

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

## Artículo 9.2.<sup>a</sup>

*Embriaguez. Doctrina general. Cualificación*

**(STS de 16 de febrero de 1993. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez).**

Segundo: La apreciación de la atenuante de embriaguez, como muy cualificada por la Audiencia Provincial, supone —como ha dicho esta Sala en repetidas ocasiones y más recientemente en la Sentencia de 14 de octubre de 1991— una pura cuestión de valoración que excede de lo meramente fáctico, esto es, de la destilación probatoria del relato histórico a través de la inmediatez en el juicio oral y se adentra en la aplicación de la norma al caso concreto, lo que constituye el objeto del motivo de casación utilizado por el Fiscal del núm. 1.º del art. 819 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por tanto, resulta incuestionable la posibilidad de revisión casacional y a este respecto conviene destacar con referencia a la influencia del alcohol en la responsabilidad, la doctrina de esta Sala de casación que ha atendido al denominado sistema clásico, que fija la escala de la imputabilidad del ebrio, bajo las coordenadas de su origen e intensidad de la intoxicación, de tal modo que sólo la denominada plena y fortuita cae dentro de la eximente de trastorno mental transitorio a que se refiere el núm. 1.º del art. 8. del Código Penal, quedando para la eximente incompleta la involuntaria y semiplena y para la atenuante del art. 9.2 del mismo texto legal, la voluntaria en su origen y no habitual podría estimarse como calificada o simple, según la intensidad de sus efectos —Sentencias, entre otras, de 9 de noviembre de 1970, 12 de febrero de 1975, 13 de abril de 1977, 2 de junio de 1978, 10 de marzo y 20 de diciembre de 1982, 3 de julio de 1983, 8 y 20 de mayo de 1986, 27 de abril y 29 de septiembre de 1987, 23 de febrero de 1988, 24 de noviembre de 1989, 5 y 16 de febrero de 1990, 22 de mayo, 12 de julio, 12 de septiembre de 1991 y 3 de febrero de 1992.

La reforma del Código Penal en 1944 suprimió el párrafo segundo del art. 8.1.<sup>º</sup> del citado texto en la versión de 1932 que establecía que «para que la embriaguez exima de responsabilidad ha de ser plena y fortuita», pero tal supresión del precepto, por innecesario, se sigue manteniendo en sus efectos dentro de los principios de la imputabilidad.

En cuanto a la semieximente ha quedado para los casos en que la ingesta de alcohol contribuya a la minoración de las debilitadas facultades mentales del sujeto como consecuencia de su enfermedad —Sentencia de 11 de febrero de 1981— al alcoholismo crónico en situaciones de tensión y angustia —Sentencias de 19 de mayo de 1981 y 27 de mayo de 1991— a toxifrenia continuada y persistente por la actuación etílica en el sujeto, productora de efectos crónicos de enfermedad mental, pero sin pérdida total de tales facultades intelectivas y volitivas —Sentencia de 10 de diciembre de 1981—, a supuestos de embriaguez patológica imputables al propio sujeto —Sentencia de 24 de octubre de 1981— a psicosis alcohólica y celopatía —Sentencia de 23 de febrero de 1985— o al alcoholismo crónico y a la oligofrenia —Sentencia de 21 de marzo de 1985.

Se ha exigido, además, el carácter fortuito de la intoxicación —Sentencias, por todas, de 29 de septiembre de 1987, 29 de febrero de 1988 y 24 de noviembre de 1989.

Con referencia a la embriaguez como atenuante, se ha requerido la exigencia de ser conocida y que llegue en su intensidad y grado a perturbar la inteligencia y a limitar la voluntad —Sentencias de 10 de febrero de 1982 y 26 de enero de 1983—. Sin base patológica y sin llegar a ser plena, que es la que encuentra la minoración penal a través de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, 2.<sup>ª</sup> del art. 9.9 del Código Penal. Ha de tratarse de una embriaguez voluntaria, o cuando menos culposa, que no prive en absoluto de la voluntad —Sentencias de 7 de abril, 17 de junio y 27 de septiembre de 1983— que se distingue de la eximente incompleta, atendiendo a su causa y a su intensidad. Así, cuando es patente la disminución del intelecto y de la volición, sin especial intensidad en el sujeto, procede la atenuación 2.<sup>ª</sup> del art. 9, concurriendo los demás requisitos del precepto —Sentencias de 22 de septiembre de 1988, 24 de noviembre de 1989, 24 de enero y 12 de febrero de 1991.

Ahora bien, para estimar cualificada tal atenuante la doctrina de esta Sala ha mantenido un origen culposo, sin habitualidad y que ejerza una influencia notoria en el ánimo del agente por sus condiciones psicosomáticas u otras circunstancias, superando los límites ordinarios y no concurriendo circunstancia alguna de agravación —Sentencia de 18 de marzo de 1991— habiéndose declarado, que sin una alteración intensa de las facultades mentales no puede ser apreciada como atenuante muy cualificada —Sentencia de 12 de marzo de 1984— al requerirse una influencia sobre el discernimiento y la voluntad que exceda en intensidad de los límites ordinarios —Sentencia de 23 de diciembre de 1986— o sea, cuando los efectos producidos por la ingesta de bebidas alcohólicas hayan sido muy intensos —Sentencias de 20 de mayo de 1986, 29 de septiembre de 1987, 21 de marzo y 17 de junio de 1988, 12 de septiembre de 1991—. No pudiendo apreciarse como muy cualificada, si no superó la euforia característica de la primera fase de la embriaguez —Sentencia de 24 de diciembre de 1990— ni cuando no existe referencia al grado, intensidad y alteraciones sensoriales, físicas o psíquicas que afectaran a la intensidad del recurrente —Sentencia de 4 de enero de 1990— ni cuando la dinámica comisiva pone

de relieve, que los ebrios conservaron el suficiente raciocinio y capacidad de querer —Sentencias de 4 de julio y 15 de octubre de 1990— aunque en el relato histórico se exprese que el recurrente después de haber ingerido abundantes bebidas alcohólicas que le provocaron un estado próximo a la embriaguez cifrada en una tasa de 2 gramos de alcohol por mil de sangre, porque se requiere conforme a la doctrina de esta Sala una intensidad superior en sus efectos a lo normal —Sentencia de 26 de noviembre de 1990.

### **Artículos 10.1.º y 406.1.º**

*Alevosía. Distracción de la víctima. Aproximación abierta*

**(STS de 20 de febrero de 1993. Pte. Sr. Delgado García).**

Segundo: El Ministerio Fiscal, ahora en la casación, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la LECr., vuelve a solicitar la aplicación de la agravante de alevosía, del núm. 1.º del art. 406 del CP, estimando que hubo infracción de ley por haberse condenado sólo por homicidio del art. 407, reproduciendo aquí su petición de pena de veintinueve años de reclusión mayor por delito de asesinato.

Estima el Ministerio Fiscal que existió alevosía porque la víctima estaba agachada jugando a los dados, de espaldas al agresor, cuando recibió de éste el ataque inesperado que le produjo la muerte, lo que es compatible con el dolo de ímpetu que determinó la apreciación de la atenuante de arrebató del núm. 8 del art. 10 del CP, y sin que pueda influir en ello la circunstancia de que en el lugar estuvieran presentes otros reclusos que sí se apercibieron del ataque, porque el riesgo que ha de eliminarse en las agresiones alevosas es el que puede proceder de la defensa del ofendido y no del auxilio que pudieran prestar otras personas.

Cierto que esta Sala tiene reiteradamente declarado la compatibilidad de la alevosía con las circunstancias atenuantes que lo son por existir una disminución de imputabilidad, siempre que el agente conserve el suficiente grado de lucidez que le permita captar el alcance del modo de agresión utilizado (Sentencias de 22 y 24 de febrero de 1989, 24 de noviembre de 1989, 15 de abril de 1991, 3 y 11 de junio de 1991 y 28 de mayo de 1992, entre otras muchas), como también lo es que la propia definición del núm. 1.º del art. 10 del CP refiere el concepto de alevosía a una eliminación de las posibilidades de defensa del ofendido, sin tener en cuenta la defensa que pudieran prestar otras personas, aunque es claro que la existencia de una numerosa concurrencia en el lugar de los hechos puede revelar que el procedimiento utilizado para causar la muerte no reunía las notas propias del ataque alevoso, como ocurrió en el caso presente, tal y como a continuación se razona.

Tercero: El concepto de alevosía, conforme a la definición que nos ofrece el núm. 1.º del art. 10 del CP requiere tres elementos.

1.º Un elemento normativo, en cuanto que se encuentra expresamente delimitado su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, apareciendo como la primera de las circunstancias que, conforme al art. 406, cualifica el asesinato.

2.º Un elemento objetivo, que constituye la verdadera esencia de esta importante circunstancia agravatoria, consistente en que la agresión ha de hacerse de manera tal que elimine las posibilidades de defensa del agredido, lo que lleva como consecuencia inseparable (es la otra cara de la misma moneda) la inexistencia de

riesgo para el ofensor que pudiera proceder del comportamiento defensivo del ofendido.

Ahora bien, esto no es suficiente para la existencia de alevosía, pues es necesario que esa indefensión proceda del mismo ataque que el agresor utiliza contra la víctima, y no de otra circunstancia ajena. Por eso la definición legal utiliza la expresión «empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla». Es decir, es el sujeto activo el que tiene que utilizar una agresión que por su propia manera de ser ocasione la tan repetida indefensión; no existiendo alevosía cuando la carencia de posibilidades de defensa no deriva de las características del propio ataque, que es lo que ocurrió en el caso presente, según se explicará después.

Ahora bien, esto no quiere decir, como algunas veces se ha pretendido, que para que haya alevosía tienen que existir diversos medios entre los cuales el agente pueda elegir, de modo que, si opta por uno concreto, que es el seguro para sus propósitos homicidas por llevar consigo la indefensión de la víctima, es cuando únicamente cabe aplicar esta agravación. Tal posibilidad de elección entre varios procedimientos de ataque posibles no es exigida en la definición del núm. 1.º del art. 10. Basta para cumplir los requisitos exigidos en esta norma penal el que de hecho se haya utilizado una clase de agresión que elimine las posibilidades de defensa del agredido, aunque no exista posibilidad de optar por otra diferente, que es lo que ocurre cuando el ataque se dirige contra alguien que no puede defenderse por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.) o por encontrarse indefenso de modo accidental (dormido, drogado, sin conocimiento, anonadado, etc.), supuestos en los que esta Sala viene apreciando la concurrencia de esta agravante.

Precisamente porque la indefensión ha de derivar de la propia conducta del sujeto activo es por lo que se califica a quien así actúa como traidor o ruin (y aquí se multiplican los adjetivos para poner de manifiesto el rechazo social que estos comportamientos llevan consigo —felón, falso, taimado, pérfido, etc.—), calificativos que no encajan cuando hay indefensión pero ésta procede de circunstancias ajenas al propio obrar del agresor.

No podemos olvidar que alevosía significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, y que esta palabra procede de aleve que tiene su origen en raíces góticas o anglosajonas relativas al concepto de traición, apareciendo en nuestra historia como lo opuesto al concepto medieval de comportamiento caballeroso o noble.

3.º Un elemento subjetivo, que no es sino la aplicación al caso presente del dolo como requisito necesario en todos los delitos dolosos, consistente en que la voluntad consciente del agente ha de abarcar no sólo al hecho de la muerte de una persona, sino también a la circunstancia de que ésta se ejecuta a través de una agresión que elimina las posibilidades de defensa del ofendido.

Así se viene pronunciando con reiteración la doctrina de esta Sala (Sentencias de 9 de febrero de 1989, 19 de abril de 1989, 26 de octubre de 1989, 24 de noviembre de 1989, 23 de enero de 1990, 28 de febrero de 1990, 29 de junio de 1990, 22 de septiembre de 1990, 15 de octubre de 1990, 19 de enero de 1991, 15 de abril de 1991, 22 de julio de 1991, 11 de septiembre de 1991, 18 de octubre de 1991, 12 y 17 de marzo de 1992, 20 de abril de 1992 y 12 de mayo de 1992, entre otras muchas).

Cuarto: Aplicando la doctrina antes expuesta al caso presente, es claro que ha de rechazarse este motivo único del recurso del Ministerio Fiscal.

Es cierto que hubo una situación de indefensión del agredido cuando recibió un fuerte golpe en su cabeza de manos del procesado, y ello con un medio de ataque poderoso, como lo era la pata de hierro de un pupitre, pues se encontraba de espaldas y no vio acercarse al agresor. Es evidente que no tuvo posibilidad alguna de defenderse.

Pero también es cierto que la agresión se hizo de modo abierto, a las claras, sin ocultación alguna, tuvo que atravesar varias dependencias de la galería donde se hallaba recluso para llegar desde la escuela, donde rompió el pupitre para hacerse con el instrumento que utilizó para el ataque, hasta la sala de la televisión, donde el fallecido estaba jugando y donde se encontraban entre 20 y 30 reclusos. Hemos de entender también que el agresor actuó sin ocultar tal instrumento en todo ese trayecto, pues en este punto la Audiencia manifiesta sus dudas y sabido es que toda duda fáctica ha de solucionarse en beneficio del reo (*in dubio pro reo*) y además tal modo de proceder parece el más adecuado con la situación de arrebató pasional en que éste se encontraba.

Así pues, esta conducta del procesado nada tiene que ver con el comportamiento taimado, cauteloso o traidor que, como ya se ha dicho, configura el concepto de alevosía.

La razón de la indefensión no estuvo en el procedimiento utilizado por el agresor para atacar a la víctima, sino en el estado de distracción o descuido en que ésta se encontraba. Probablemente en los cálculos del agresor nunca estuvo presente el que le pudiera ser tan fácil, como realmente fue, matar a la persona que tanto le estaba molestando con sus reiteradas exigencias de dinero.

Así pues, no nos encontramos ante una agresión alevosa, aunque haya existido indefensión de la víctima. Faltó el elemento objetivo antes referido, y también el subjetivo, pues no estuvo en la intención del agente la utilización de un medio de ataque que tuviera en cuenta la imposibilidad de defensa del agredido.

Por todo ello, entendemos que fue bien aplicado por la Audiencia el art. 407 al condenar como homicidio rechazando la agravante de alevosía.

## Artículos 52 y 501.5.º

### *Tentativa imposible. Robo*

(STS de 10 de marzo de 1993. Pte. Sr. Soto Nieto).

Primero: Al amparo del número 1.º del artículo 849.1.º de la LECr. formula el Ministerio Fiscal el único motivo de su recurso en favor del reo. Y ello por aplicación indebida del artículo 3.2 del CP, e inaplicación de los artículos 3.º3 y 61, regla 1.ª, del citado Código. Los hechos descritos en el apartado primero de la narración fáctica de la sentencia —expone— integran un delito de robo con intimidación y uso de arma en grado de tentativa, y no frustrado. Del relato fáctico aparece que el propósito del inculpado Antonio J. H. era el de apropiarse de los objetos de valor que llevase consigo la agraviada, lo que no logró por inexistencia de los mismos. En la relación de hechos atribuidos a los acusados, bien consta que la finalidad perseguida era el apoderamiento de dinero, joyas o reloj, en una ocasión.

Puede acusarse, pues, inexistencia del objeto, motivadora de que a la acción desplegada por aquél no subsiguiese la aprehensión de ningún efecto. Realmente nos hallamos ante supuesto de delito imposible o tentativa inidónea, respecto de cuya figura vienen exigiéndose los siguientes condicionamientos: 1.º) resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º) traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3.º) falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del objeto del delito; 4.º) presencia de antijuricidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados —imposibilidad de ejecución— o a la inexistencia del objeto —imposibilidad de producción— sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez (Cfr. Sentencias, entre otras, de 24 de mayo de 1982, 11 de octubre de 1983 y 5 de diciembre de 1985).

### Artículos 69 bis y 429

#### *Violación. Rechazo de la continuidad*

**(STS de 2 de abril de 1993. Pte. Sr. Ruiz Vadillo).**

Segundo: Con correcto apoyo procesal, se denuncia que la *penetración vaginal*, por tres veces, no puede dar lugar a un delito continuado de violación, no sólo porque no se dan los elementos que integran dicha modalidad delictiva, sino, también, porque no se dice que fueran coitos completos.

En esta sentido y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, hay que señalar lo siguiente:

1) En determinados supuestos, la existencia de un hecho que, desde el punto de vista de su configuración, haya de ser considerado como único e indivisible, la conducta enjuiciada, pese a relatarse en ella una doble penetración, debe ser considerada como constitutiva de una sola y única acción punible. Decidir cuándo existe una acción y cuándo varias dependerá del entorno y de los acontecimientos en que aquélla se desarrolle, nuclear y periféricamente. En todo caso, será necesario identidad de sujetos activo y pasivo, identidad de ocasión y circunstancias, entre ellas el lugar o lugares de realización de los actos y un tiempo corto en el que no quepa individualizar las acciones, sino, por el contrario, en el que todas hayan de situarse, como ya se dijo, bajo el calificativo, atendiendo a su propia naturaleza, de una única acción punible, al estar unidas las acciones que la forman por un inseparable denominador común. Obviamente en tales casos, dentro del marco legal, si no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, dentro de la reclusión menor, el Tribunal individualizará la pena, de 12 años y 1 día a 17 años y 4 meses, en función de los criterios que el propio Código Penal facilita en el artículo 61, entre ellos el de la gravedad del mal producido por el delito, teniendo en cuenta

que la reiteración del atentado contra la libertad sexual de la víctima, que es el bien jurídico protegido, de muy especial gravedad y trascendencia, produce, sin duda, un efecto de agravación, con independencia de la modalidad de la violación.

2) Por lo demás, la naturaleza del bien jurídico protegido en la violación, perfectamente diferenciable del estupro, no es compatible, en general, con el delito continuado, a salvo lo anteriormente manifestado.

3) La consumación del delito de violación no depende de la circunstancia de que se produzcan o no eyaculaciones, bastando con la penetración del miembro viril, más o menos perfecta, e incluso prácticamente imperfecta en el caso de menores con desproporción evidente entre el miembro viril y la vagina de la niña.

Procede, pues, la desestimación del motivo.

## Artículo 71

*Conexión objetiva. Absorción del desvalor. Progresión delictiva*

**(STS de 23 de enero de 1993. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater).**

Único: El Ministerio Fiscal en favor del procesado Emilio Beltrán Mella y la Defensa de José Carlos Martín García sostienen que en el presente caso se debió condenar a los nombrados sólo por el delito de robo, en lugar de aplicar el art. 71 CP, penando —como lo hizo el Tribunal *a quo*— separadamente los delitos de robo y utilización de vehículos de motor. En apoyo de su tesis el Ministerio Fiscal y, siguiendo a éste, la Defensa del otro procesado alegan que se debió tener en cuenta el principio de «progresión delictiva».

Ambos recursos deben ser desestimados.

El art. 71 CP no puede ser entendido como un fundamento genérico de atenuación para los casos en los que el autor o autores cometen un delito con un plan más o menos indeterminado de cometer luego otros aprovechando la situación creada por el primero. Es indudable en estos casos que no existen razones político-criminales ni ético sociales para beneficiar a los autores ni para renunciar a la aplicación de las penas previstas para el concurso real (art. 69 CP), y que por ello autorizada doctrina considera que *las consecuencias del art. 71 CP «resultan altamente discutibles»*. Tal falta de razones es todavía más evidente en los casos en los que el autor pone de manifiesto un desarrollo creciente del impulso criminal como, ocurre en el presente caso, en el que los procesados luego de cometer el robo de uso del automotor, lo emplearon para cometer un segundo hecho en el que se valieron de armas para intimidar a las personas.

Consecuentemente, el art. 71 CP se debe entender de tal manera que no constituya un beneficio injustificado para los autores. En este sentido la STS de 11 de abril de 1989 ya ha señalado que «la sustracción del uso de un vehículo de motor no es medio necesario para perpetuación ulterior de un delito de robo común», dado que este último puede ser cometido sin necesidad de valerse de un automóvil. Por lo tanto, el art. 71 CP, *en su segunda alternativa, a veces llamada de «concurso medial», se debe reservar para aquellos casos en los que la conexión «medio a fin» aparece objetivamente como necesaria, es decir, con independencia del plan del autor y cuando el desvalor de uno de los hechos esté ya absorbido por el más grave*. Dicho de otra manera, el segundo supuesto del art. 71 CP se debe aplicar

sólo en los casos en los que se trata de «hechos acompañantes característicos», como lo ha señalado la teoría.

Desde este punto de vista es indudable que el art. 71 CP, en tanto excepción al principio acumulativo previsto para el concurso real (art. 69 CP), no es aplicable cuando la conexión «medio a fin» sólo se da en el plan del autor, es decir, subjetivamente. Por estas razones, la decisión de la Audiencia Provincial, al aplicar las penas por separado es correcta, aunque no derive del art. 71 CP, sino del 69 del mismo Código.

### Artículos 119 y 236

*Atentado a agente de la autoridad. Funcionario de hecho. Policía municipal en prácticas*

(STS de 28 de enero de 1993. Pte. Sr. Moyna Ménguez).

Único: El artículo 119 del Código Penal, según una inconcusa doctrina jurisprudencial, se emancipa —para definir la condición de funcionario público— de la relación administrativa, y considera como tal al que ostenta un título que arranca de la Ley o por elección o por nombramiento de la Autoridad competente, siempre que desenvuelva una actividad de participación en la función pública o, que se proyecte o tienda al interés general o colectivo. Pero dentro de esta categoría —cuando concurre el elemento objetivo o de actividad pública—, además de los sujetos que en calidad de autores o de víctimas gozan de un estatuto jurídico-administrativo, se da cabida a los llamados **funcionarios de hecho** que desempeñan una función pública —requisito siempre ineludible— aunque, en cuanto al título, no tengan todas las cualificaciones exigidas.

No puede cuestionarse, con referencia al relato judicial de los hechos, que el sujeto lesionado actuaba guiado por un interés público o general cuando impedía el estacionamiento de un vehículo en lugar inadecuado, y no debe ser obstáculo al reconocimiento de su condición de agente de la Autoridad la circunstancia de ser policía municipal «en prácticas», pues había recibido una designación de quien tenía facultades para hacerla, aunque no hubiere llegado a perfeccionarse la relación funcional o administrativa. Se trata, en definitiva, de una hipótesis de funcionario de hecho, subsumible en el ámbito del artículo 119 del Código, como ha hecho esta Sala en repetidas ocasiones, de las que pueden ser ejemplo las Sentencias de 20 de enero de 1979 y 27 de marzo de 1982.

En consecuencia, procede estimar el recurso del Ministerio Fiscal, profiriendo segunda sentencia que subsuma los hechos en el delito de atentado previsto en el artículo 236 en relación con el 231.2.º del Código Penal, en concurso con las lesiones ya apreciadas por el Tribunal sentenciador.

**Artículo 254***Tenencia ilícita de armas. Componente temporal*

**(STS de 18 de marzo de 1993. Pte. Sr. Moner Muñoz).**

Segundo: El primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se formula al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se aduce falta de aplicación del artículo 254 del Código Penal, ya que del relato fáctico se deduce que el procesado intimidó al Agente de Policía Municipal, simulando tener un arma de fuego, al que «obligó a dejar su arma reglamentaria en el suelo y darse la vuelta apoderándose de dicha arma Roberto Lacunza...», por lo que hay un apoderamiento del arma, sobre el que no se formuló acusación pese a constituir un delito de robo, afirma el Ministerio Fiscal, «que desemboca en una situación de disponibilidad real del arma, evidenciada en el uso repetido, que del arma se hace a continuación, disparando al aire, utilizándola para amedrentar al guardia Municipal y disparando sobre los Guardias Civiles».

El delito de tenencia ilícita de armas, previsto en el artículo 254 del Código Penal, no requiere que el autor haya obrado en *animus rem sibi habendi*. Pese a ello, *el tipo delictivo exige una corta frecuencia de la acción, que se debe diferenciar del mero uso instantáneo del arma*. La infracción delictiva que se examina constituye un delito de peligro abstracto, por tanto, la permanencia de la posesión del arma es un requisito imprescindible para que surja la acción peligrosa, que es por sí misma independiente del uso instantáneo del arma. Si ésta es utilizada sin una tenencia previa, sólo puede entrar en consideración el uso de la misma que, como tal, no se subsume dentro del tipo que sanciona el artículo 254 del Código Penal. Por ello, en los supuestos en los que el agente activo entra en posesión del arma sólo para usarla, el peligro que surge de su acción es del uso mismo y queda absorbido en él el nuevo peligro abstracto de tenencia —cfr. Tribunal Supremo, Sentencia de 21 de febrero de 1992—. El motivo, pues, debe rechazarse.

**Artículo 302.4.º***Falsedad documental. Dolo falsario. Mutación de la verdad*

**(STS de 23 de abril de 1993. Pte. Sr. Carrero Ramos).**

Único: El único motivo del recurso de casación del procesado ha impugnado al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la aplicación del artículo 302 número 4.º del Código Penal.

Como quiera que tal motivo tiene que sujetarse íntegramente a la resultancia de los hechos declarados probados en la sentencia, so pena de incurrir en la inadmisibilidad del número 3 del artículo 884 de la Ley procesal, a la luz de ese relato ha de valorarse la argumentación del recurrente. El hecho que ha sido objeto de condena es el relatado en los números primero y segundo de la narración fáctica. Conforme a los mismos el procesado en ejercicio de sus funciones públicas certificó en impreso del Ayuntamiento de que era Suboficial de la Policía Municipal que un subordinado suyo tenía su domicilio familiar —concretado—, en la misma localidad,

constándole que vivía con su familia en otro municipio y que ello tenía por fin acreditar su derecho a optar a otra vivienda de promoción oficial.

Concurrieron así en el caso enjuiciado: a) el ser el autor funcionario público; b) expedir como tal un documento público por su carácter y su destino final; c) alterar en él, a sabiendas, la verdad de lo allí narrado, falsedad ideológica. Luego coinciden los elementos objetivos todos del tipo penal aplicado, artículo 302 número 4.º del Código. Hay mutación trascendente de un hecho relevante contrario a la verdad.

El recurrente impugna por ello la apreciación del elemento subjetivo; éste por pertenecer al arcano de la intimidad hay que inferirlo de la actuación externa. En este tipo penal es el dolo falsario o sea el conocimiento de que se altera la verdad genuina con voluntad de alterarla y conciencia de su ilicitud y así consta acreditado. *No se precisa para el delito del artículo 302 el dolo defraudatorio* (como necesitan otras figuras delictivas relativas a documentos privados por lo que el lucro propio o ajeno no es requerido para la consumación). Basta con que el documento falsario tenga *potencialidad lesiva* en el tráfico jurídico, como aquí sucede al tender a acreditar con el hecho inveraz un derecho administrativo, como consta probado.

No cabe pues argüir, como se esgrime en el único motivo, que no hubo anti-juridicidad porque la fe pública documental no fue atacada ya que el domicilio que se atribuyó al beneficiario del documento era el del destino oficial que tenía como funcionario del Ayuntamiento.

No se trataba de residencia como funcionario sino de atribuirle un domicilio como vivienda concreta y con la precisión de convivir en él con esposa e hijos sin ser cierto nada de ello pues vivían en Agüimes y no en S. Bartolomé de Tirajana. La finalidad jurídica perseguida con ese abuso antijurídico era la obtención de una vivienda protegida en competición con otros peticionarios y no los derechos inherentes a todo funcionario por su destino o trabajo.

Todo lo cual afecta esencialmente al valor probatorio del documento y le dota de efectos jurídicos en la vida administrativa. Concurriendo todos los elementos legales del injusto que han fundamentado el fallo.

El precepto penal ha sido bien aplicado y el motivo no puede prosperar.

## Artículo 319

*Delito fiscal. Ánimo defraudatorio. Obstrucción a la inspección. Retenciones*

**(STS de 24 de febrero de 1993. Pte. Sr. Díaz Palos).**

Tercero: El motivo tercero del recurso, por la misma vía casacional antes dicha, aduce la infracción del artículo 319 que en su redacción dada al mismo por la reforma de 1977, exige una conducta *defraudatoria* para la Hacienda Pública, lo que supone que estamos ante un delito estrictamente doloso, de modo que habiendo sido reducida la sanción por la Administración a su grado mínimo, ello supone con arreglo a la Ley Tributaria anterior a la Ley 10/1985, de 26 abril, que la infracción se califica de *omisión*, por lo que no concurriendo mala fe en el recurrente estamos ante un caso de falta de dolo.

En primer lugar, es ya doctrina consolidada de esta Sala aplicable, dada la comunidad del tema tanto para el antiguo artículo 319 como para el vigente artículo

349 del Código Penal, que el ánimo defraudatorio es factible por la simple omisión del sujeto tributario y es que, como dice la Sentencia de 2 de marzo de 1988, quien omite la declaración exigida con intención de eludir el impuesto no debe ser de mejor condición que, quien en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar menos de lo debido. Claro es que la detección del *animus* defraudatorio ha de hacerse mediante *facta concludentia* o juego de inferencias, derivadas de actos anteriores, coetáneos o posteriores que corresponde decidir al Juzgador (Sentencias de 27 de diciembre de 1990, 3 de diciembre de 1991 y otras).

En el caso de autos no sólo existen tales inferencias, sino que el propio precepto, en su redacción anterior, estima que existe ánimo de defraudar en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstrucción de la acción investigadora de la Administración Tributaria.

Basta recordar al efecto, que según el *factum* probatorio, el recurrente no sólo omitió la declaración tributaria correspondiente a los empleados de la sociedad que gestionaba sin hacer la correspondiente retención para dicho pago, sino que en el curso de la Inspección de Hacienda, manifestó que carecía de libros de contabilidad, al haberse quemado los mismos durante un incendio que sufrió la entidad mercantil, haciéndose constar así en el acta, lo que no era cierto, pues la Empresa, al solicitar en el Juzgado la declaración de suspensión de pagos el 18 de mayo de 1982, presentó en el correspondiente procedimiento tales libros, lo que obstruyó la labor inspectora de Hacienda, que a la vista de la omisión de la pertinente declaración por parte de la Empresa, la requirió a que presentara debidamente cumplido un impreso oficial (modelo 190) sobre «retención indirecta-rendimiento de trabajo».

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

Cuarto: El *motivo cuarto*, por igual vía casacional que las anteriores, aduce la infracción del artículo 319 del Código Penal aplicado en la instancia porque según los artículos 31 y 32 de la Ley General Tributaria, el obligado a retener y a ingresar el impuesto no es el contribuyente, sino el «sustituto» del contribuyente. En nuestro caso, dice, los contribuyentes son los empleados obligados a pagar a Hacienda, aunque el sujeto pasivo sea el «sustituto», es decir, la empresa obligada a retener las cantidades. Finalmente, aduce a su favor la Sentencia de 25 de septiembre de 1990.

Sin embargo, si en el caso de examen el comportamiento defraudatorio consiste en eludir el pago de tributos, sujeto activo del delito sólo podría serlo quien está obligado al pago, que según el artículo 35 de la Ley General Tributaria, corresponde al sujeto pasivo de la obligación tributaria. Y según el artículo 40 de la propia Ley habrá de entenderse como sujeto pasivo de la obligación tributaria a la persona natural o jurídica que según la Ley resulta obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, *sea como contribuyente o como sustituto del mismo*. En consecuencia, sujeto activo del delito sólo puede ser el contribuyente o su sustituto. De ahí que el delito fiscal sea considerado como *delito especial* o de propia mano.

De lo expuesto deduce la sentencia recurrida que el Gerente de la sociedad «KIO-FLEX, S.L.», es decir, el procesado, era la persona obligada al pago del impuesto en su condición de tal y que, por tanto lo eludió, siendo por ello sujeto activo del delito.

Finalmente, la sentencia de esta Sala aducida por el recurrente, no se refiere al supuesto de autos en la que no hubo retención ni pago, sino al supuesto de que se realizó la retención, pero no el ingreso a Hacienda.

El motivo por todo ello debe ser desestimado.

**Artículo 344**

*Tráfico de drogas. Donación. Consumo compartido. Irrelevancia penal*

**(STS de 23 de febrero de 1993. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater).**

Tercero: Por la vía del art. 849.1.º LECr. sostiene, además, la Defensa que se ha infringido el art. 344 CP, pues la conducta imputada al recurrente no es típica. Básicamente sostiene, en este sentido, que la tipicidad se excluye en este caso porque el procesado no obró con propósito de tráfico. En particular sostiene que «las condiciones y el *animus* con que se lleva a cabo la entrega de una pequeña porción de droga» (0,232 grms.) a personas vinculadas amistosamente, con las que se comparte el consumo, excluye el propósito de tráfico.

El motivo debe ser estimado.

La jurisprudencia ha establecido con razón, que el delito del art. 344 CP es un delito de *perigo abstracto*. Ello significa que la acción no necesita crear un peligro *concreto* para el bien jurídico, pero también que no debería ser suficiente con la mera desobediencia formal a la norma, pues, si así fuera, el delito del art. 344 se debería considerar como de pura actividad. Consecuentemente, la adecuación de una acción al tipo del art. 344 CP requiere que ésta reúna los elementos que la caracterizan como abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Qué elementos cumplen esta función es una cuestión que resulta muy difícil de responder de una manera positiva y general. Por el contrario, no ofrece dificultades especiales excluir ciertos casos extremos.

En la *doctrina* se han sostenido diversos criterios para resolver esta problemática. Como es sabido, los delitos de peligro abstracto son considerados en la teoría como difícilmente compatibles con el *principio de culpabilidad*. A principios de este siglo (1919) uno de los padres de la ciencia penal moderna afirmaba en este sentido que «los delitos de peligro general, como los contruidos en el parágrafo 335 del Código Penal austríaco, cuyo tipo penal se refiere a todo peligro para la vida, la salud o la seguridad de las personas, contienen verdaderas malformaciones criminales». Se afirma, además, que la creación de un peligro meramente ficto sólo puede dar lugar a una *culpabilidad ficticia*. Por lo tanto, para armonizar estos delitos con el principio de culpabilidad, entre otras soluciones de muchísima mayor complejidad, destaca la tesis que sostiene que en los tipos de peligro abstracto con un objeto de protección determinado, la acción no se debería subsumir bajo el tipo penal de peligro abstracto cuando sea posible en el hecho concreto probar la falta total de peligro. A partir de esta tesis se ha generado una ya larga disputa que ha culminado en la distinción entre delitos de peligro abstracto y «delitos de peligro abstracto-concreto». También se propuso una reducción de la extensión de los tipos penales de peligro abstracto mediante correcciones interpretativas que excluyen la tipicidad para ciertos supuestos de mínimas infracciones que ponen *in abstracto* en peligro el bien jurídico o cuando la acción en sí misma no es apropiada para poner en peligro el bien jurídico. Otros autores han reinterpretado los delitos de peligro como delitos imprudentes sin resultado, lo que exigiría, como es claro, establecer en el caso concreto la imprudencia de la acción en relación al peligro.

De todo ello es posible deducir que se debe excluir la tipicidad en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza. la acción de estos delitos quede total-

mente excluido, pues ésta no es adecuada para producirlo o porque, tratándose de un delito de peligro abstracto-concreto, se ha podido demostrar que el peligro estaba totalmente excluido para el bien jurídico protegido.

El art. 344 CP no contiene un delito de peligro abstracto-concreto, toda vez que la salud pública es un bien jurídico constituido por un objeto impreciso y carente de individualización pues se refiere a la generalidad. Por el contrario, la adecuación de la acción a la producción de determinados resultados sobre la salud pública es un elemento del tipo penal del art. 344 CP. Como se lo señalado en la doctrina de los delitos de peligro, en estos casos son los tribunales los que deben comprobar en cada supuesto si la acción aparece como adecuada para la producción de las consecuencias que la ley penal quiere evitar.

Por lo tanto, la realización de una acción peligrosa *in abstracto* se debe establecer en cada caso de tal forma que se cumplan todos los elementos que acrediten su peligrosidad abstracta. En este sentido, es posible afirmar la exclusión de la tipicidad del delito del art. 344 CP en aquellos casos en los que: a) Está totalmente descartada la posibilidad de una difusión de la droga entre el público (delito contra la salud pública); por regla, ello será de apreciar cuando la acción tenga lugar en un recinto cerrado; b) No ha existido contraprestación, y c) el otro consume la droga voluntariamente en presencia del que la entrega.

Como es claro estas condiciones se dan en el presente caso, pues se trata de una modesta cantidad de droga, que sólo alcanza para una consumición y es puesta a disposición de unos acompañantes que la utilizarán en la propia presencia del que aporta la droga. En tales casos está totalmente excluido el peligro de difusión incontrolada entre múltiples consumidores y, por lo tanto, el peligro (abstracto) que el legislador quiere impedir. En consecuencia, estamos ante una acción que no se puede considerar abstractamente peligrosa para el bien jurídico.

Naturalmente que cabe preguntarse si, en cualquier caso, estos hechos no se deberían subsumir bajo alguno de los tipos del delito (o en su caso falta) de lesiones (art. 420 y 582 CP), dado que no cabe excluir en ellos un resultado de esta naturaleza. Sin embargo, el procesado sólo ha colaborado en todo caso, en una autolección, en una autopuesta en peligro de lesión de los otros consumidores, que como tal es impune como delito o falta de lesiones corporales, ya que dichos hechos punibles presuponen siempre que el resultado se produzca contra la voluntad de otra persona. En este caso las lesiones habrían sido causadas por el propio lesionado con plena responsabilidad. Sin perjuicio de ello, en la presente causa el procesado no fue acusado por el delito de lesiones, lo que elimina la posibilidad de considerar este aspecto dentro del objeto del presente recurso.

### **Artículo 348**

*Delito contra la salud pública. Resultado de muerte. Imputación objetiva.  
Compensación de culpas*

**(STS de 20 de febrero de 1993. Pte. Sr. Conde-Pumpido Ferreiro).**

Primero: El primer motivo del recurso denuncia, al amparo del número 1.º del artículo 849 LECr., la infracción de Ley que se dice cometida por inaplicación del artículo 348 CP, en cuanto al procesado José María G. J., por entender que tal

precepto sólo exige la previsibilidad del resultado, el que se podía intuir por el hecho de la venta de drogas que causen grave daño a la salud pública.

En el segundo motivo, subsidiario del anterior, plantea la infracción del artículo 565.1.º, en relación con el 407, ambos del CP, también por su inaplicación. La evidente relación de estos dos motivos y la relación que el obrar culposo del agente puede guardar con la aplicación del artículo 348 CP, aconseja su tratamiento conjunto, al igual que hizo el Fiscal en su escrito de impugnación de los mismos.

Para el recurrente, el conocimiento que el acusado tenía del mundo de la droga, por estar introducido en él, le hacía saber que la misma era peligrosa, que en muchas ocasiones había producido desde enfermedades irreversibles a la muerte y conociendo tal peligro se la vende a David D. I., que al inyectársela fallece de forma casi instantánea. De un lado, se afirma en el recurso que aquel resultado «podía y debía preverlo el procesado»; mientras el otro se asevera que, por el conocimiento que tenía de los peligros de la droga para la vida «siempre que vendía se representaba la posibilidad de una muerte y por consiguiente su actuación entra de lleno en el artículo 348 del CP» y «no —agrega— por qué aleguemos la existencia de un dolo eventual, más o menos desacreditado últimamente, sino por la existencia de un dolo directo y concreto en cuanto al resultado que pueda producirse». Supletoriamente afirma, en el segundo motivo de su recurso, que en todo caso el resultado de muerte se habría producido por una total falta de diligencia y cuidado lo que tipificaría la conducta del procesado como imprudencia temeraria.

Tal forma de argumentar nos reconduce a la cuestión de la culpabilidad en los delitos cualificados por el resultado, grupo al que pertenece el precepto penal que, en el motivo principal se dice infringido. Tales delitos se construyen inicialmente sobre la base de que la causación de un resultado más grave derivado de la ejecución de un tipo base, que encerraba un peligro de producción de tal resultado, daba lugar a una importante agravación de la pena. En esa construcción inicial la responsabilidad más severa se establecía por el mero hecho de que el delito base cometido por el autor era la causa del resultado agravatorio, al contener un riesgo de causación del mismo, lo que se presumía, excluyéndose así toda averiguación sobre la culpabilidad, imponiéndose lo que, en definitiva, venía a constituir una responsabilidad por el resultado u objetiva, según la que no era preciso que existiera culpa con respecto a la producción de aquel resultado, mientras que el dolo quedaba a su vez excluido por el hecho de que su concurrencia determinaba la aplicación del correspondiente tipo doloso, generalmente de mayor gravedad aún, que concurría en concurso con el tipo base.

Posteriormente, la necesidad de respetar el principio de culpabilidad obligó a una rectificación de aquella primitiva construcción, imponiéndose en la Reforma de la LO 8/1983 la cláusula del segundo inciso del artículo 1.º del CP según la que «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos por culpa». Con lo que ya la culpa o imprudencia que pudiera encerrarse en el delito base habría de comprender dentro de su ámbito de previsibilidad y causación el resultado agravatorio que, de no ser así, dejaba de ser penado.

Pero tampoco esta última solución era del todo satisfactoria, en cuanto se entendía que, al igualar en la represión de los delitos cualificados por el resultado los supuestos en que el resultado agravatorio era causado por imprudencia y aquellos otros en que se producía con dolo eventual, el principio de proporcionalidad y aquellas reglas según la que «la culpabilidad debe ser la medida de la pena», apa-

recían contradichos por tal punición igualitaria de situaciones en las que la culpabilidad del autor era de distinta gravedad. Por ello la jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo, fundamentalmente en relación al delito de aborto (o de tentativa inidónea de aborto) previsto en el último párrafo del artículo 411, que sólo es aplicable tal figura de delito cualificado por el resultado previsto en aquel párrafo a los supuestos de concurrencia de dolo eventual, mientras los casos de dolo directo o de imprudencia, en cualquiera de sus clases, quedaban excluidos de él y darían lugar a un concurso de delitos (SS de 30 de marzo y 3 de abril de 1985 y 11 de noviembre de 1987). Postura que no dejó de ser contestada por algunos sectores, no sólo por romper con el origen histórico de los delitos cualificados por el resultado, nacidos precisamente para castigar severamente los resultados culposos derivados del peligro propio del delito base, sino también por contradecir el principio del que se decía partir, al sancionar en estas figuras el resultado de muerte causado por dolo eventual más benignamente que en los supuestos del homicidio ordinario previsto en el artículo 407, y que se entiende también comisible con tal clase de dolo. Quizá por ello la Sentencia de 19 de noviembre de 1990 se apartó de aquellas tesis aceptando que también la culpa satisfacía el tipo de los delitos cualificados por el resultado. Pero la posición inicial ha vuelto a ser recuperada, esta vez precisamente para la aplicación del artículo 348 (que es el que se denuncia violado por el recurrente), en la Sentencia de 22 de abril de 1992, la cual además sale al paso de las críticas antes expuestas alegando que los supuestos beneficios para el autor «están desde el principio excluidos por el «efecto de cierre» (o de «clausura») que rige el ámbito del concurso (cfr. STS de 6 de abril de 1988)».

Segundo: Sin entrar de momento en aquella polémica en torno a si la culpa o imprudencia respecto al resultado agravatorio permite o no la aplicación del artículo 348 citado, se hace preciso determinar en primer lugar si en la conducta del recurrente se halla presente alguna de las modalidades del dolo en especial el dolo eventual que es lo que determinaría conforme a la citada jurisprudencia la denunciada infracción de aquel precepto penal.

Ante todo debe afirmarse que del relato histórico no resulta en absoluto la existencia en el acusado vendedor de la droga del dolo directo afirmado por el recurrente —y que de concurrir determinaría la tipificación de los hechos bajo la figura más grave del asesinato por veneno—, por cuanto no consta en absoluto que la finalidad de la venta de la droga a la víctima fuera la de producirle la muerte. Siendo de subrayar que el desconocimiento por parte del acusado José María G. J. de la mayor concentración de heroína de lo habitual en la droga vendida, a que luego nos referiremos más en extenso, contradice aquella supuesta voluntad homicida, así como excluye también y como ahora veremos el dolo eventual.

En efecto, la doctrina de esta Sala respecto al dolo eventual ha seguido, como advierte la Sentencia de 25 de noviembre de 1991, en distintos momentos las principales teorías de la dogmática: la de la probabilidad, la del sentimiento y la del consentimiento, pero dando más relevancia a esta última (S. 27 de marzo de 1990), tanto por ser la más enraizada en la doctrina, como por resultar menos equívoca y menos expuesta a declarar o reputar dolosas actuaciones negligentes, de forma que existiría aquella clase de dolo cuando se ha producido un resultado representado como probable y, sin embargo consentido (S. 16 de octubre de 1986, p. ej.) o aceptado (S. 19 de diciembre de 1987, p. ej.) por el agente, aunque esta aceptación pueda estar matizada por el posible deseo del autor de que el resultado admitido

no se produzca (S. de 27 de diciembre de 1988). Esto es, en el dolo eventual el autor preferiría que el resultado no se ocasionara pero, de ser inevitable su producción, la acepta sin desistir de la acción que puede causarlo.

Sin embargo, la antes citada Sentencia de 22 de abril de 1992 afirma que «en la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, al dolo». Por lo que se entiende que quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado. Aseverando también tal sentencia que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción.

Con ello la jurisprudencia de esta Sala, en su propósito de acomodarse a los casos concretos, ha llegado a una situación ecléctica y próxima a las últimas posiciones de la dogmática, que conjugan las tesis de la probabilidad con la del consentimiento, considerando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que además se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Pero en todo caso, y como se dijo, es exigible la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

Aplicando esa doctrina al supuesto de autos, vemos que del relato histórico y de ciertas afirmaciones que con valor fáctico se hacen en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia recurrida, resalta el dato de que el acusado José María desconocía «la alta concentración en heroína base, de la sustancia que adquirió y ulteriormente expendió» con lo que el sujeto no era consciente de que su acción encerraba un aumento notorio del peligro usual en el consumo de la heroína, que generalmente sólo produce un riesgo para la vida a largo plazo y tras un consumo continuado de la droga, produciéndose sólo un riesgo inmediato en el uso de una dosis elevada de la misma, circunstancia esta última que se daba en el caso concreto, pero que desconocía el recurrido, al vender una cantidad que aparentemente no excedía de las dosis usualmente consumidas por los adictos a tal alcaloide. Esa falta de consciencia de la elevación del riesgo implicaba también la ausencia de representación del resultado de muerte como inmediato y causable precisamente por el consumo de la droga expendida, por lo que mal podría conformarse el agente con un resultado que no se presentó como probable. Faltan, pues, los elementos propios del dolo eventual, tanto el del conocimiento o conciencia del elevado riesgo de producción del resultado de muerte como el de aceptar o cargar con la incertidumbre o eventualidad de que tal resultado se produzca.

Tercero: Otra cosa es la posible concurrencia de culpa en el comportamiento del recurrido. La Sala *a quo* la excluye en cuanto entiende que la conducta del procesado

«no entraña una actividad culposa o imprudente distinta de la ya inherente a dicho tráfico, al desconocer dicho procesado la alta concentración de heroína base, de la sustancia que adquirió y posteriormente expendió y ser además muy reducidas las porciones suministradas a cada comprador, lo que alejaba el riesgo de sobredosis».

Tal razonamiento no puede ser aceptado. La conducta observada por el procesado entrañaba, además del peligro normal propio de la expedición de drogas, riesgo reprobado y que determina la ilicitud penal de tal expedición o tráfico, otro riesgo sobreañadido y potenciado de producir daños más graves para la salud o la vida del consumidor que se derivaba de la proporción de alcaloide activo de la droga con la que se traficaba. Ciertamente que, si bien respecto a los primeros el recurrido tenía que ser consciente de su existencia, por su experiencia en el mundo de la drogadicción, no lo era en cambio respecto al segundo. Pero no cabe olvidar que esa falta de consciencia constituye en el campo de la imprudencia una modalidad específica —la de la culpa inconsciente o sin representación— que es igualmente reprochable y punible. Por lo que la única cuestión es la de establecer hasta qué punto el recurrido venía obligado a adoptar especiales deberes de cuidado en orden a la calidad de la droga expendida y a no provocar un aumento del riesgo que exacerbaba el peligro de su consumo, lo que a su vez le obligaría a tomar consciencia de aquel riesgo informándose de las condiciones o calidad de la droga con la que traficaba.

También este punto, el del riesgo asumible en el tráfico de mercancías y productos destinados al consumo, ha sido tratado por la ya citada Sentencia de 22 de abril de 1962 que advierte que «las exigencias de cuidado en ese ámbito esta constituido por las expectativas del consumidor. Desde esta perspectiva el productor debe tomar en cuenta como medida del cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable». Este especial deber de cuidado que obliga a todo aquel que expende sustancias que van a ser consumidas por terceros a no aumentar los riesgos que el consumo de las mismas encierra ordinariamente, no desaparece porque la expedición o tráfico se lleve a cabo en el terreno de la ilicitud, pues también aquí rige el deber de no causar daños reprobados jurídicamente y el principio de confianza del consumidor, máxime si, como ocurre en este caso, lo ilícito es el tráfico, pero no el consumo, que no está jurídicamente reprobado mientras se limite al uso para sí mismo de la droga adquirida, en la confianza de poder utilizarla como le es habitual, sin sufrir riesgos sobreañadidos a los que son propios de tal consumo. Ni es usual ni es razonablemente exigible la adopción de medidas de «autoprotección» frente a riesgos que excedan de las relaciones sociales y el tráfico de la vida en la que se desarrolla las propias actividades lícitas.

En estas condiciones, el procesado venía obligado a asegurarse de que la droga con la que traficaba no se apartaba de los patrones usuales en el mercado y no contenía una probabilidad mayor de riesgos de los que son asumidos usualmente en ese tráfico, por los consumidores de la droga. El que no llegara a adquirir, por su pasividad y falta de información, el conocimiento o consciencia del mayor riesgo que la droga que había adquirido y vendía a terceros encerraba no excluye su culpa o imprudencia, sino sólo el carácter consciente de la misma y, a lo más, podrá valorarse en el orden a la gravedad de tal imprudencia, calificándola como simple y no como temeraria, en cuanto la adopción de aquellas medidas de información y cuidado no son usuales en el ámbito en el que el tráfico menudo de la droga se desarrolla y sólo una persona muy diligente se preocuparía de observarlas.

Cuarto: Ahora bien, tanto en el ámbito de la figura penal de la imprudencia punible (sea en la forma de delito tipificada en el artículo 565, o en la falta prevista en el artículo 586 bis), como en los delitos cualificados por el resultado, el carácter culposo de la conducta base no basta para determinar la existencia del tipo punible sino que, como recuerda la Sentencia de 3 de junio de 1989, la doctrina de esta Sala ha subrayado el carácter de elemento esencial de la apreciación de la imprudencia que tiene el nexo causal entre la acción y el resultado y como este nexo se quiebra si interfiere algún hecho extraño procedente de un tercero o de la propia víctima. Este comportamiento voluntario de la víctima asumiendo los riesgos de la acción base introduciendo en el proceso causal nuevos factores que contribuyen al resultado, ha sido de siempre valorado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de esta Sala como un elemento paliativo o excluyente de la responsabilidad del autor, acudiendo a diversos expedientes:

a) Primero, y en el más estricto terreno de la causalidad, con la tesis de la «prohibición del regreso» que determina que en el regreso por la cadena causal desde el resultado hasta la acción inicial, tal cadena se rompe si interfiere en ella una acción voluntaria (dolosa) de la propia víctima que contribuye al resultado (S. de 11 de febrero de 1975 p. ej.). Acción que, en este caso, estaría representada por la autoinculpación de la droga, con la que la víctima asumió el riesgo que comportaba el uso de la droga inyectada. Pero precisamente, el que para él —igual que para el autor— no fuera conocido el peligro exacerbado que la riqueza de la heroína representaba y que venía sobreañadido a los riesgos ordinarios que conscientemente asumía, así como el que no fuera para él —a diferencia de para el autor— exigible la comprobación de la calidad de la droga, hace que no pueda estimarse que el comportamiento de la víctima en este caso rompa la cadena causal en orden precisamente a la causa eficiente de la muerte, que fue la riqueza de la droga, pues no actuó de forma dolosa ni imprudente en cuanto a la puesta en efecto de tal causa, cuya existencia desconocía. Más aún, en el orden causal era previsible para el vendedor de la droga la conducta del adquirente, y su consumo exterior estaba implícito en el curso causal que con aquella venta se desencadenaba (la droga se adquiere para ser consumida), por lo que el hecho de tal consumo no puede romper la cadena causal de que se es consciente.

b) Más recientemente, especialmente a partir de la Sentencia de 20 de mayo de 1981, la doctrina de esta Sala viene aceptando la llamada imputación objetiva, en virtud de la que deben separarse el plano material y naturalístico de la causalidad y el normativo de la imputación objetiva del resultado a su autor. Se trate de una doctrina ligada al concepto de acción, como «acción típica», en cuanto que para afirmar que se da el tipo objetivo del injusto en los delitos de resultado es necesario comprobar ambos planos, el causal y el normativo, estimando objetivamente imputable el resultado causado por una conducta sólo cuando la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que ha dado lugar al resultado típico. Tesis que se ha desarrollado en una corriente de la que son hitos la Sentencia de 5 de abril de 1983, la de 15 de enero de 1991 y, la tantas veces citada en esta resolución, de 22 de abril de 1992.

En el terreno de la imprudencia, la Sentencia de 3 de junio de 1989 acepta tal doctrina declarando que cuando junto al peligro inicial aparece comprobada la intervención de terceros que asumen el riesgo creado por la acción de otro, se quiebra la imputación objetiva porque «en tales casos, el resultado antijurídico ya no pro-

viene del riesgo previo, indeseable pero no eficiente para ocasionar estas últimas contingencias». Ello impide que se pueda afirmar en tales casos la procedencia de la imputación objetiva. Respecto al comportamiento de la propia víctima es evidente que nadie debe favorecer conscientemente el incremento del peligro a que están sometidos los bienes jurídicos de que es titular, y si lo hace esa asunción del riesgo de la acción del agente influye sobre la imputación objetiva de tal acción. Pero sólo si puede reprocharse a la víctima por algún título —dolo o culpa— esa asunción del riesgo puede ésta tomarse en cuenta para atenuar o excluir la imputación objetiva. Pero tal asunción del riesgo implica el conocimiento de su existencia. Si no, no hay asunción, esto es, aceptación voluntaria o negligente del peligro, sino inconsciente inmisión en su esfera. Y la inmisión inconsciente en la esfera del peligro o la inocente colaboración a la producción del resultado es irrelevante en orden a la exclusión de la imputación objetiva, pues de otro modo quedarían impunes todo el grupo de los delitos llamados de «relación» (*Beziehungsdelikte*), en los que la víctima coopera o acepta su producción (estafa, estupro, delitos de contagio, etc.).

Por tal razón la tesis de la «asunción del riesgo» o «autopista en peligro» no puede ser aplicada para excluir la imputación objetiva y sus consecuencias en casos, como el presente, en los que la víctima no es consciente del peligro extraordinario asumido. Otra cosa equivaldría a afirmar la impunidad de los daños causados a los consumidores de productos adulterados por haber asumido inconscientemente el riesgo que representaban, al consumirlos voluntariamente. En el hecho de autos la víctima sólo asumió los riesgos ordinarios de su adicción a la droga, pero el riesgo extraordinario sobreañadido en este caso, y que fue precisamente el causante del resultado de muerte, no fue asumido conscientemente por él, ya que le era desconocido. Con lo que el criterio de la imputación objetiva sigue apuntando hacia el autor de la conducta base, que encerraba el peligro desaprobado, y no puede ser excluido por una inexistente aceptación voluntaria de tal peligro por parte de la víctima.

Tampoco el criterio del fin de la norma puede ser aquí utilizado para excluir la imputación objetiva, en cuanto si bien es cierto que la finalidad de la norma que tutela el bien jurídico de la integridad física y de la vida lo hace frente a los riesgos que provengan de la conducta de otro y no frente a las autolesiones y la propia muerte, ello es sólo en cuanto estas últimas sean voluntarias o imprudentes y no si son inconscientes: el que bebe el licor envenenado no elimina la imputación objetiva de quien, dolosa o imprudentemente, lo emponzoñó, por el hecho de ser él mismo quien lo ingiere poniendo inconscientemente en peligro su vida o, mejor aún, permitiendo inocentemente que el peligro creado por la acción del autor se materialice en el daño buscado.

Quinto: Por último, y desde otro punto de vista, esta Sala ha venido analizando el influjo que en el curso causal de las imprudencias y en la gradación de las mismas tiene la llamada «culpa de la víctima». En doctrina que resumen las Sentencias de 19 de junio de 1972 y 24 de marzo de 1983, se afirma que la culpa de la víctima puede exonerar la del autor cuando la primera sea tan determinante para el resultado que minimice la causalidad de la segunda. En otro caso, la culpa concurrente de la víctima puede hacer descender la culpa del agente uno o más peldaños en la escala imprudente. En este caso ha habido una culpa de la víctima que, si bien no asumió el riesgo pleno, sí asumió riesgos previsibles en el consumo de drogas, en una imprudencia o grave, pero próxima a la culpa del autor que, como se dijo, fue constitutiva de simple imprudencia. Por esa misma nimiedad de la culpa de la vic-

tima, ésta no produce *per se* la exoneración de la culpa del autor, pero sí la disminuye o minimiza. Y no existiendo por debajo de la forma o grado de la imprudencia simple otra modalidad de culpa penalmente reprochable, la degradación de tal clase de culpa leve debe conducir a la no apreciación de imprudencia punible en la conducta del recurrido.

No existiendo, pues, ni dolo eventual ni imprudencia punible con respecto al resultado causado, son inaplicables al hecho de autos tanto el artículo 348 del Código Penal, como el 565 o el más leve, y no invocado, artículo 586 bis, del propio Código.

### Artículo 349

*Delito contra la Hacienda Pública. Falta de declaración*

**(STS de 26 de abril de 1993. Pte. Sr. Granados Pérez).**

Cuarto: En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca aplicación indebida del artículo 349, en relación con el derogado artículo 319, ambos del Código Penal, e infracción del artículo 24.2 de la Constitución.

Se alega que no concurre el elemento subjetivo del derogado artículo 319 del Código Penal, ni del actual 349 del mismo texto legal, que va implícito en el término «defraudar» que emplea el precepto y que el impago de los impuestos fue debido a la crisis económica que sufría la empresa y que no existió, por consiguiente, ánimo de engañar.

No se cuestiona, pues, que el recurrente desatendió su obligación de abonar el Impuesto de Tráfico de Empresas durante los ejercicios de los años 1983, 1984 y 1985, sino que se trata de justificar el impago por la crisis económica que padeció la sociedad, afirmando la inexistencia de ánimo de defraudar.

Se razona por el Tribunal de instancia, con profusión y acierto, la concurrencia, en el relato histórico de la sentencia impugnada, de cuantos componentes subjetivos y elementos objetivos configuran el delito contra la Hacienda Pública apreciado por el Tribunal sentenciador.

Ciertamente, se explicita la presencia de la defraudación, del perjuicio económico a la Hacienda Pública, y que la cuota defraudada era superior, por concepto tributario y por cada periodo impositivo —años 1983, 1984 y 1985—, a los cinco millones de pesetas.

El sentido y alcance que debe otorgarse al término «fraude» al que se alude en el artículo 349 del Código Penal y si es posible o no cometer el delito fiscal por la mera omisión de la declaración, son dos cuestiones básicas para el entendimiento de esta figura delictiva y que han sido objeto de especial atención por la doctrina y por la jurisprudencia de esta Sala.

La Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1988, resuelve ambas cuestiones con un común argumento: *la no presentación de la declaración equivale a estar afirmando a la Administración que no se tiene nada que declarar y ello entraña la presencia del engaño propio de la defraudación.*

Con arreglo a este criterio, defrauda a Hacienda quien sabedor de que tiene la obligación de satisfacer el impuesto que corresponda lo elude, omitiendo la declaración debida.

Que exista o no *animus* defraudatorio es un problema de inferencias (cfr. Sentencia de 27 de diciembre de 1990), que corresponde decidir al Tribunal de instancia.

Si a la omisión de la declaración se añade, como sucede en este caso, la ocultación de los datos propios para sentar las bases del impuesto, al prescindirse de la obligada llevanza de los registros en los libros, ello ayuda a conformar el elemento defraudatorio, por lo que en modo alguno resulta ilógica o arbitraria la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia acerca de su presencia; y si, al mismo tiempo, coexiste con un perjuicio a la Hacienda Pública por una cuota superior, en cada una de las tres anualidades, a los cinco millones de pesetas, resulta obligado desestimar el presente motivo, por infundamentado y por existir una más que suficiente prueba de cargo para enervar el principio de presunción de inocencia, igualmente invocado.

### Artículo 369

*Desobediencia. Incumplimiento de sentencia. Alcalde*

(STS de 16 de marzo de 1993. Pte. Sr. Díaz Palos).

Primero: Antes de entrar en el examen de los motivos del recurso interpuesto, conviene recordar los elementos estructurales del delito de desobediencia cometido por funcionario y tipificado en el artículo 369, párrafo primero del Código Penal y que son:

a) Un *elemento objetivo* constituido por la negativa abierta a dar cumplimiento, en este caso a sentencia dictada por el Tribunal Supremo, dentro de su competencia *ratio materiae* y revestida por las formalidades legales. Negativa abierta que tanto quiere decir como patente y categórica, desoyendo el funcionario los requerimientos que se le hicieran para el cumplimiento del mandato (judicial) (Sentencia de 5 de diciembre de 1990), sin que al respecto pueda tacharse de contradictoria la jurisprudencia recaída en el tema, pues «el delito de desobediencia se caracteriza no sólo porque aquella desobediencia adopte una forma abierta, terminante y clara, sino que también es punible la que resulta de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestren una voluntad rebelde» (Sentencia de 9 de diciembre de 1964). No se trata de confundir la desobediencia con meras omisiones que pueden proceder de error o mala inteligencia (Sentencia de 7 de noviembre de 1944). En suma la expresión «negativa abierta», como dice la doctrina científica, excluye la comisión culposa en delito esencialmente intencional (Sentencia de 15 de febrero de 1990). Y lo cierto es que la oposición clara a un mandato, bien puede deducirse de la repetida no ejecución.

b) Un *elemento subjetivo* que se deduce de lo anterior, y que no es otro que el incumplimiento del mandato sea de una manera voluntaria e intencional, sin que lo supla un reiterado o negligente abandono, dado que por el contenido de la orden no hay lugar a confusión o mala inteligencia (Sentencia de 5 de diciembre de 1990 ya citada). Ello quiere decir que si el incumplimiento es ostensible y, por ende, intencional, no cabe la comisión culposa.

Segundo: El *primer motivo* del recurso, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce infracción del artículo 369 del Código Penal por entender que a tenor de la relación de hechos probados, éstos no son constitutivos de delito.

Según el recurrente, si bien la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1985, reconoció al acusador particular de esta causa, Ignacio Cuadros Naves, el derecho de obtener del Ayuntamiento de Biosca (Lérida) licencia de obras para edificar un almacén en la parte de finca llamada «La Era» que había comprado a su dueña Florentina Millas Vilagriño, sin embargo, la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1987 desestima la pretensión del Sr. Cuadros, una vez que esta última resolución judicial autorizó la construcción de una escuela por ser de utilidad pública o de interés social en la finca que el Sr. Cuadros había comprado posteriormente en su totalidad, causa de que solicitara al Ayuntamiento la mentada licencia de obras, que le fue denegada en 20 de diciembre de 1982 siendo sucesivamente interpuestos por la acusación particular hasta obtener la sentencia del Tribunal Supremo de 1985, resolución en la que se dice que debía concederse la licencia «sin nuevas dilaciones, artificios o subterfugios, ya que ello representaría una conducta contraria a la buena fe... que podría acarrear a la Corporación consecuencias nada favorables».

Como se ve antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 1987, e incluso de la de 1985, el Sr. Cuadros, ya había instado licencia que de nuevo instó y que de nuevo fue denegada por silencio administrativo, lo que hizo que el perjudicado acudiera a la Comisión de Urbanismo de Lleida, que otorgó la licencia por subrogación en 16 de julio de 1986, contra cuyo acuerdo recurrió el Ayuntamiento en reposición y alzada, siendo desestimados ambos recursos.

Para salir de este *impasse* el acusador particular trató de buscar una conciliación con el Ayuntamiento ofreciendo en compensación al Alcalde la cantidad de 100.000 pesetas para obtener el permiso de obras, lo que fue debatido en el Ayuntamiento, que siendo favorable en principio a tal compensación, arrastrado por el acusado denegó esta vía de acuerdo. El Alcalde, incluso, siguiendo en su actitud de oposición a la sentencia de 1985, siempre en su condición de Alcalde, interpuso en 23 de enero de 1985, demanda de interdicto de obra nueva que paralizó las obras iniciadas por Cuadros amparado en el permiso de la Comisión de Urbanismo, hasta que el día 8 de mayo de 1987, ya conocida la sentencia de 1987, el acusado firmó el acuerdo municipal de expropiación de la parcela e interesó de la Conselleria de Gobernación de la Generalitat de Catalunya la declaración de urgente ocupación de la finca. Sin embargo, también esta demanda fue desestimada finalmente por la Audiencia Provincial de Lleida en sentencia de 1987, la que puso de manifiesto la falta de respeto de la Corporación Municipal ante las precedentes resoluciones judiciales, advirtiendo que de seguir en dicha actitud podría derivarse responsabilidad penal, que es lo que, en definitiva, ha ocurrido.

En resumen, de lo que antecede se desprende que el acusado obrando siempre como Alcalde del Ayuntamiento de Biosca, lo que hace aplicable el artículo 15 bis del Código Penal, propició las resoluciones corporativas desconocedoras del derecho otorgado, hasta el punto de que después del complejo proceso antes expuesto culminó su actitud, una vez interpuesta la querrela que dio origen a esta causa, logrando que el Pleno del Ayuntamiento, en 25 de abril de 1988, basándose el acusado en un informe previo de Letrado, acordase la revocación de la licencia de obras con-

cedida por la Comisión de Urbanismo de Lérida; reconocer al Sr. Cuadros la indemnización que le corresponde; y ordenara que suspenda de inmediato las obras emprendidas al amparo de dicha licencia, pero el Sr. Cuadros también logró del Juzgado de Cervera, en el procedimiento interdictal aludido, que revocara la suspensión de la obra.

Tan accidentado proceso, terminó con la expropiación forzosa del terreno para construir la escuela pública y abonando al Sr. Cuadros como justiprecio la cantidad de seis millones de pesetas, incluidos los intereses devengados, en fecha 26 de enero de 1990.

Tercero: De todo lo expuesto se desprende la contumaz postura del acusado como Alcalde del Ayuntamiento de Biosca, no sólo omitiendo cumplir la sentencia del Tribunal Supremo de 1985, sino obstaculizando su ejecución promoviendo recursos distintos en órganos judiciales inferiores y logrando acuerdos del Ayuntamiento para lograr su obstinada decisión de llegar a la construcción de la Escuela Pública, que si, en sí mismo, es cosa loable como dice la sentencia recurrida, los medios puestos en práctica no lo son, tanto más que fueron a costa de una sentencia firme del más alto Tribunal de Justicia.

El delito de desobediencia se había, pues, consumado, cuando se dictó la sentencia del Tribunal Supremo de 1987, siendo de notar que esta sentencia no es en modo alguno contradictoria de la anterior, sino que cada una de ellas otorgó su amparo a derechos distintos: La primera el *ius aedificandi* que tenía el actor en terreno que era de su propiedad. Y la segunda el derecho de satisfacer el interés social de levantar una escuela en dicho terreno, por medios lícitos, como era el de expropiación, que es en definitiva lo que consiguió el Ayuntamiento de Biosca utilizando tales medios. Esto es lo que debió realizar la Corporación municipal y su Alcalde en representación de la misma, sin equivocarse el camino de desconocer una sentencia firme y de empeñarse en ello hasta el último momento. Así lo pone de relieve la sentencia recurrida en su fundamentación jurídica que damos por reproducida.

Tampoco es admisible el alegato de la representación del recurrente de que el Alcalde «con argumentos en los que realmente creía», siguió con el deseo de construir la escuela prometida al pueblo. Esta creencia pudo obrar como móvil, pero el mismo es distinto del dolo, como es sabido de todos. Y así sucede en el delito de que tratamos que se consuma con la desobediencia a una sentencia judicial de manera abierta y continuada. La obstinación del Alcalde lo único que consiguió fue despertar la conmoción del pueblo de Biosca provocando insultos y pintadas contra Cuadros, todo lo cual se hubiera evitado de haber seguido el camino correcto que al final se impuso.

De lo dicho también se desprende que el acusado, en su largo camino de desobedecer la sentencia del Tribunal Supremo de 1985, obró dolosamente.

No cabe la réplica a que se acoge de nuevo el recurrente que éste, en definitiva, obró conforme a derecho y asesorado por un Letrado, como lo prueba el advenimiento de la sentencia de 1987. Ya hemos visto que no existió tal contradicción de ambas resoluciones. En todo caso, cuando se pronunció esta segunda sentencia, se había desobedecido ampliamente la primera, que, además, le marcó al acusado el camino adecuado de no persistir en su actitud y utilizar otros cauces legales para lograr su pretensión. Sobre todo ello se ha dicho ya lo bastante.

El motivo debe ser desestimado.

**Artículos 390 y 401**

*Cohecho impropio. Solicitud del regalo. Tentativa. Fraude de funcionario. Concurso*

**(STS de 23 de febrero de 1993. Pte. Sr. Ruiz Vadillo).**

Noveno: Se apoya en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando infracción del artículo 390 del Código Penal por indebida aplicación.

El artículo 390 citado dice: «El funcionario público que admitiera regalos que le fueran presentados en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido, será castigado...»

No es el momento de llevar a cabo una consideración general y pormenorizada sobre las características de los hechos que aquí se punen. No sería adecuado. Nadie ha recurrido respecto a otras modalidades más graves y, por tanto, el incodicionado sometimiento al principio acusatorio lo hace impropio.

Estamos, pues, en presencia del llamado *cohecho impropio* en el que, como dice la doctrina científica, existe una perturbación del correcto funcionamiento de la función pública por cuanto existe una conexión causal entre el regalo que se ofrece y el oficio público del funcionario. Se trata, nada menos, que de 300 millones de pesetas y de una actuación penal iniciada precisamente —y, por fortuna, terminada— con la no consumación de lo pretendido en razón de la denuncia de Javier García y Asencio Pastor, explicando lo sucedido a la Directora General de Urbanismo, quien puso los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Tampoco hay necesidad de insistir —porque el reproche penal es aquel, y sólo aquel, que establece la Ley— principio de legalidad con exigencias de taxatividad y certeza —en relación con la gravedad de los hechos de esta naturaleza o de naturaleza análoga por el muy grave daño que hacen a la comunidad que puede perder la credibilidad o parte de la credibilidad en las instituciones—, aunque, por fortuna, en este caso la reacción de la autoridad fue inmediata y eficaz.

Todos los elementos del tipo penal concurren en este caso, puesto que en él se incluye el supuesto de que el sujeto activo admita regalos que le fueran presentados, *y también cuando es él quien los solicita*. En definitiva, son perspectivas de un mismo comportamiento, visto como un poliedro desde distintos planos.

Otra interpretación conduciría al absurdo, teniendo en cuenta que, con este entendimiento del precepto no se extravasa el contenido propio del mismo, en razón a que, *con iniciativa del funcionario o sin ella, lo que se sanciona —elemento teleológico— es el abuso del ejercicio de la función pública*.

En este caso la solicitud procede del funcionario y, entonces, es él el que induce, aunque sea sin éxito, al particular, al delito.

Pero el funcionario no actúa en un sistema de bilateralidad, sino que en su actuación ya se dan todos los requisitos y exigencias objetivas y subjetivas del injusto.

Décimo: Con apoyo en el mismo artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia otra vez indebida aplicación del artículo 390 del Código Penal, en relación con el 3.3 del mismo Código respecto de la tentativa. Lo que sucede es que en este supuesto y en este delito la sollicitación es, al menos, tentativa, según

la sentencia de instancia, calificación que, como ya se dijo, no puede ahora agravarse por el principio que prohíbe la *reformatio in peius*.

Entienden los recurrentes que sería de aplicación la figura del desistimiento, pero esta modalidad en los actos de perfeccionamiento del delito supone una dejación de la actividad delictiva que responde a su propia y definitiva decisión, y esto no es lo que dice la sentencia de instancia, declaración histórica que en este cauce procesal ha de respetarse.

## RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

Único: En el único motivo, por infracción de Ley al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia indebida aplicación del artículo 401 del Código Penal.

Dice el Ministerio Fiscal que, dándose como probado que lo acusados (funcionarios públicos y particulares cooperadores) pretendieron obtener de terceros un beneficio (300 millones de pesetas), de una operación relativa a la calificación urbanística de una finca, en que debían intervenir por razón de su cargo o función, no es procedente que se les absolviese de esta modalidad delictiva.

El artículo 401.1 citado castiga al funcionario público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato u operación, en que deba intervenir por razón de su cargo...

Sujeto activo lo será el funcionario que, por razón de su cargo, haya de intervenir en un contrato u operación, si se interesare en él. Por consiguiente, el *problema se plantea a la hora de fijar si tal comportamiento actúa en forma concursal con la prevaricación y el cohecho*. La doctrina científica está dividida. La actividad comisiva consiste esencialmente en interesarse en cualquier clase de contrato u operación en la que deban intervenir por razón de su cargo (Sentencia de 18 de febrero de 1980).

No es ajena a la controversia doctrinal existente la falta de una jurisprudencia consolidada en la interpretación del precepto. La Sala de instancia estima excluidos de la norma los actos de los funcionarios que, desde fuera del negocio u operación, sin estar implicados en ellos, se limitan a pedir u obtener algún beneficio, al convertirse así, de alguna manera, en contratistas.

Esta Sala ha manifestado que lo esencial es que el funcionario tome interés en aquello que, por constituir materia propia de su cargo, no puede ser objeto codiciado para sus apetencias lucrativas (Sentencia de 28 de septiembre de 1951), lo que le obliga a un total apartamiento (Sentencia de 30 de marzo de 1955), tratando de impedir el abuso o prevalimiento (Sentencia de 22 de noviembre de 1971), que la actividad del sujeto activo se desdobra actuando como funcionario en el contrato u operación y recibiendo como particular el beneficio (Sentencia de 18 de febrero de 1980), que la esencia está en evitar la contradicción de intereses y de lealtades (Sentencia de 6 de marzo de 1990), y que se trata de preservar la integridad y rectitud del funcionario (Sentencia de 16 y 29 de mayo de 1990).

El artículo 419 del Proyecto de Código Penal de 1992 determina con precisión el contenido del tipo equivalente al actual artículo 401.

La autoridad o funcionario público que debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, acuerdo, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa

o por persona interpuesta en tales negocios o actuaciones, será castigada... Este dato puede ser significativo.

En definitiva, hay que entender que la nota distintiva respecto de otros delitos, con los cuales puede coexistir a través de un concurso, es que en esta infracción penal el funcionario pretende obtener beneficio del negocio o actividad en cuyas actividades se introduce o participa, es decir, participar en el negocio, inmiscuirse en él, actividad que aquí no se produjo.

Es por ello por lo que, asumiendo los argumentos de la sentencia de instancia, procede desestimar el motivo único del Ministerio Fiscal, no sin reconocer el interés que su formulación y defensa, en el acto juicio oral, han ofrecido.

### Artículo 405

#### *Parricidio. Omisión. Posición de garante*

(STS de 31 de marzo de 1993. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez).

Quinto: El segundo motivo por infracción de Ley, por la vía del núm. 1.º del art. 849 del texto procesal penal, denuncia aplicación indebida del art. 405 del Código Penal.

El motivo está inexcusablemente destinado a su desestimación, porque el recurrente no respeta el hecho probado, constantemente en su desarrollo lo cuestiona con manifestaciones particulares, o declaraciones de la víctima.

El *hecho probado* resulta tajante: «... se despertó debido a que sentía dolor en el vientre y sin decir nada a su marido se fue al baño y allí parió una niña viva, a término, que respiró, pesando 3 kg y 100 gr, midiendo 54 cm de longitud y teniendo 36 cm de perímetro craneal. La madre, que tiene conocimiento de asistencia a un parto por razón de su profesión de azafata —por si se produce alguno en pleno vuelo— cogió a la niña entre sus manos sin que se cayera al suelo y viendo que tenía espuma en la boca se la limpió, se desgarró el cordón umbilical; le pareció que no respiraba y sin pedir auxilio a su marido, ni a nadie, la envolvió en una toalla y una falda pantalón cuya bolsa puso en un estante del armario entreabierto. La niña murió debido a la intervención de diversos factores: la anoxia producida por confinamiento, la falta de ligadura del cordón umbilical y, en definitiva, la privación de los cuidados necesarios para la conservación de vida...».

Consta la existencia de una niña viva, que respira, a término, con las características de peso y tamaño que el *factum* describe, la madre que tiene conocimientos obstétricos, no avisó a su marido, ni a nadie y ante el desgarrar del cordón, introduce a la criatura en unos envoltorios y bolsas y omite toda clase de cuidados y al despertarse el marido y ver a su mujer en el suelo y ver manchas de sangre, no apreciando mucho por no llevar las gafas, su mujer le engañó diciendo que había tenido el periodo y había perdido mucha sangre.

Existen en la conducta de la recurrente actos y omisiones de claro contenido causal en la producción de la muerte de la niña, que por su total indefensión exige cuidados y atenciones, equiparándose así la conducta activa a la omisiva en el orden causal, a más de actuaciones positivas como introducir en bolsas y envoltorios irrespirables a la recién nacida. Envolvió a la criatura en una toalla que metió en una bolsa de plástico y todo ello en una bolsa de deportes, lo que impidió respirar

adecuadamente. Debió liar el cordón umbilical por los conocimientos que poseía y por anterior parto propio.

Finalmente *la conducta ha de reputarse dolosa* a todas luces.

Como el dolo con su dualidad de elementos, intelectual y volitivo, pertenece a lo subjetivo para poder apreciarse, salvo que el propio sujeto confiese voluntaria y lícitamente su voluntad intencional y maliciosa del resultado punible, debe inferirse por datos extrínsecos, pero íntimamente relacionados con el agente y con el hecho delictivo, para inferir y sacar las precisas consecuencias. La Sala de instancia lo ejecuta irreprochablemente, a juicio de este Tribunal de Casación, en el fundamento jurídico primero de su sentencia, complementario del hecho probado según la doctrina jurisprudencial. Son datos a tener en cuenta el conocimiento del estado de gestación por la recurrente, que pese a que lo niega hasta que según ella se le retiró la menstruación en mayo de 1990, la pericial médica practicada en el plenario patentiza una criatura a término, por su tamaño, peso y otros datos de observación. La acusada no hizo saber a nadie su estado de gestación, ni acudió a consultorio médico, trabajando durante todo el tiempo que duró el embarazo y haciéndolo intensamente. El nacimiento se produjo de una niña completamente formada, a término, que nació viva y respiró y no cayó al suelo, ya que no se le apreció lesión alguna y que si murió fue debido a no recibir los cuidados de la madre. Resulta inconcebible la ocultación del embarazo, incluso al marido y el no acudir a la consulta del ginecólogo, máxime habiéndosele tenido que practicar una cesárea al dar a luz a su anterior hijo y que no avisara a su marido que estaba junto a ella de que se le aproximaba el momento del parto o a cualquier persona, hallándose en zona urbana. De todos estos datos, de la no ligadura del cordón umbilical, de la colocación de la niña entre envoltorios, en bolsas, en situación de imposibilidad de respiración, en la omisión de cuidados y en engañar al propio esposo de la sangre caída en el suelo, atribuyéndolo a la llegada de su regla... Todos estos datos conjunta y racionalmente apreciados infieren un claro *animus necandi* que puede vializarse por la vía de la acción, con actos positivos, como el introducir a la criatura, tras envolverla en una toalla, en una bolsa de plástico metiendo, todo ello, en otra bolsa de deportes, junto con otra toalla y ropa, como con omisiones trascendentes y causales al resultado lesivo como la falta de ligadura del cordón umbilical y la omisión de toda clase de cuidados a la criatura precisada siempre del auxilio maternal.

Tradicionalmente en el Derecho español se ha estimado como muerte dolosa del descendiente e incardinable en el art. 405 del Código Penal la conducta de la madre que deja sin alimento a su hijo de pocos días, lo que determina su fallecimiento —Sentencias de 12 de febrero de 1892 y 15 de noviembre de 1987—. Existe una identidad estructural y material en el plano normativo donde aparecen como equivalentes los actos determinantes de la muerte y las omisiones con virtualidad causal de negación de asistencia y cuidados a un ser totalmente desvalido.

En la *posición de garante* de la recurrente y en el *deber jurídico que pesaba sobre ella para la protección de su hija recién nacida*, se encuentra la razón de su responsabilidad por omisión, interviniendo en una situación peligrosa para evitar un peligro y daño para el bien jurídico ajeno.

La doctrina de esta Sala estimó un delito de parricidio, de comisión por omisión en la procesada, que dejó desasistido al hijo recién nacido, sin haber requerido la asistencia de facultativo, ni antes, ni durante el parto, ni después, para que asistiera al recién nacido, al que ni siquiera ató el cordón umbilical —Sentencia de 17 de

diciembre de 1985— y en la que encerró a los niños en el piso en que se encontraron, sabiendo que no tenían posibilidad de acceder a alimento alguno y que dependían en consecuencia de la alimentación que sólo ella les podía proporcionar —Sentencia de 30 de junio de 1988— habiendo sostenido este Tribunal que el dolo en los delitos de omisión está constituido por el conocimiento de las circunstancias condicionantes del surgimiento del deber de actuar propio de la posición de garante que ocupa el omitente, así como el de su capacidad para realizar la acción requerida para impedir el resultado lesivo al bien jurídico y así se aprecia el dolo en el desmejoramiento paulatino y progresivo, además de su directa consecuencia de la inadecuada y casi nula alimentación, era perceptible por el deprimente y penoso aspecto que la pequeña presentaba —Sentencia de 27 de octubre de 1992.

A la vista de las razones expuestas, debe ser desestimado inexcusablemente el motivo.

## Artículo 420

### *Lesiones. Tratamiento médico*

**(STS de 6 de febrero de 1993. Pte. Sr. Ruiz Vadillo).**

Primero: Por infracción de Ley, con fundamento en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la incorrecta aplicación de los artículos 501.4 y 420 del Código Penal.

El desarrollo del recurso, absolutamente clarificador de la voluntad impugnativa, pretende llevar a la convicción de esta Sala que las lesiones que se produjeron y que fueron objeto de condena no deben determinar la calificación jurídica de robo con lesiones del artículo 501.4 del Código Penal, sino la más benévola del número siguiente.

Respetando los hechos probados, examina el concepto de tratamiento médico y considera que, en este caso, existió una primera asistencia pero no una intervención facultativa que merezca el calificativo de tratamiento.

Segundo: Centrado así el tema, es imprescindible determinar si, en efecto, hubo o no tratamiento médico. El hecho probado, en el aspecto que nos interesa, dice que el procesado clavó la navaja en el muslo izquierdo del agredido, produciéndole una herida de 5 centímetros de profundidad de la que tardó en curar 61 días, habiendo necesitado durante dicho período asistencia y tratamiento médico consistente en la puesta y retirada de un *drenaje* en la herida, en orden a evitar la posible infección de la misma, necesitando, al mismo tiempo, tratamiento con *antibióticos*, quedándole al lesionado como secuelas dos cicatrices de unos dos centímetros de longitud cada una de ellas, lineales, de dirección vertical, situadas en el tercio superior del muslo izquierdo.

Prácticamente toda la doctrina científica ha expresado su inquietud respecto a las fronteras de la idea de tratamiento médico o quirúrgico y a la posible excesiva indeterminación del concepto.

Desde luego, la primera asistencia facultativa no ha de considerarse tratamiento. Éste supone esa primera asistencia más una intervención complementaria, aunque la citada primera asistencia pueda consistir precisamente en prescribir, por ejemplo, una intervención quirúrgica, mediata o inmediata.

El legislador penal en 1989 decidió sustituir el viejo criterio de medición de la gravedad de las lesiones, en razón a los días de curación, por otro en el que se atendiera a la naturaleza del menoscabo corporal o psíquico lo cual, sin duda, representaba un considerable avance respecto al sistema puro de tarificación de penas en razón a los días de curación. El problema radica en conocer bien y aplicar correctamente la nueva ordenación jurídico-penal.

La Exposición de Motivos de la Ley de 21 de junio de 1989, que modificó el sistema penal respecto de los delitos contra la integridad física, al que acabamos de hacer referencia, no aclara mucho el problema. Razona el legislador que, al modificarse la falta de lesiones, era obligado modificar la parte fundamental de esta figura penal: se acaba así con el envejecido y defectuoso sistema técnico de incriminación en atención a las cuantías, criterio resultativo que prescinde de cualquier valoración político-criminal, sustituyendo aquellas tipicidades por otras en las que lo determinante no es tanto el tiempo de sanidad de la lesión, cuanto los modos y formas de su causación, mutilación y esterilización. Tampoco el Proyecto de 1992, que mantiene el sistema en líneas generales, ni en su exposición de motivos, ni en su articulado, da mayor luz al tema y el problema continúa.

La primera asistencia facultativa es la exigencia necesaria e indispensable para considerar la agresión corporal como una intracción penal delictiva (V. artículo 582 párrafo 2.º del Código Penal que contempla el golpeamiento y el maltrato de obra sin causar lesión). La primera asistencia viene a ser algo así como el inicial diagnóstico de la existencia de una lesión y puede proyectarse, a veces, en varias direcciones: El lesionado es observado por dos o tres especialistas. Si todos ellos estiman que tras aquellos estudios no es necesario actuar, estamos en presencia de una falta, a no ser que la lesión, por otra distinta razón, constituya una infracción penal más grave, por ejemplo, la pérdida de piezas dentarias o una deformidad de otra naturaleza si la lesión, lo que no es fácil de concebir, no necesita tratamiento.

El tratamiento médico es, por el contrario, aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquélla no es curable. Por ello, todo aquello que significa simples cautelas o medidas de prevención (como obtención de radiografías, pruebas de scanner o de resonancias magnéticas (mediante las cuales se puede separar una oscilación de determinada frecuencia de entre otras muchas de la misma o distinta amplitud, lo cual tiene gran aplicación en la técnica de la radioelectricidad y del diagnóstico), sometimiento a observación si ésta no genera intervenciones corporales propiamente dichas, etc.) no será tratamiento. Otra solución conduciría a que la mayor o menor exigencia del Facultativo, respecto a la observación/prevención, determinara la presencia de un delito o una falta, lo que no parece correcto por la inseguridad que este criterio generaría, y no se puede olvidar que la taxatividad y certeza forman parte del principio de legalidad, uno de los más esenciales del Derecho Penal.

El tratamiento quirúrgico es, por otra parte, aquel que, por medio de la cirugía, tiene por finalidad curar una enfermedad a través de operaciones de ésta naturaleza, cualquiera que sea la importancia de esta, cirugía mayor o cirugía menor.

Fuera de los supuestos de pura y simple prevención u observación, toda lesión que requiera una intervención activa, médica o quirúrgica, será ya tratamiento, debiéndose entender que la necesidad de tratamiento es de carácter objetivo, es decir, que habrá delito aunque no se hubiera hecho tratamiento si éste era imprescindible

(por ejemplo, en el caso de una fractura) y, en sentido opuesto, no lo habrá así, aun con la intervención o tratamiento de hecho, se constata, después, que éste en absoluto era necesario. Este dato podrá incidir en orden a la responsabilidad civil, pero no en la penal.

Tercero: Todo cuanto queda dicho conduce a desestimar el recurso. El drenaje constituye un tratamiento porque somete al enfermo a una serie de intervenciones, curaciones y gravámenes que no son de observación o exclusivamente de prevención, como suele ser una vacuna. El *tratamiento con antibióticos* frente a una herida es también tratamiento, cuando la herida por sí, por sus características o circunstancias, hacía obligada su ingesta para evitar complicaciones.

#### Artículo 420

*Violación. Comisión culposa. El proyecto de 1992*

**(STS de 1 de abril de 1993. Pte. Sr. Ruiz Vadillo).**

Primero: Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se formula el único motivo del recurso, alegando aplicación indebida del artículo 429.1 del Código Penal.

El argumento de la Defensa es, en síntesis, el siguiente: el recurrente permaneció, mientras se realizaban los hechos por un tercero, condenado éste como autor de un delito de violación, alejado del sitio en que aquéllos tenían lugar, a 10 ó 15 metros de distancia. Pasados unos minutos, el recurrente fue llamado por el otro procesado para que se acercara, introduciendo el pene en la boca de M.<sup>a</sup> Alicia y, a indicación de aquél, es decir, el que hemos llamado terrero, en la creencia de que el contacto era consentido, sin que llegara a eyacular, retirándose pasados unos minutos y alejándose de nuevo unos metros, oyendo gritar por primera vez a la mujer, que hasta entonces no lo había hecho, distanciándose, por fin, con el otro compañero.

Segundo: Antes de dar solución al problema debatido, es obligado recordar, siquiera sea brevemente, los presupuestos sobre los que se asienta el recurso de casación y las limitaciones inherentes a una impugnación extraordinaria y con motivos tasados. En efecto, en éste, como en cualquier otro supuesto, ninguna significación jurídico-penal puede tener que esta Sala, con los mismos hechos declarados probados, que han de permanecer inalterados en este cauce casacional, estimara que los comportamientos que en él se relatan hubieran de ser constitutivos de infracción penal más grave, porque un principio esencial, en este orden de cosas, como es, precisamente, el de «prohibición de la *reformatio in peius*», lo impide. Por otra parte, los hechos que el Tribunal *a quo* considera probados o no probados no pueden ser objeto de alteración, salvo que por una prueba documental, no contradicha por los elementos probatorios, se acredite la equivocación, entendiéndose que, excepcionalmente también, la prueba pericial puede servir para acreditar el error.

Así las cosas, hemos de situarnos en el marco que el juzgador en la instancia ha acotado. El autor ha realizado el tipo penal —el acceso bucal— por error, excluyéndose, por consiguiente, su responsabilidad por el delito doloso. Falta el conocimiento de la voluntad de la mujer, contraria a la realización del hecho, difícilmente concebible en las circunstancias que se describen pero que se da como pro-

bado y nadie ha atacado este extremo, es decir, falta uno de los elementos básicos del tipo penal (el conocimiento de la voluntad contraria a la realización del acto por la víctima) y, por consiguiente, no hay delito doloso.

Ahora bien, este error, que ha de calificarse de error de tipo (representación falsa de la realidad), puede provenir de un descuido del agente (que pudo ser evitado mediante un actuar diligente: indagar si existía o no consentimiento de la mujer) o de un comportamiento erróneo o ignorante de tal naturaleza que de él no era factible salir: Si el error es vencible, es decir, si se está en la primera hipótesis queda abierta la responsabilidad culposa, pero sólo si la realización del tipo penal es punible bajo esa modalidad de culpa, es decir, si se dan los elementos que caracterizan la realización culposa del tipo. En la segunda hipótesis, es decir, cuando el error es vencible o no cabe la realización culposa del hecho, procede la absolución.

En tales circunstancias, *hay que plantearse el tema de si el delito de violación admite o no la forma culposa*. La doctrina jurisprudencial y la científica han aceptado, en efecto, en casos excepcionales, la culpabilidad culposa. Así, a la equivocación en la edad de la víctima, al error sobre si la misma se halla o no privada de razón o sentido y, en este orden de cosas, el error, obviamente, puede o no ser excusable (véase Sentencia de 21 de diciembre de 1963). La doctrina hace referencia en estos casos a las dificultades de diagnóstico de las enfermedades mentales, así como a la edad. En Derecho comparado, se establecen soluciones de distinto signo y proyección: no hay, en este orden de cosas, unidad.

El *Proyecto de Código Penal de 1992*, que puede servir de orientación respecto a la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil), especialmente cuando su incidencia en la interpretación de la norma es favorable al reo, regula el error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal y sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (artículo 13) de forma parecida a como se ordena en el Código Penal vigente (artículo 6.bis.a).

Ahora bien, cuando el Proyecto de Código Penal regula los delitos contra la libertad sexual (Título VIII) y, más en concreto, la violación y las agresiones sexuales violentas (Capítulo I), recoge, en el artículo 181 último párrafo, la siguiente declaración normativa: la comisión por imprudencia de los hechos descritos en los números 2 (cuando la persona se hallare privada de sentido o se abusare de su enajenación) y número 3 (cuando fuere menor de 12 años cumplidos), será castigada con la pena inferior en uno o dos grados. Es decir, queda excluida, y ello es lógico, la comisión culposa del número 1 que tipifica el uso de fuerza o intimidación.

Es, desde luego, conforme a los criterios más elementales de la lógica y al sentido común que no se puede usar, en este sentido, la fuerza o la violencia imprudentemente. Los actos de violencia física o psíquica no pueden compararse en situaciones jurídico-penales de culpabilidad culposa.

El alcance general del artículo 565 del Código Penal —hasta que se sustituya el sistema por la determinación específica de los casos en los que es de aplicación la impudencia o la culpabilidad culposa— ofrece excepciones, entre ellas aquellas, como la violación, en los términos ya vistos, cuya estructura no permite, en principio, un actuar culposo, en los términos ya examinados. El artículo 429.1 desde luego no lo contempla: se utiliza la violencia física o la intimidación para realizar el acceso carnal en contra de la voluntad del sujeto pasivo. Por ello, aunque en este caso el error fuera vencible respecto al consentimiento de la víctima, no hay posibilidad técnica jurídica de calificar el comportamiento del recurrente como delito de viola-

ción, lo que se dice desde la perspectiva de los hechos declarados probados, intocables en este trámite procesal, no, obviamente, desde la convicción que en uno u otro sentido haya obtenido la Sala respecto al comportamiento del recurrente en orden al conocimiento que pudiera tener de la realidad de la oposición de la víctima al ataque que sufría.

En consecuencia, procede casar la sentencia y dictar otra ajustada a derecho.

### Artículo 429.1.º

#### *Violación. Oligofrenia*

(STS de 1 de febrero de 1993. Pte. Sr. García Ancos).

Primero: El inicial motivo de casación se ampara en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tiene su fundamento en haberse infringido, por indebida aplicación, lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 429 del Código Penal, alegándose por el recurrente, en esencia, que la oligofrenia que padecía la presunta víctima de la agresión no puede entenderse en el grado que la norma requiere para entenderla «privada de razón».

Según los hechos probados, la víctima era una mujer de 32 años de edad cronológica con «una oligofrenia media que disminuye sus facultades intelectivas y volitivas, cifrándose su edad mental en siete años, indicándose, asimismo, que esa deficiencia mental era «perceptible externamente» y que «el acusado la conocía porque iba todas las tardes con su familia al bar de su propiedad».

Ante tal descripción fáctica en lo que aquí interesa, es incuestionable que la jurisprudencia de esta Sala en supuestos parecidos e incluso idénticos al enjuiciado, ha venido entendiendo que si bien es cierto que el precepto sancionador (artículo 429.2.º) exige que la mujer se hallare privada de razón o de sentido», pareciendo *prima facie* que ha de encontrarse totalmente inconsciente para poder ser sujeto pasivo de la acción agresora, la realidad es que, en interpretación lógica de la norma, esa idea de lo «absoluto» o «total» en el estado anímico de la agraviada no es realmente aceptable, pues hasta la existencia de una disminución psíquica de sus facultades que la haga prácticamente inerte a los requerimientos sexuales ajenos, al quedar de hecho anulados sus frenos inhibitorios, tanto en el saber, como en el querer, como ocurre en los supuestos de los oligofrénicos en un grado suficientemente apreciable que necesitan de una mayor protección frente a la agresión externa o, más bien, frente a las adulaciones, seducciones o indicaciones de terceras personas, sobre todo si éstas son conocidas y tienen depositadas en ellas una confianza que se potencia afectivamente por su mentalidad ingenua e infantil y que se traduce, lógicamente, en una mayor obediencia y sumisión al mandato o a las indicaciones de esas terceras personas. De ahí, y no en balde, que estas disminuciones físicas sean equiparables en el delito de violación a las menores de doce años, por su falta de madurez y formación intelectual suficiente para resistir, con una mínima entereza de voluntad, los requerimientos sexuales de otros (Sentencias, entre otras, de 3 de mayo de 1987 y 28 de octubre de 1991).

Y esto es lo que sucede en el supuesto enjuiciado, en que esa disminución intelectual y volitiva esta concretada en un padecimiento oligofrénico irreversible, con una edad mental aproximada a los siete años, que necesariamente incide en una

gran quiebra de los frenos inhibitorios de quien la padece. Además, insistimos, esa subnormalidad era aparente y por cualquiera conocida, máxime por el autor de la acción, dadas sus relaciones diarias con la ofendida, relaciones que necesariamente hubieron de añadir un mayor debilitamiento, si cabe, de esos frenos inhibitorios ya de por sí suficientemente deteriorados.

Este primer motivo debe, por tanto, ser desestimado.

Segundo: La correlativa alegación se interpone en base al número 2.º del artículo 849 por error de hecho en la apreciación de la prueba, señalándose como documento que sustenta ese pretendido error un Informe médico-forense que obra en autos al folio 11 del sumario.

Aun admitiendo que ese informe tenga la naturaleza jurídica de documento a estos efectos casacionales, la verdad es que el mismo en nada apoya la pretensión del recurrente, sino todo lo contrario, y no sólo por haber servido precisamente al Tribunal de instancia para fundamentar su sentencia condenatoria, sino también, y sobre todo, porque el mismo nos está poniendo de relieve la muy acusada debilidad mental de la ofendida. Veámoslo muy brevemente: al principio del informe se nos dice que «su aspecto, actitud y expresión mímica, permiten sin más percatarse de su subnormalidad,, añadiéndose que no logra establecer diferencias entre palabras por su incapacidad para distinguir lo fundamental de lo accesorio», así como que el oligofrénico (caso de la víctima) «está siempre necesitado de protección, orientación y gobierno y que por su alteración en la capacidad de juicio y abstracción son fácilmente sugestionables e influenciables, sobre todo en cuanto hace referencia a sus tendencias instintivas que pueden estar exaltadas y no contar con el freno de los valores éticos y sociales, no parándose en las consecuencias de sus actos». Y se concluye, entre otras cosas, diciendo, que la reconocida sufre una oligofrenia o debilidad mental por lo que «tiene disminuida la capacidad de conocer y querer sus actos y las consecuencias de los mismos, estando precisada de protección y ayuda».

Basta una simple lectura de lo acotado, para comprender que la Sala de instancia hizo juicio acertado de esta prueba documental en la que trata el recurrente de basar su segundo motivo que, por tanto, habrá de ser rechazado igual que el anterior.

#### **Artículo 429.1.º**

##### *Violación de la propia esposa*

**(STS de 23 de febrero de 1993. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater).**

Segundo: A pesar de que la Defensa ha omitido un planteamiento expreso de la cuestión, habiéndose formalizado el recurso por infracción de ley, cierto es que indirecta (art. 849.2.º LECr.), no cabe duda que, implícitamente, la dirección de impugnación del recurrente alcanza también a la infracción directa (art. 849.1.º LECr.) del art. 429.1.º CP. En este sentido cabe preguntarse si la llamada «violación matrimonial» realiza el tipo penal de la violación. La cuestión se justifica dado que en la doctrina se registran opiniones que, disintiendo del punto de vista mayoritario, estiman que «el ayuntamiento carnal (violento) entre esposos no puede ser nunca ni siquiera típico en el sentido del art. 429». Este punto de vista minoritario fue ya defendido en el siglo XIX. En el derecho comparado europeo las opiniones están en este aspecto divididas. Mientras en los derechos de la familia jurídica latina

predomina una completa indiferenciación legal del sujeto pasivo (confr. p. ej. Cód. Penal italiano, art. 519; Cód. Penal portugués, art. 201), no faltan códigos que excluyen a la mujer casada con el autor del círculo de los sujetos pasivos típicos [confr. Cód. Penal alemán, parágrafo 177; Cód. Penal suizo, art. 187.1; Cód. Penal austriaco, parágr. 201 (1)]. En estos países, de todos modos, la cuestión no está fuera de discusión en la opinión pública, en cuyo seno se oyen voces que cuestionan seriamente el estado de la legislación en esta materia.

En la actualidad el legislador español ha despejado toda duda respecto del problema de la idoneidad de la esposa del violador como sujeto pasivo del delito. En efecto, la opinión que postuló la tesis de la exclusión de la tipicidad en estos casos se basó en el epígrafe del título IX del libro II del Código Penal. Una parte de la doctrina entendió entonces que la referencia a la honestidad, contenida en el antiguo texto más que una referencia al bien jurídico implicaba la mención de la «característica común de ser acciones deshonestas que atacan bienes jurídicos de distinta naturaleza». De ello se debía deducir, concluían los representantes de este punto de vista, que «el yacimiento matrimonial (violento) no puede nunca ser deshonesto». De ello se dedujo que en tales casos el hecho debía ser sancionado a través del delito de coacciones (art. 496 CP).

Pero la reforma del Código Penal de 1989 (LO 3/1989), que introdujo una nueva designación en el epígrafe del título IX del libro II del Código, considerando que los delitos allí contenidos atacan a la libertad sexual, no fue sólo una reforma de palabras. Implicaba, como se lo ha reconocido generalizadamente, una reforma de los alcances de las figuras penales contenidas bajo dicho epígrafe que recogía una opinión claramente en materia de delitos sexuales y eliminaba, de acuerdo, entre otras consideraciones, con el derecho a la igualdad, toda ambigüedad en relación al sujeto pasivo del delito. De esta manera, queda claro que lo único que se requiere para ser sujeto pasivo de una violación en el sentido del art. 429.1.º CP es ser una persona libre, con lo que desaparece evidentemente toda posibilidad de exclusión de ciertas personas que la anterior redacción legal permitía poner en duda como sujetos pasivos de este delito (p. ej. las prostitutas, la esposa del violador, etc.). Por lo tanto, en la medida en la que el texto del art. 429.1.º CP no contiene una expresa limitación de su alcance en relación a ciertas personas, *la violación de la propia esposa no está excluida del tipo penal* contenido en la mencionada disposición, toda vez que el matrimonio no impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido.

#### Artículo 429.1.º

##### *Violación. Formas imperfectas*

**(STS de 20 de abril de 1993. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez).**

Cuarto: El tercer motivo por la vía del núm. 1.º del art. 849 de la Ley Procesal Penal, denuncia la aplicación indebida del art. 3.2 del Código Penal, en relación con el art. 429.1.º del mismo texto y la inaplicación del párrafo tercero del art. 3 citado. En definitiva se sostiene que existe un delito de violación en grado de tentativa y no en grado de frustración como ha sido apreciado en la sentencia impugnada. El motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, plantea la espinosa

cuestión de la frustración en este delito. La doctrina más antigua de esta Sala, si bien admitió la frustración, cuando el culpable fue sorprendido en el acto de atentar contra la honestidad de la mujer —Sentencia de 28 de enero de 1871— y cuando cesa en su brusca acometida atemorizado por los gritos de la ofendida —Sentencia de 11 de octubre de 1888— por lo general se orientó en negarla, salvo en los casos de desproporción de órganos —Sentencias de 17 de noviembre de 1992, 23 de febrero y 13 de marzo de 1948, 26 de febrero de 1949, 20 de abril de 1950, 30 de abril de 1958— o por haber eyaculado antes de realizar el acto carnal —Sentencia de 29 de diciembre de 1959— si bien casos de desproporción entre los órganos sexuales de agresor y agredida fueron contemplados como tentativa —Sentencias de 15 de noviembre de 1957 y 2 de mayo de 1959— volviéndose al criterio tradicional de la frustración en las de 21 de diciembre de 1961 y 21 de enero de 1967, en contra de lo recogido en la Sentencia de 30 de abril de 1968 y señalando la de 21 de octubre de 1969, que recogió sustancialmente la tradicional doctrina del Tribunal de Casación, que la frustración debe estimarse cuando la perfección del acto carnal sea independiente a la voluntad del agente.

La de 13 de octubre de 1970 destacó que el límite entre la frustración y la tentativa es de difícil apreciación práctica en este delito, poniendo el acento en que la tentativa se compone de la realización de «algunos» actos ejecutivos ostensibles y manifiestos que obedezcan a dicho propósito, pero que representen una inacabada ejecución por causa involuntaria del agente, y que imposibilite la continuación adecuada de los actos precisos para consumir la infracción, mientras que la frustración requiere la contabilidad de «todos» los actos de ejecución precisos para conseguir el fin buscado intencionalmente, que no se logra alcanzar por motivos ajenos a la voluntad del delincuente, aparecidos cuando ya nada podía sumarse a cuanto había realizado, añadiendo que el procesado no realizó todos los actos de ejecución para consumir el delito, pues le faltaba la introducción del pene, más o menos completa, o ya frustrándose, si la desproporción entre los respectivos órganos la impidiera, que es el único supuesto en que podía darse esta figura.

En esta línea se ha orientado también la jurisprudencia más reciente, estimando frustración en los supuestos de desproporción de órganos —Sentencias de 23 de septiembre de 1981, 29 de enero de 1986 y 24 de abril de 1990— y la tentativa, si el culpable no consigue sus propósitos por la resistencia ofrecida por la víctima —Sentencias de 27 de febrero de 1875, 4 de enero de 1883, 27 de diciembre de 1916, 4 de mayo y 18 de junio de 1929, 11 de julio de 1931, 2 de julio de 1955, 5 y 20 de diciembre de 1956, 14 de octubre de 1957, 30 de junio y 15 de noviembre de 1962, 23 de mayo de 1967, 24 y 29 de marzo de 1971, 14 de mayo y 28 de septiembre de 1981, 28 de junio de 1982, 11 y 18 de junio de 1983, 17 de febrero y 31 de marzo de 1984, 29 de octubre de 1985, 27 de junio de 1986, 17 de marzo de 1987, 2 de febrero de 1988, 9 de octubre de 1989, 14 de junio y 8 de octubre de 1991 y 9 de junio de 1992, entre otras.

En resumen, que como la consumación del delito exige la *coniunctio membrorum* o sea, la conjugación carnal de los órganos genitales del varón y la mujer, sin precisar la total penetración del pene, ni requerirse la *inmissio seminis*, el supuesto enjuiciado tal y como resulta del hecho probado que describe al acusado «que trataba de penetrar a María Lucía, presionando con su pene erecto contra la vagina de aquélla, no consiguiendo penetrarla al mantener ella las piernas juntas... persiendiendo Alberto R. en su intención de penetrarla, sin conseguirlo, por lo que éste, para lograr

su propósito, se acostó en el suelo tirando a María Lucía hacia él para que quedara sentada encima, momento que ésta aprovechó para incorporarse de un salto sobre el cuerpo de aquél y subir corriendo la rampa del garaje... cruzándose con un coche que pasaba... que tuvo que frenar bruscamente» siendo auxiliada por su conductor.

La resistencia utilizada por la víctima en todo momento, primero manteniendo juntas las piernas e impidiendo la penetración pretendida por el procesado y después saltando medio desnuda a la carretera, acreditan que si no consiguió el acusado sus propósitos se debe a dicha actuación contraria, por lo que los hechos, conforme a la reiterada doctrina expuesta con anterioridad deben calificarse de violación en grado de tentativa y ello obliga a la estimación del motivo.

#### Artículo 434

*Estupro. Prevalimiento. Edad cronológica*

**(STS de 9 de febrero de 1993. Pte. Sr. Moyna Ménguez).**

Primero: El correlativo del recurso, con sede formal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, propugna la aplicación del artículo 429.2.º del Código Penal por entender que no ha hecho el Tribunal de instancia una valoración ajustada de «todos» los elementos de prueba que facilita la causa, sin advertir que la vía casacional elegida sólo toma en consideración los hechos del relato judicial. Estos hechos, en lo atinente a la capacidad de la agraviada para el ejercicio de su libertad sexual, son sus antecedentes de epilepsia infantil, la desarmonía entre la edad real o cronológica —veintiún años— y la edad mental —trece o catorce años—, un cociente de inteligencia global según los «tests» psicométricos de 71, escolarización hasta los catorce años sabiendo leer y escribir y las cuatro reglas, con locución escasamente fluida y articulación poco clara de las palabras.

La jurisprudencia de esta Sala limitó —en un primer momento— la aplicación del precepto penal que se dice infringido a los retrasos mentales profundos y graves para ensanchar posteriormente su ámbito a los desarrollos psíquicos que, sin llegar a una absoluta privación de la razón, eran insuficientes para conocer la significación y alcance del acto sexual y, consecuentemente, consentirle válidamente. Ello exige del Juzgador una cuidadosa investigación y examen de la personalidad de la agraviada que ha de tener en cuenta los «tests» de inteligencia y la desarmonía entre la edad cronológica y la edad mental respecto del límite previsto en el número 3.º del artículo 429 del Código, dato referencial importante —no exclusivo o decisivo— que ha de ser conjugado a su vez con el entorno familiar y social, la expresión oral y escrita, el nivel de formación cultural, el grado de experiencia adquirida, e incluso con las *malformaciones somáticas*, a fin de obtener un juicio lo más aproximado sobre el déficit psíquico de la mujer, y sobre el posible o probable conocimiento del mismo por parte del agente.

En el supuesto enjuiciado, el hecho probado delata en la agraviada una discreta debilidad mental, observable en el trato personal, con escolarización y una experiencia adecuada a su edad cronológica y cierta vida de relación aunque controlada por su madre, lo cual impide hablar en términos absolutos de falta de conocimiento del alcance del acto sexual y de una privación de la capacidad de consentir que

conduzca a subsumir los hechos en el párrafo 2.º del artículo 429 del Código que pide el recurso.

Segundo: Es innegable, sin embargo, la existencia de consentimiento viciado que al entrar en el área de conocimiento del sujeto generó un supuesto de prevalimiento que permitiría llevar los hechos al campo del estupro del artículo 434 del Código Penal —tesis alternativa de la acusación particular que reproduce en el segundo motivo de casación—, pero el tipo de estupro «sin límite de edad» no ha pasado ser, hasta ahora, una aspiración de cierto sector doctrinal, que tuvo efímera vigencia legal, para el estupro fraudulento en el período 1848-1850; en realidad y con distintos límites, influenciados por las cambiantes realidades sociológicas y políticas, en los Códigos anteriores y posteriores, incluido el Proyecto que se halla en trámite parlamentario, la edad ha constituido un elemento objetivo del tipo de estupro.

La incidencia de las edades mentales en el límite de la edad cronológica se inició para el estupro en la Sentencia de 8 de noviembre de 1968 y se continuó en las de 6 de diciembre de 1972, 21 de junio de 1976 y 13 de junio de 1979, pero a partir de las Sentencias de 14 de octubre y 4 de noviembre de 1982, con criterio consolidado por las de 30 de mayo de 1987, 3 de mayo de 1988 y 1 de junio de 1989, se reanudó el primer criterio interpretativo consistente en entender que la edad es uno de los elementos del tipo objetivo del delito, que no puede transgredirse sin vulnerar el principio de legalidad y sin consagrarse una interpretación extensiva en perjuicio del reo con la inseguridad jurídica resultante de la posible opción entre la edad biológica y la edad mental según los casos. La Ley penal, cuando establece límites de edad, lo hace en el sentido rigurosamente cronológico, aunque de ello pueda desprenderse, en ocasiones, situaciones de aparente injusticia, como serían los supuestos de edades mentales referidas al campo de inimputabilidad (artículos 8.2.º y 9.3.º del Código).

En definitiva, siendo hecho probado que la edad de la agraviada es de veintiún años, el yacimiento o acceso carnal, aunque medie prevalimiento, constituye *de lege data* un comportamiento atípico y, consiguientemente, procede la desestimación del motivo.

## Artículo 440

### *Rapto. Consumación*

**(STS de 8 de marzo de 1993. Pte. Sr. Carrero Ramos).**

Primero: El primer motivo del acusado Juan Manuel Serrano Ruiz, por corriente infracción de ley ha impugnado la aplicación del artículo 440 del Código Penal, negando que exista el delito de *rapto*. Tal motivo por este cauce procesal tiene que respetar los hechos probados. Con arreglo a los mismos, concurren los elementos de dicho delito: la violenta sustracción de la mujer (en este caso menor) desde el lugar en que deambulaba en libertad camino de su casa a otro buscado por los sujetos activos privándola de aquélla pese a su resistencia, vencida con empujones y golpe lesivo, y a sus gritos y llantos de protesta, llevándola en un coche, en el que entró y se la retuvo a la fuerza, dos kilómetros en busca de un descampado constituye el elemento objetivo y el propósito, que consta, de abusar contra su

libertad sexual. Aquel hecho es suficiente sin que tenga que prolongarse la duración de esa privación de libertad por un tiempo tipo, basta con que sea plena y que no se limite a la mera retención o apartamiento próximo para el abuso obsceno, y aquí se dieron transcurros de tiempo y espacio suficiente para apreciar el atentado contra la libertad estante y transeúnte. Esta Sala se remite a su doctrina pacífica, aunque con alguna matización casuística no aplicable al supuesto presente (SS de 21 de mayo de 1981, 20 de enero de 1982, 6 de febrero de 1985, 4 de diciembre de 1987, 4 de mayo de 1988). No obsta a la consumación del rapto el que los autores desistieran luego por la renuncia de la víctima a la agresión sexual, de haber existido ésta constituiría otro delito en concurso con aquél (art. 71).

El motivo no es estimable.

Segundo: El segundo motivo postuló la aplicación del artículo 430 y en grado de tentativa. Tampoco es sostenible sobre la base fáctica.

Precisamente no se dio comienzo a actuaciones de agresión o abuso sexual ni menos violación; no hay pues ni tentativa de tales delitos. Hubo sólo privación de libertad y esa consumada; el propósito, no llevado a la práctica, es lo que tipifica el rapto para diferenciarlo de la detención ilegal, ese fin es su elemento específico y así consta.

No puede prosperar.

Tercero: En el tercer motivo, subsidiariamente se denuncia la inaplicación del artículo 3 del Código; tentativa en cuanto al grado de ejecución del rapto. Ya queda dicho lo suficiente antes sobre la consumación del rapto. Si ante el forcejeo de la víctima al introducirla en el coche se hubiera renunciado a retenerla y desplazarla en él hubiera podido haber tentativa de rapto (SS de 14 de febrero de 1990 y 21 de enero de 1991). Y desistimiento si al llorar y resistirse a entrar no se la hubiera metido a empujones. Con el relato de hechos el rapto estuvo perfeccionado. El desistimiento fue del delito contra la libertad sexual pero no del ya perfeccionado contra la libertad de movimientos.

No ha lugar al motivo, ni a este recurso.

## Artículo 480

*Detención ilegal. Vejación injusta. Coacciones. Diferencias*

**(STS de 23 de enero de 1993. Pte. Sr. Díaz Palos).**

Cuarto: El *motivo tercero*, ahora por el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende indebidamente aplicado el artículo 480 del Código Penal definidor del delito de detención ilegal y correlativa falta de aplicación del artículo 585.5.º del Código Penal (en la redacción anterior a la reforma desde la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio) que tipifica la falta de coacción y vejación injusta de carácter leve.

Pero si nos atenemos al relato probatorio, ahora intangible, veremos que de tal narración histórica se desprenden tanto el *elemento objetivo* como el *subjetivo* del delito.

El primero en sus dos formas morfológicas contempladas en el tipo: *encerrar* o *detener* a una persona privándola de su libertad. El encierro por haber introducido a Garrido en una furgoneta, atado de pies y manos, amordazado y con los ojos

vendados durante un trayecto, desde la finca de autos al bosque, de al menos cuarenta y cinco minutos. Y la detención una vez que fue abandonado en el bosque de aquella guisa, desde las doce horas hasta, al menos, las catorce en que fue hallado por las personas que denunciaron el hecho a la Guardia Civil.

El *elemento subjetivo*, porque la conciencia y libertad constitutivas del dolo (*finis operis*) se deducen *ea ipsa* de la misma conducta narrada en el *factum*, aunque el móvil (*finis operantis* o *movente* en la doctrina italiana) fuera el de desembarazarse de aquella persona que incomodaba la paz de los convivientes en la finca de autos. En lugar de dar aviso a la Guardia Civil o a un médico que atendiera al enfermo, optaron los procesados, de consuno con sus superiores de la comunidad, por la vía fácil y rápida, pero delictiva, de abandonarlo inmóvil en el pinar próximo.

Lógicamente, la gravedad del hecho lo hace ingresar en el artículo 480 del Código Penal y no en la falta del artículo 585.5.º (ahora número 4.º) del Código Penal (Sentencia de 20 de febrero de 1991).

El motivo debe ser desestimado.

Quinto: El *motivo cuarto* del recurso en examen, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende indebidamente aplicado el artículo 480 del Código Penal e inaplicable el artículo 496 del mismo texto legal.

Una vez más, se plantea la distinción entre el delito de detención ilegal y el de coacciones. Este último es el que pretenden los recurrentes que se aplique.

Como tantas veces se ha dicho, el delito de coacciones es el género, la detención ilegal la especie. Por tanto, es el principio de especialidad el que entra en juego (*lex specialis derogat legi generale*), de suerte que la detención ilegal desplaza a las genéricas coacciones, porque a éstas añaden las específicas formas de comisión: detener o encerrar a una persona, atentando así a su bien máspreciado, la libertad, en su forma más elemental, la movilidad física, bien de superior rango constitucional que justifica sobradamente la mayor gravedad del delito específico (Sentencia de 13 de febrero de 1991, entre muchas). Por otra parte, la detención ilegal exige una cierta proyección temporal o permanente, como aquí sucede, que contribuye a la distinción de las demás próximas especies delictivas (Sentencia de 22 de octubre de 1990 y otras).

El motivo debe ser desestimado.

Sexto: El *motivo quinto*, por la misma vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce infracción de la doctrina de esta Sala en relación con el delito de detención ilegal que mantiene el criterio —según los recurrentes— de que conductas análogas a la del caso de autos son constitutivos de un delito de coacciones del artículo 496 y no de un delito de detención ilegal del artículo 480, ambos del Código Penal.

Pero aparte de que la doctrina jurisprudencial no puede alegarse como fundamento de infracción de Ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*ad exemplum*, Sentencia de 4 de febrero de 1972), lo cierto es que tal doctrina, como hemos visto en el anterior motivo, no da pie a la pretensión de los recurrentes. Y así la Sentencia de 9 de abril de 1986 que cita entre otras el motivo, lejos de basar la distinción aducida, confirma la tesis ya expuesta de que los verbos nucleares de «encerrar» o «detener» son específicamente expresivos de la detención ilegal frente al delito de coacciones con medios comisivos más genéricos, aparte, como ya se ha dicho, que concurre en el caso *sub iudice*, el requisito de una cierta duración y permanencia exigido por la detención ilegal como acto eminentemente coactivo.

El motivo, pues, debe ser desestimado.

**Artículos 480 y 496***Detención ilegal. Coacciones. Diferencias***(STS de 3 de marzo de 1993. Pte. Sr. Moner Muñoz).**

Primero: El inicial motivo de impugnación, se formula por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia aplicación indebida del artículo 480.3.º del Código Penal. El motivo debe desestimarse. Con respeto absoluto a los hechos declarados probados, es evidente que en aquéllos se cumplen los requisitos del tipo por el que fue sancionado el recurrente. El precepto aludido degrada la penalidad a prisión menor, cuando se cumplen tres requisitos: 1.º el de carácter objetivo, consistente en que la víctima sea liberada dentro de los tres días siguientes a su detención, y 2.º de carácter subjetivo que requiere que el propio culpable sea el que con su actuación produzca o dé lugar a esa liberación, y 3.º que no se haya logrado el objeto propuesto, y que la sentencia de instancia estima concurre al reputar que la intención de los procesados era cobrar los créditos de inmediato, lo que consiguieron. La conducta, pues, descrita en el *factum* queda subsumida plenamente en el tipo específico aplicado.

Los argumentos de los recurrentes, en el sentido de que la detenida pudo llamar por teléfono y recibir visitas, no puede desvirtuar la limitación de la libertad ambulatoria a que estuvo sometida aquélla, vulnerando uno de los derechos fundamentales que ampara el artículo 17.1 de la Constitución Española. La invocación, por último, de ausencia de dolo, es realmente insostenible, ya que de difícil manera podría llevarse a cabo una actuación como la que describe el relato fáctico, con móviles muy determinados y con una finalidad que no fuera la dolosa, sobre todo, cuando coinciden los acreedores que pretendían cobrar sus créditos con los sujetos activos de la detención, lo que imposibilita otro enfoque subjetivo de lo sucedido.

.....  
Tercero: Por la misma vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca de manera subsidiaria, inaplicación del artículo 496 párrafo 1.º del Código Penal, al supuesto aquí enjuiciado, al estimarlo como constitutivo, en cualquier caso, de un delito de coacciones. El motivo debe desestimarse.

Una doctrina consolidada de esta Sala, Sentencias de 4 de julio y de 21 de septiembre de 1992, ha declarado que la diferencia entre ambas infracciones debe consistir más que por la mayor o menor duración de la permanencia en la situación antijurídica, atendiendo al principio de especialidad, o sea apreciando el delito de detención ilegal cuando el empleo de los medios coactivos física o psíquicamente están dirigidos a privar a la víctima de su voluntad ambulatoria.

Es cierto, que suele estimarse la detención ilegal como verdadera especie dentro del género de las coacciones, ya que en ambas infracciones, el bien jurídico protegido es idéntico, pero sus modalidades comisivas presentan diferencias, pues la detención ilegal priva al sujeto pasivo de su libertad ambulatoria con una cierta duración temporal y exigiendo el encierro o la detención. Su conducta típica se concreta en los verbos «encerrar» y «detener», privando a la víctima de trasladarse libremente de un lugar a otro, obligándole a permanecer en determinado sitio o espacio cerrado contra su voluntad. «Encerrar», significa el mantenimiento de una persona en un lugar no abierto, mueble o inmueble. «Detener» admite la privación

de libertad en lugar abierto al sujeto del traslado ambulatorio. Obviamente la actividad realizada por los procesados se subsume totalmente en el tipo de la detención ilegal, pues, desde las 11 a las 17 horas mantuvieron a la esposa de su deudor, sin permitirle su libertad deambulatoria, al tenerla encerrada en la oficina de su marido, previo cierre del local con llave que retuvieron en su poder.

#### Artículo 490

##### *Allanamiento de morada. Requisitos. Violencia*

##### **(STS de 14 de enero de 1993. Pte. Sr. Puerta Luis).**

Primero: El Ministerio Fiscal ha formulado dos motivos de casación —ambos por infracción de ley— al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el primero de ellos, se denuncia «falta de aplicación del art. 490, párrafos 1.º y 2.º del Código Penal».

Afirma el Ministerio Fiscal, en apoyo de este motivo, que «desde el momento en que el procesado entra en el domicilio de Rosario Hidalgo Alcalde lo hace contra la voluntad de ella, queda consumado el delito de allanamiento de morada, ya que la voluntad contraria del morador se presume siempre, salvo prueba en contrario (Sentencia de 6 de noviembre de 1987)».

El delito de allanamiento de morada (art. 490 C. Penal), tiene como bien jurídico protegido el derecho que tienen todos los individuos a que sea respetado el ámbito espacial en el que se desenvuelve su intimidad personal. Se comete, por tanto, este delito cuando una persona entra en morada ajena contra la voluntad de su morador. El precepto penal analizado en último término, constituye una lógica consecuencia de los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio, proclamados en el art. 18.1 y 2 de la Constitución.

Dos son, en esencia, los elementos definidores el tipo penal considerado: 1) la entrada —o permanencia— en la morada ajena, y 2) la circunstancia de hacerlo contra la voluntad del morador, expresa o tácitamente manifestada, como tiene declarado esta Sala (v. SS. de 16 de octubre de 1986 y 18 de febrero de 1989, entre otras); habiendo llegado a precisarse por la misma que la protección dispensada por este artículo alcanza, incluso, a las personas unidas por vínculo de parentesco, tras dictarse la resolución judicial que imponga la separación de las mismas (v. SS. de 11 de noviembre de 1989 y 4 de marzo de 1991).

En el presente caso, el relato fáctico de la sentencia recurrida describe una situación que guarda indudable analogía con las de separación conyugal. El procesado había convivido anteriormente con la titular del piso pero ya no convivían juntos desde hacía algún tiempo cuando penetró en el mismo el día de autos —poco importa el móvil personal que le impulsó a hacerlo— (v. SS. de 20 de noviembre de 1987 y 9 de febrero de 1990). Rosario Hidalgo se encontraba ausente de su domicilio, y el hoy recurrente hubo de manipular las persianas de la entrada de la casa, hasta que las mismas cedieron y pudo entrar en el piso de aquélla. En definitiva, pues, el procesado hubo de forzar los obstáculos dispuestos por la moradora para impedir o dificultar el acceso a su vivienda (v. art. 504.2.º CP y ss. de 14 de enero de 1974, 11 de marzo de 1983 y 7 de febrero de 1987).

A la vista de lo dicho, procede apreciar la comisión del delito de allanamiento de morada, y, por ende, estimar este motivo.

Segundo: El motivo segundo, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia infracción de ley «por falta de aplicación del párrafo segundo del art. 490 del Código Penal».

Dice a este respecto el Ministerio Fiscal que «la entrada del procesado en la morada ajena fue conseguida estirando las persianas de la entrada de la casa, es decir, venciendo un cerramiento, por lo que debe ser estimada la agravación del segundo párrafo del art. 490 del Código punitivo».

Sobre el sentido y alcance del término «violencia», utilizado en el texto legal, la jurisprudencia de esta Sala mantiene mayoritariamente que por tal ha de entenderse la referida tanto a las personas como a las cosas (v. SS. de 1 de febrero de 1956, 8 de mayo de 1969, 30 de noviembre de 1970 y 5 de mayo de 1983, entre otras). En todo caso, es preciso que la *vis in re* se ejerza sobre las cosas como medio de ejecución del allanamiento (v. SS. de 6 noviembre de 1987 y 9 de febrero de 1990, entre otras).

En el presente caso, es patente que el procesado hubo de forzar las persianas de la puerta de entrada de la vivienda de su ex compañera para penetrar en el domicilio de ésta. Consiguientemente, procede estimar la infracción denunciada y, por tanto, este segundo motivo.

#### **Artículo 501.1.º**

*Robo con homicidio. Pluralidad de intervinientes. Rotura del complejo.*

**(STS de 31 de marzo de 1993. Pte. Sr. Soto Nieto).**

Cuando son varios los partícipes en el robo, al sobrevenir el resultado de muerte originada en las circunstancias descritas, se suscita el controvertido tema de la coautoría en cuanto a la total infracción compleja a que se da albergue en el artículo 501.1 y, particularmente, acerca de la posibilidad de condena de los plurales intervinientes bajo un mismo título de imputación, pese a que fuere uno solo de ellos el que materialmente hubiese causado la muerte de la víctima. La comunicabilidad del homicidio a cuantos toman parte activa en el robo, aparte, por supuesto, de la hipótesis de preordenado concierto para privar de la vida a quien estorbe en la realización del plan delictivo, es sostenible del mismo modo cuando, mediando una ocasional *societas sceleris* para la perpetración del violento ataque a la propiedad, se prevé y admite de modo más o menos implícito, que en el iter realizador pueda llegarse a ataques corporales de imprevisibles consecuencias, frente a quienes se opongan a la efectividad del proyecto criminal en vías de ejecución. Infririéndose semejante actitud psíquica de la circunstancia de que los agentes se hallen impuestos del porte y eventual uso de armas peligrosas y eficaces por algunos de los protagonistas del planeado robo, lo que implica un sentimiento previo al posible o contingente giro de radical violencia física capaz de llegar a resultados de ocisión, bien sea el ejecutar el hecho o al tiempo de intentar ponerse a salvo de los perseguidores. El partícipe no ejecutor material y directo del acto homicida, sabedor de antedichas circunstancias, que prosigue y persevera en su cooperación, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose, tanto en el campo de la

causalidad como en el de la culpabilidad el que sea alcanzado por la advertencia del precepto y, en definitiva, por el trato de agravación a que el mismo provee.

Dato este del conocimiento que si empleado por el artículo 60 del CP en el tema de la comunicación de las agravantes de índole objetiva, con mayor motivo deberá utilizarse para comunicar al partícipe ya no sólo lo que es accidental —circunstancias—, sino lo que es inherente al tipo como elemento del mismo, dando así expansión lógica al citado precepto. Lo que ha determinado la proclamación por la doctrina jurisprudencial de que el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya *a priori* todo riesgo para la vida o para la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos de robo con cuya ocasión se causa homicidio doloso, aunque sólo alguno o algunos de ellos sean los autores o ejecutores materiales de la muerte (cfr. Sentencias de 7 de diciembre de 1984, 3 de enero de 1985, 28 de enero y 11 de abril de 1986, 19 de marzo de 1987, 25 de junio de 1988, 17 de enero y 13 de noviembre de 1991).

Quinto: Aun partiendo de la anterior doctrina, de hondo arraigo en nuestra jurisprudencia, no han faltado supuestos en los que esta Sala há dejado fuera de la grave imputación del homicidio a los partícipes en un hecho depredatorio cual el robo intimidatorio o violento. Para este Tribunal partiendo de la decisión común de llevar a término su propósito delictivo, cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores, sin que sea de aplicación al respecto los criterios de la teoría formal objetiva de la autoría (cfr. Sentencia de 21 de diciembre de 1992). Pero si los partícipes se conjuntan en la realización de una acción intimidativa para los fines expoleatorios que les guiaban, máxime si tal voluntad surge ocasional y episódicamente, desconociendo uno de ellos el porte o posible empleo de armas, se produce, respecto del mismo, una ruptura del complejo delictivo de robo con homicidio, y su acción debe residenciarse en el artículo 501.5.º del Código Penal (cfr. Sentencia de 20 de mayo de 1988).

Ello es lo que sucede en el caso examinado en cuanto al acusado recurrente, cuya intervención se limitó a golpear en la cabeza con un palo a Pedro M., sin que conste le causase lesión alguna. Al tiempo, el otro inculpado, Lorenzo C., por propia y personal iniciativa infringió a Pedro varias puñaladas con una navaja que llevaba, causándole las mortales heridas que se describen. No existe constancia de que mediase acuerdo entre los acusados para realizar semejante brutal atentado contra la vida del atacado, ni siquiera que Luis fuese sabedor del porte de la navaja por parte de su compañero. Las mismas declaraciones de Lorenzo en el acto del juicio oral —examinada la causa conforme a las facultades reconocidas en el artículo 899 de la LECr.— dejan a Luis Santiago al margen de toda iniciativa en cuanto a los «pinchazos» inferidos a la víctima.

En base a lo expuesto, ha de acogerse el motivo, al estimarse subsumida la acción de Luis Santiago en la previsión del artículo 501.5.º, párrafo último, al venir considerado el «palo» con que golpeo al ofendido como «medio peligroso».

**Artículo 501.4.º***Robo con violencia. Lesiones. Coautoría. Dolo eventual***(STS de 27 de marzo de 1993. Pte. Sr. Hernández Hernández).**

Cuarto: En el inicial motivo de su recurso, residenciado formalmente en el número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal citada, se denuncia infracción del contenido del artículo 501.4 del Código Penal, ya que ambos procesados son autores de un delito de robo de los artículos 500, 501.4 y 512 del Código Penal, y no los dos de un delito del artículo 501.5 y uno solo del delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones del artículo 565.1 y 4 de dicho Código.

El motivo debe ser estimado. Efectivamente, si ambos procesados estaban de acuerdo para apoderarse del bolso de la víctima, mujer de setenta y un años, y uno de ellos «de un fuerte tirón pretendió arrebatárselo el bolso, sujetándole entonces fuertemente Carmen», pero —como dice el relato histórico— «insistió en su empuje, logrando hacerse con el bolso» y «... como consecuencia de los actos llevados a cabo para apoderarse del bolso, Carmen Martín cayó al suelo, causándose lesiones de las que tardó en curar sesenta días, durante los que precisó asistencia facultativa y estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela una cicatriz de dos centímetros en muñeca derecha y molestias en la misma...», tan fuerte tirón y continuado empuje, suponen, cuando menos, la existencia de un «dolo eventual», pues emplear la fuerza física un joven de veinte años, sobre una mujer de avanzada edad, setenta y un años, haciéndola caer al suelo, implica la existencia del referido dolo, pues no es imaginable creer que un fuerte tirón y continuado empuje, no puede lograr la caída de una anciana y la subsiguiente causación de lesiones, que pudieran ser mucho más graves de lo que lo fueron. En la mente del agente hubo necesariamente de representarse la «probabilidad» de la caída y consecuentes lesiones y en su voluntad estuvo presente, sin duda el propósito de causarlas, aunque sólo existiera de modo «eventual», como una aceptación para el supuesto de que pudieran producirse. Si no hubiera querido lesionar, al notar la resistencia de la víctima habría desistido de su acción violenta. Si insistió, incluso aumentando la fuerza ejercida, actuó con el propósito de causar las lesiones, por la «gran probabilidad» de su efectación.

El motivo debe ser estimado.

**Artículo 501.4.º y 5.º***Robo con violencia. Elemento culpabilista. Lesiones no delictivas***(STS de 22 de marzo de 1993. Pte. Sr. Granados Pérez).**

Segundo: En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca aplicación indebida del artículo 501.4.º, en relación con el 420.4.º, ambos del Código Penal y ello en relación con el artículo 1 del mismo Código.

Se argumenta, con acierto, que el delito complejo de robo con lesiones aplicado por el Tribunal de instancia y que viene tipificado en el artículo 501.4.º del Código

Penal, tras la última reforma del artículo 1 de dicho texto legal, exige discernir entre las heridas causadas dolosamente por el agente y las ocurridas fortuitamente.

Ciertamente, en los delitos complejos o compuestos de robo del art. 501 del Código Penal se debe superar pasados objetivismos y se hace preciso conciliar los distintos supuestos en él previstos con las exigencias de la responsabilidad culpabilística personal. Y como en los delitos compuestos se contempla un fenómeno de unificación legislativa al reunirse en una sola figura dos o más conductas constitutivas de delitos independientes, pero vinculados entre sí por una determinada relación típica, la implantación del principio culpabilístico se debe extender a cada uno de los delitos que forman el complejo.

En este caso, el Tribunal de instancia ha calificado la conducta del recurrente como constitutiva de un delito complejo de robo con lesiones tipificado en el artículo 501.4.º en relación con el artículo 420.4.º, ambos del Código Penal y queda acreditado, por las propias manifestaciones del perjudicado y por los informes médicos incorporados a la causa, que las lesiones sufridas se contraen a la agresión inferida por el recurrente con una piedra en la cabeza del taxista, que le produjo herida en el cuero cabelludo requiriendo unos puntos de sutura que le fueron retirados a los ocho días y a la fractura en la base del tercer metacarpiano derecho que determinó que continuase con la asistencia facultativa hasta que obtuvo la sanidad a los cuarenta y seis días, precisando cinco de asistencia facultativa y estando impedido para sus ocupaciones habituales los cuarenta y seis días indicados.

En la agresión causada con la piedra indudablemente está presente el *animus laedendi* sin que pueda cuestionarse el conocimiento y voluntad de atentar contra la integridad física del perjudicado. No sucede lo mismo respecto a la fractura del tercer metacarpiano derecho al recogerse en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, cuyo valor fáctico viene siendo reconocido por esta Sala en cuanto amplían los hechos que se incluyen en el relato histórico (cfr. Sentencia de 31 de mayo de 1991), que se produce «cuando el taxista en su propósito de retenerle sufre lesión en una de las muñecas», lo que complementa el relato fáctico en el que se dice que «en el momento en que José Antonio Neira Peña emprende la huida del taxi es intentado retener por Marcos Hernández Conde, quien en ese instante sufre lesiones, las que junto con las causadas en la cabeza curaron a los cuarenta y seis días...». Ausente, pues, la voluntad e intención de lesionar en lo que concierne a las heridas sufridas por el taxista en la muñeca y en el dedo no se puede reprochar culpabilísticamente tal resultado a la conducta del recurrente, ya que ello implicaría volver a considerar matices objetivos propios de delitos cualificados por el resultado que deben considerarse superados.

Así las cosas sólo debe ser objeto de consideración, a los efectos de conformar el delito complejo, la lesión producida en la cabeza del taxista como consecuencia del golpe infligido por el recurrente con una piedra. Y debe tenerse cuenta, porque en este caso sí resulta trascendente que los hechos acaecieron en julio de 1984, es decir, varios años antes de que se modificara el delito de lesiones por la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Y una lesión del alcance que ahora examinamos —curada a los ocho días en los que estuvo impedido para sus ocupaciones—, conforme a la redacción anterior a la citada reforma, es constitutiva de una *falta* tipificada en el artículo 582 del Código Penal, no siendo, pues, posible incardinar la conducta del recurrente en el artículo 501.4.º de dicho texto legal y sí en el número 5.º del mismo precepto, sin que pueda apreciarse el último párrafo al no haber sido interesado por el Ministerio Fiscal ni aplicado, por consiguiente, por

el Tribunal sentenciador. En estos términos debe ser estimado el presente motivo del recurso.

**Artículos 504.4.ª y 510.2.º**

*Robo con fuerza en las cosas. Llave falsa. Tarjeta de crédito*

**(STS de 21 de abril de 1993. Pte. Sr. Delgado García).**

Tercero: Pasamos a examinar la segunda de las tres cuestiones referidas, la relativa a si las tarjetas de crédito pueden ser consideradas llave a los efectos de la modalidad de robo con fuerza en las cosas del núm. 4.º del art. 504.

La *tarjeta de crédito* es un documento mercantil, de escasa o nula regulación legal, pese a los años que ya lleva funcionando en el ámbito bancario, que se rige por las normas establecidas por las entidades que las emiten como un caso más y con las limitaciones propias de las llamadas condiciones generales en los contratos de adhesión, cuyo titular puede utilizarla con distintas finalidades, siendo las más comunes el pagar bienes o servicios en establecimientos públicos concertados al efecto con la entidad emisora (son frecuentes en estos casos los delitos de falsedad y estafa), o el sacar dinero de la propia cuenta, ya mediante los servicios prestados por los empleados de las correspondientes oficinas bancarias, ya mediante la utilización de los tan extendidos y conocidos cajeros automáticos, que sirven también para otros usos y que es el procedimiento que aquí nos interesa.

Tales tarjetas de crédito, cuando se utilizan para sacar dinero de un cajero automático, sirven, además, para acceder al local donde tal cajero se encuentra ubicado o para acceder a las teclas que hay que manipular para dar la correspondiente orden a la máquina. Introduciendo en una determinada posición la tarjeta en la puerta de acceso al local o en la portezuela de acceso a las teclas, se abre el correspondiente compartimento. Por tal posibilidad de apertura entendemos que la tarjeta de crédito *es una verdadera y propia llave*, de acuerdo con el concepto funcional que al respecto viene manteniendo la doctrina de esta Sala, que concretamente en Sentencia de 21 de septiembre de 1990 ya lo ha aplicado al supuesto específico de las tarjetas de crédito.

A los efectos del delito de robo, entendemos que la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de un material determinado, comúnmente hierro, como dice la definición primera que nos ofrece al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «con guardas que se acomodan a las de una cerradura, y que sirven para abrirla o cerrarla, corriendo o descorriendo el pestillo». Puede ser de cualquier clase de material y cualquiera que sea el mecanismo de apertura o cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura, con cuya utilización conforme a su propio destino se logra acceder al lugar o al interior del objeto donde se encuentra la cosa mueble que se sustrae o intenta sustraer.

Para sacar dinero del cajero automático, además de poseer la correspondiente tarjeta, es necesario conocer el *número secreto*, que hay que marcar con las teclas correspondientes, lo que en el caso presente no plantea problema alguno, dado que aparece como probado, como ya se ha dicho, que el acusado conoció tal número a

través de la correspondencia que recibía su compañera, que le tenía autorizado para abrirla como ya se ha dicho.

Así las cosas, si la llave utilizada es falsa, conforme al amplio concepto que al respecto utiliza el CP en su art. 510, el delito, que en otro caso sería hurto, merecería la consideración de robo, con lo que llegamos a la tercera y última de las cuestiones que aquí tenemos que resolver.

Cuarto: En el supuesto presente nos hallamos ante un caso de llave auténtica (o legítima, como dice nuestro Código), pues se trata de la misma tarjeta de crédito 4-B que emitió el Banco Hispano Americano y que los empleados de dicho banco entregaron al hoy recurrente porque conocían la relación de convivencia que mantenía con la titular de la cuenta y, sin duda, para que se la entregara a ésta.

Entendemos que estamos en *un supuesto de llave falsa por tratarse de una tarjeta de crédito legítima, pero que poseía el acusado por haberla sustraído a su propietaria* (art. 510, núm. 2.º).

Como a guisa de resumen dice la Sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1991, en la doctrina de esta Sala se han producido dos posiciones respecto de la interpretación del mencionado concepto de llaves sustraídas del núm. 2.º del art. 510: a) La tradicional y más amplia que considera como tales las utilizadas sin el consentimiento del propietario. b) La más restrictiva y reciente (Sentencias de 16 de febrero de 1988, 17 de febrero de 1989, 25 de mayo de 1990, 14 de septiembre de 1990, 19 de febrero de 1991, 12 de marzo de 1991, 2 de abril de 1991, 8 de febrero de 1992 y 14 de mayo de 1992, entre otras) que reputan sustraídas las poseídas por el acusado mediante un hecho constitutivo de infracción penal, como lo son el hurto, el robo, la estafa o la apropiación indebida. -

Esta segunda posición, que lleva el concepto de sustracción, no al momento en que se utiliza la llave, sino a aquel otro en que la adquirió el que luego la utiliza (o un tercero que a éste se la entrega), parece más acorde con la expresión que la ley utiliza («sustraídas») y por ello más adecuada a las exigencias del principio de legalidad. Este último es el criterio seguido por el Proyecto de CP de 1992 en el núm. 2.º de su art. 242.

En el caso presente no cabe duda de que nos encontramos ante un supuesto de tarjeta de crédito (que es llave como ya se ha dicho) sustraída a su titular, incluso adoptando el criterio segundo de los dos antes mencionados, que es el más restringido.

En efecto, entendemos que hubo un engaño por parte de José que acudió al banco a que le dieran la tarjeta 4-B fingiéndose mandatario de Josefina, como persona de la confianza de ésta por la convivencia que mantenían durante cuatro años, circunstancia que conocían los empleados que se la entregaron, lo que convierte tal hecho en un caso de estafa del art. 528 ó 587.2.º del CP

En todo caso, si estimáramos que no hubo engaño en tal obtención de la tarjeta de crédito, es claro que al quedarse con ella para sí, adquiriendo por su unilateral decisión la propiedad de lo que había recibido en concepto de mandatario con el encargo de entregar a su dueña, nos encontraríamos ante una verdadera apropiación indebida de los arts. 535 ó 587.2.º del mismo código.

Por todo ello, entendemos que fueron aplicados correctamente al presente caso los arts. 504.4.º y 510.2.º del CP y, consiguientemente, que hubo un delito de robo y no existió la infracción de ley denunciada en el único motivo del presente recurso que ha de ser rechazado.

**Artículo 528**

*Estafa. Administración desleal. Inexistencia de engaño*

**(STS de 2 de abril de 1993. Pte. Sr. Hernández Hernández).**

Cuarto: Por corriente infracción de Ley y con apoyo procesal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley adjetiva reiterada, el motivo 1.º del recurso denuncia vulneración, por aplicación indebida, del artículo 528 del Código Penal ya que no existe «engaño» en la conducta descrita en el *factum* y si sólo una situación conocida y aceptada, cuando menos, por el Director del Banco, a través de la cual lo único que se estaba produciendo, con la consiguiente irregularidad bancaria, era la concesión de un crédito por importe superior al que, seguramente, estaba autorizado el Director y demás apoderados de la Sucursal, quedando cuestionada en definitiva la realidad de la estafa típica.

El delito de estafa viene configurado en nuestro derecho positivo, como integrado por diversos requisitos o elementos, que pueden concretarse en los siguientes: 1.º un «engaño», precedente o concurrente, constitutivo de la *ratio esendi*, núcleo y alma del tipo y traducido en el ardid, maquinación, simulación, falacia o artificios incorporados, sin ánimo exhaustivo, al artículo 528, según estaba redactado con anterioridad a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, y concebido con criterio amplio desde la misma, dada la ilimitada variedad que la real y cotidiana vida ofrece; 2.º engaño que ha de ser «bastante», es decir, adecuado, suficiente, proporcional e idóneo (tanto en su valoración por módulos objetivos, como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y circunstancias concurrentes) para conseguir un «error» en el sujeto pasivo y así conseguir el fin propuesto; 3.º «error» esencial producido en el sujeto pasivo que, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, fabulación o artificio, afectada por el vicio su voluntad, queda propinqua o facilitadora del desplazamiento patrimonial que le subsigue; 4.º «acto de disposición patrimonial» (o desplazamiento) a favor del agente, con el consiguiente «perjuicio» para el disponente que, con su propia actuación, consecuencia del error experimentado y en definitiva del engaño desencadenante, causa su propio daño patrimonial, quedando ensamblada o cohonestada la actividad engañosa y el perjuicio irrogado; 5.º como se acaba de decir, «nexo causal» entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que y como se anticipó, el dolo tiene que anteceder o ser concurrente a la actividad defraudatoria, no valorándose el dolo *subsequens*, sobrevenido a la celebración del negocio de que se trate, y 6.º la conducta del infractor ha de hallarse presidida por el «ánimo de lucro», incorporado a la definición legal desde la reforma de 1983, que constituye el «elemento subjetivo del injusto» y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial (extendida en ocasiones a los beneficios meramente contemplativos) y viene a ser contrapartida del perjuicio provocado (cfr. SS de 25 de marzo de 1985, 6 de febrero de 1989, 5 de mayo de 1990, 31 de enero de 1991 y 24 de marzo de 1992 y los que en las mismas se citan).

Dichos elementos que se han sintetizado en la concurrencia de cuatro esenciales: el ideal o de engaño, el subjetivo o de ánimo de lucro, el objetivo del desplazamiento patrimonial y la relación causal entre daño y perjuicio y que la doctrina ha concre-

tado en el perjuicio patrimonial, el ánimo de lucro y el medio de engaño, todos han tenido feliz acomodo en la relación que la Ley Orgánica 8/1983, antes citada, dio al artículo 528 del Código sancionador, cuando gráficamente, con gran estilo gramatical y síntesis perfecta, dice que «cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero».

La lectura del relato histórico acreditado —al que tenemos que atenernos en un todo dado el cauce casacional elegido, así como el decaimiento de los motivos precedentemente estudiados— pone al descubierto cómo la conducta desarrollada por los procesados recurrentes, que en dicho relato se describe, fue realizada de «acuerdo» con otra persona ya fallecida, que desempeñaba cargo directivo en la sucursal principal del Banco Popular Español en la ciudad de Cartagena, no otra dicha persona que el aquel entonces Director de la misma don Francisco Cerón Albacete, como la Sala, en uso de la facultad que le confiere el artículo 899 de la Ley adjetiva reiterada, ha comprobado mediante la lectura de las actuaciones.

Para la apreciación y nacimiento a la vida jurídica, con el consecuente reproche culpabilístico de tipo penal, la estafa —como se deduce de lo precedentemente expuesto— requiere necesariamente, *sine qua non*, la existencia en la dinámica originadora del ilícito, de dos personas contrapuestas, el sujeto activo y el pasivo, el primero productor de un «engaño», dirigido a causar en el segundo un «error», que viciando su voluntad, le sitúe en disposición propinqua o facilitadora de llevar a cabo un «desplazamiento patrimonial» en favor del agente, con el consiguiente y causal «perjuicio» propio o de un tercero.

En el hecho enjuiciado, dado el acuerdo o connivencia existente entre los hoy recurrentes y el Director de la sucursal de la entidad bancaria perjudicada, que actúa como representante, mandatario o apoderado de la misma, falta el requisito esencial del «engaño», porque, no lo hay en los términos dichos de la estafa, o porque, en todo caso, el que «engaña», el Director aludido, lo hace en el sentido de «desleal», que a su vez, realiza el «desplazamiento patrimonial», no por haber sido viciada su voluntad por el «engaño» causado por los procesados hoy recurrentes, sino dentro de sus facultades de administración. No hay, pues, engaño precedente o concurrente con la entidad preciso para provocar el traspaso patrimonial, con producción de error esencial y desconocimiento en el representante del Banco de la realidad que, por su acuerdo con los procesados recurrentes, conocía perfectamente y a lo que había dado su aquiescencia.

Desligada la estafa del «engaño», como elemento decisivo, en el artículo 528 del Código Penal, según estaba redactado con anterioridad a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, y limitada al «defraudar a otro», en principio, el hecho narrado en el *factum* acreditado, hubiera podido ser subsumido en dicho precepto. Hoy queda excluida dicha subsunción de una forma terminante y categórica, ya que, *en definitiva, de lo que se trataría es de una verdadera «administración fraudulenta o desleal»*, en que se intenta fundar la existencia de un «engaño», que en realidad no es sino el «quebrantamiento de la relación de confianza» entre el comitente o mandante y el apoderado o mandatario, infidelidades que no reúnen los elementos del «engaño» y por lo tanto no son encuadrables en el tipo de estafa que contempla el vigente artículo 528 del Código Penal (cfr. SS de 31 de enero y 28 de mayo de 1991).

Por último, la posibilidad que pudiera existir de encuadrar el hecho enjuiciado en el tipo punitivo de «apropiación indebida», queda vedada a la Sala al no haber sido objeto de acusación.

De lo expuesto se infiere la procedencia de estimar el recurso y casar la sentencia de instancia, dictándose la procedente.

#### Artículo 534

*Infracción del derecho de autor. Cinematografía. Copias en soporte de «video». Consumación. Dolo*

**(STS de 22 de marzo de 1993. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid).**

Primero: El motivo inicial del recurso —como los restantes sólo por infracción de ley y con sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— alega la vulneración por falta de aplicación de los preceptos penales sustantivos constituidos por el artículo 534 del Código Penal, en relación integradora de tal norma penal «en blanco» —en la redacción anterior a la actual introducida por la Ley Orgánica 22/1987, de 11 de noviembre—, que constituye por la antigua Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, el Reglamento dictado para su aplicación de 3 de septiembre de 1880 y la Ley de Cinematografía de 11 de mayo de 1966, que en su artículo 1 establece que «el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación económica de la obra cinematográfica corresponde al productor o a sus cesionarios o causahabientes». El motivo se dirige en su desarrollo a combatir la argumentación del tribunal de instancia orientado al pronunciamiento final de absolución al entender que las copias de película reproducidas en «soporte video», aun destinadas inicialmente y como no podía ser de otra forma (dado el importante número aprehendido) a la comercialización, llegarán a constituir objeto efectivo de explotación comercial que produjese beneficios económicos a los procesados.

El motivo —justamente apoyado por el Ministerio fiscal evacuar el trámite de instrucción del presente recurso— debe ser estimado. La S. de esta Sala de 30 de mayo de 1989 claramente expresa que la dinámica comisiva adopta varias formas, que con relación a las películas cinematográficas puede consistir en su proyección clandestina y sin licencia de su productor o en su reproducción no autorizada desde videos u otros medios de incorporación. La reproducción simple, como recuerda la S. de esta Sala de 17 de diciembre de 1985, está incluida en el ámbito de protección establecido en el artículo 1.º de la Ley de 10 de enero de 1879 y ello aparece con claridad en el artículo 5 del Reglamento de 3 de septiembre de 1880 respecto a las obras españolas y en el artículo 50 de la Ley con relación a las extranjeras, y en concreta proyección al área de la cinematografía», en el artículo 7 de la Ley 17/1966, de 31 de mayo.

El error de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida consiste así en confundir la conducta típica de reproducción con la de comercialización; olvidando que ambos comportamientos cumplen la descripción normativa y sólo la segunda forma afecta a la responsabilidad civil —no a la distinción de grados de perfección del delito—, mas no a la existencia de la figura delictiva.

.....  
Tercero: En cuanto al ámbito de la estimación del motivo ha de distinguirse entre los comportamientos de los dos recurridos dada la naturaleza del tipo penal del artículo 534 del Código Penal, que incorpora la culpabilidad dolosa al «tipo»,

por lo que no es posible su comisión culposa conforme declara reiterada doctrina legal de esta Sala (SS, entre otras, de 15 de diciembre de 1969, 27 de abril de 1979, 23 de noviembre de 1991, 17 de diciembre de 1985 y 13 de junio de 1987); y ello señalado, si respecto al recurrido Sr. BG la intencionalidad de su conducta aparece plenamente patente en el *factum* de la sentencia recurrida, la falta de existencia de tal intencionalidad en el correcurrido resulta también expresamente reconocida en el relato histórico de la sentencia sometida a recurso, al señalar que dicho procesado recibió el encargo de reproducir las grabaciones en múltiples videocopias de cada *master*, lo que éste hizo sin entrar a analizar la titularidad de los correspondientes derechos»: afirmación fáctica que veda, al haberse formulado el recurso por la vía rituaría del artículo 849.1.3 de la Ley procesal, la variación de la narración e impone la desestimación del recurso respecto al Sr. P. en aplicación del artículo 884.3.º de la referida Ley.

### Artículo 556

*Incendio de bienes propios. Doctrina general. Compatibilidad con la estafa*

**(STS de 12 de marzo de 1993. Pte. Sr. Puerta Luis).**

Séptimo: El motivo tercero, por último, se formula por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «por aplicación indebida de los arts. 552 del Código Penal, en relación con los artículos 528 y 529.7 del propio texto legal, con infracción del artículo 556 del Código Penal».

Afirma la parte recurrente que, de aplicarse al recurrente algún precepto punitivo, «éste debiera haber sido el artículo 556 que castiga el incendio en bienes propios, con prisión menor si tuviere propósito de defraudar a tercero». Y añade que «este precepto, aunque no es incompatible con la estafa, sí que la subsume por cuanto que contempla en su tipo la posibilidad de fraude y, en su consecuencia, impone la pena privativa de libertad de prisión menor con lo que es evidente que, de aplicarse el art. 556, no se condenaría a mi mandante como autor de un delito de estafa del art. 528 ni por tanto se le condenaría a una pena de cinco años de prisión menor».

Plantea aquí la parte recurrente la interesante y debatida cuestión relativa a la compatibilidad y posible concurso de las figuras delictivas del incendio de bienes propios con ánimo defraudatorio (art. 556 C. Penal) y de la estafa que se produzca con destrucción, daño u ocultación de cosa propia para defraudar al asegurador o a un tercero (art. 529.4.º C. Penal), modalidad de estafa, esta última, que, cuando el daño o la destrucción de la cosa se hiciera mediante incendio, se estima por una parte de la doctrina como de aplicación preferente como «ley especial», pese a la incongruencia que puede suponer tal posición desde el punto de vista penológico, habida cuenta de las penas con que el Código Penal sanciona ambos delitos.

En relación con el problema aquí planteado, dice la Sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1991, que, como enseña la doctrina científica y la de esta Sala, la modalidad agravatoria del delito de estafa exige que se den todos los requisitos del delito básico descrito en el art. 528: engaño que produzca error en el sujeto pasivo induciéndole a un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero. Es decir, que para aplicar el art. 529.4 no basta con la intención de defraudar o de

causar daño efectivo al asegurador, sino que es menester que el asegurado, en este caso el incendiario, realice su conducta con propósito de inducir a error al asegurador y con él lograr la correspondiente indemnización. Si se lleva a término dicha conducta habrá lugar a estimar el delito de estafa de seguro en concurso con el delito de incendio de cosa propia, en cuanto que para este último, basta que se produzca el incendio con propósito de defraudar y que se cause incluso el perjuicio al asegurador pero sin que éste haya sufrido error alguno como consecuencia de aquella actividad engañosa. Y añade que redunda también la jurisprudencia al respecto, al decir que *puede existir concurso de ambos delitos si concurren tanto el dolo incendiario como el defraudatorio*, de modo que, además del primero, el dolo se dirige a engañar al asegurador, creando en el mismo un estado intelectual erróneo de falsa apreciación de las causas del incendio y como consecuencia de todo ello indemniza al asegurado, como declaró la Sentencia de 9 de abril de 1984. En el mismo sentido de admitir la compatibilidad de ambas figuras delictivas (incendio de bienes propios con ánimo defraudatorio y estafa) se han pronunciado las Sentencias de esta Sala de 13 de noviembre de 1958, 13 de marzo de 1982 y la de 14 de marzo de 1991).

De acuerdo, por tanto, con los anteriores criterios jurisprudenciales, procede estimar parcialmente este motivo, en el sentido de entender que el art. 552 del Código Penal ha sido indebidamente aplicado, debiendo haberlo sido el art. 556 del mismo Código, como sostiene la parte recurrente; habida cuenta del carácter genérico del primero y del específico del segundo, en que, junto al dolo incendiario, ha de concurrir un propósito específico de defraudar o perjudicar a un tercero.

Es de advertir que la aplicación del art. 556 del Código Penal no implica vulneración del principio acusatorio, dada la intangibilidad de los hechos imputados al recurrente y la homogeneidad de las dos figuras delictivas.

Por el contrario, no procede estimar el motivo en el sentido, pretendido por la parte recurrente, de que el incendio del art. 556 del C. Penal subsumiría el de estafa; por cuanto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, se trata de dos figuras penales compatibles, entre las que cabe apreciar una relación concursal de tipo medial (art. 71 del C. Penal).

En conclusión, procede la estimación parcial de este motivo, en la forma indicada.