave no se degrada y pasa a ser leve o simple por el hecho de ir acompañada de una o más infracciones reglamentarias sino que, por el contrario, esta circunstancia confirma, subraya refuerza la gravedad —o lo que es lo mismo, la temeridad— de la imprudencia. La norma objetiva de cuidado, cuya infracción da lugar al tipo culposo de delito, proyecta sus exigencias en un doble y sucesivo nivel de actuación: en primer lugar, impone el “deber de cuidado interno” que obliga al agente a advertir que el acto lícito que realiza crea un riesgo mayor o menor, constituyendo la infracción de este deber la que clásicamente se ha denominado culpa inconsciente, cuya gravedad, por cierto, no es siempre ni forzosamente inferior a la de la culpa consciente; y en segundo lugar, impone el “deber de cuidado externo” que se traduce, cuando la situación de peligro es inevitable, ya que si no lo fuese el deber de cuidado consistiría sencillamente en no crearla, en la obligación de adoptar una forma prudente de actuación, capaz de neutralizar la potencialidad destructiva o lesiva que puede atribuirse a dicha situación. Según este esquema, sobre lo que hay que preguntarse ante el problema que plantea cada caso concreto en que, como consecuencia de una conducta negligente o imprudente, sobreviene un resultado típico, es sobre la gravedad de la infracción del que podemos llamar deber de advertencia, sobre la posibilidad que tenía el agente de elegir una línea de actuación menos arriesgada y, finalmente, sobre la gravedad de la infracción de la norma de prudencia, que llevó a no emplear los medios necesarios para que el peligro inherente a la operación realizada no se concretase en resultado lesivo alguno, bien entendido que, en todo caso, las respuestas a tales preguntas habrán de ser indagadas cuidadosamente en cada supuesto, sin que “a priori” puedan establecerse reglas generales y si tan sólo meramente indicativas, según recuerda la Sentencia de 17 de febrero de este año recordando, entre otras, las de 26 de febrero de 1983 y 2 de enero de 1984. Proyectando ahora las anteriores consideraciones sobre la conducta del recurrente enjuiciada en la Sentencia de instancia —y teniendo a la vista los datos que sobre lo ocurrido proporciona el resultando de he-

chos probados vemos que aquél, maniobrando con un camión en la travesía de una carretera por lugar poblado, circulaba, marcha atrás, desde una explanada situada junto a la ruta y atravesando ésta, hacia una calle existente en la margen opuesta por la que se proponía introducir el vehículo, llevando a cabo tal maniobra —que el conductor menos avisado hubiese definido como peligrosa— sin tener completa visibilidad y sin subsanar esta deficiencia con la ayuda de persona alguna que le pudiese avisar la presencia de algún viandante o la llegada de otro vehículo, no apercibiéndose, por ello, de que una anciana cruzaba en aquel momento la calzada, por lo que la golpeó con la parte trasera derecha de la caja del camión —ángulo que quedaba fuera de su campo de visión— arrollándola seguidamente con las ruedas posteriores y ocasionándole la muerte instantánea, relato que, si bien no nos dice nada concluyente sobre la posibilidad que tenía el recurrente de conseguir su objetivo de forma menos arriesgada y sobre el grado en que cumplió su deber de prever los eventos lesivos, de uno u otro orden, que podrían sobrevenir en tanto no culminase su operación si nos dibuja, con firmes trazos, una grave e inexcusable omisión de lo que cualquier persona medianamente diligente hubiese considerado imprescindible para enervar la objetiva peligrosidad de la maniobra, ésto es, el auxilio de una persona que, desde el exterior del camión, advirtiese a su conductor la eventual necesidad de detener la marcha o avisase a los peatones u otros conductores del imprevisto riesgo que corrían, norma de cuidado dictada por la más común experiencia —no recogida expresamente por cierto, en el artículo 27 c) del Código de Circulación, del que, sin embargo claramente se deduce la absoluta prohibición de iniciar la marcha atrás sin tener suficiente visibilidad por ambos lados— cuya infracción debe ser reputada indudablemente grave, por lo que ha de llegarse a la conclusión de que la imprudencia del recurrente fue calificada correctamente como temeraria. Este primer motivo, pues, debe ser rechazado.» (S.T.S. de 22 de diciembre de 1986.)

