

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

ARTICULO 8.7.ª. ESTADO DE NECESIDAD. DOCTRINA GENERAL

(STS de 8 de abril de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. La eximente de estado de necesidad, nacida en el Código penal de 1848 y reformada en los textos de 1932 y 1944, tiene como requisito básico la propia colisión de derechos, bienes jurídicos o intereses, de manera que haya un peligro real e inminente de un daño grave contra el que se reacciona con un comportamiento objetivamente tipificable como infracción penal. Por otra parte, la jurisprudencia es constante en el sentido de que toda eximente, al igual que toda circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, precisa, para su extimación, de prueba similar a la exigida en relación con los elementos integrantes del propio núcleo delictivo. En el caso examinado bastan esas dos consideraciones para rechazar el doble reproche por la inaplicación de dicha eximente (como completa o, subsidiariamente, incompleta, según los motivos primero y segundo, amparados ambos en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). No sólo el relato fáctico omite toda referencia a la pretendida situación de angustia económica, sino que, según se lee en el tercer «considerando» de la sentencia recurrida, «no consta ni está acreditado en autos que Juan estuviera en paro» y, ciertamente, hasta la existencia de los «tres niños de cortísima edad» en que hace hincapié la impugnación carece de todo apoyo en los hechos probados, intocables e inmodificables por la vía casacional elegida. De otro lado, sabido es el carácter subsidiario que ha de tener la acción cubierta por la eximente, como único medio de eludir el peligro o escapar de la situación de necesidad, sin que el paro laboral sea por sí suficiente para llenar aquel requisito (S. de 7 de mayo y 18 de junio de 1985, 16 de julio de 1986 y 3 de diciembre de 1987), sobre todo cuando no se ha acreditado siquiera el intento de resolver las carencias acudiendo a la Seguridad Social o la Beneficencia (véase por todas la reciente sentencia de 4 de diciembre de 1987), y sin olvidar, por último, que el atraco a un banco, en el que se obtiene un botín de 650.000 pesetas no parece corresponderse con la satisfacción de necesidades vitales inmediatas, más o menos próximas al supuesto contemplado por la doctrina del hurto famélico.

ARTICULO 9.10.^a. REGIMEN PENAL DE LAS ATENUANTES POR ANALOGIA

(STS de 4 de mayo de 1988. Pte. Sr. Jiménez Villarejo)

Primero. En el único motivo de impugnación formalizado en el recurso, amparado en el artículo 849, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción, por inaplicación indebida, del artículo 66 del Código penal, en que se dice ha incurrido el Tribunal de Instancia no imponiendo la pena inferior en uno o dos grados a la correspondiente al delito apreciado, pese a haber reconocido concurrió en el hecho la eximente incompleta prevista en el artículo 9, número 1.º, en relación con el artículo 8, número 1.º, ambos del mismo texto sancionador. Se trata evidentemente de un recurso de imposible acogimiento en tanto reposa en una equivocada lectura de la sentencia que mediante el mismo se combate. Pues, si bien es cierto que la apreciación de una eximente incompleta produce forzosamente los efectos penológicos que los recurrentes pretenden para sí, no lo es menos que, en el caso que nos ocupa, no es posible derivar tales efectos por la sencilla razón de que en la sentencia recurrida no fue la eximente incompleta de enajenación mental la circunstancia atenuante que fue estimada en los procesados, sino la que, por tener análoga significación a las citadas, pudo ser aplicada de acuerdo con el número 10.º del artículo 9 del Código penal, circunstancia ésta que no puede recibir legalmente el privilegiado tratamiento que se regula en el artículo 66 del mismo Código. No existiendo, en consecuencia, en la resolución de la Audiencia el «error iuris» que se le reprocha, es claro que la única respuesta que cabe dar al recurso es su desestimación.

ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. RELACION DE DEPENDENCIA

(STS de 15 de abril de 1988. Pte. Sr. García Miguel)

Segundo. El tercero de los motivos del recurso de la acusación particular se interpone por el mismo cauce procesal que el anterior, y se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 22 del Código penal, por no haber condenado como responsable civil subsidiario a «Fuerzas Eléctricas del Noroeste, S. A.» (FENOSA), más también este motivo ha de decaer por las razones siguientes: Como ya se ha venido declarando reiteradamente por este Tribunal, atendiendo a criterios sociológicos y teleológicos más propios de una jurisprudencia de intereses que de una hermenéutica conceptual, se anticipó primero y siguió fielmente después, el mandato contenido en el número 1.º del artículo 3.º del Código civil, y atendiendo a la realidad social del momento, vino ensanchando con criterio progresista y de amplio contenido social, para proteger a las víctimas de los crecientes riesgos producto de los avances técnicos e industriales de la vida moderna, el ámbito de aplicación del artículo 22 del Código penal, llegando a un *prudente objetivismo*, pero sin llegar a consagrar una radical objetivización que no permite la normativa todavía en vigor, por ello no ha llegado nunca a sancionar supuestos en los que no hay *relación de dependencia* o servicios entre el autor de la infracción criminal y el supuesto responsable civil subsidiario, como aconteció en el presente caso en el que el autor material del hecho punible que

fue condenado en la sentencia recurrida como dependiente de la empresa «Montajes Madrid», que según el resultado de hechos probados era la empresa a la que había adjudicado la obra de Comisión Provincial de Servicios Técnicos, por lo que, como acertadamente se dice en la resolución recurrida no tenía la menor relación con FE-NOSA, faltando, pues, el elemento básico de la responsabilidad subsidiaria.

ARTICULO 61.5ª. ATENUANTE CALIFICADA. DESGRAVACION. DISCRECIONALIDAD

(STS de 4 de abril de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Unico. El único motivo del presente recurso, en el que, con apoyo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la aplicación errónea de la **regla 5.ª del artículo 61 del Código penal**, en relación con la atenuante 8.ª de su artículo 9.º, no puede prosperar. **Es revisable en casación el juicio sobre la calificación o no de la atenuante** (SS. de 25 de octubre y 2 de noviembre de 1961, 16 de octubre de 1968, 20 de enero, 22 de marzo y 10 de mayo de 1976, 20 de enero de 1985, 20 de mayo de 1986 y 25 de septiembre de 1987), **pero escapan de tal control tanto la rebaja misma de la pena en uno o dos grados** (SS. de 6 de julio de 1962, 26 de diciembre de 1969, 20 de enero de 1976, 18 de enero de 1977, 4 de mayo y 17 de diciembre de 1981 y 5 de mayo de 1986, frente a la fallida tendencia favorable a la imperatividad de la rebaja, recogida, quizá por razones históricas, pero contra el tenor literal del precepto, en las SS. de 7 de mayo de 1962 y 18 de enero de 1965), **como la elección entre aquellos grados** (SS. de 18 de enero de 1977, 30 de enero de 1982, 8 de febrero de 1984 y 25 de septiembre de 1987), **al igual que sucede también en lo que atañe a la aplicación de grado dentro ya de la pena degradada** (SS. de 21 de febrero y 15 de marzo de 1982 y 5 de junio de 1986). Conforme a lo dicho, la individualización penal realizada por el Tribunal de Instancia, es decir, la rebaja en un grado de la pena de reclusión menor correspondiente al autor de un delito de homicidio consumado, y la determinación última de la sanción en el dintel del grado mínimo de la prisión mayor, se enmarca dentro de la discrecionalidad absoluta que le concede la repetida regla 5.ª del artículo 61 del Código penal.

ARTICULO 66. EXCLUSION DE LAS REGLAS GENERALES DEL ARTICULO 61

(STS de 23 de febrero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. El argumento anterior sería innecesario, además, si se entendiera, como aquí expresamente se hace, que **las reglas del artículo 61 del Código penal no juegan ya dentro de la pena rebajada en uno o dos grados a tenor del artículo 66 de dicho texto lega**. Ciertamente es que la jurisprudencia ha venido estimando que esa pena degradada actúa después con una cierta autonomía, de forma que le serían de aplicación las disposiciones generales para determinar el grado de imposición final (SS. de 18 de enero de 1973, 15 de noviembre de 1976, 1 de julio de 1980, 19 de diciembre de 1981, 17 de junio, 10 de julio y 21 de noviembre de 1986 y 18 de noviembre de

1987, por citar sólo algunas), pero también lo es que la posición contraria, de la que no faltan ejemplos jurisprudenciales (así, las SS. de 25 de mayo de 1973, 30 de enero de 1974 y 15 de octubre de 1981) cuenta a su favor con algunos argumentos difícilmente rebatibles: A) La interpretación histórica, por cuanto el artículo 73 del Código de 1848 sólo preveía la aplicación de la pena inferior en un grado, de modo que la frase «imponiéndola en el grado que los Tribunales estimen correspondiente» se refería ya, *sin la menor duda, a los grados internos de esa pena inferior. El texto se mantiene fundamentalmente en el Código penal de 1870, si bien en éste, como en los de 1932 y 1944, el Tribunal pueda optar entre rebajar la pena inicial en un grado o en dos.* B) Pese a la confusa redacción del artículo a partir de 1870, la exégesis gramatical permite concluir que esa referencia final al «grado que los Tribunales estimaren convenientes» sólo cobra sentido en sus propios términos, o sea como oración complementaria y circunstancial de la principal, que es precisamente la que gira sobre el verbo «aplicar» y obliga a imponer la pena inferior en uno o dos grados. La doctrina suele aceptar sin reservas que tanto la interpretación histórica como la gramatical apuntan en la misma dirección aquí defendida. C) **El amplio arbitrio judicial para rebajar la pena en uno o dos grados se compagina mal con las minuciosas reglas del artículo 61 del Código penal, diluyéndose éstas en aquel marco de mayor discrecionalidad. Lógicamente, la elección debe operar sobre una penalidad representada en línea continua —sin quiebra o vacíos inexplicables— que se corresponda con la gravedad, también ininterrumpida, de las innumerables modalidades y matices con que la conducta criminal puede manifestarse.** Resulta inaceptable que, supuestas la concurrencia de una atenuante ordinaria en un homicidio (amén de la eximente incompleta), el Tribunal haya de optar entre el grado mínimo de la prisión mayor y el de la prisión menor, prescindiendo de los grados máximo o medio de ésta. Con tal proceder, se será frecuentemente injusto, unas veces por exceso y otras por defecto. Cabe decir que el Derecho —también el penal, y más exactamente el que atañe a la individualización punitiva— tiene, como la física, horror al vacío. Y D) La conclusión alcanzada para el artículo 66 coincide en sus efectos con la admitida expresamente en los supuestos de la regla 5.ª del artículo 61 del repetido Código penal.

ARTICULOS 112.6.º y 113. PRESCRIPCIÓN DEL DELITO. PARALIZACIÓN DE LA CAUSA. INJURIAS

(STS de 25 de abril de 1988. Pte. Ruiz Vadiello)

Tercero. En estas circunstancias es procedente examinar el instituto de la **prescripción**, su naturaleza y contenido y el perfil que a la misma ha dado la jurisprudencia de esta Sala.

En términos generales la prescripción consiste en la exclusión de la pena impuesta o a imponer por el transcurso del tiempo. Se trata, en definitiva, de una renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado por el paso del tiempo, teniendo en cuenta que por esta sola circunstancia la razón de la persecución se debilita o extingue y los fines de la pena resultan ya inalcanzables. En este sentido la doctrina científica se refiere a los principios específicos del Derecho penal (mínima intervención, correlato delito, necesidad de reacción social, efectos sobre el condenado, etc.) y la incidencia que sobre ellos ejerce el tiempo. Todavía hay

que agregar que para algunos autores el transcurso del tiempo no sólo deja de justificar la persecución, sino que ésta se transforma en inconveniente.

El Código penal distingue la **prescripción del delito**, es decir, de la acción para perseguirlo y de la **pena** una vez impuesta ésta e incluso comenzada a ejecutar y señala para el delito de injuria la prescripción de seis meses, sin duda en función de la especial naturaleza de esta infracción penal.

Por otra parte, como dice la sentencia de esta Sala de 5 de enero de 1988, constituye doctrina consagrada la de que **la prescripción debe ser estimada, concurrentes los presupuestos sobre los que se asienta** —paralización del procedimiento y lapso de tiempo correspondiente—, **incluso aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales** en aras de evitar la condena de una persona que por especial previsión y expresa voluntad de la Ley tiene extinguida la posible responsabilidad contraída pudiendo ser proclamada de oficio. Toda la doctrina de esta Sala, 1 de febrero de 1968, 31 de mayo de 1976, 22 de febrero de 1985, 21 de septiembre de 1987, 27 de junio de 1987, se inclina básicamente a través de una evolución paralela y profunda en orden a una importante aproximación y cuasi identificación de la prescripción penal con la caducidad, aplicable a instancia de parte o de oficio, para los delitos públicos y los privados, sin otras exigencias que las que de manera expresa aparecen en el Código penal. Se trata efectivamente de un **problema de legalidad ordinaria**, como ha declarado la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 1987, que obliga, sin duda a apreciar la prescripción, por encima de posibles deficiencias procesales, tan pronto como las exigencias de derecho sustantivo se han producido, porque de no hacerlo se faltaría al principio de coherencia político-criminal que preside la institución, dado que sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines de más alta trascendencia y significación que informan al Derecho punitivo y a la pena son ya incumplibles. Así las cosas, si la providencia de 23 de mayo de 1984 (al folio 18 del rollo de la Sala de instancia) ordena hacer entrega de la causa para el trámite de calificación al Procurador señor Martorell en la representación que ostenta del querellante y la calificación se formula el 20 de febrero de 1985 (al folio 20) es obvio que entre una y otra resolución **la causa estuvo paralizada casi nueve meses**. Incluso si se constatan las diligencias de las comunicaciones, entregas y devoluciones a las que ya se ha hecho referencia, el resultado es el mismo. Desde el 23 de mayo de 1984 hasta el 7 de febrero de 1985 en que se comunica la causa al procurador querellante, el término transcurrido también excede con mucho de los seis meses aun descontando como hay que hacerlo el término concedido para calificar.

En su virtud, procede casar la sentencia y declarar la extinción de la responsabilidad criminal dimanante de esta causa en virtud de lo dispuesto en el artículo 112.6 del Código penal en relación con el 113, párrafo 4, y 115 (sic.) del mismo texto legal sin perjuicio naturalmente de las acciones que puedan ser ejercitadas en otra vía por el querellante si a su derecho conviniere y fueran procedentes.

**ARTICULOS 231 y 236. ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD.
ACTITUD INTIMIDANTE EN LA HUIDA**

(STS de 21 de abril de 1988. Pte. Sr. Huerta y Alvarez de Lara)

1. Es doctrina reiterada de esta Sala que para distinguir la conducta delictiva de simple resistencia a la autoridad o a sus agentes, tipificada en el artículo 237 del Código penal, de la resistencia grave, activa o agresiva, constitutiva del delito de atentado del número 2.º del artículo 231 del mismo Cuerpo legal, los Tribunales valorarán en cada caso el grado o la intensidad de resistencia ofrecida por el sujeto, y en el caso enjuiciado, según aparece del relato de hechos, el procesado mostró una voluntad decidida y maliciosa de no acatar y cumplir las órdenes o mandato de los agentes de la autoridad cuando le pidieron que se identificara, al emprender la **huida** corriendo, lo cual tan sólo constituía una **infracción penal de carácter leve**, pero, siguen diciendo los hechos probados, al oír las pisadas de un Policía Nacional que le perseguía, para tratar de asustarle, le **encañonó con una escopeta** de cañones recortados que portaba, lo cual supone ya un **acto de intimidación grave** y trascendente de resuelta rebeldía, frente al desenvolvimiento de los agentes de la autoridad en el ejercicio legítimo de sus funciones, por lo que procede estimar el recurso del Fiscal, en el que al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciaba la no aplicación del artículo 231 del Código penal, todo lo cual obliga a dictar sentencia segunda más ajustada y conforme a derecho.

**ARTICULOS 231 y 236. ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD.
DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO**

(STS de 31 de mayo de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Procede desestimar el único motivo del presente recurso por cuanto, si bien el delito de atentado a agente de la Autoridad requiere, conforme a los artículos 231.2.º y 236 del Código penal y a su exégesis jurisprudencial, no sólo un determinado **comportamiento objetivo** —aquí representado por el acometimiento consistente en golpes que produjeron heridas a dos de los tres policías contra los que se resolvió en su huida el acusado—, sino también un verdadero **elemento subjetivo del injusto** o ánimo tendencial de menosprecio hacia el principio de autoridad, es lo cierto que, sabido el carácter de Autoridad, agente de la misma o funcionario público que ostenta la persona atacada (extremo no discutido siquiera en esta impugnación), y a salvo supuestos especiales, como los de la grave extralimitación en el ejercicio de las funciones públicas o actuación a título particular, quien agrede conociendo aquella condición acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por **dolo directo de segundo grado**, según puede verse, por ejemplo, en las sentencias de 10 de julio y 14 de septiembre de 1986 y 1 de junio de 1987. Los razonamientos anteriores sirven también para rechazar la pretendida aplicación del artículo 237, en lugar de los citados más arriba, pues de un lado, aquel precepto se halla en relación expresa de **subsidiariedad** respecto al atentado, y de otro, la conducta del ahora recurrente superó

con mucho las modalidades pasivas de desobediencia o resistencia no grave, e incluso, la de resistencia grave (contemplada ya en el atentado), para, saltando incluso por encima de la intimidación (recogida igualmente en el artículo 231.2.º), concretarse en una agresividad física que afecta a la salud o integridad física de los referidos agentes.

ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. COOPERACION NECESARIA

(STS de 18 de abril de 1988. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. 1.º El Ministerio Fiscal en su recurso, que se articula en un solo motivo, por infracción de Ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plantea ante esta Sala la resolución de una de las cuestiones más difíciles y arduas de la dogmática penal: la distinción entre cooperador necesario y cómplice de un delito de tráfico de drogas. La inculpada no es, como por error de transcripción aparece en el fallo de la sentencia impugnada, Concepción Martínez Palma, sino Concepción Antúnez Palma, según resulta de la causa y del encabezamiento de la propia sentencia. En realidad, el Ministerio Fiscal la cuestión expuesta la propone como alternativa, ya que en primer lugar considera infringido, por no aplicación, el artículo 14.1.º del Código penal en relación con el 344, 1.º y 2.º.

2.º Concepción Antúnez Palma fue condenada, como cómplice, de dos delitos: de contrabando y contra la salud pública. Y el Ministerio Fiscal sólo recurre la calificación del segundo en lo que a la codelinuencia afecta. Según el hecho probado, tres marroquíes desembarcaron el 1 de agosto de 1986 en lugar próximo a Torremolinos 227, 500 kilogramos de hachís, que habían transportado desde Marruecos, y sobre las 4 horas de la madrugada del mismo día el cargamento lo trasladó uno de ellos «al domicilio de Concepción Antúnez (**rectius:** Antúnez) Palma y su esposo sito en la calle Capitán Eliseo, número 13, Bda. de la Milagrosa, donde fue intervenido por la Policía, que comprobó el perfecto conocimiento que la última procesada tenía de que los paquetes intervenidos contenían aquella sustancia». En el Fundamento de Derecho primero se complementa que Concepción «a sabiendas de la ilegalidad de su conducta cooperó a la ocultación de la droga en beneficio de los demás traficantes», y en el segundo se añade que responde criminalmente «en concepto de cómplice, pues sus actos simultáneos de cooperación no aparecen indispensables para la realización de los actos delictivos de los demás».

Autor, en sentido propio, es el que ejecuta (directamente) el hecho, que se integra por la posesión de drogas para traficar. El que posee drogas para traficar es el autor ejecutor del delito previsto en el artículo 344 del Código penal, en sentido estricto: conducta que el legislador regula en el número 1.º del artículo 14. El recurrente reconoce «que no resulta afirmado en la sentencia, ni es probable que se ajuste a la realidad, que Concepción tuviera el propósito de realizar por sí misma el tráfico respecto de los últimos adquirentes». Ha de añadirse que ni siquiera de ulteriores adquirentes. Aún más: de ningún adquirente. Claramente lo manifiesta el Juzgador de instancia: **la conducta de la procesada consistió en ocultar las drogas que poseía «alienonomine»— en beneficio de los demás traficantes.** No es posible considerarle por ello autora principal del número 1.º

del artículo 14 del Código penal: **no poseyó droga para traficar, sino para que los otros traficasen. No fue, pues, autora directa de un delito de tráfico de drogas.**

3.º El cooperador necesario y el cómplice no toman parte directa en la ejecución del hecho. Participan en el ejecutado por otro. Sin la participación del primero, el hecho no se hubiese ejecutado. Sin la participación del segundo, sí.

Es evidente que **no resulta fácil sustituir la colaboración prestada por Concepción Antúnez.** A las cuatro de la madrugada no son muchas las viviendas que abren sus puertas. Y menos aún las que «conociendo sus moradores la clase de objeto— facilitan el depósito de unas cantidades tan elevadas. Concepción presó una colaboración sustancial en la ejecución del delito. **Fue una pieza esencial, con dificultad fungible.** Su conducta se integra en el número 3.º del artículo 14 del Código penal.

ARTICULO 321. INTRUSISMO. DOCTRINA GENERAL. ARQUITECTO Y DELINEANTES

(STS 21 de abril de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primer. En el artículo 321 del Código penal se describe y pune una figura delictiva denominada usurpación de calidad y que, comúnmente, se conoce con el nombre de intrusismo profesional, constando, el precepto mencionado, tras la reforma penal de 1961-1963, de un tipo básico, en su primer párrafo, y, de un tipo cualificado, definido en su párrafo segundo; se trata de una infracción **formal o de mera actividad**, pues no precisa, para su perfección, de un resultado determinado, de **mero peligro** e integrante de **falsedad personal**, constituyendo un ejemplo de las denominadas leyes penales en blanco y preceptos punitivos incompletos, puesto que, independientemente de las penas que el artículo 321 señala, una gran parte de los elementos o requisitos de la infracción se hallan ausentes de la descripción penal y han de tomarse de preceptos extrapenales, generalmente de naturaleza administrativa, preceptos, nacionales e internacionales, que norman las funciones propias y características de determinadas profesiones, así como las condiciones y requisitos que habilitan para la obtención del título oficial que faculta para su ejercicio, título que puede estar reconocido legalmente o mediante convenio internacional. **Sujeto activo**, de la infracción estudiada, lo puede ser cualquiera que sea imputable y que ejerza los actos propios de una profesión, sin hallarse en posesión, ni haber obtenido, el correspondiente título oficial y habilitador, y sujetos pasivos lo son, de un lado, el Estado, el cual se reserva la potestad de conceder los referidos títulos, previos los estudios y haber cursado las disciplinas prevenidas y tras superar las pruebas oportunas, trasgrediendo, el infractor, lo legislado al respecto, desde el momento en que, no hallándose en posesión del título, ni habiendo cursado las enseñanzas y superado exámenes y pruebas, ejerce fraudulentamente los actos propios de una profesión para cuyo ejercicio carece de la habilitación legalmente regulada, de otro, los pertenecientes a la profesión de que se trate, los cuales ven cercenados y limitados sus derechos profesionales, sus emolumentos y el ámbito de su actuación profesional, por la

actuación de usurpadores que ejercen, los actos propios de esa rama profesional, sin haber obtenido el título oficial correspondiente, y, finalmente, la sociedad, para la cual es nocivo y perjudicial que personas ignaran e indoctas, que no han demostrado su suficiencia, ni se hallan capacitadas para el ejercicio de profesiones señeras, reglamentadas legalmente, efectúen de hecho los actos propios de las mismas con los riesgos y peligros inherentes. A propósito de esta figura delictiva, este Tribunal, en sentencias de 16 de abril de 1970, 27 de abril de 1972, 20 y 29 de enero y 19 de octubre de 1973, 2 de marzo, 8 de junio y 19 de diciembre de 1974, 28 de junio de 1975, 23 de febrero y 23 de marzo de 1983 y 4 de marzo de 1988, entre otras muchas, partiendo de la pluralidad de la expresión legal —«El que ejerciere **actos propios** de una profesión...»— ha declarado que para la perfección de la figura analizada no basta la comisión de un acto aislado perteneciente a una profesión cuyo ejercicio requiere la previa posesión de título oficial, puesto que dicho acto aislado y solitario puede constituir actuación de «mera benevolencia», sino que es menester una conducta profiada, persistente y continuada, llegando a exigir algunas de las citadas resoluciones, sin duda con exageración notoria, que, el sujeto activo, realice los mentados actos de modo habitual y hasta profesional. Sin embargo, las sentencias, también de esta Sala, de 21 de abril de 1969, 5 de junio de 1975, 26 de diciembre de 1981, 28 de septiembre de 1982 y 23 de enero y 19 de noviembre de 1984, sin perjuicio de declarar que es indispensable, una cierta «*assiduitas*», como soporte eficaz del injusto típico sentaron la doctrina conforme a la cual, la dinámica comisiva propia de esta infracción no requiere habitualidad y puede consistir, indiferentemente, en la realización de actos de ejercicio continuado o en la perpetración de un solo acto de condición momentánea, siempre que sea específico, idóneo y característico de la profesión presuntamente usurpada, añadiendo que, el requisito de la culpabilidad será de dudosa concurrencia en las actuaciones aisladas, de mera complacencia, emergentes o de uso y sin la contraprestación económica correspondiente y que lleva consigo el ejercicio profesional, cuyas actuaciones deben reputarse atípicas. Además, la sentencia de 20 de septiembre de 1985 se refirió a actos porfiados de ejercicio de la medicina, la de 3 de octubre del mismo año analizó un caso de actuación habitual y remunerada y las de 18 de octubre y 19 de diciembre de 1985, insistieron en que la dinámica comisiva típica de la infracción analizada no es preciso que sea habitual y que, por consiguiente, puede consistir, indiferentemente, en el ejercicio continuado o en un simple acto aislado siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, si bien, las actuaciones esporádicas, emergentes, de amistad o de mera complacencia, sin contraprestación, son atípicas e impunes. En resumen, este Tribunal, dentro de la variedad de las sentencias citadas, admite tanto la continuidad de actos propios de una profesión ajena, como la perpetración de un solo acto, pero, en este último caso, requiere, además de su idoneidad, que no sea esporádico, de amistad, de uso, de complacencia, emergente y gratuito.

Segundo. En el caso controvertido, prescindiendo de una legislación incompleta, fragmentaria y que no establece un nítido deslinde entre los actos propios de la profesión de doctor arquitecto o de la de aparejador o arquitecto técnico y los característicos de la profesión de delineante, lo cierto es que estos últimos tienen como misión propia y peculiar, semánticamente, la de trazar o levantar planos, así como la de representar, material y gráficamente, proyectos de cons-

trucción o de ejecución realizados por otros profesionales de superior rango y de más elevada titulación, no figurando, entre las funciones propias de esta profesión, las de diagnosticar el estado de los edificios y disponer o expresar la terapéutica adecuada para subsanar deficiencias por ellos verificadas. Esto, no obstante, **en el caso presente, el acusado delineante, que determinó el origen de las humedades de un edificio y, por escrito, expresó las medidas que habían de adoptarse para la eliminación de tales humedades, no cometió el delito de intrusismo profesional** a que se refiere el párrafo primero del artículo 321 del Código penal, y ello no porque se tratara de una actuación aislada y esporádica y no de una conducta porfiada y persistente, sino **porque procedió por amistad con el Presidente de una Comunidad de copropietarios de pisos por mera complacencia y con buena voluntad y sin percibir honorarios o contraprestaciones de clase alguna, lo que elimina el indispensable requisito de la culpabilidad**, cuyos elementos, cognoscitivo y volitivo, no se evidencian a lo largo de la narración histórica de la sentencia de instancia, donde ni late, ni aflora, ni fluye el propósito indispensable de usurpar las funciones y la calidad de otras profesiones, cercenándoles el ámbito de su misión específica y disminuyendo sus posibilidades de actuación profesional y la percepción de consecutivos honorarios.

Tercero. En lo que respecta al comportamiento del Presidente o Decano y del Secretario de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Delineantes de la Provincia de Pontevedra, los cuales visaron el informe escrito redactado por el otro acusado y que se aportó al litigio que la comunidad antedicha, entabló con el promotor del edificio de autos, no hay duda de su atipicidad y de que no constituye ni autoría material, ni cooperación necesaria —números 1.º ó 3.º del artículo 14 del Código penal—, puesto que el referido visado no tendió, como certeramente declara la Audiencia de origen, a reformar o potenciar la eficacia del informe, sino simplemente a dotarle de cierta autenticidad y a acreditar que el informante era miembro colegiado del referido organismo profesional, lo que dista muy mucho de solidarizarse con el contenido del susodicho informe o de identificarse con un acto cuya competencia podía no corresponder al delineante informante. Procediendo, por virtud de todo lo expuesto, en este fundamento, y en los anteriores, la desestimación conjunta de los dos motivos único de los recursos interpuestos por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos de Galicia y por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de la provincia de Pontevedra, respectivamente, amparados, uno y otro, en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 321 del Código penal.

ARTICULO 334. TRAFICO DE DROGAS. POSESION EN AGUAS JURISDICCIONALES. CONSUMACION. CONTRABANDO. CONSUMACION

(STS de 26 de marzo de 1988. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. El recurso se interpone por un solo motivo, por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 344 del Código penal, y no aplicación del

artículo 3.3, en relación con el artículo 52 del mismo texto legal, al no considerar la existencia de tentativa como grado de autoría en la participación en los hechos (sic.). En contradicción con ello se añade a continuación que el Tribunal sentenciador calificó como delito sin serlo los hechos que declara probados, que la posesión de la substancia no implica que se destine al tráfico, y que no se localizó a la persona encargada de la posterior difusión de la mercancía.

La vía elegida por el recurrente —que una varios motivos en uno, lo que debería haber producido su inadmisión— le obliga al total respeto de los hechos probados. Y, según estos, **el procesado se encontraba a bordo de una embarcación, dentro de las aguas jurisdiccionales españolas**, en las proximidades de la costa, y al ser detectado por los servicios de vigilancia aduanero comenzó a arrojar bultos al mar, de los que se recuperó uno tan solo. Otros dos se encontraron en la embarcación. Los tres contenían un total de 75 kilogramos de hachís, que pretendían desembarcar, al recibir señales desde tierra, para su distribución y venta.

La posesión de una cantidad de droga que excede de la dedicada al propio consumo se estima, según doctrina constante de esta Sala, destinada al tráfico. Es evidente, por ello, que 75 kilogramos de hachís es posesión para traficar. Y cantidad de notoria importancia, ya que supera, y con creces, el kilogramo en que suele colocarse al límite para apreciar la agravación inherente al elemento normativo de la importancia notoria. **Por estructurarse la figura como un delito de peligro, no hace falta que el tráfico se produzca para que la conducta se consuma.** Basta que la substancia se posea con la finalidad de traficar, lo que en el caso que se analiza obviamente ocurre.

El delito de contrabando también se ha consumado: ya que el hachís, género prohibido, se había importado clandestinamente en las aguas jurisdiccionales españolas, eludiendo los controles aduaneros.

ARTICULO 420.3.º. DEFORMIDAD DOCTRINA GENERAL. TABIQUE NASAL

(STS de 26 de mayo de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. El concepto jurídico de **deformidad**, que no coincide exactamente con el sentido o significación médico-legista del vocablo, equivale a toda irregularidad física, visible o permanente, o bien el estigma o tara fisiológica, consecutivos o residuales respecto a lesiones anteriores, y que sin convertir al sujeto pasivo en un monstruo, adefesio o esperpento, le hace pender su aspecto periférico normal, de un modo perceptible o apreciable «de visu», afectando a su anatomía externa, y no a su intelecto, de manera duradera, sin que el transcurso del tiempo subsane el defecto de que se trata, pudiendo recaer la imperfección en el rostro o en el resto del cuerpo, y que pueden consistir en cicatrices, pérdida de sustancias, de cabello, o piezas dentarias, costurones, manchas, malformaciones, claudicación, etc., como en general cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su natural conformación anterior al hecho delictivo, siendo intrascendente, la edad, sexo o profesión del sujeto pasivo, ya que **toda persona tiene derecho a un aspecto no repulsivo, o**

que resulte ser **disforme o imperfecto, como consecuencia de un acto agresivo**, pudiendo influir aquellos datos en supuestos de casos confusos o límites, por la poca extensión o perceptibilidad de estigma, y en *quantum* de la indemnización —cfr. SSTs de 11 de abril, 18 de noviembre y 1 de diciembre de 1986, 15 de abril, 1 de junio, 15 de septiembre y 27 de noviembre de 1987.

En relación con la nota de **permanencia**, una antigua sentencia de 5 de mayo de 1984 parificaba lo permanente con lo irreparable por la acción constitutiva de la naturaleza, y más recientes declaraciones —SS. 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 añadían que **las secuelas de las lesiones deben ser las apreciadas en el momento de juzgar 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 nunca ofrece todas las garantías de éxito y envuelve un riesgo personal. Este criterio jurisprudencial arranca de lejanas resoluciones de este Tribunal y se ha aplicado a la cirugía plástica, en sentencias de 5 de mayo de 1980, 30 de mayo de 1983, 21 de enero de 1985 y 18 de noviembre de 1986.

Tercero.—Es, pues, innegable, conforme a la doctrina expuesta, aplicable íntegramente al caso enjuiciado, que las lesiones causadas por el recurrente, pueden incardinarse perfectamente en el número 3.º del artículo 420 del Código penal, por el que fue condenado por la Audiencia Provincial, tanto por el **desvío del tabique nasal visible**, y **consecuente dificultad respiratoria**, que pueden padecer determinadas personas, pero que no es válido alegar la generalidad de tal anomalía, cuando la misma tiene un origen violento, por la acción agresiva de alguien, como por el **movimiento de la pirámide o caballete de la nariz**, a causa de la fractura del etmoides, igualmente apreciable externamente, que llevan ambas lesiones, a una irregularidad física, externa, y duradera, aunque sean susceptibles de subsanación quirúrgica, por entrañar jurídicamente una deformidad, que le hace caer en el ámbito del número 3.º del artículo 420 aludido, todo lo cual hace decaer el motivo.

**ARTICULO 452 BIS D). PROSTITUCION. TERCERIA LOCATIVA.
ENCARGADA. EXCESO EN LA LEGISLACION DELEGADA**

(STS de 25 de abril de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Segundo. La figura del encargado de los locales en los que se ejercita la prostitución no se menciona en la Base novena de la Ley de 23 de diciembre de 1961 que dio origen a la redacción vigente de los delitos relativos a la prostitución y concretamente del artículo 452 bis d), primer párrafo, del Código penal, y planteando el alcance de la llamada legislación delegada respecto a la Ley de Bases de que dimana y el tema del control judicial de la norma delegada desprovista de cobertura, la sentencia de esta Sala, de 2 de julio de 1980, cuestionando estos puntos en el ámbito de la legislación penal, aludía al principio de legalidad,

a la interpretación estricta de los tipos penales y la violación del principio de rango o de jerarquía normativa proclamado actualmente en el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 cuando el precepto penal va más allá de lo permitido por la Ley de Bases o delegante, añadiendo que de acuerdo con los principios informantes de los Convenios Internacionales y la legislación abolicionista, se castigará a los dueños, gerentes, administradores y personas que participen, a sabiendas, en la financiación de locales en los que se ejerciere la prostitución o corrupción, así como a las personas que **sirvieran** a los mencionados fines, pero tal mandato no fue trasladado con entera fidelidad al número primero del artículo 452 bis d) del Código penal, texto de 1963, puesto que añade al dueño, gerente y administrador, la del «encargado» del local que no figura en la Base mencionada, por lo que **la conducta** de este último **debe ser degradada, a efectos penales, a la inferior de persona servidora del negocio**, mencionada en el párrafo segundo del precepto citado. Ahora bien, impuesta al recurrente la pena privativa de libertad y la privativa de derechos (inhabilitación especial) en el límite inferior del grado mínimo de la prisión menor, y estando la pena pecuniaria dentro de los límites prevenidos (vid. artículo 63 del Código penal), el motivo segundo carece de practicidad casacional y debe ser desestimado.

ARTICULO 487. ABANDONO DE FAMILIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 20 de abril de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

1.º El delito de abandono de familia, previsto y penado en el artículo 487 del Código penal, como lo demuestra su incardinación en el Título XII del Libro II del referido Cuerpo legal, constituye una infracción contra la libertad y seguridad y, dentro de esta categoría delictiva, un hecho punible que atenta contra las instituciones familiares, siendo, asimismo, un delito **permanente**, de **omisión** del cumplimiento de ciertos deberes impuestos normativamente, **semipúblico**, pues sólo puede perseguirse previa denuncia de la persona agraviada, o, en su caso, del Ministerio Fiscal, extinguiéndose la acción penal por el perdón expreso o presunto del ofendido, cuyo perdón, previa audiencia del Ministerio Público, necesitara, para ser eficaz, la aprobación del Tribunal competente, y, finalmente, la descripción legal de esta infracción, supone paradigma o ejemplo de las denominadas **leyes penales en blanco** o preceptos punitivos incompletos, puesto que, una gran parte de sus elementos típicos no se hallan en el mencionado artículo 487, el cual ha de integrarse o completarse con el contenido de preceptos extrapenales, tales como los artículos 66, 67 y 68, 154 y 269, entre otros, del Código civil. **Sujeto activo** del delito analizado, lo puede ser quien, siendo imputable, ostente la calidad de cónyuge, la patria potestad, o sea tutor, mientras que, **sujeto pasivo** lo pueden ser cualquiera de los consortes, los hijos o descendientes menores o incapacitados para el trabajo, los ascendientes necesitados —véase párrafo segundo del artículo 487—, y, por último, los pupilos, esto es, las personas sujetas a tutela. La dinámica comisiva, mejor diríase, **dinámica omisiva**, radica en dejar de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes de asistencia de naturaleza económica o no, inherentes al matrimonio, a la patria potestad o a la tutela, deberes que se concretan, precisamente, en los preceptos extrapenales y de índole civil antes

mencionados, siendo indispensable además, para la perfección de la figura estudiada, que el incumplimiento de los deberes familiares obedezca o responda a cualquiera de estas causas generantes: el abandono malicioso del domicilio familiar o la conducta desordenada del cónyuge, del que ostenta la patria potestad o del tutor, habiendo sido, este Tribunal, quien, mediante las sentencias de 14 de febrero de 1974, 9 de mayo de 1975, 7 de febrero, 7 de abril y 30 del mismo mes de 1976, 8 de marzo de 1977, 14 de diciembre de 1978, 20 de marzo de 1979, 5 de diciembre de dicho año, 22 de febrero y 27 de octubre de 1980, 2 de junio de 1982, 23 de noviembre del mismo año, 18 de mayo de 1987 y 5 de abril de 1988, entre otras muchas, no sólo ha concretado lo que debe entenderse por conducta desordenada, sino que ha interpretado la expresión legal, «abandonare maliciosamente» precedida de la conjunción condicional, «si», las cuales equivalen a ausencia definitiva, o, al menos, persistente y prolongada, del lugar de residencia habitual de la familia, ausencia intencional o de propósito, encaminada, directa o indirectamente, como *finalidad próxima o remota*, a exonerarse del cumplimiento de los deberes inherentes al matrimonio a la patria potestad o a la tutela, sin que, para ello, exista causa o razón que lo justifique y legitime.

2.º En el caso enjuiciado, y tal como se describe en la narración histórica de la sentencia de instancia, el acusado, casado desde 1976, y con dos hijas, fruto de la citada unión, en el mes de enero de 1981, cuando las niñas tenían cinco y dos años, respectivamente, se ausentó, de modo definitivo, del domicilio familiar, sin que, desde entonces, haya tenido el menor contacto con su esposa e hijas, a las cuales no sólo no ha ayudado, ni material, ni espiritualmente, sino que no las ha vuelto a ver. Y habiendo sido condenado el acusado como responsable, en concepto de autor, de un delito de abandono de familia, contra la sentencia condenatoria, formaliza un solo motivo de casación, en cuyo desarrollo sostiene de un lado que el abandono del hogar obedeció a desavenencias conyugales y a dificultades económicas y, de otro, que no se ha acreditado que si dejó de cumplir sus deberes familiares lo fuera **puediendo hacerlo**; a lo que puede replicarse, en primer lugar, que las desavenencias conyugales o las dificultades económicas sólo hipotéticamente las admite, la Audiencia de origen, en el primer considerando de su resolución definitiva, y, de todos modos, si podrían explicar la ruptura con la esposa, nunca podrían justificar el desentendimiento, completo y absoluto, de sus deberes paterno-filiales, contraídos respecto a sus hijas, y, en segundo término que la falta de medios económicos o la penuria del acusado, alegadas pero no acreditadas de modo alguno, podrían servir de destipificación de su conducta, respecto a ciertos deberes como los de alimentar a su esposa e hijas, pero no obstante no se oponen al cumplimiento de otros deberes tan esenciales, como lo son el de tenerlas en su compañía, velar por las hijas, instruir las, educarlas y procurarlas una formación integral, para lo cual, más que medios económicos, se precisa simplemente buena voluntad, disposición propicia al cumplimiento de esos deberes y falta de deseo de liberarse de los mismos, ausentándose del domicilio familiar, de modo porfiado y persistente y sin mantener contacto alguno con su consorte e hijas durante un período superior a cinco años. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del único motivo del recurso, basado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 487 del Código penal.

ARTICULO 489 BIS. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DEBER ESPECIFICO DEL CAUSANTE DEL DAÑO. CONCURSOS

(STS de 23 de marzo de 1988. Pte. Sr. Bacigalupo)

El deber de socorrer a la víctima de un accidente ocasiona previamente por el omitente, surge del artículo 489 bis, tercer párrafo, del Código penal, en forma autónoma y no se identifica, en su intensidad, con el deber genérico que impone el primer párrafo de este artículo. Por esta razón se explica que ya el texto del último párrafo de esta disposición no condiciona expresamente la existencia del deber al desamparo de la víctima, dado que ante la cercanía en que estará, por regla, el causante del accidente, la víctima no estará nunca, con respecto a éste, desamparada.

Fuera del texto, hay razones lógicas que impiden aceptar la tesis mantenida en la sentencia. En efecto, si se admitiera que el deber de prestar socorro no surge cuando hubiere otras personas próximas al lugar del hecho, como sostiene la sentencia recurrida, se llegaría al resultado de que, en realidad, ninguna de las personas estaría individualmente obligada, toda vez que cada uno podría invocar que él no estaba obligado porque había otros presentes. Esto conduciría a la paradoja de que cuantos más sean los que pueden prestar ayuda, menos serían los obligados a llevarla a cabo.

Todo ello demuestra que **el deber del que ha causado el accidente es un deber específico proveniente de la acción anterior creadora del peligro y que constituye al causante del accidente en garante de las mayores lesiones que se deriven de su omisión** (en el mismo sentido, sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1987). El tipo de omisión contenido en el último párrafo del artículo 489 bis, es, en consecuencia, un tipo de aplicación subsidiaria que entrará en consideración cuando no se haya producido —como consecuencia de la omisión— un resultado mayor más gravemente penado según las reglas de la comisión por omisión.

Por lo tanto, el deber de socorrer que incumbe al que causó el accidente es un deber de especial intensidad que tiene diferencias cualitativas con el simple deber jurídico de solidaridad que afectan a quienes encuentran a una persona en situación de peligro o desamparo que no ha sido producido por ellos.

La diferencia de esta diferente posición del obligado a actuar en el caso del último párrafo previsto por el artículo 489 bis del Código penal, demuestra con claridad que el deber allí impuesto no puede estar neutralizado por la simple existencia de otros obligados a actuar, pues, en verdad, no sería correcto que un deber de mayor intensidad tuviera menos fuerza obligante que el deber jurídico del párrafo 1.º del artículo 489 bis del Código penal.

Segundo. Admitido por la existencia de otros obligados por el deber que impone el artículo 489 bis, primer párrafo, del Código penal, no neutraliza el deber de actuar del que causó el accidente, se presenta en esta causa la cuestión de la especie de concurso que se debe reconocer entre el delito de lesiones y daños culposos (arts. 420.3.º, 565 y 563 del Código penal) por el que el recurrente fue condenado y la omisión del deber de socorro (art. 489 bis, 3.º, del Código penal).

La decisión al respecto depende, como es claro, de la unidad o pluralidad

de sesiones que se debe afirmar en el complejo de un comportamiento activo y otro omisivo posterior. El solo enunciado de la cuestión pone de manifiesto que en el presente caso no se dan ni los elementos objetivos ni subjetivos de la unidad de acción. Los primeros por cuanto la imagen exterior del hecho muestra claramente que la concurrencia de un comportamiento activo y otro omisivo posterior comportan dos segmentos exteriormente bien diferenciados del suceso total. Los segundos, es decir, los subjetivos, por que la omisión posterior dolosa no puede haber sido, en principio, objeto de la misma decisión que la acción anterior culposa que produjo el accidente, cuando de los hechos probados —como ocurre en el presente caso— no es posible deducir que el autor se haya representado la eventual producción del accidente, es decir, cuando el primer aspecto del suceso responde a una culpa sin representación.

Consecuentemente, se debe admitir que en el presente caso se da una pluralidad de acciones que realizan en forma independiente tipos diferentes. Ello determina que sea de aplicación el artículo 69 del Código penal.

ARTICULO 490. 2.º. SUBTIPO AGRAVADO POR LA VIOLENCIA. FUERZA EN LAS COSAS

(STS de 21 de abril de 1988. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Segundo. Que ello es instalable en el tipo agravado previsto en el párrafo segundo del artículo 490 supuestamente vulnerado por aplicación indebida no resulta objetable a la luz de la reiterada doctrina de esta Sala, que tras varias oscilaciones ha venido estableciendo una **doctrina consolidada** que aunque no exenta de reparos corrige la precedente, al entender **equiparable la violencia o intimidación en las personas con la ejercitada «in rebus» siempre que se trate de fuerza material o real y no la prevista en los números 1.º y 4.º del artículo 504 del Código penal** (S., entre muchas, de 8 de mayo de 1973, 29 de enero de 1975, 13 de diciembre de 1979, 12 de junio de 1980, 18 de noviembre de 1981, 9 de junio de 1982, 5 de mayo de 1983, 21 de marzo de 1984, 25 de marzo de 1985, 16 de octubre de 1986 y 6 y 20 de noviembre de 1987). Ciertamente que a la luz del principio de legalidad del que la función de garantía de la tipicidad es simple corolario tal doctrina no parece exenta de crítica, más lo exacto es que constituye respuesta idónea a la interdicción de la impunidad delictiva y, en último término, no supone otra cosa que, como sucede en el similar supuesto del tipo delictivo de coacción, el parificar una intimidación directa con una indiscutiblemente presunta. Que se cortocircuite de tal forma la sucesión de los hechos no vulnera de forma alguna el derecho fundamental previsto con carácter general en los artículos 24 y 25 de la Constitución, ya que es obvio que tan incivil forma de acceso al interior del inmueble conlleva «ex se ipsa» la voluntad contraria del titular. **Procede, consecuentemente, desestimar con todas sus consecuencias legales el único motivo impugnativo.**

**ARTICULOS 500 Y 514. CONSUMACION DEL HURTO Y DEL ROBO.
DISPONIBILIDAD**

(STS 9 de mayo de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos)

1.º La teoría de la **consumación** de hurto (o del robo) es fértil en toda clase de interpretaciones en el Derecho penal. Tomando como base las distintas fases que recorre el proceso fáctico de la sustracción, es decir, la acción de este delito, se han formulado otras tantas teorías sobre el momento consumativo. Prescindiendo de algunas variantes terminológicas que no hace al caso y de la distinta interpretación que se ha dado al término **contractatio** con que los romanos caracterizaron siempre esta acción delictiva, cuatro son las referidas teorías o criterios: la del contacto o tocamiento de la cosa (**contractatio**); el de su aprehensión o asimiento (**apprehensio**); el que exige la remoción de la cosa del lugar en que se encuentra (**ablatio**); y, en fin, la que sólo se satisface con su traslado sacándola de la esfera de custodia del propietario con el consiguiente poder de disposición por el substractor (**illatio**). Eliminado el primer criterio, por su excesiva anticipación, los demás se han tomado en mayor o menor medida por el Derecho comparado: En Italia se exigió el cambio de puesto (**spostamento**) de la cosa, criterio espacial que en el Código vigente se ha sustituido por un criterio personal de que basta que se sustraiga la cosa a la disponibilidad del poseedor. El Derecho angloamericano exige tanto el tomar (**taking**) como el llevar la cosa (**carrying away**). Parece, pues, que ambos criterios: el de extraer la cosa del ámbito de custodia del propietario, como el correlativo poder de disposición de la **res furtiva** por el autor del delito se combinan como más seguros cánones hermenéuticos. En definitiva, es esta también la tesis imperante en España: Si el **tomar** las cosas ajenas como verbo nuclear del tipo delictivo del hurto en el artículo 514 del Código penal es equivalente del **apoderarse** empleado en el robo por el artículo 500, según doctrina jurisprudencial, es claro que además de remover la cosa del lugar que ocupaba, es menester que pase a manos y poder del sujeto activo, es decir, que este llegue a tener la disponibilidad fáctica, aunque no se haga efectivo el lucro perseguido, como lo confirma, desde el plano subjetivo, la sola exigencia del ánimo de lucro, necesario para la consumación jurídica. La consecución del beneficio patrimonial, pertenece ya a la fase económica del agotamiento del delito que queda extramuros del tipo. Si basta, por tanto, el poder de disposición, el delito de hurto (o de robo) queda consumado, aunque tal disponibilidad sea efímera y fugaz. Tal es el criterio de la jurisprudencia adoptado en multitud de sentencias que es innecesario citar en concreto.

2.º En aplicación de la anterior doctrina el único motivo del recurso ha de decaer, cuando postula como infracción de Ley, la falta de aplicación de los artículos 3.º, párrafo segundo, y 51 en relación con los artículos 500, 2.º y 4.º, todos del Código penal por entender que habiendo sido sorprendidos los procesados por la Policía cuando, tras abandonar el local en que tuvo lugar el robo, tal detención y recuperación de los efectos ocurrió cuando los inculpados habían recorrido de 50 a 50 metros de la misma calle en que está ubicado dicho establecimiento, no les dio tiempo material para que pudieran disponer de todo o parte de los bienes ajenos aprehendidos. Sin embargo, tal interpretación no es la de esta Sala. Antes expuesta, pues los dos procesados condenados como autores del

robo no sólo habían extraído ya las cosas de la esfera de custodia de su dueño una vez que abandonaron el local en que se guardaban, sino que durante un espacio y un tiempo, si se quiere mínimos, **pudieron disponer** de algún modo de los aparatos (esconderlos, entregarlos a un tercero como tantas veces ocurre en la **praxis**, hasta ser un modo típico de hacerlos desaparecer, o de otra forma cualquiera de disposición, incluida la propia destrucción.

ARTICULO 501.1.º. ROBO CON HOMICIDIO DOLOSO. MUERTE EPISÓDICA. CULPABILIDAD. PLURALIDAD DE TITULOS DE IMPUTACION

(STS de 20 de mayo de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Segundo. El tema de la imputación del resultado de muerte en el robo con homicidio episódico a los partícipes suscitado en el motivo segundo de Medina García y único de Flores Carillo— ha seguido un proceso evolutivo en el que pueden diferenciarse varias fases o etapas. **Primeramente**, coincidiendo con la conceptualización del robo con homicidio como delito cualificado por el resultado, se entendía que la muerte era imputable a todos los partícipes, utilizando como argumento una interpretación extensiva del párrafo segundo del artículo 502 del Código penal; **en una segunda etapa**, se siguió atribuyendo el homicidio a todos los partícipes, con base en la manida tesis del acuerdo previo o de la empresa delictiva, «societas scaeleris» que convertía a todos los partícipes en coautores, con independencia de si tomaron o no parte directa en la ejecución del hecho y con independencia de si su participación hubiere sido necesaria para el resultado; **en la fase final de esta evolución, que es la vigente**, la doctrina jurisprudencial (SS. de 26 de enero, 2 de marzo y 19 de mayo de 1987) parte, asimismo, del acuerdo previo, pero las exigencias culpabilísticas que derivan de la nueva redacción del artículo 1 del Código obligan a construir la responsabilidad del partícipe con base o asiento en el **dolo eventual**, es decir, requiriendo que el resultado mortal entre en las previsiones de los sujetos como probable, asumiéndole si llegara a producirse, asunción, ratificación o consenso que dota al dolo eventual del imprescindible contenido volitivo, y este dolo existe —exceptuando el supuesto de exclusión explícita y «a priori» de todo riesgo para la vida o integridad de los asaltados— cuando a través del acuerdo previo para cometer un robo violento conocen los partícipes el porte o empleo de armas o medios peligrosos o por notoriedad son sabedores de los antecedentes de agresividad del autor directo y de su insensibilidad o desdén hacia la vida o integridad física de los demás; consecuentemente, **si los partícipes convinieron en una acción intimidativa para los fines depredatorios que les guiaban desconociendo el porte o posible empleo de armas, se produce respecto de los mismos una ruptura del complejo delictivo de robo con homicidio, y su acción debe residenciarse en el número 5.º del artículo 501 del Texto penal.** En el caso «sub iudice» los acusados Muñoz Moreno y Florez Carrillo «al ver la cadena con medalla de oro que el sujeto llevaba colgada del cuello», y tras de comunicar tal idea a Medina García, «juntos los tres y puestos de acuerdo» exigieron la entrega y, al negarse, golpearon al hermano que le acompañaba, siendo en el curso de esta agresión cuando Muñoz Moreno sacó la navaja y dirigiéndola al tórax de la víctima produjo las heri-

das mortales; no parece, por tanto, desprenderse del relato que el acuerdo ocasional entre los acusados previera la eventualidad del uso de armas o medios peligrosos, pues únicamente cuidaron de que el número de los asaltantes fuera superior al de los asaltados para asegurar el éxito de la acción, siendo la muerte de la víctima del robo una contingencia inopinada para los recurrentes que no puede cargárseles en su haber con apoyo en la «no oposición a la utilización reiterada de la navaja» —no consta que los golpes de navaja estuvieran espaciados— o que hubiera influido de alguna manera o reforzado su presencia la inesperada decisión de Muñoz Moreno; debe apreciarse, en conclusión, la inexistencia del complejo y llevar la conducta de los recurrentes al campo del número quinto del artículo 501 del Código con estimación de los motivos arriba expresados.

ARTICULO 501.2. ROBO CON VIOLACION. DOCTRINA GENERAL. PLURALIDAD DE VIOLACIONES. CONCURSO

(STS de 29 de marzo de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)

A) El delito de robo con violación por el que han sido condenados los recurrentes, existe, como dicen las sentencias de esta Sala de 8 de abril y 30 de octubre de 1987, siempre que en el curso de un ataque violento o intimidatorio contra la propiedad surge, como un añadido, el ataque a la libertad sexual que integra el delito de violación, de tal manera que es preciso, para que el delito complejo surja y constituya la unidad tipificada en el artículo 501.2 del Código penal, que el ánimo o tendencia inicial del agente sea el apoderamiento de lo ajeno, con lo que se excluyen los supuestos en los que la idea de robar aparece después de consumada la violación, pero no aquellos otros en que el dolo de yacer y el depredatorio sean simultáneos, o cuando siendo su primer designio el robar, el agente pospone la consumación de la sustracción a la satisfacción de su deseo sexual, en los que ambas infracciones se comprenden en un solo delito. Partiendo del relato histórico de la sentencia impugnada, que ha devenido intangible, una vez perpetrado el robo, aflora la idea manifestada de efectuar las violaciones, por lo que es correcta la incardinación que efectúa la Audiencia Provincial en el delito complejo, de los hechos realizados por los procesados, toda vez que la primera violación, sucede cronológicamente, y acompaña al robo, formando una unidad, tal como aquéllos se produjeron.

B) Tampoco puede discutirse que integrando el primero de los atentados sexuales perpetrados el delito complejo de robo con violación, el otro debe ser subsumido en el artículo 429.1.º, y sancionado acumulativamente con el anterior, según una reiterada doctrina jurisprudencial —confróntese sentencias de 12 de febrero de 1985 y 30 de octubre de 1987—, sin que, por tanto, pueda alegarse infracción del artículo 501.2.º y apartado 5.º del propio artículo, este último por inaplicación, toda vez que en el mismo no puede incardinarse la conducta de los recurrentes, y sí en el primero citado, y además, en el de violación del número 1.º del artículo 429 del Código penal: Procede, pues, la desestimación del motivo.

ARTICULO 501.5.º. MODALIDADES DEL ROBO INTIMIDATORIO*(STS 3 de mayo de 1988. Pte. Sr. Puerta Luis)*

3.º Por lo que se refiere al segundo motivo del recurso, fundado en que, según los recurrentes, en la descripción de las conductas de los mismos recogidas en los números 3.º, 4.º y 5.º del «Antecedente Fáctico Primero» de la sentencia recurrida falta la referencia al elemento intimidatorio, esencial en las figuras de robo con intimidación (artículo 500 y 501.5.º del Código penal), procede igualmente su desestimación por las siguientes razones:

a) En cuanto al hecho tercero, porque en el correspondiente relato se dice que los procesados «exigieron» a la encargada del Bar Rosal —María de los Angeles González Fernández— la entrega de 5.000 pesetas, logrando coger «5.300 pesetas» de la caja registradora «tras amedrentar a los clientes que abandonaron el establecimiento». Es indudable, por tanto, que la inicial exigencia de dinero fue completada con una conducta adecuada para «infundir miedo» o «atemorizar» a las personas presentes, logrando con este medio coger de la caja registradora del bar la suma ya indicada.

b) Respecto al hecho cuarto, porque en el relato fáctico se dice que los procesados dijeron al dueño del bar —Manuel Lusquiños Vidal— que les diera 2.000 pesetas, porque **«acababan de salir de la cárcel»**, reiterando su petición **«hasta vencer la resistencia de éste»**, que les entregó mil pesetas. Quiero ello decir que **no le convencieron o persuadieron, con razones, para que les entregase el dinero, sino que violentaron su voluntad mediante una vis síquica**, al no mencionarse el empleo de medios materiales violentos.

d) Por lo que se refiere al hecho quinto, porque al relatarse la conducta de los procesados en el «factum» de la sentencia, se dice que la propietaria del bar —María Antonia García Cuervo—, que se hallaba sola en el establecimiento **«accedió» a dar a los procesados mil pesetas «ante el temor de que le hicieran algo si se negaba a su solicitud»**. Es evidente, pues, que también ella actuó bajo la intimidación producida por la presencia y comportamiento de los procesados, hoy recurrentes.

e) Porque, pese a la concisión de los relatos fácticos de las conductas de los procesados a que se acaba de hacer especial mención, aparece suficientemente expresada la existencia de una conducta intimidante de los procesados frente a las víctimas. No se aprecia en aquellos relatos frases ininteligibles u omisiones esenciales para definir los aspectos fundamentales de las conductas enjuiciadas.

ARTICULO 503. EXTORSION. DOCTRINA GENERAL. CONCEPTO DE DOCUMENTO*(STS de 16 de febrero de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)*

4. El sexto de los motivos del recurso de Ives Jean y Jean Paul Labet y tercero del de Baudet, buscan su apoyo procesal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley indebida del artículo 480 del Código penal, y no aplicación del artículo 503, en relación con el 501.4.º del mismo Código, alternativa calificadora

que ya fue contemplada por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones en la instancia y que ha merecido el apoyo del mismo en este estadio casacional, cual expresamente consignó en el acto de la vista; creyendo los recurrentes que habría de tomarse en cuenta en este caso la atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9.9.º del Código penal. El delito de extorsión tipificado en el artículo 503 del Código se ofrece como especie propia e independiente, pese a la apariencia de que legalmente pudiera conceptuársele como modalidad de robo, tanto por su ubicación sistemática como por el reenvío que, a efectos sancionadores, se efectúa en el precepto, a las penas señaladas en el capítulo, añadiéndose que el autor será castigado «como culpable de robo». El delito en cuestión ofrece estrecha relación con diversas figuras, señalando la sentencia de 25 de octubre de 1982 que constituye en realidad una especie de delito independiente, figura híbrida entre el robo, la estafa y las amenazas lucrativas, pero diferenciada de las mismas. La esencia de aquél radica en la presión violenta —tanto juega la vis absoluta como la compulsiva— o intimidante ejercitada sobre una persona a fin de que suscriba, otorgue o entregue un documento, es decir, que, a diferencia del robo, la estructura de la conducta típica varía al exigirse una colaboración decisiva (delito de encuentro) del sujeto pasivo a fin de facilitar la confección o entrega del documento incorporador de un valor económico, siendo el propio extorsionado el que, merced al instrumento documental al que se da cuerpo o desplaza, propicia —siempre bajo la presión física o moral a que se le somete— un acto de disposición patrimonial generador de perjuicio. Perjuicio o daño que derivará de la ulterior utilización que del documento obtenido puede hacer el autor —de ahí que se aluda en la norma penal al «ánimo de defraudar»—, pero que **no es necesario que se haya producido efectivamente** para estimar consumada la extorsión, al tratarse de un delito de «resultado cortado». **La consumación de esta figura delictiva** —enseña la sentencia de 16 de octubre de 1986— **se produce tan pronto se obtiene la entrega, la suscripción o el otorgamiento, concurriendo ánimo de lucro y propósito defraudatorio**, por lo cual cualquier episodio posterior pertenece, no al tracto comisivo de la infracción, sino a su fase de agotamiento.

5. Por documento ha de entenderse la plasmación material de una declaración de voluntad o de conocimiento proveniente de sujeto determinado y con un contenido valorable jurídicamente, susceptible de producir efectos en el tráfico jurídico. Al suponer una corporeización del conocimiento o de la voluntad, ha de contar con un soporte perdurable e indeleble, normalmente buscado a través de la escritura; hoy día cabría plantearse, ante los innovadores medios audiovisuales, la extensión del concepto a las materializaciones de una declaración obtenidas en discos, cintas magnetofónicas o vídeos. Refiriéndonos al supuesto enjuiciado, toda la actividad violenta desplegada por los procesados iba encaminada a «retener a los moradores hasta que Paul Shofmer accediera a ordenar telefónicamente una transferencia de 400.000 dólares (cuatrocientos mil dólares) a una cuenta corriente en un Banco Suizo, a nombre a Pierra, que se quedaría con la mitad del dinero, y el resto repartirlo entre los otros tres procesados». Indudablemente que, merced a la incorporación y uso de las nuevas técnicas a las actividades bancarias, se ha iniciado —particularmente en algún sector de la Banca extranjera— la posibilidad de atender operaciones encomendadas telefónicamente, con la adopción de precisas y adecuadas garantías, lo que hace equiparable la gestión telefónica al otorga-

miento de un documento, parangón que se traduce en identificación cuando la solicitud verbal se documenta en la oficina bancaria, máxime si, en trámite ulterior y dilatado, se recabase la confirmación escrita del cliente. Semejante interpretación del artículo 503 del Código penal supone su atemperamiento a los avances técnicos y operativos del momento y, en definitiva, una sintonización con la realidad social y mercantil del tiempo de su aplicación, conforme al mandato del artículo 3.º.1 del Código civil. Es indudable el acierto del legislador al incorporar el elemento sociológico como uno más a manejar en la ardua tarea descifradora del sentido y alcance de la regla legal. En definitiva, hay que concluir que el delito al que resulta adscribible la conducta de los procesados al irrumpir en el domicilio de Paul Shofmer, procediendo a amordazar y atar a sus moradores, es el de extorsión tipificado en el artículo 503, sancionado con las penas establecidas en el artículo 501.4.º, y último párrafo, por expresa remisión de aquél, al haberse producido toma de rehenes para facilitar su ejecución y, en último término, la fuga de los culpables. Con ello revive la cuestión de los caracteres definidores del robo con rehenes —en definitiva, extorsión con toma de rehenes— frente al delito de detención ilegal de los artículos 480 y 481.1.º del Código, delito por el que vienen sancionados los encausados y que expresamente se impugna.

ARTICULO 506.7.ª. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. AGRAVACION POR SU VALOR HISTORICO, CULTURAL O ARTISTICO

(STS de 6 de junio de 1978. Pte. Sr. García Miguel)

Primero. El artículo 46 de la Constitución dispone que los poderes públicos garantizaran la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que los integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

Segundo. El legislador penal correspondiendo a este mandato constitucional —aunque de manera fragmentaria, como no podía ser de otra manera en tanto en cuanto no se lleve a cabo una reforma penal de carácter general que adapte a la normativa constitucional todo el ordenamiento penal— ha introducido algunas normas tendentes a dotar de especial protección penal los atentados que se produzcan contra los bienes que tengan el valor al que alude el precepto constitucional, entre las que se encuentra el **número 7 del artículo 506 del Código penal**, que desde el momento de su aparición ha suscitado comentarios desfavorables por parte de los autores, dado que la falta o ausencia de definición legal de los tipos, y el empleo de una fórmula abierta y elástica ofrece dificultades para determinar el concepto normativo de las cosas a las que proceden atribuir tal valor, lo que puede dar lugar a interpretaciones diversas y contradictorias en perjuicio de la seguridad jurídica, si bien hay quien entiende que el defecto quedó subsanado con posterioridad a la entrada en vigor de la **Ley de 25 de junio de 1985, sobre el Patrimonio Histórico Español**, en cuanto que como cosa de valor histórico, cultural o artístico deben entenderse los bienes inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en la Ley, pero es lo cierto que

aún con posterioridad a la publicación de la mentada ley siguen manteniéndose **posturas encontradas** respecto a si deben entenderse comprendidos en el precepto penal tan sólo aquellos objetos que previamente hayan sido declarados como de valor histórico, artístico o cultural, mediante la correspondiente resolución administrativa o, por el contrario, que **no es necesario el cumplimiento de tal requisito**, siendo esta última posición lo que resulta más aceptable, habida cuenta de las razones siguientes: a) a diferencia de lo que ocurría con los Proyectos de 1980 y 1982 en la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 no se exige tal requisito, debiéndose, sin duda, la supresión, a la consideración de que la declaración administrativa recae, generalmente sobre bienes inmuebles, y el delito de robo viene referido a las cosas muebles; b) porque el artículo 46 de la Constitución no distingue en cuanto que hace referencia expresa a «cualquiera que sea su régimen jurídico y titularidad», lo que supone que el mandato constitucional de dotar de protección penal se extiende a toda clase de bienes que «per sé», o en la realidad, tengan el mencionado valor, sea cual fuere la situación jurídica de los mismos y ya sean de dominio público o privado; c) porque, no obstante la exactitud con que la Ley sobre el Patrimonio Artístico trata de determinar los bienes que deben ser considerados como tales, es lo cierto que tanto su Exposición de Motivos como su articulado, por un lado, son de una generalidad en muchos casos difícilmente conciliable con la precisión exigible en los tipos penales y, por otro, dejan fuera de su ámbito bienes que sin duda deben ser dotados de la correspondiente y especial protección penal atendiendo al espíritu del precepto constitucional.

Tercero. En definitiva pues, se ha de llegar a la conclusión de que dado el estado de la normativa vigente, anteriormente referida, debe entenderse que **queda al arbitrio judicial la determinación, en cada caso concreto objeto de enjuiciamiento, de si los bienes u objetos ostentan o no el valor justificativo del tipo agravado**, sin que, como es obvio, ello signifique o impugne, como dice el recurrente, dejar a los gustos, preferencias, etc. de los jueces tal determinación, ya que ello no supondría arbitrio, sino arbitrariedad o la posibilidad de que incurriese en ella, sino que como en todos los casos en que la apreciación de algo se deja legalmente al arbitrio judicial, los Tribunales habrán de atenerse con la mayor prudencia y cautela a aquellos criterios que aparezcan como más objetivos, según el común sentir de la colectividad, y, a ser posible, como manifiestamente notorios e indiscutibles y siempre inspirándose en el espíritu del conjunto normativo regulador de la materia de que se trate.

Cuarto. Aplicando al caso de autos todo lo razonado en los fundamentos procedentes se llega a la conclusión de que procede desestimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 506, circunstancia 7.ª, ya que del resultando de hechos probados aparece que **los objetos sustraídos se hallaban colocados en las vitrinas de un museo** en el que habían sido colocados porque sus especiales peculiaridades les hacían dignos de ser objeto de conservación y exposición pública por tener un especial interés para los estudiosos de la materia, por lo que es indudable que con independencia del valor crematístico que los mismos pudieran tener, no llegaron al lugar en el que se encontraba por azar o mero capricho, sino que acontece con todos los objetos que se exhiben en los museos, después de haber sido exami-

nados y clasificados por los expertos o peritos en la materia y reputados dignos de ser conservados y expuestos al público por su valor histórico y cultural.

ARTICULO 514. HURTO. EXTRACCION DE CARBON EN CONCESION MINERA AJENA

(STS de 25 de abril de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. Subsidiariamente a los dos anteriores, y para el supuesto de que no fuesen estimados, se formula el tercer motivo de casación, por infracción de ley, acogido al número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se denuncia violación del artículo 514 del Código penal, por indebida aplicación, pues los hechos que se declaran en la sentencia, cual es la **extracción de carbón por los procesados, en terrenos pertenecientes a una concesión minera** de Hulleras del Norte, Hunosa, su **posterior venta**, previo arranque del yacimiento, no constituyen delito de hurto, al ser aquel un bien de dominio público, y no del Estado, y **faltar el requisito de la ajeneidad**, precisa para ello, pues siendo un bien de dominio público, para perder tal condición debería haber sido extraído por la propia concesionaria, con lo que pasaría a ser de su propiedad, pero no antes, con lo que no cabe hablar de delito de hurto.

El motivo, pese a lo sugestivo de su argumentación, es totalmente rechazable.

La acción típica del delito de hurto, que describe el artículo 514 del Código penal, es tomar una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño. A los efectos que interesan al recurso, conviene detenerse sobre los conceptos mueble y ajena que menciona el aludido precepto. La cosa que se toma, ha de ser **mueble**, en el sentido de ser susceptible de traslado de un patrimonio a otro. En este aspecto, no coinciden el concepto de cosa mueble con el que se tiene en el ámbito civil. **Son cosas muebles a efectos del delito de hurto y, en general, en todos los delitos de apoderamiento, los inmuebles por destino o incorporación**, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1983. **Las minas son consideradas como tales por el artículo 334.8.º del Código civil, aunque para ellas la propia dicción del precepto y la consideración del mineral como fruto, hagan que cuando se separe aquél tenga la consideración de bien mobiliario**, sentencia de la Sala 1.ª de 18 de febrero de 1973.

La cosa mueble ha de ser además **ajena**. La ajeneidad de la cosa se caracteriza por dos notas negativas: que no sea propia y que no sea susceptible de ocupación. Falta la ajeneidad de la cosa, en los supuestos de *res derelictae* o cosa abandonada y en las *res nullius*: no es necesario —dice la sentencia de esta Sala de 11 de junio de 1984— que conste quien sea el titular de la cosa apropiada. En definitiva, para determinar cuando una cosa es o no ajena, **habrá de acudirse a la legislación civil**, pues no existe un concepto penal sobre tal término.

Ahora bien, **el que la Constitución Española en su artículo 132 exprese que son bienes de dominio público, estatal los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental**, y así también venga recogido en el artículo 1.º de la vigente Ley de Minas de 21 de julio de 1973 o el artículo 339.2.º del Código civil que configura las minas como de dominio público, mientras no se otorgue su concesión **no quiere decir**, como sostiene el recurrente, **que el carbón extraído**

por terceros, dentro de la concesión de Hunosa, por ser bien de dominio público no es de aquélla, y para perder tal condición, debería ser extraído por la propia concesionaria, con lo que pasaría a ser de su propiedad, y sólo entonces se tipificaría el delito de hurto. Tal argumentación es imposible de acoger. El dominio de los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos son públicos y el Estado asume directamente o podrá ceder su aprovechamiento e investigación —artículo 2 de la Ley de Minas aludida—. La cesión estatal permitirá la disociación entre el dominio, que siempre pertenecerá al Estado, y la titularidad en el aprovechamiento, explotación e investigación que podría pertenecer a terceros, propiedad, sin embargo, cuyos límites están conformados por la actuación administrativa. El aprovechamiento de estos recursos minerales, clasificados en la Sección c) por el artículo 3 de la Ley de Minas, requiere inexcusablemente que medie concesión administrativa —artículo 60—, lo que revela su carácter demanial, ya directa, ya posterior al permiso de exploración, para su explotación. Así, junto al derecho fundamental del concesionario de aprovechar dichos recursos haciendo suyo los minerales extraídos —artículo 62.2—, puede transmitir, arrendar, gravar en todo o parte su derecho, ceder parcialmente los trabajos, renunciar al derecho, etc., concediéndose para una extensión demarcada. Por esta concesión, ha de satisfacerse un canon, pues la explotación tiene un contenido netamente económico, y lo que realiza contrariando la concesión, cae bajo el reproche penal de la infracción delictiva, pues, **precisamente tal concesión impide la posibilidad de que otras personas ajenas a aquélla, puedan ejercitar los derechos mencionados inherentes a la misma, y en tal sentido, no puede por menos hablarse de que la cosa tomada era ajena para el que se apoderó de ella, y, por tanto, su conducta puede ser plenamente incardinada en el tipo delictivo por el que se condenó al recurrente, procediendo, por tanto, la desestimación del motivo y del recurso.**

ARTICULO 528. ESTAFA. ENGAÑO BASTANTE. VALORACION. DESCUENTO DE LETRAS

(STS de 27 de mayo de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

1.º Antes y después de la vigente de la Ley Orgánica para la Reforma Parcial y Urgente del Código penal, de 25 de junio de 1983, la espina dorsal, eje o elemento fundamental y primordial del delito de estafa, lo es el engaño, esto es, la patraña, superchería, treta, argucia, mendacidad, falacia, ficción o apariencia de que se vale el infractor para inducir a error al sujeto pasivo, cuyo consentimiento vicia, determinándole a efectuar una prestación o desplazamiento patrimonial, el que, de no mediar la maquinación o maniobra torticera, no hubiera realizado, debiendo, el referido engaño, para ser típicamente relevante, reunir las notas de **antecedente**, y no «subsequens», **causante**, esto es, generante o desencadenante del perjuicio patrimonial sufrido por el ofendido, de tal modo que se detecte la existencia de un nexo causal que vincule engaño y perjuicio, y, finalmente, **bastante**, conviniendo recordar, en relación con esta última nota, que, en otros tiempos, este Tribunal exigía que la suficiencia del ardid empleado para

viciar la voluntad del sujeto pasivo lo fuera en sentido **objetivo**, de tal modo que fuera capaz de inducir a error a un hombre medianamente agudo o perspicaz, habiendo declarado que no había engaño bastante cuando lo sucedido se debió a la estúpida credulidad de la víctima o a su extraordinaria indolencia o abulia para descubrir la verdad, pero, posteriormente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha preponderado o imperado la exigencia de la suficiencia del medio engañoso empleado con valoración **subjetiva**, es decir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a las condiciones personales del sujeto pasivo, para el cual puede bastar un anzuelo o cimbela que no sería procedimiento adecuado para defraudar a otra persona más avisada y despierta.

2.º En este caso, la narración histórica de la sentencia de instancia relata la superchería de que se valió el acusado y que no fue otra que la de lograr el descuento de varias letras de cambio, giradas contra entidades francesas, importadoras de frutas y verduras españolas, obteniendo la entrega de más de seis millones de pesetas, que no ha reintegrado a la entidad bancaria querellante, la cual fue inducida a error gracias a la ficción de existencia de un crédito a favor del acusado y en contra de las sociedades extranjeras, **crédito ya cancelado** por haber sido satisfecho, al mentado acusado, directamente, por las deudoras, aparentando, como ya se ha dicho, el infractor, la subsistencia del meritado crédito; siendo el **engaño bastante** para mover la voluntad de la entidad bancaria que descontó las letras de cambio —pese a la perspicacia que se le supone a esas entidades de crédito—, porque, en efecto, le constaba que el acusado, que era cliente del Banco, se dedicaba a la exportación de frutas y verduras y mantenía frecuentes relaciones comerciales con las entidades francesas liberadas, por lo cual, en el orden natural de las cosas, podían ser verdaderas y subsistentes las relaciones comerciales que, aparentemente, servían de cobertura y de génesis a las letras de cambio. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del primer motivo del presente recurso, fundamentado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 528 y 529 del Código penal.

**ARTICULOS 528 y 529.7.ª y 8.ª. ESTAFA. DOCTRINA GENERAL.
AGRAVACION POR EL VALOR. DELITO MASA.**

(STS de 9 de mayo de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos)

1. El **único motivo** del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende *infringido* por indebida aplicación el artículo 528 del Código penal por entender que en el relato de hechos probados no se configura el engaño, ni por ende el error que lleva al sujeto pasivo al desplazamiento patrimonial pretendido por el sujeto activo; elementos todos configuradores del delito de estafa descrito en el precepto citado.

2. La llamada **estafa comercial o mercantil** o también negocios criminalizados, presupone, como viene declarando esta Sala, la existencia de convenciones de lícita apariencia y se acoge a la buena fe que el tráfico mercantil implica, tanto

por la rapidez de sus operaciones, como por la masificación de las mismas, circunstancias que son las que explota en su beneficio el autor del fraude, pero en el que, lógicamente, se reconocen todas las características del delito en examen: **engaño** o ficción, que puede adoptar múltiples formas, pero que en la modalidad de que se trata se basa fundamentalmente en la apariencia de una empresa o negocio lícito, incluso con sede comercial o establecimientos adecuados a la finalidad u operaciones emprendidas que, por regla general, tienen un comienzo normal o período de captación de clientela a la que, llegado el momento propicio o en el que se ha hecho ya insostenible la aparente normalidad, no se vacila en defraudar hasta llegar por el número de tales perjudicados a constituir una especie típica del delito masa; consecuentemente se da el **acto de disposición** originado por el **error** consecuencia a su vez del engaño, por virtud del cual la cosa apetecida se desplaza o ingresa en el patrimonio del agente o de un tercero; y, finalmente, el **perjuicio** que tal traslación económica origina en el sujeto pasivo (o en un tercero) con el consiguiente **lucro** para la parte injustamente enriquecida; de suerte que concurriendo todos estos elementos propios de la estafa y que en el vigente artículo 528 del Código penal recoge en fórmula sintética desterrando el anterior sistema enunciativo de los posibles engaños, no debe haber inconveniente alguno en subsumir el pretendido acto de comercio en el tipo penal de la estafa que rebasa con mucho el *mero incumplimiento civil* de contrato cuando el ánimo defraudatorio se capta ya al cerrarse cada una de las operaciones seudo-mercantiles: de suerte que si la eficacia del engaño alcanza a gran número de perjudicados, como es frecuente en esta clase de «operaciones», con la consiguiente magnitud de la defraudación, el **rigor poenalis** debe extremarse, como lo ha hecho con buen acuerdo la reforma de 1983 con la combinada aplicación de los números 7.º y 8.º del artículo 529 del Código penal (*Ad. exemplum*. Sentencias de 25 de marzo y 12 de diciembre de 1986).

3. El anterior pensamiento concordante con la doctrina científica, al caso de autos en el que, atendiendo al *factum*, y ampliaciones fácticas del *iudicium*, se infieren las siguientes consecuencias: Que los dos procesados condenados en la instancia, sin contar con medios económicos planearon una operación de exportación de naranja desde el Levante español a Francia de gran alcance vista su falta de solvencia. Que para mejor garantizarse en su pretendida solvencia crearon una sociedad de dos socios que bien pueden calificarse de «hombres de paja» detrás de los cuales operaban con exclusividad los condenados. Que en una primera fase puede hablarse de un incumplimiento contractual generalizado que logró resolver el arrendador del local con los fondos remesados a los procesados bloqueando la cuenta de los mismos, visto el cariz de conflicto social que originó el impago a todos los agricultores afectados que precisó la intervención de la Policía. Pero en la segunda fase, con arrendador distinto, y a diferencia de lo ocurrido en la primera etapa, en la que si hubo propósito de defraudar éste no afloró a la superficie por la eficaz intervención de un tercero, el **dolo penal** hace inequívoca la aparición en cuanto se hacen indiscriminadas compras de partidas de naranjas a **sabiendas** de no poder pagarlas, dolo que se oculta bajo la apariencia de una organización comercial (**engaño**) que provoca el **error** consiguiente en los agricultores vendedores del producto y cuyo yerro, a su vez, origina su desprendimiento patrimonial con final perjuicio para ellos y consiguiente **lucro** para los insolventes empresarios. Dándose, por tanto, todos los elementos

tipificadores de la estafa que trata de negar infructuosamente el recurrente, es de confirmar la tesis de instancia que califica los hechos de estafa, con la agravación específica de haber perjudicado a múltiples personas o entidades, de modo que si de algo pecó la sentencia provincial fue de excluir la agravación 7.ª del artículo 530 junto con la ya apreciada, con el argumento de que la total defraudación al repartirse entre numerosas personas no pasa de cuantías relativamente moderadas, lo que es contradictorio con la estimación del apreciado delito continuado en el que, por imperativo del artículo 69 del Código penal, se toma en cuenta a los fines punitivos el «total perjuicio causado», lo que además es típico del llamado delito masa también tenido en cuenta por dicho precepto de modo general y para la estafa de modo particular por la mentada conjunción de agravantes 7.ª y 8.ª del artículo 529 en relación con el párrafo 2.º del artículo 528 del Código penal que por su carácter especial en dicho delito tienen prioridad de aplicación sobre el artículo 69 bis. En consecuencia debe ser desestimado el recurso.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. EXCLUSION DE LA COMPENSACION CIVIL

(STS de 19 de mayo de 1988. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Se deriva de ello que, con independencia de la no vinculación de las decisiones de la jurisdicción laboral a la penal, según ha destacado el Tribunal Constitucional, porque las ópticas de contemplación del fenómeno social afectante a zonas distintas del ordenamiento jurídico son diversas, **la cantidad apropiada indebidamente es muy superior a la debida** (lo apropiado excede en 190.925 a lo adeudado) **y la conducta delictiva aquí enjuiciada se hizo fundamentalmente, como queda dicho, con simulación y fingimientos, de tal manera que de no descubrirse, ni siquiera hubiera podido producir una compensación de obligaciones** conforme al artículo 1.196 del Código civil, si hubiese habido lugar a ello, sino que además de lo apropiado hubiera titularizado un crédito laboral por la cantidad antes indicada para hacerlo efectivo, como así aconteció, frente a la jurisdicción laboral. Sobre estos presupuestos es claro que se cometió un delito de apropiación indebida, porque concurren en la conducta del sujeto procesado todos los requisitos de la doctrina de la Sala 2.ª viene exigiendo para su existencia: un recibimiento de dinero en virtud de un contrato que obliga a entregarlo a su titular, puesto que las cantidades apropiadas las recibía en depósito y bajo su condición de Director de un establecimiento hotelero, una efectiva apropiación y un nexo de culpabilidad en orden a la conciencia del acto y al deseo de incorporar esas cantidades a su patrimonio con ánimo de lucro, elemento culpabilístico este último que constituye en el delito que se viene considerando un elemento subjetivo del injusto excluyente por consiguiente de las modalidades culposas.