

# Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Universidad Complutense (Madrid)

**Artículo 6 bis a). Error sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación: legítima defensa putativa.**

“Que en la legítima defensa, subsidiariamente imprescindible para el mantenimiento jurídico, estudiada por determinado sector doctrinal y jurisprudencial, desde un punto de vista eminentemente objetivo, debido a su naturaleza de causa de justificación, hoy día impera no solamente la posibilidad de un tratamiento dentro del área de la inculpabilidad, como se pone de relieve en Sentencias de 26 de enero, 2 de febrero y 6 de abril de 1984, entre otras, sino que es incluso obligatorio este tratamiento culpabilístico por así exigirlo el artículo 6 bis a) del Código penal, que determina que el error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso, y ello da lugar a que todo elemento o circunstancia deba ser analizado teniendo en cuenta este elemento culpabilístico que existe en todo delito, y concretamente en el caso enjuiciado de la legítima defensa denominada putativa, que reclama para poder ser aplicada: que se aprecie en la conciencia del actor o sujeto activo de la infracción un error, consistente en creer que existe la agresión ilegítima como acometimiento o acto de fuerza que atenta contra las personas o derechos; que se ponga de relieve el “animus defendendi” en la actividad que origina el quebrantamiento o daño en el bien jurídicamente protegido por el ordenamiento penal; que se capte la “necitas defensionis”, ya que el medio empleado para impedir o repeler la agresión tiene que estar adornado del carácter de necesidad; que por parte del que ejercita la defensa no se haya provocado el ataque agresivo; y por último, que para que pueda actuar como exención total de la responsabilidad penal es preciso que el error sea invencible, pues si no lo fuere se estimará la acción como culposa mediante la jerarquía de los grados que la imprudencia admite en la jurisdicción penal.” (S. T. S. de 20 de junio de 1984.)

**Artículo 6 bis b).** Caso fortuito: opera ahora como límite general a la intervención del Derecho penal.

“Que el caso fortuito, dentro de la expectativa genérica que representan los delitos de la circulación supone la más clara contradicción con las actuaciones culposas, aparte las dolosas, que, en alguna medida, condicionan aquellas infracciones, y ello en base a que lo fortuito es esencialmente y a los efectos legales, todo cuanto no puede preverse, todo cuanto comporta la pura y simple negación del dolo o de la culpa, todo cuanto, en fin, implique la ejecución de una acción con la debida diligencia, en cualquier caso planteando y constituyendo uno de los problemas penales más trascendentales, y quizá menos enjuiciado y considerado por la doctrina científica, porque, en el marco novedoso de la regulación actual del artículo 1 del Código penal al desaparecer la presunción de voluntariedad, es indudable que toda imputación que se haga de la misma, con la inversión de la carga probatoria que exige y demanda el derecho y la propia dignidad más elemental de la persona humana, necesariamente girará, buscando la intención maliciosa o la conducta culposa, alrededor del caso fortuito, que, al menos, estará latente en cualquier consideración que sobre aquellos conceptos se realice como elucubración jurídica de la sentencia, y tan es así que el legislador, tras la reciente modificación del Texto Legal, ha querido potenciar aún más la autonomía jurídica del caso fortuito, no sólo derogando y suprimiendo la eximente 8.º del artículo 8 de la Ley Penal sino actualizando aquella autonomía en el nuevo artículo 6 bis b), en un patente deseo de dar a tal figura penal mayor prestancia jurídico sustantiva (...). Que aunque este nuevo precepto no hace más que reiterar lo que de todos modos se deduciría de la interpretación del artículo 1, en razón quizá al principio “quod abundat non nocet”, es evidente que la trascendencia que supone, antes relatada, ha llevado la voluntad del legislador por cauces concretos del más puro derecho positivo, estimando que este caso fortuito, como ausencia de culpabilidad o como ausencia del injusto típico, no entraña ya un carácter, más o menos acusado, de excepción a la responsabilidad, suprimida por eso la eximente, sino un límite general a la intervención del Derecho penal, cuestión, en el tiempo del supuesto enjuiciado, insita en el propio hecho y desde luego anterior a las eximentes de responsabilidad, marcándose, en cualquier caso, una clara diferencia entre el contexto actual del artículo 6 bis b) y el antiguo apartado, derogado, número 8.º del artículo 8, en tanto que a la luz del nuevo precepto desaparecido el requisito inicial de la licitud, siempre en respeto a las garantías propias del principio de culpabilidad, resulta manifiesto que las consecuencias fortuitas sobrevenidas en el curso de un hecho delictivo tendrán esa propia calificación, con todo lo cual, matizándose en este sentido lo hasta ahora dicho en torno al derogado número 8.º del artículo 8, quiere significarse que en este caso carece de todo fundamento el motivo casacional alegado, por infracción de ley del número 1.º del artículo 849 de la ley ritual, en relación a la eximente según el recurso no apreciada, indebidamente, en la reso-

lución recurrida, ya que tanto desde el punto de vista de la legislación derogada como en el nuevo concepto del caso fortuito, la clara concurrencia de culpa, elocuentemente definida en los razonamientos precedentes, soslaya inevitablemente e irreversiblemente cualquier pretensión justificativa del accidente producido, y ello aún a pesar de estimar, con el nuevo texto más favorable para el recurrente, que durante el desarrollo de los hechos constitutivos de la imprudencia, marchando el procesado a excesiva velocidad y conduciendo, a la vez, en manifiesto estado de ebriedad, pudieran acaecer nuevas y sorpresivas circunstancias que a pesar de la ilícita conducta del procesado propiciaron el accidente final sin culpa ni relación causal con los datos expuestos, velocidad y ebriedad, generadores, inicialmente, de esa conducción ilícita y culposa, lo que desde luego no constituye este evento en el que la conducta temeraria, en estricta relación causal, eficientemente produjo el daño sin interferencia de factor extraño alguno, daño que pudo y debió ser previsto subjetiva y objetivamente, no sólo por el sujeto activo de la infracción sino racionalmente también por cualquier otra persona con capacidad psíquica normal que se hubiera desenvuelto en las mismas circunstancias." (S. T. S. de 6 de octubre de 1984.)

**Artículo 8. La no exigibilidad de conducta diferente no puede operar como causa autónoma y supralegal de exclusión de la responsabilidad criminal**

"Que, la inexigibilidad de otra conducta, es doctrina ya antigua y de progenie y raigambre germánicas, cuya doctrina, tratándose de infracciones dolosas, en España, informa buen número de eximentes sirviéndoles de fundamento, como es de ver, v. g., con las definidas en los números 4, 7, 10 y 12 del artículo 8 del Código penal, pero que difícilmente puede operar positivamente como causa de exención de la responsabilidad criminal autónoma e independiente, puesto que, como destaca la doctrina científica patria, el artículo 8 citado, a diferencia del tratamiento dado a las atenuantes en el artículo 9 del mismo cuerpo legal, contiene un catálogo de eximentes cerrado o de "numerus clausus", imposibilitando, el principio de legalidad, su ampliación o extensión a casos no previstos en dicho precepto. Pero, en el caso de infracciones culposas, la inexigibilidad de otra conducta, no obra ni opera como una causa de exención de la responsabilidad criminal sino que su alcance es mucho más intenso y relevante toda vez que, de darse, eliminaría la propia esencia del delito culposo puesto que, de reconocerse que, el agente, no pudo obrar de otro modo distinto a como lo hizo, su conducta no podría tildarse de imprudente, negligente, descuidada o imprecavida, como es indispensable para la apreciación positiva de esa forma de culpabilidad, la cual exige inexcusablemente, y como primer requisito, una acción u omisión voluntaria y generalmente no maliciosa, pero con la que, el sujeto activo, ha evidenciado, con su quehacer u omitir, un comportamiento antisocial, descuidado y abandonado, en el que brillan por su ausencia la prudencia y la cautela

más o menos elementales. Pero, en el caso de autos, no se observa la referida inexigibilidad de otra conducta pues, al fin y al cabo, el impugnante, que no se había hallado expuesto más que a unos ataques tan infundados como desorganizados, vacilantes y relativamente inofensivos, procedentes de su excitado e irritado amigo —probablemente ebrio—, antes de recurrir a tan desmesurado medio o expediente disuasorio, como lo fue situar una navaja filosa y abierta ante su pecho, introduciendo con ello un gravísimo riesgo en el curso causal, pudo haberse refugiado en el bar “Los Tres Hermanos Cordobeses”, en cuyas inmediaciones se encontraban y del que habían salido ambos momentos antes, demandar auxilio a los clientes de dicho establecimiento o tratar de reducir y apaciguar a su encrespado amigo y contrincante con sus solas fuerzas físicas corporales, lo que no le hubiera sido difícil dado el estado inseguro y vacilante de aquél.” (S. T. S. de 2 de octubre de 1984.)

**Artículo 8, 1.º Enajenación mental: paranoia. Sintomatología. Efectos jurídicos.**

“Las paranoias, antes denominadas monomanías, son enfermedades mentales de carácter exógeno y que se incluyen dentro del grupo de las psicosis. Etimológicamente, la palabra paranoia proviene del griego “para”, que significa “de través o de lado” y “noos” o “noien”, pensar, lo que equivale pues a pensar de lado o torcidamente. Durante muchos años y hasta principios del siglo XX, dichas enfermedades se hallaban confundidas con la esquizofrenia, independizándose de ella, poco después, y constituyendo una entidad nosológica autónoma, si bien, modernamente, se las considera una manifestación de la citada esquizofrenia pero de menor gravedad que otras formas de la misma, caracterizándose por su aparición en la cuarta década de la vida humana y por las ideas delirantes, pudiéndose añadir que, en el caso de las esquizofrenias delirantes, se hallan muy cerca y constituyen un punto de unión con las paranoias. La palabra delirio procede de “de” y de “lire”, esto es, fuera del surco, y con más precisión, fuera del surco de la razón, entendiéndose que una persona delira cuando, en sus apreciaciones, razonamientos y juicios, se aparta, manifestamente, y de modo patológico, de la razón, siendo esta particular y morbosa manera de apreciar la realidad —típica del delirio— lo que sirve para diferenciarlo del error. El delirio es pues una formulación patológica y enfermiza de falsas creencias, las cuales son reputadas verdaderas por el sujeto que los padece, implicando una disposición anormal a pensar en una determinada dirección, de modo sistematizado, coherente y siempre idéntico con un curso crónico e inmutable, agregándose que otros caracteres de las paranoias son el orgullo, la desconfianza, la interpretación errónea, la inadaptabilidad y la deformación catatímica, la que da por resultado la visión o noción inexacta de sí mismo y del mundo exterior; entre sus muchas clases, que es ocioso recordar, figura el delirio de celos, en cuyo supuesto, para el enfermo, el más mínimo detalle del cónyuge o del amante, denota de forma clara e indudable la confirmación

de su infidelidad, bastando cualquier hecho trivial para acrecentar el delirio (...). Que, en lo que se refiere a la **imputabilidad** de los paranoicos, en una primera época, se les reputaba totalmente inimputables aunque dieran la sensación de normalidad y hasta de aplomo y cinismo, pero, dicha inimputabilidad sólo se estima concurrente cuando el hecho cometido se relacione con el tema del delirio. Más tarde se sostiene que el delirio influye en toda la personalidad del delincuente, lo que significa que, en todos sus actos, estén o no inmersos en el tema delirante, su imputabilidad será negada o, al menos, disminuida, y ello aunque el acto criminal parezca perfectamente razonado, discurrido y hasta premeditado. Pero, hoy día, al paranoico se le considera totalmente inimputable pues es siempre un enajenado, tanto el hecho punible se halle relacionado con el tema delirante como si no lo está. Por su parte, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal es la siguiente: la sentencia de 19 de diciembre de 1932 considera como eximente la violenta reacción paranoica de celos; las de 19 de diciembre de 1935, 22 de enero de 1964 y 22 de enero de 1966 declaran la inimputabilidad en los casos de reacción paranoide; la de 31 de enero de 1975 declara que las paranoias se caracterizan por la zonificación o parcelación de la mente y se hace eco de las dos posiciones fundamentales en torno a la imputabilidad de los paranoicos: si el hecho cometido se halla relacionado con el delirio de interpretación, la exención será total, si no lo está, el sujeto, según unas opiniones, también es inimputable, y, según otras, solamente experimenta una disminución, más o menos sensible, de su capacidad de conocer y de querer y, finalmente, la sentencia de 20 de octubre de 1982, se inclina por la relatividad en la valoración —exención completa o incompleta según los casos—, pero si el acto delictivo —muerte de la esposa— ha sido consecuencia de la construcción delirante del sujeto activo —delirio de celos— hay que inclinarse por la inimputabilidad y por la exención totales, siendo de destacar que la sentencia referida valoró, ante todo, que “el delirio afectó a sus facultades psíquicas con intensidad suficiente para privarle de todo freno inhibitorio.” (S. T. S. de 15 de octubre de 1984.)

#### Artículo 8, 1.º Enajenación mental: oligofrenias. Clases y efectos.

“Las oligofrenias son una entidad nosológica, en las que la citada Psiquiatría, basándose en la psicometría y en los “test” de eficiencia, de personalidad y, sobre todo, de inteligencia, distingue entre la **idiocia**, en la que la edad mental del sujeto es inferior a los cuatro años, y sólo representa, a lo más, el 25 por 100 de la normalidad, la **imbecilidad**, con edad mental entre los cuatro y los ocho años y cociente o coeficiente entre el 25 por 100 y el 50 por 100, la **debilidad mental** con edad de esa índole entre los ocho y los once años y un coeficiente o cociente entre el 50 y el 70 por 100, y por encima de los anteriores, sin llegar a la total normalidad, la llamada **torpeza mental**, añadiéndose que, tanto los idiotas como los imbéciles, son totalmente inimputables, mientras que lo son más o menos parcialmente los débiles mentales, e imputables, también totalmente, los simplemente torpes.” (S. T. S. de 29 de junio de 1984.)

**Artículo 9, 1.º Eximente incompleta de enajenación mental: delito cometido bajo el síndrome de abstinencia de estupefacientes.**

“Que debe hacerse una inicial distinción entre el acto punible cometido bajo la influencia “directa” de la droga en que puedan valer las soluciones penales previstas para los casos de embriaguez, y los delitos cometidos en los estados de abstinencia con el propósito de procurarse la droga o de medios económicos para su adquisición, que en la experiencia diaria van desde la falsificación —normalmente de recetas— hasta los hurtos, apropiaciones indebidas y robos violentos; en estos casos puede hablarse de una influencia criminógena “indirecta” con base en un estado de intoxicación crónica —toxicomanía— en el que el sujeto, abandonando su trabajo y sus actividades habituales, centra sus afanes en la adquisición de la droga “por cualquier medio”, situaciones en que se unen la adicción a la droga (dependencia psíquica y física) y el estado carencial, de evidente interés criminológico, que no muestran, en la generalidad, un deterioro significativo de las facultades intelectuales (la astucia y sagacidad en la planificación delictiva lo demuestran), pero sí afectan con mayor o menor intensidad a la voluntad, desde el momento que la libertad del toxicómano, particularmente en ciertas drogas, queda gravemente afectada, con abandono y relajamiento de la autodisciplina e inhibiciones y del sentido del deber, autodisciplina y deberes que afectan al sujeto en su verdadera dimensión personal y social, con la indiferencia y falta de respeto hacia los demás en su esfera personal y patrimonial, que conduce a la acción delictiva (...) Que estas situaciones, en que está ausente la preordenación al delito, aunque en ellas pueda aparecer la rica problemática de las “acciones liberae in causa” culposas, han venido mereciendo en la jurisprudencia de esta Sala un tratamiento penal específico, que sin excluir la atenuación privilegiada (eximente incompleta del artículo 9, 1.º del Código penal) no ha pasado, en la mayoría de los casos, de la atenuación genérica del artículo 9, 10 (sentencias de 10 y 24 de mayo, y 2 de diciembre de 1982), sin embargo, cuando la adicción o toxicomanía procede del consumo de los derivados opiáceos y concretamente de la heroína —sucedáneo sintético de la morfina—, y se manifiesta en severos o muy intensos síndromes de abstinencia en los momentos anteriores al acto o actos delictivos, la medida atenuatoria más ajustada puede hallarse en la eximente incompleta, no solamente porque a una voluntad profundamente disminuida debe corresponder una menor imputabilidad y —consecuentemente— una responsabilidad penal de menor grado, sino porque la pena sin el concurso de una terapia adecuada no cumpliría la misión curativa y de reinserción social que debe primar en la consideración penal de estos sujetos, lo cual puede lograrse a través de la aplicación conjunta de pena y medida de internamiento que el nuevo artículo 9, 1.º —párrafo segundo—, con gran sentido progresivo, permite.” (S. T. S. de 19 de octubre de 1984.)

**Artículo 10, 1.º Alevosía. Presupuestos: la situación alevosa ha de producirse desde el inicio de la acción.**

“Que la alevosía, circunstancia de agravación genérica en el núm. 1 del artículo 10 del Código penal, cualificativa del delito de asesinato 1.º del artículo 406— y subtipo agravado de las lesiones —párrafo segundo del artículo 420 de dicho cuerpo legal—, históricamente se desarrolló su concepto de tal modo que, en una primera etapa, se la identificó con la traición, más tarde con el aseguramiento y, finalmente, se singularizó por la nota de cobardía, participando hoy día, y como se infiere de la definición legal, de todas y cada una de las características enunciadas; consta la figura estudiada de tres elementos estructurales: uno de ellos, **normativo**, pues sólo puede operar en los delitos contra las personas y, a lo más, en aquéllos de naturaleza compleja en los que el atentado contra la vida o contra la integridad corporal, se asocia la ofensa a bienes jurídicos de distinta índole; otro **objetivo** o de dinámica comisiva, caracterizado por el empleo de formas, modos o medios singulares de ejecución; y, por último, un tercero, **teleológico** o **tendencial**, puesto que la referida dinámica comisiva debe propender, directa y especialmente, a asegurar la ejecución sin riesgo para la persona del infractor, que proceda de la defensa que pudiere hacer el ofendido. Sobre su naturaleza jurídica, pugnan y se contraponen dos teorías, la **subjética** que, calificando a la alevosía, como un “plus” de culpabilidad, exige una previa deliberación, un plan preconcebido —lo que puede producir confusión con la premeditación—, con escogitación o selección de medios, de los cuales se elige el más idóneo para una ejecución segura y sin riesgo ni posibilidades defensivas procedentes del ofendido, y la **objetiva**, para la cual, bajo el enfoque de la mayor antijuridicidad del comportamiento del agente, basta con que la ejecución sea aleve, independientemente de que se haya o no planeado previamente de ese modo supresor o eliminador de toda oportunidad de defensa, esta última teoría, durante las postreras décadas, es la dominante en este Tribunal, si bien se la impregna de un cierto matiz de subjetividad impuesto por la expresión legal “tiendan”, cuyo matiz impone que el agente, con deliberación o sin ella, con previo plan ejecutivo o con aprovechamiento de circunstancias favorables, tenga la conciencia y la voluntad, durante la perpetración, de que su conducta y su dinámica comisiva eliminan toda posibilidad de preservación procedente de la víctima. Aunque algunos sectores doctrinales se muestran reacios a admitir otra modalidad alevosa que no sea la proditoria, otras corrientes de opinión, así como este Tribunal, distinguen y admiten hasta tres formas de quehacer aleve: el citado **proditorio**, caracterizado por la asechanza, el acecho, el apostamiento, la emboscada, la trampa o estratagema, mediante los cuales el ofendido encuentra la muerte o las lesiones donde menos las espera, mientras que el infractor, en lugar seguro e invisible para la víctima, vigila y celaba todos sus pasos o le atraía pérfidamente a su perdición; el **súbito**, en el que el sujeto activo, fingiendo amistad o disimulando la enemistad, desencadena la agresión o el ataque de forma repentina, inopinada o ins-

tantánea, sin conceder al ofendido ni tiempo ni posibilidad de defenderse o de eludir o evitar el acometimiento y, finalmente, el singularizado por el aprovechamiento por parte del agente del desamparo, desvalimiento o imposibilidad de defenderse en que se halla la víctima —no provocado dicho desvalimiento por el sujeto activo—, tal como sucede, v. g., cuando aquélla es un niño, un enfermo de gravedad postrado en el lecho, un anciano valetudinario, un paralítico o quien se encuentra dormido profundamente o ha perdido el conocimiento. Por último, y para lo que aquí interesa, es preciso recordar y subrayar que el comportamiento supuestamente alevoso, para serlo efectivamente debe haberse producido “en ante”, esto es, desde el comienzo o inicio de la acción y, de ningún modo, surgir cuando, inerme la víctima a consecuencia de los primeros actos agresivos, y no alevos “per se” del infractor, éste aprovecha tan favorable coyuntura y el estado de postración del sujeto pasivo para rematarlo a mansalva o para coronar el resultado apetecido sin posibilidad de reacción o de defensa procedente del ya vencido ofendido.” (S. T. S. de 19 de julio de 1984.)

**Artículo 10, 15.ª Reincidencia: La condena precedente puede provenir de la Jurisdicción militar y el delito corresponder a la legislación especial.**

“Aunque la condena antecedente provenga de órganos de la Justicia Militar (Sentencia de 6-3-53), al ser indiferente que los Tribunales juzgadores sean civiles o militares y cualquiera que sea el Cuerpo legal penal que sancione el delito, que no se concreta exclusivamente al Código penal común, y aunque el delito sancionado corresponda a legislación especial (Sentencias de 17-3-64 y 23-1-69) por lo que acreditándose de la presente causa, que el recurrente fue condenado por la jurisdicción militar en Sentencia de 13 de noviembre de 1963 por delitos de bandidaje y terrorismo a tres penas de treinta años de reclusión mayor, sin que al realizar los hechos imputados tal antecedente estuviera cancelado, ni que se hubiera cumplido la penalidad impuesta, que por su duración no estaba teóricamente extinguida, tal circunstancia agravante subsistente era procedente estimarla, y por otra parte, tampoco se acredita la alegación defensiva de que el proceso seguido en la sentencia mencionada procedía declararlo sin eficacia alguna por su carácter inconstitucional y estar afectado de “invalidez sobrevenida” según la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, en cuanto aquélla simplemente se enuncia, pero no se desarrolla ni sustenta en base fáctica, legal o argumental, más o menos convincente, siendo por tanto una opinión o criterio meramente personal y subjetivo, que no cabe aceptar.” (S. T. S. de 9 de junio de 1984.)

**Artículo 14, 3.º Cooperación necesaria: Contribuir a la realización del hecho dando a los autores directos una mayor sensación de seguridad.**

“La actividad cooperadora de tan referido procesado al facilitar las ideas y movimientos de la víctima y la de permanecer en el coche mientras se desarrollaban los hechos, atento al momento en que se terminaba

el atentado para huir con los ejecutores de aquel lugar, son acciones que en esa clase de delitos se estiman como decisivas, trascendentes y principales, haciendo sentirse más seguros a sus compañeros de ejecución, por lo que procede estimar el recurso del Fiscal." (S. T. S. de 20 de junio de 1984.)

#### **Artículo 69. Preterintencionalidad. Concurso real de delitos.**

"Que los supuestos de preterintencionalidad, desechada la tesis de una nueva especie o grado de culpabilidad, constituyen una alianza, consorcio o enlace de dolo en la conducta inicial y de culpa en el resultado finalmente causado, y esta exigencia de culpa en el último tramo de la actuación del agente emancipa al delito preterintencional de toda calificación por el resultado o de otra suerte de responsabilidad objetiva; se produce, en consecuencia, un concurso de infracciones, dolosa en el primer tramo de la acción y culposa en el tramo final, que aunque situadas en la misma línea de ataque propia de la preterintencionalidad heterogénea, repudia el concurso ideal o formal, debiendo subsumirse en la especie del concurso real prevista en el artículo 69 del Código penal." (S. T. S. de 19 de octubre de 1984.)

**Artículo 69 bis. Delito continuado: No procede la aplicación del indulto de 14 de marzo de 1977 porque parte de los hechos que integran la continuación delictiva están situados fuera de los límites temporales.**

"Intenta que se aplique a los hechos cometidos con anterioridad al 15 de diciembre de 1976, concretamente a los descritos en los apartados A) y B) la extinción de responsabilidad criminal (art. 114, 4.º del Código) inherente al indulto concedido por Decreto de 14 de marzo de 1977; pero este razonamiento olvida que el delito continuado —tesis que ratifica este Tribunal— constituye una realidad natural y no una ficción por hallar fundamento en la unidad de resolución delictiva, y de la misma manera que ha de computarse el perjuicio total causado, la consumación —según una doctrina jurisprudencial reiterada de la que pueden ser próximo ejemplo las sentencias de 2 de noviembre de 1982 y 15 de julio de 1983— se produce en el día y momento en que cesa la actividad delictiva y el autor, o autores en este caso, interrumpen definitivamente su comportamiento antisocial, y realizada la última de las acciones depredatorias el 1.º de enero de 1977, el hecho queda fuera de los límites temporales del indulto aludido; en consecuencia, es procedente la desestimación del motivo." (S. T. S. de 2 de julio de 1984.)

**Artículo 231, 2.º Atentado contra agente de la autoridad. Incluye también la fuerza física sobre las cosas con el fin de doblegar la voluntad.**

"Que el número 2.º del artículo 231 del Código comprende el más típico y característico de los delitos de atentado a agente de la autoridad, siquiera no se defina ni delimite en su exacta medida la gravedad de los

hechos que lo integran, constituido como está a base de una acción que, en cuatro significados distintos, puede entenderse como acometimiento o agresión física propiamente dicha, como fuerza física o "vis physica" ejercida sobre las cosas para conseguir doblegar la voluntad del sujeto pasivo, aunque no sea necesario que se logre el propósito que se persigue, como intimidación o "vis moralis" y, por último, como resistencia grave, siendo así que sobre tal elemento puramente objetivo es necesario, en el concepto penal, no sólo el carácter de autoridad, o agente de la misma, en quien, sin extralimitación y en el ejercicio de sus funciones, es objeto de aquel ataque sino la exteriorización de ese carácter en tal manera que el sujeto activo de la infracción conozca esa preponderante cualidad, a pesar de lo cual realiza la acción con la intención, o elemento subjetivo del injusto, de atacar, menospreciar y doblegar el principio de autoridad insito en los guardadores del orden." (S. T. S. de 8 de noviembre de 1984.)

**Artículo 244. Desacato: Hay un solo delito aunque las injurias vayan dirigidas a dos personas, si pertenecen al mismo ramo de la administración.**

"Que si no hay razones suasorias para invalidar la calificación de desacato, vista la entidad injuriosa del texto periodístico, sí debe darse acogida al motivo segundo, también por infracción del artículo 244 del Código penal, porque el bien jurídico protegido por el delito es el principio de autoridad encarnado en las personas que lo representan dentro de la Administración del Estado y no el honor privado de las personas destinatarias sujeto pasivo plural— de los conceptos o frases ofensivas o de menosprecio (Sentencia de 28 de abril de 1967 y en particular la de 13 de noviembre de 1963); y al tratarse de injurias vertidas en un único texto dirigidas a dos personas, situadas en distintos planos de la jerarquía administrativa pero perteneciendo al mismo Ministerio o ramo de la Administración Pública, por su gestión en el mismo tema de política deportiva, y materializadas en las mismas palabras y expresiones, debe entenderse cometido un solo delito de desacato por ser único el bien jurídico agraviado, con la consecuente estimación del motivo examinado, omitiendo pronunciamiento alguno sobre el interpuesto bajo el ordinal tercero, porque obviamente el concurso ideal de delitos ha de entenderse planteado como hipótesis subsidiaria." (S. T. S. de 4 de junio de 1984.)

**Artículo 246. Desórdenes públicos: Elementos. Delito pluripersonal.**

"Ya no es necesario, para la perfección delictiva, que los agentes se propongan sembrar el terror o atemorizar a las gentes, bastando, por el contrario, con que se lleven a cabo las conductas citadas en el precepto, con tal de que los sujetos activos pretendan atentar contra la paz pública. Los requisitos de la susodicha infracción son las siguientes: a) en lo que respecta al sujeto activo, se trata de un hecho punible necesariamente plurisubjetivo o pluripersonal, puesto que, sin necesidad de jerarquizarlos

en razón a la relevancia de su intervención, se exige que los agente actúen en grupo, esto es, congregándose o reuniéndose varias personas cuyas acciones respondan u obedezcan a un propósito común y compartido, siendo indiferente que previamente se hayan concertado o que, partiendo de la iniciativa de unos pocos, se vayan sumando otros que, de ese modo, acrecientan el grupo haciéndolo más numeroso y activo; b) es indispensable la concurrencia de un elemento tendencial, finalista o teleológico, pues el precepto exige inexcusablemente que se persiga el fin de atentar contra la paz pública, o sea, que los integrantes del grupo, con sus concertadas o espontáneas acciones, propendan a intranquilizar a las gentes, a despertar en ellas inquietud, sobresalto o desasosiego o a perturbar o impedir el pacífico y normal desenvolvimiento de sus cotidianas tareas domésticas o comunitarias, así como el ejercicio de sus derechos o libertades públicas, no importando que, con el fin próximo antedicho, coexista o subyazga otro remoto al que obedezca la actitud del grupo, sin que logre desvanecer o eclipsar la finalidad próxima de turbar la paz pública, turbación que, además de constituir un objetivo en sí misma, es medio de alcanzar u obtener, fuera de los cauces legales, la pretensión, exteriorizada o soterrada, según los casos, de los actuantes; c) la acción o dinámica comisiva ha de proyectarse necesariamente y "numerus clausus" en las diferentes hipótesis previstas por el legislador, esto es, que ha de encaminarse a alterar el orden, a causar vejaciones o lesiones a las personas, a producir desperfectos en las propiedades, a obstaculizar las vías públicas o, finalmente, a ocupar edificios; y d) se trata de una figura defectiva o residual, pues, en perfecta congruencia con lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal, no se aplicará el artículo 246 cuando a los hechos perpetrados corresponda sanción más grave conforme a los preceptos de dicho Código." (S. T. S. de 5 de julio de 1984.)

**Artículo 303 (en relación con el 528). Falsificación de documento público como medio para cometer un delito de estafa. Concurso de delitos (artículo 71).**

"Que condenado el procesado como autor de dos delitos: uno de falsedad en documento oficial y otro de estafa en relación medial y penado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 del Código penal para los supuestos de concurso ideal, interpuso el presente recurso, en cuyo único motivo combate la calificación jurídica que de los hechos probados hizo el Tribunal de Instancia, con fundamento en que los hechos que se declaran probados en el Resultando correspondiente de la sentencia recurrida lo que describen es un supuesto de concurso de normas que debe ser penado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal, mas al razonar como lo hace, olvida el recurrente la constante doctrina de esta Sala, según la cual, como en el supuesto del artículo 306 del Código penal, al definir el delito de falsedad en documento privado se menciona, entre los elementos del tipo, el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo, ha de estimarse que se produce un concurso de normas, en cuanto que el hecho es subsumible tanto en las reguladoras de la falsedad

como en las de la estafa, cuyo conflicto ha de resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad a favor de la falsedad, dado que, además de concurrir en él las notas definidoras del delito de estafa, como son el engaño, el perjuicio patrimonial y la relación causal entre el binomio perjuicio-beneficio, concurren también otras notas como son las relativas al delito de falsedad, y ello sin perjuicio de que este principio deba ceder ante el de la jerarquía de la pena, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal cuando la señalada al delito de estafa sea superior a la señalada al delito de falsedad; pero que cuando el documento utilizado como medio para cometer el delito de estafa sea un documento público, oficial o de comercio, como acontece en el caso de autos, uno de los delitos *no consume o absorbe al otro*, sino que se produce un concurso que debe ser penado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del Código penal, por lo que al haberlo hecho así el Tribunal de Instancia, lejos de incurrir en el "error iuris" denunciado por el recurrente, procedió con absoluto acierto, por lo que el motivo debe ser desestimado." (S. T. S. de 15 de octubre de 1984.)

**Artículo 335. Quebrantamiento de condena. Concurso de delitos con el atentado contra funcionarios públicos (artículo 236).**

"Concretando más la doctrina, en la Sentencia de 27 de mayo de 1977 se afirma de manera categórica que cuando concurren varias modalidades agravatorias de las contempladas en el artículo 335: violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o acuerdo con las personas que se citan en el precepto, es obvio que una de tales circunstancias servirá para calificar la evasión y si alguna de las restantes constituye a su vez otro delito, tal como el de atentado, por agresión a las personas encargadas de la custodia, si las mismas son Agentes de la Autoridad, habrán nacido dos delitos y estaríamos ante un concurso de infracciones. por ser el atentado medio necesario para cometer el de quebrantamiento de condena. Tesis en la cual insiste la reciente Sentencia de 26 de marzo de 1984, resaltando más concretamente que el subtipo agravado del artículo 335 del Código penal se cualifica de tres modos distintos, lo que conduce a que si concurren dos o más de ellos, uno queda absorbido por dicho artículo mientras que los otros se punirán autónomamente o a lo más en concurso ideal con el delito de quebrantamiento de condena." (S. T. S. de 12 de noviembre de 1984.)

**Artículo 344. Intervención de un agente provocador en una operación de tráfico de drogas. Los servicios policiales están para prevenir el delito, no para provocarlo. Apreciación de una atenuante analógica a la de provocación (artículo 9, 10.ª, en relación con la circunstancia 5.ª, hoy derogada).**

"Que las fuerzas policiales, como las de la Guardia Civil, tienen, entre otras funciones, las de prevenir el delito, ejerciendo una misión de profilaxis social, y la de descubrir su perpetración, identificando a los

autores de las infracciones delictivas, aprehendiéndolos y poniéndolos a disposición judicial; siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de la infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. Pero, dentro de esta táctica, peligrosa para el que la practica y digna de encomio, se puede incurrir en excesos exacerbando el celo inquisidor, llevándolo a su paroxismo y, como consecuencia de ello, fomentar, estimular o proponer la perpetración de hechos delictivos, planearlos con los delincuentes, cuyas actividades se celan y supervisan sin que ellos lo adviertan, o incitarles eficazmente a la comisión de los mismos, en todos cuyos supuestos, por una parte, se genera una delincuencia ficticia e impotente, carente de verdadera libertad de decisión, que, a lo largo de su dinámica comisiva, se desenvuelve de modo artificial y provocado y sin posibilidad alguna, gracias a la vigilancia y a la fiscalización que, inicialmente y de modo incesante, se ejerce sobre ellos, de fructificación y materialización en un resultado positivo y quizá impune y, por otra, se acrecienta y aumenta la estadística criminal con hechos punibles gestados y determinados por quienes precisamente debían prevenirles y evitar su perpetración (...). Que, así pues, y puesto que la narración histórica de la sentencia de instancia, relata que tanto E. como B., modestos traficantes de hachís, sin iniciativa propia para mayores empeños, fueron instigados y persuadidos insistentemente por un guardia civil, el cual cumplía, anónimamente, una misión de infiltración, para que llevaran a cabo una operación de compraventa de una importante cantidad de hachís, cuyo guardia civil, para decidirlos, llegó a mostrar dinero a E. "en gran cantidad", pero cuando B., había adquirido un kilogramo de la citada sustancia, entregándolo a E., al avisar éste al guardia, cuya verdadera identidad desconocía, se presentó éste en el domicilio de aquél, procediendo, tras identificarse como agente de la Autoridad, a su detención y a la de B., es indudable que si no es procedente la impunidad de los procesados, puesto que no se ha planteado ese tema y, por otra parte, consta que traficaban con hachís, en pequeña medida, y tampoco procede la aplicación de la atenuante 5.ª del artículo 9 del Código penal, toda vez que no fue el ofendido —lo es la sociedad— quien provocó la comisión del hecho, sí que era y es correcta la aplicación de la circunstancia analógica 10.ª del citado artículo 9 en relación con la susodicha circunstancia 5.ª, habiendo obrado certeramente el Tribunal "a quo", al estimarlo así." (S. T. S. de 15 de noviembre de 1984.)

**Artículo 344. Tenencia de droga: La presunción de estar destinada al tráfico se basa en datos objetivos.**

"Que, como esta Sala ha declarado reiteradísimamente, la tenencia de drogas o estupefacientes no constituye en sí un hecho punible, dada la atipicidad del auto-consumo, por lo que, para que la tenencia se reputa delictiva y comprendida en el supuesto previsto y sancionado en el ar-

título 344 del Código penal, es menester que la posesión de las sustancias tóxicas o estupefacientes no tuviere por finalidad el destinarlas al consumo propio sino al tráfico; y que como siempre que se trata de averiguar algo tan íntimo e inapreciable por los sentidos, como es la intención, necesariamente hay que acudir a los datos objetivos del mundo exterior sensorialmente perceptibles, y así, en casos como en el presente, han de ponderarse diversos factores, entre los que se encuentra la cantidad, habiendo declarado este Tribunal que la tenencia de treinta y una barritas de hachís, con un peso de cuarenta gramos, dan base para sentar la presunción, por exceder de la cantidad normalmente poseída para el propio consumo, pudiendo llegar a la convicción de que se poseían con vocación de tráfico, máxime cuando el tenedor no es consumidor, como según el Resultando de hechos probados no lo era el procesado, por cuyas razones procede desestimar el único motivo del recurso." (S. T. S. de 30 de octubre de 1984.)

**Artículo 344. Tenencia de hachís para el consumo propio: Es conducta impune fumar unos canutos o porros.**

"Que los hechos relatados bajo el apartado A) del resultando de hechos probados, consistentes en que los dos procesados, que tras haber ingerido bebidas alcohólicas en cantidad que disminuía notablemente sus facultades mentales pasasen a encender unos "canutos" aspirando alternativamente el humo de cada porro, no constituye ninguno de los actos tipificados en el artículo 344 del Código penal y sí, simplemente, un supuesto atípico de autoconsumo, por lo que procede estimar el primero de los motivos del recurso interpuesto por corriente infracción de ley denunciando la infracción del mentado precepto penal de derecho sustantivo." (S. T. S. de 12 de julio de 1984.)

**Artículo 344. Tráfico de drogas: Comprende también los actos de donación en cuanto implican un favorecimiento.**

"Que los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre contienen, con clara y determinada expresión, todos y cada uno de los elementos que precisa la figura delictiva aludida en el fundamento jurídico precedente para su castigo con arreglo a la ley, puesto que en ellos debidamente consta, con rotunda e indubitada especificación, no obstante su brevedad, que el recurrente llevaba cincuenta gramos de grifa —que es producto notoriamente nocivo para la salud— para fumarlo con una amiga, no iniciada en este vicio, lo que acredita el acierto del Tribunal juzgador al sancionar esta conducta por el cauce del precepto penal sustantivo citado más arriba en cuanto que no solamente constituía una posesión tendente a la donación de la droga —penable por ello—, sino que, y lo que es más grave, un propósito de captación de adeptos, mediante actos de promoción, favorecimiento o facilitación, severamente

reprimido, en el artículo invocado, tanto antes como después de su reforma por ley 8/83, de 25 de junio." (S. T. S. de 24 de septiembre de 1984.)

**Artículo 344. Psicotrópicos: Las anfetaminas son sustancias que pueden causar grave daño a la salud.**

"Que las amfetaminas que son sustancias psicotrópicas conforme al Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 ratificado por España en Instrucción de 2 de febrero de 1976, son sustancias que, como ya ha declarado esta Sala pueden "causar grave daño a la salud", por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344 del Código penal, con posterioridad a la reforma introducida por la Ley de 25 de junio de 1983, la pena a imponer es la de prisión menor y multa, por lo que al haber sido impuestas éstas en el grado mínimo en la sentencia recurrida, no procede la revisión de la misma por hallarse la pena justificada." (S. T. S. de 12 de julio de 1984.)

**Artículo 344. Psicotrópicos: Sustancia contenida en ciertos medicamentos (Maxibamato, Rino-Made, Dexedrina y Bustaid).**

"Tales productos o medicamentos denominados farmacéuticamente: Maxibamato, Rino-Made, Dexedrina y Bustaid, si bien no contienen en su fórmula o composición productos estupefacientes, sí contiene en cambio las sustancias psicotrópicas anteriormente mencionadas, tales como la dexanfetamina en el primero y el tercero de ellos, el sulfato de anfetamina en el segundo y la metanfetamina en el cuarto, que como productos psicotrópicos se hallan comprendidos entre las drogas de tenencia y tráfico prohibido desde la adhesión de España al Convenio de Viena de 1971, que por obra del artículo 96 de la Constitución se convirtió en ley interna desde la entrada en vigencia de la misma, permitiendo su inclusión en el artículo 344, como lo verificó la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, que añadió a las drogas tóxicas y estupefacientes dichas sustancias psicotrópicas." (S. T. S. de 7 de mayo de 1984.)

**Artículo 344, párrafo segundo. Se han de considerar como cantidades de notoria importancia las adquisiciones ilícitas de hachís superiores a un kilogramo con finalidad de traficar con ellas.**

"Como el precepto legal no determina la cantidad a partir de la cual procede hacerse, es facultad que ante la indeterminación ha de quedar al recto, cauteloso, reflexivo y grave sentido socio-cultural que objetivamente encuadre y salvaguarde la finalidad perseguida por la sanción y los primarios intereses de la salubridad del país, y en este sentido el criterio orientador que con pausada experiencia viene adoptando este Alto Tribunal, salvo casos singulares específicos, es que las adquisiciones ilícitas de hachís superiores a un kilogramo, con fines de tráfico total o parcial,

deben ser consideradas de importancia a los efectos agravatorios penales, y así, verbigracia, se ha declarado en las Sentencias de 10-11-83 por la tenencia de 2,500 kilogramos; de 17-1-84 por la inversión económica realizada sin precisión cierta del hachís adquirido; de 24-1-84 por la adquisición y tenencia de 2,100 kilogramos; de 9-2-84 por tenencia y reventa de 90 gramos; de 22-2-84 por la tenencia para reventa de 1,413 kilogramos; de 20-2-84 por la cantidad de 1,350 kilogramos de hachís para reventa; y de 3-4-84 por cantidad de 1,745 kilogramos de igual sustancia y destino, por lo que los dos kilogramos a que hace referencia el caso subjujice, hace acomodarse, como lo hizo el Tribunal "a quo" a la penalidad impuesta." (S. T. S. de 5 de julio de 1984.)

**Artículo 344. Pertenencia a una organización que tiene como fin difundir la droga. Concepto de organización.**

"Que la voz organización como acción y efecto de organizar, como manera de estar dispuesto u organizado para algo, supone e implica, dentro de su amplia definición, una serie de posibilidades muy diversas en un amplio abanico de formas organizativas, por razón de la materia y del fin perseguido, por su ámbito y por su estructuración, sin que sea permitido, en este ámbito penal, dar preeminencia a determinada forma o manera de organización, como absorbente exclusiva del concepto gramatical, en detrimento de otras, lo que quiere significar que organización es, desde que dos o más personas esbozan o programan un proyecto o un propósito, cualquier manera (mayor o menor, mejor o peor, más o menos solvente) de construir y desarrollar la idea preconcebida, y en este amplio sentido ha de comprenderse la alusión que a este concepto se hace en el segundo párrafo del artículo 344, sin que quepa, por tanto, exigir, como único supuesto del legislador, la organización perfecta en cuanto a medios materiales y personales, por todo lo cual ha de rechazarse el motivo y la argumentación del recurrente porque los datos ínsitos en la sentencia permiten hablar de un grupo, más o menos numeroso, que operaba conforme a un plan preparado para la promoción, favorecimiento y facilitación de drogas gravemente perjudiciales para la salud." (S. T. S. de 15 de noviembre de 1984.)

**Artículo.420, 2.º. Lesiones graves: Pérdida de un riñón. Miembro principal.**

"Porque la pérdida de un riñón debe considerarse como la de miembro principal, según ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en Sentencias de 1 de junio de 1951, sin que sea obstáculo a ello, aplicando por analogía la doctrina de la Sentencia de 10 de abril de 1968, que el otro órgano bilateral ejerza las funciones del perdido, porque dada la duplicidad de la glándula, la función de la única persistente no deja de suponer una notoria merma para la función trascendente en la salud del ser humano (Sentencia de 6 de octubre de 1976), pues por miembro principal debe estimarse la extremidad u órgano, interno o externo, del cuerpo

humano que posea relevante actuación funcional para la vida, la salud o el desenvolvimiento normal del individuo y que se produce en impedimento, si se traduce con la lesión, en una minusvalía de carácter anatómica o fisiológica que no permite su uso o utilización activa y normalmente por el grave defecto que significa su supresión en el ser humano (Sentencia 12-5-71). Razones que conducen a la estimación del motivo, casando y anulando la sentencia recurrida.” (S. T. S. de 24 de junio de 1984.)

**Artículo 430. Abusos deshonestos violentos. Bien jurídico protegido: La libertad sexual y la disponibilidad del propio cuerpo.**

“Que aun cuando para la existencia del delito de abusos deshonestos violentos, previsto y penado en el artículo 430 del Código penal, resulta indispensable como elemento típico objetivo, la resistencia u oposición física o material de la víctima o persona a quien pertenece el cuerpo sobre el que se ejercita la lúbrica actividad del sujeto activo, claramente expresada o manifestada en tal momento, por exigirlo así la naturaleza del bien jurídico protegido que es fundamentalmente la libertad sexual de la persona ofendida y la disponibilidad referente a la utilización del propio cuerpo; en el presente caso tal elemento aparece perfectamente descrito y estimado como probado, en la narración fáctica contenida en el primer resultando de la resolución impugnada, en donde consta con tal carácter, que el procesado hoy recurrente realizó los tocamientos impúdicos sobre los pechos y vientre de la ofendida a “viva fuerza”, que es tanto como decir con extraordinaria violencia, lo que hace suponer que la resistencia de la perjudicada fue lo suficiente enérgica como para precisar del empleo de la misma; resistencia que por otra parte, y como viene reiteradamente declarando esta Sala, tampoco tiene que ser desesperada o extremada, aun en el supuesto de violación, delito de consecuencias mucho más graves (Sentencias de 1 de mayo y 13 y 15 de noviembre de 1978, entre otras muchas), sino solamente suficiente para demostrar de manera patente y clara el disenso u oposición decidida, seria y firme de la víctima, que aquí ha de ser estimada existente.” (S. T. S. de 28 de septiembre de 1984.)

**Artículo 431. Escándalo público. ¿Se respeta el principio de legalidad? Pornografía: desborda los límites de lo ético.**

“Que la defensa de las buenas costumbres, la moralidad colectiva o de los valores éticos dominantes en la comunidad es asumida en el tipo previsto en el artículo 431 del Código penal, ahito —ciertamente— de términos o conceptos valorativos con parquedad de los descriptivos en que suelen ser redactadas de las definiciones penales por exigencia de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, pero con la implícita y consciente finalidad de dar a las circunstancias del hecho la valoración que merecen de acuerdo con los conceptos culturales y éticos que tienen asiento en el tipo penal —pudor y buenas costumbres— que no ofrecen en el devenir histórico una conceptualización unívoca y permanente; y si

bien no hay inconveniente en reconocer y aceptar la evolución de las costumbres en materia de moralidad sexual hacia una sociedad más permisiva y sexualmente más informada, la pornografía desborda los límites de lo ético, sin otra finalidad que provocar la liberación incontrolada del instinto sexual, propugnando más que una sexualidad libre una sexualidad anormal, desviada o pervertida que conduce a la degradación de la persona, en la que el amor, que es valor imprescindible de la convivencia social y en particular de la relación intersexual, resulta escarnecido y ensombrecido, siendo —la obscenidad— un ariete poderoso y demolidor contra una sociedad que cuente entre sus aspiraciones legítimas la mejora y perfección de las costumbres, la promoción de la cultura y la convivencia ordenada, de ahí la obstinada y mal comprendida insistencia de este Tribunal en reprobar por la vía de sanción penal prevista en la legalidad vigente la acción de unas minorías que, con el pretexto de supuestas ideas liberalizadoras y en todos los casos como instrumento de un torpe y oscuro negocio, pretenden socavar esos cimientos del orden moral en que se asientan las actuales costumbres y normas de cultura.” (S. T. S. de 28 de junio de 1984.)

**Artículo 434. Estupro de prevalimiento: acceso carnal “contra natura” entre varones.**

Desde la modificación del delito de estupro en 1978, el Tribunal Supremo acepta por primera vez, si no estoy equivocado —antes sólo lo había hecho con carácter hipotético (S. 4-11-1981)—, la existencia de un delito de estupro al mediar una relación homosexual entre varones. La doctrina científica se ha mostrado discrepante, y por regla general se requería un acceso carnal heterosexual (coito vaginal) —más conforme con los orígenes históricos y significado de la voz estupro—, si bien desde 1978 el sujeto pasivo podía ser tanto mujer como hombre, siempre que el sujeto activo fuese de sexo opuesto. El Tribunal Supremo da ahora un paso más —también avalado por un sector de la bibliografía—, y admite la inclusión en el artículo 434 de los accesos carnales *contra natura* entre varones, descartando unos abusos deshonestos (art. 436) con prevalimiento. Dice así:

“Que la figura de estupro de prevalimiento tipificada en el artículo 434 del Código penal, constituida por el logro del acceso carnal con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, abusándose por parte del sujeto activo de una situación o relación de superioridad psíquica o moral sobre la víctima que aprovecha y utiliza para conseguir sus propósitos delictivos, tal tipo penal resulta perfectamente aplicable a la relación carnal aquí enjuiciada, efectuada repetidas veces “*contra natura*” por el tío, persona mayor de cuarenta y cuatro años, con el sobrino, menor de dieciocho, aprovechándose de que el referido menor se quedaba a solas con él en su casa y del respeto que le tenía, lo que según se dice en la sentencia de instancia, fue lo que le llevó a acceder al coito anal para el que su tío le requirió y practicó sobre él en varias ocasiones, pues resulta evidente que en tal conducta se hallan presentes todos los elementos

fundamentales de la mencionada figura penal, por lo que resulta procedente la desestimación del primero de los motivos del recurso." (S. T. S. de 22 de junio de 1984.)

**Artículo 443. Discrecionalidad del Tribunal para aceptar el perdón expreso de los representantes de la menor.**

"Que el segundo motivo casacional, también por infracción de ley del número 1.º del artículo 849, por inaplicación del número 5.º del artículo 112 en relación con el artículo 443, los dos del Código penal, ha de ser igualmente rechazado porque aunque efectivamente aparezca, en las dos fases del procedimiento, el perdón expreso otorgado por los padres de la víctima, ciertamente que con evidentes vacilaciones e, incluso, con claros síntomas de ser el resultado de coacciones ejercidas sobre su voluntad por personas desconocidas, también son indudables las facultades discrecionales del Tribunal para, como aquí acontece, rechazar el perdón otorgado por los representantes de la menor, facultad discrecional amplísima que, con base gramatical en el verbo "podrá", no está sometida a límite, causa o circunstancia alguna, siendo así que, como toda cuestión discrecional, ya esta Sala tiene declarado (Sentencia de 18 de noviembre de 1982) que la decisión tomada a ese respecto por el Tribunal competente no es discutible en casación." (S. T. S. de 26 de septiembre de 1984.)

**Artículo 452 bis d) 1.º Encargado del local: atipicidad de la conducta. Legislación delegada que superó la Ley de Bases.**

"Que en el número 1 del artículo 452 bis d) del Código penal se describe y pena la denominada tercería localista, caracterizada por la dedicación de determinado inmueble, exclusiva o preferentemente, ostensible o enmascarada o disimulada tras otra actividad lícita y abierta o no al público, al ejercicio de la prostitución o al de otra forma cualquiera de corrupción, jerarquizando el legislador a los sujetos activos de la referida infracción de tal modo que al dueño, gerente, administrador, encargado o a cualquier persona que, a sabiendas, participe en su financiación, se les sanciona con penas de prisión menor, inhabilitación y multa —encabezamiento y párrafo primero del número 1.º del citado artículo 452 bis d)—, mientras que, en las mismas penas pero en su grado mínimo, incurre toda persona que, a sabiendas, sirviere a los mencionados fines, en los referidos locales —párrafo segundo del indicado número 1.º—, suscitándose el problema de si los encargados, pese a la redacción del meritado Código, deben figurar entre los sujetos activos citados en el párrafo primero del número 1.º y ser sancionados con mayor rigor o si, por el contrario, se les debe incluir en el párrafo segundo del susodicho número 1, cuestión la planteada que fue resuelta, iniciando una línea interpretativa y jurisprudencial invariable, por la sentencia de este Tribunal de 2 de julio de 1980, la cual declaró que "formulada la cuestión de si los redactores de la revisión de 1963 del Código penal se excedieron en la autorización o mandato que les había sido conferido a tal fin por la Ley de Bases de

23 de diciembre de 1961, en su Base novena, al introducir en la redacción del artículo 452 bis d), número 1, del referido Código penal, la figura del encargado de los locales en los que se ejercita la prostitución o la corrupción, figura que no se menciona en dicha Base 9.ª, y que, en cambio, se incluye en el citado precepto penal “texto refundido de 1944”, a su vez “texto revisado de 1963”, plantea el interesantísimo tema del alcance de la llamada “legislación delegada”, respecto a la Ley de Bases de que dimana y que no puede ser rebasada por aquélla, puesto que a sus “principios y orientaciones debe sujetarse el Gobierno para redactar el texto articulado”, de suerte que, el exceso, hace que la norma delegada incurra en “ultra vires” por falta de cobertura de la Ley de Delegación; lo que, a su vez, conlleva el tema no menos delicado de la posibilidad de control judicial de un tal exceso, posibilidad que ya ha sido admitida por la jurisprudencia contenciosa-administrativa para los supuestos de “textos refundidos” —sentencias de 18 de febrero y 9 y 18 de marzo de 1970 de la Sala Tercera, que elevan a doctrina general lo que sólo excepcionalmente había acogido la sentencia de 19 de enero de 1970 de la Sala Quinta—; doctrina que, igualmente y con mayor razón, debe acogerse en el campo penal dado el imperio, en el mismo, del principio de legalidad, que obliga a una interpretación estricta de los tipos penales, los que, por tanto, deben ser fiel reflejo de la Ley de Bases o delegante en la Ley delegada o texto refundido, pues si esta última norma va más allá —“ultra vires”— de lo permitido por la primera, vulnera el rango normativo y se convierte en simple reglamento sujeto como tal al control jurisdiccional, según establece el artículo 7, 1.ª de la, aún vigente, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, y ha tenido ocasión de estimar esta misma Sala en tal caso de conflicto entre Ley y Reglamento —sentencia de 11 de junio de 1971—; todo lo cual nada tiene que ver, por supuesto, con una declaración general de anticonstitucionalidad de la norma, vedada a los Tribunales ordinarios, sino simple potestad para dejar de aplicar una Ley en el caso concreto, justamente por rebasar los límites de una Ley superior de la que dimana, según lo razonado anteriormente”; agregando la mentada sentencia que “siendo cierto que el Decreto de 28 de marzo de 1963 aprobando el “Código penal texto revisado de 1963”, en cumplimiento de la Ley de Bases 79 de 23 de diciembre de 1961, que autorizaba al Gobierno para revisar el “texto refundido de 1944”, en su Base 9.ª, párrafo 4.º, establece que “De acuerdo con los principios informadores de los Convenios Internacionales y la legislación abolicionista, se castigará a los dueños, gerentes, administradores y personas que participen, a sabiendas, en la financiación de los locales en los que se ejerciere la prostitución o cualquiera otra forma de corrupción, así como a las personas que, también a sabiendas, sirvieran a los mencionados fines en los referidos locales”, tal mandato no fue trasladado con entera fidelidad al número 1.º del artículo 452 bis d) del Código penal, texto de 1963, puesto que añade, al dueño, gerente y administrador, la figura del “encargado” del local, que no se encuentra en la Base mencionada, excediendo así de la autorización delegante para configurar el sujeto activo del delito, el que, obligatoriamente, sólo puede estar constituido por las tres dichas

personas situadas al frente del local o por las que participen en su financiación o sirvan a los mencionados fines en el mismo; siendo de advertir que ya la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1963 puso de relieve las discrepancias de la Ley de Bases y el Decreto que la desarrolló, al observar que "no sólo se trataba de una nueva distribución sistemática (verdadero objeto de la reforma), sino de modificaciones, en algunos casos agravatorias." (S. T. S. de 27 de octubre de 1984.)

**Artículo 499 bis, 2.º Crisis empresariales fraudulentas: necesidad de dolo dirigido a causar un perjuicio a los trabajadores.**

"Que el delito configurado en el número 2.º del artículo 499 bis del Código comprende un tipo penal claramente definido como delito de resultado, pues su consumación requiere inexcusablemente la producción del perjuicio que se indica, la supresión o la restricción de las condiciones de trabajo generalmente reconocidas, mas en todo caso como consecuencia de una actuación maliciosa, como dice esta Sala en su sentencia de 27 de enero de 1982, lo que ya quiere decir que la concurrencia posible de un perjuicio en los profesores del centro escolar al verse despedidos del mismo, simple incidencia de una situación ciertamente conflictiva pero no ilegal, no sería suficiente como para generar el delito por cuanto que al elemento objetivo tendría que acompañar, inexcusablemente, la existencia de ese especial elemento anímico y psicológico, subjetivo, inserto en el proceder doloso, lo que desde luego no acontece en este supuesto en el que el procesado, como director del centro, inmerso en diversas dificultades económicas, cerró su centro y despidió a los trabajadores, cuando había sido desautorizado y autorizado, respectivamente, por los órganos competentes de los Ministerios de Trabajo y de Educación y Ciencia, con lo que claro se está que todas las incidencias sucesivas, insolvencia de la empresa y propósito de los trabajadores para, de alguna forma, lograr hacer efectiva la indemnización a su favor acordada por la Magistratura una vez que declaró improcedente los despidos, responden a sucesivas situaciones o fases de una mecánica laboral que, en su conjunto, no tienen que responder, necesariamente, a planteamientos ilícitos, aunque no pueda ocultarse su enorme trascendencia económica y personal, falta de dolo que, finalmente, es también afectante a la especial agravación o consideración que el precepto señala en el supuesto de crisis empresarial, y a la que antes se ha hecho mención, y ello es así en tanto que dentro de los requisitos que se precisan para la vivencia penal de estas denominadas "crisis empresariales fraudulentas" o "alzamientos laborales de bienes" (Sentencia de 15 de octubre de 1982), es decir, la configuración de los respectivos sujetos activo y pasivo como empresarios y trabajadores, respectivamente, la dinámica comisiva semejante al alzamiento de bienes y el perjuicio o ineficacia de los derechos laborales sobrevenidos después la necesaria declaración de crisis, siempre faltaría la concurrencia, y volvemos siempre al mismo dilema, de ese

dolo específico, o reduplicado, que se representa por un actuar malicioso que al no darse ahora obliga, tal se ha dicho, a la desestimación del motivo alegado al respecto, número 1 del artículo 849 en relación al tan debatido artículo 499 bis del Código." (S. T. S. de 7 de julio de 1984.)

**Artículo 501, 4.º Toma de rehenes para cometer un delito de robo con violencia o intimidación. No hay concurso de leyes con el artículo 481, 1.º. Derogación tácita.**

"Que aparentemente existe un concurso de leyes, es decir, un hecho que puede ser calificado por los dos preceptos apuntados "detención ilegal, consecutiva a un delito cometido contra la propiedad" (art. 481-1.º) o un robo donde "se toman rehenes para facilitar la fuga del culpable" (art. 501-4.º), pero este aparente concurso de leyes, se deshace, en cuanto que siguiendo la línea legislativa en el orden temporal, el artículo 481, se introdujo, en su actual redacción, por Ley 82/78 de 28 de diciembre, que venía a recoger residuos de la legislación antiterrorista que se derogaba, junto con la derogación de los artículos 294 bis d), 294 bis e) del Código de Justicia Militar, artículo 2.º del Decreto Ley de 10 de febrero de 1976, sustituyéndolos por anexos del Código penal común, que abarcaban varias figuras penales, entre ellas la detención ilegal bajo rescate, cometida por personas integradas en grupos organizados y armados, atribuyendo la competencia para su conocimiento a la Audiencia Nacional y cuando el robo, seguido de la toma de rehenes para facilitar la fuga del culpable o la ejecución del delito, no estaba tipificada en el artículo 501-4.º del Código penal (...). Que un paso legislativo más es la reforma del Código penal por Ley 8/83 de 25 de junio, donde ya el artículo 501-4.º se redacta en la forma que ha quedado reseñada. En este supuesto de reforma parcial del Código, ya no puede hablarse de concurso de leyes, sino de tipos repetidos que son absolutamente incompatibles entre sí, y entonces deben entrar en juego los principios de que la Ley posterior deroga la anterior y sobre todo por el principio de especialidad, que vienen a eliminar el concurso, rigiéndose estos casos por la última reforma legislativa vigente que es la de 1983, por otra parte más favorable al reo, por donde se infiere que no debe entrar en juego la norma agravatoria del artículo 68 del Código penal, sino aplicar el artículo 501-4.º que vendría así a imperar, si no quiere hablarse de derogación implícita del artículo 481-1.º del Código penal para este supuesto; la consecuencia natural y necesaria, es la aceptación del recurso, porque es la misma Ley —Código penal— la que impide el verdadero concurso de leyes y se impone la pena correspondiente, según la señalada en el artículo 501-4.º del Código penal, dejando por tanto de aplicar la del artículo 481-4.º. Ello lleva forzosamente a casar la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra más ajustada a derecho, conforme ordena el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Criterio ya adoptado por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 10 de marzo y 17 de mayo de 1984." (S. T. S. de 6 de noviembre de 1984.)

**Artículo 501, 4.º Toma de rehenes para cometer un delito de robo con violencia o intimidación. Sus diferencias con las detenciones ilegales consecutivas a un delito contra la propiedad (artículo 481, 1.º).**

“Que en el ámbito de la normativa vigente debe señalarse que la frase “se tomaren rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable” del artículo 501-4.º del Código, y la detención ilegal “consecutiva a un delito contra la propiedad” del artículo 481-1.º, no son normas que se excluyan entre sí, de forma que cualquiera de ellas sea suficiente para la valoración jurídico-penal de las conductas de quienes en la dinámica de la acción delictiva toman rehenes para facilitar la ejecución o la fuga, y, por tanto, no hay base para aplicar la regla de concurso de leyes prevista en el artículo 68, y hay motivos para sugerir que el área de ambos preceptos es distinta, limitando el primero a las detenciones que se producen para la ejecución del delito o para facilitar la fuga, dando a la expresión “consecutiva” valor de consecuencia con cierto matiz temporal que se desprende de su significación semántica, es decir, después de consumado un delito contra la propiedad, interpretación que propicia el recurrente para privar de tipificación penal a las detenciones causadas; pero puede sostenerse, y es el criterio que esta Sala hace suyo que ambos tipos se hallan en relación de especialidad, de modo que el delito agravado de detención ilegal debe prevalecer cuando la acción rebasa los términos definidos en el artículo 501-4.º —tomar rehenes para facilitar la ejecución o la fuga—, pues se dan en este tipo matices que determinan una reducción del campo del artículo 481-1.º, matices en los que reside la especialidad delictiva.” (S. T. S. de 12 de noviembre de 1984.)

**Artículo 501, 4.º Robo con torturas y toma de rehenes. Torturas: colocación en el cuerpo del sujeto pasivo de un artefacto simuladamente explosivo.**

“Debiéndose entender por *torturas*, el inflingir al ofendido u ofendidos, o a personas ajenas al delito, sufrimientos físicos o morales, martirizándoles o atormentándoles, y por *toma de rehenes*, la supresión, durante un lapso de tiempo más o menos prolongado pero siempre superior al indispensable para la ordinaria y normal perpetración de la especie delictiva estudiada, de la libertad ambulatoria de las personas mencionadas, bien para perfeccionar la infracción, bien para que sirvan de broquel o de parapeto viviente que preserve a los infractores de las acciones o de la persecución de la fuerza pública—, concurren indudablemente en el caso de autos, en cuanto a las torturas, porque al colocar sobre el pecho del señor E. —víctima del hecho punibles—, sujeta con esparadrapo, una bolsa de plástico simulando ser un artefacto explosivo, de la que salían dos cables que conectaron a un enchufe eléctrico, le sometieron a una espera angustiada y a un tormento moral constitutivos de indudable y refinada tortura, mientras que, al retenerle y privarle temporalmente

de su libertad hasta tanto se cobraran los dos talones que, a la fuerza, le habían hecho extender y firmar, le constituyeron en rehén garantizador de la ejecución acabada del plan preconcebido y desarrollado.” (S. T. S. de 29 de junio de 1984.)

**Artículo 501, último párrafo. Uso de armas: subtipo agravado comunicable.**

“Que, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, el párrafo último del artículo 501 del Código penal, integra una agravación específica o subtipo agravado de carácter objetivo, comunicable, conforme al párrafo 2.º del artículo 60 de dicho Código, a los demás partícipes, siempre y cuando éstos tengan conocimiento del mismo al tiempo de la acción o de su cooperación al delito, y como en el caso enjuiciado todos los procesados, tras idear el atraco, procedieron a serrar los cañones de la escopeta y acto seguido, y portándola, se subieron en un coche, previamente sustraído, se dirigieron a efectuar el hecho delictivo acordado, es indudable, que aunque fuera sólo llevada la escopeta, en el momento de la ejecución material del delito por el procesado M. C., todos conocieron la existencia del arma y el empleo que se la había de dar y se la dio, por lo que ha sido debidamente aplicada a todos los procesados la figura agravada del último párrafo del artículo 501 del Código penal, lo que conduce a la desestimación del motivo segundo del recurso.” (S. T. S. de 27 de octubre de 1984.)

**Artículo 514. Hurto: ajenidad de la cosa. Presupuestos: existe una presunción racional de propiedad a favor del titular.**

“A) Que cosa mueble ajena es todo aquello a que le alcance este concepto jurídico y no sea de la propia pertenencia, por lo que en el delito de hurto no es necesario que conste quien sea el dueño de la cosa sustraída o que se desconozca esta circunstancia, por no afectar a la responsabilidad penal, ni exigirle el precepto definidor, y sólo interesar a las consecuencias de la responsabilidad civil, restitución e indemnización de perjuicios, bastando que pertenezca a un tercero y que ha existido apoderamiento con ánimo de lucro (Sentencias de 4-10-1905, 6-12-11, 29-5-36, 5-3-42, 29-11-52, 16-5-62, 18-3-63, 13-5-69, 13-12-71 y 5-7-82); y b) que tampoco es necesario que aparezca manifestada la contraria voluntad del dueño de la cosa, por cuanto la configuración del hurto tan sólo hace referencia a tomar las cosas ajenas “sin” la voluntad de su dueño y no en contra de ella, estando la presunción racional y legal a favor del titular, de modo que es preciso probar que éste tuvo el propósito manifestado de abdicar la propiedad o tenencia o que consintió en desprenderse del dominio o del uso, toda vez que siendo el consentimiento en los delitos patrimoniales causa específica de exclusión del injusto penal, debe quedar tan probado como el hecho imputado (Sentencias de 22-5-1877, 11-6-12, 14-4-23, 16-2-29, 5-6-44, 8-6-36, 1-12-42, 18-10-65, 7-4-69, 3-2-71, 4-2-72 y 14-7-82), nada de lo cual aparece reflejado en la premisa fáctica y

contexto de la Sentencia recurrida, con lo que el recurso con tal sustentación es improcedente y ha de ser rechazado.” (S. T. S. de 11 de julio de 1984.)

**Artículo 519. Alzamiento de bienes. La obligación de prestar alimentos se ve defraudada porque el marido se coloca voluntariamente en una situación de insolvencia.**

“Que en aplicación de todo cuanto se acaba de exponer, resulta claro que la obligación de prestar alimentos en su aspecto activo de derecho a obtenerlos y en el pasivo del deber de prestarlos, nace “ex lege” y que su nacimiento coincide con la fecha en la que tenga necesidad de los mismo el acreedor, por lo que una vez producida la reclamación, todos los actos del deudor tendentes a defraudar al acreedor o hacer estéril el principio de la responsabilidad patrimonial universal, han de entenderse tipificados o comprendidos en el artículo 519 del Código penal, tanto si ha recaído sentencia condenatoria, como si se producen hallándose en situación de litis-pendencia, como aconteció en el caso de autos, por lo que procede desestimar el segundo de los motivos del recurso por lo que a este aspecto se refiere.” (S. T. S. de 6 de noviembre de 1984.)

**Artículo 528. Estafa: Utilización de una tarjeta de crédito sabiendo que se ha superado el límite concedido.**

“En el contrato de expedición de la tarjeta de crédito no medió por parte del acusado ni la sentencia se lo reprocha—ninguna actitud o declaración mendaz, ni incluso hay motivos para intuir un preordenado ánimo de usar de la tarjeta concedida con fines torticeros; el engaño surge cuando “consciente” de que el límite de crédito concedido no podía superar la cifra de las cincuenta mil pesetas, “consciente” de tener agotadas las posibilidades crediticias, y “consciente” de su estado de insolvencia, continúa haciendo uso de la tarjeta hasta una suma de un millón cincuenta y siete mil trescientas treinta y cuatro pesetas; es decir, consistió en mantener falazmente la apariencia de crédito en todas las compras realizadas, apariencia en la que estriba el engaño que da vida a la estafa, y del que fueron sujeto pasivo los establecimientos que efectuaron actos de disposición de bienes o servicios en la creencia y confianza que la tarjeta amparaba un crédito existente y respaldado por una congrua provisión de fondos, aunque la víctima o perjudicado fuese —en definitiva— el Banco expedidor de la tarjeta en virtud del valor crediticio que el documento incorporaba, separación entre sujeto pasivo del engaño y perjudicado admitida en la doctrina jurisprudencial (sentencias de 17 de octubre de 1964 y 19 de junio de 1975, entre otras) y expresamente reconocida en la definición legal de estafa que formula el texto vigente del artículo 528, cuya aplicación indebida se denuncia, el cual alude a la posibilidad de que el acto de disposición del sujeto engañado redunde en perjuicio de sí mismo o de un tercero.” (S. T. S. de 25 de junio de 1984.)

**Artículo 546 bis a). Receptación de delitos. Aprovechamiento: comprende también los casos de posterior destino a fines benéficos.**

“Semánticamente “aprovechamiento” equivale a “acción y efecto de aprovechar”, y “aprovechar” significa “servir de provecho alguna cosa o emplearla con utilidad”, añadiendo la doctrina científica que el agente ha de pretender un beneficio de naturaleza indudablemente económica, pero que no es necesario para la existencia del aprovechamiento, que se dé una ganancia efectiva y valuable en dinero; y, por su parte, la jurisprudencia ha declarado que “concorre el aprovechamiento cuando se adquieren objetos procedentes de delito por precio vil o inferior al real, pues en este caso la ganancia es indudable —sentencias de 16 de mayo de 1908, 28 de octubre de 1942, 5 de febrero de 1944 y 28 de marzo de 1945—, y también cuando se adquieren por precio igual al valor de tasación, pues a los fines de la Ley penal se entiende que se aprovecha de una cosa quien la tiene en su poder aun sin haber obtenido ganancia con la compra de la misma —sentencias de 21 de enero de 1949 y 15 de junio de 1953—, reputándose, en especial, aprovechamiento, la simple compra de objetos sustraídos —sentencias de 8 de noviembre de 1949 y 15 de junio de 1953—, su admisión como garantía o su recepción en pago de deuda anterior —sentencia de 6 de diciembre de 1954—, su uso —sentencia de 10 de marzo del mismo año—, y hasta su tenencia sin justificar su procedencia —sentencia de 14 de febrero de 1913—, cerrando esta exposición de modalidades de aprovechamiento, la sentencia de 19 de octubre de 1971, la cual reputa, como tal aprovechamiento, cualquier goce o satisfacción obtenida por el presunto receptor, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia.” (S. T. S. de 3 de julio de 1984.)

**Artículo 546 bis b) Reputación de habitualidad en el delito de receptación. No contraviene la presunción de inocencia establecida por el artículo 24.2 de la Constitución.**

“... Precepto que contra lo que se dice “obiter dictum” en la resolución de instancia, tampoco puede calificarse estrictamente como una presunción que contraría la constitucional de inocencia, sino simplemente una de las llamadas por la doctrina “circunstancias de extensión de la pena”, análoga a la contenida en el artículo 14 para los autores, en las que el legislador, con el fin de no alterar los perfiles institucionales de la figura legal, equipara a ellas otras que en realidad no reúnen los requisitos exigidos, pero por su sola voluntad sin basarse en tipo alguno de presunciones, y así en los preceptos indicados —y podrían citarse otros muchos—, el legislador no dice como en otros casos “se presumen”, sino “se consideran” o “se reputan autores” con lo que de *lege data* pueden ser penados, sin necesidad de echar mano de la presunción, no desnaturalizando el mandato legal.” (S. T. S. de 27 de junio de 1984.)

**Artículo 552. Delito de incendio. La consumación se produce cuando se aplica el fuego a la cosa.**

“Que aunque la estructura del Código penal incardina el delito de incendio entre los atentatorios a la propiedad, lo cierto es que su desarrollo típico se configura como delito de riesgo susceptible de afectar a la integridad personal, de ahí que conforme a los artículos 547 a 556 en los que aquél en amplio casuismo, criminaliza sus variadas modalidades, tal delito reviste una naturaleza “sui generis”, al quedar integrado por una lesión patrimonial con el aditamento de un peligro constitutivo o inherente al mismo de carácter potencial al no precisar la constatación en cada caso concreto de la existencia real del peligro, lo que evidencia que se ha configurado como un daño producido a través del medio específico del incendio, llevado a efecto por la acción del agente de ocasionar la combustión de un objeto mediante el fuego y del que al no contener el ordenamiento punitivo ninguna limitación en orden a la extensión del incendio, hay que entenderlo consumado por la simple causación del mismo, cuyo tipo básico lo constituye el artículo 552 representado por el daño contra cosas ajenas que es subsidiario de otras modalidades específicas, que fue el delito estimado en la sentencia al desprenderse inconcusamente del relato fáctico todos los elementos de hecho necesarios para que la actuación de los procesados quedara subsumida en el precepto señalado, al acreditarse: la acción de prender fuego en la puerta trasera de una discoteca ubicada en una calle de Cáceres.” (S. T. S. de 12 de julio de 1984.)

**Artículo 565. Imprudencia. El resultado producido puede objetivamente imputarse aunque falte una acción combativa.**

“Que, finalmente, la falta de una “acción combativa consciente” o “acción agresiva voluntaria” por parte del agente, tesis que fue contemplada por una famosa sentencia del “Reichgericht” alemán, dictada tiempo ha, su inanidad, en este caso, es manifiesta pues, por más que se reconozca que, con la acción de colocar la navaja abierta y con la punta hacia el frente, sólo pretendía el recurrente, disuasoriamente, “evitar” la agresión inminente y renovada de su contrincante, lo cierto es que no hay diferencia apreciable ni relevante entre clavar una navaja en el cuerpo del adversario o colocarla de modo que éste, no habiéndose apercebido o no habiendo vislumbrado siquiera la existencia y situación, pretendidamente defensiva pero amenazante, de la referida navaja, venga a ensartarse, por decirlo así, en ella, falleciendo como consecuencia de la herida penetrante sufrida. Procediendo, a virtud de todo lo razonado en este Considerando y en los anteriores, la desestimación del único motivo del recurso analizado sustentado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del párrafo primero del artículo 565 del Código penal en relación con el artículo 407 del referido cuerpo legal, no sin antes remarcar que quizá la calificación más certera de los hechos, hubiera sido la de subsumirlos en el citado artículo

407 con aplicación de la eximente incompleta del número 4 del artículo 9 del mismo, lo que, en definitiva, y caso de haberse inclinado el Tribunal de Instancia, por el descenso de la pena de reclusión menor en dos grados, hubiese sido indiferente para el reo, y claramente desfavorable para él si, dicho Tribunal, usando de su soberano criterio, hubiera decidido rebajarla tan sólo en un grado." (S. T. S. de 2 de octubre de 1984.)

**Artículo 585, 5.º Falta de coacciones: la trascendencia de la coacción se ha de valorar conforme a criterios sociales y a la posibilidad de reparación posterior.**

"1.º Que la diferencia entre el delito y la falta estriba en la intensidad y en el *quantum* de la violencia, que ha de ser grave en el delito y leve en la falta. 2.º Que la importancia o trascendencia de la misma ha de apreciarse según criterios sociales, posibilidad de reparación posterior, elementos subjetivos personales, intensidad del dolo, objetivo de tiempo y lugar concurrentes y circunstancias específicas de cada caso (Sentencias de 6 de febrero de 1968 y 10 de febrero de 1970). Por tanto en el delito ha de campear una notoria perversidad, un grave quebranto jurídico, un acto trascendental, una presión intensa, un evidente mal positivo, una violencia grave; en tanto que en la falta de vejación es leve, las molestias mínimas y la reparabilidad fácil y pronta (Sentencia de 10 de enero de 1970)." (S. T. S. de 11 de julio de 1984.)

#### **LEY ORGANICA 7/1982, de 13 de julio, SOBRE CONTRABANDO**

**Artículo 1.º, 1, 4.º Delito de importación de géneros prohibidos (hachís). Concurso ideal con el delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 344 del Código penal).**

"CONSIDERANDO: Que el recurso del Ministerio Fiscal presenta en sus dos motivos complementarios entre sí— al siempre interesante problema de distinguir si sobre un mismo hecho delictivo se da concurso —aparente— de normas, resuelto de manera primaria por el artículo 68 del Código penal o si tal único hecho da lugar a dos o más delitos previsto en el artículo 71 de dicho Código como primer supuesto —el más flagrante— de concurso ideal de infracciones; distinción que se agudiza —cual acontece en el caso *sub iudice*, en que concurren sobre el mismo hecho enjuiciado la Ley vigente de Contrabando 7/1982, de 13 de julio, de rango orgánico, y el artículo 344 del Código penal en su actual redacción dada por Ley, igualmente orgánica 8/1983, de 25 de junio, al confluir ambas normas sobre el tráfico de estupefacientes— normas que parecen proyectarse sobre el mismo bien jurídico o, al menos, sobre una parte o aspecto del mismo.

CONSIDERANDO: Que, en efecto, es primordial en este tema, tal como sostiene el Ministerio Público, indagar si los delitos tipificados en leyes

distintas lesionan o ponen en peligro, en todo o en parte, el mismo bien jurídico protegido y si tales preceptos legales se excluyen entre sí por causa de que uno de ellos agota ya la valoración jurídico-penal de la conducta (caso del concurso de leyes), o por el contrario, si tal concurrencia de preceptos es sólo tangencial, de suerte que ninguno de ellos agota la valoración típica en ellos prevista, en cuyo caso podrán coexistir; debiendo finalmente advertirse que no cabe confundir el bien jurídico protegido, en estricto sentido, con las motivaciones que hayan llevado al legislador a incriminar la misma conducta en distintos preceptos, pues mientras en el primer caso se trata de proteger un interés inmediato y único, los motivos de incriminación pueden ser plurales y siempre mediatos.

**CONSIDERANDO:** Que aplicado el anterior pensamiento inicial pero básico en la materia, lo primero que salta a la vista es que las infracciones de contrabando, si bien elevadas a la categoría de delitos penales, sacándolas del rango meramente administrativo en que yacían antes de la citada Ley de 1982, ofrecen un primer rasgo de delitos contra la Hacienda o el Erario público y dentro de tal grupo de especies delictivas, bien cabe catalogarlas de "infracciones aduaneras", nota específica que las separa de los restantes delitos fiscales y que siempre tuvieron desde su implantación en España por Real Decreto de 20 de junio de 1852, que sentó las bases de las posteriores leyes reguladoras, desde la de 3 de septiembre de 1904, hasta la de 11 de septiembre de 1953, refundida por Decreto de 16 de julio de 1964, el que ha constituido la legalidad vigente hasta la Ley de 1982; y es que el propio **nomen iuris** de **contrabando**, empleado también por la regulación en vigor denota, ya gramaticalmente, la materia de que se trata: comercio en amplio sentido de géneros prohibidos y, más en concreto, su importación o exportación clandestina con mengua de la renta de Aduanas; es decir, que el bien jurídico protegido en estos delitos, en sentido rigurosamente técnico, es el **interés de la Administración Pública en controlar el tráfico de géneros sujetos al arancel de Aduanas o de efectos estancados o prohibidos**, siquiera detrás de este objetivo inmediato, que es fácil deducir de la simple lectura de la Ley vigente, se hallan intereses mediatos, alguno tan evidente como el económico-nacional o razones de seguridad, higiene u otra causa cualquiera a que alude la propia Ley en su artículo 3.º-2, no menos que la propia naturaleza del objeto del contrabando: las drogas o estupefacientes, junto a las armas, explosivos u otros cuya tenencia constituya delito (arts. 1.º-3 - 1.º de la Ley), de lo que es fácil colegir diversos motivos de incriminación, entre ellos, como uno más, el de la salud pública.

**CONSIDERANDO:** Que prosiguiendo en la misma línea de pensamiento y concretándonos ya al tráfico de estupefacientes, parecería en principio que se da duplicidad de normas reguladoras de tal comercio en sus distintas modalidades: La mentada en el artículo 344 del Código penal, entre ellas la mera tenencia con propósito de traficar y la prevista de la Ley especial antes mencionada; pero obsérvese que, en este punto lo que hace dicha Ley es tomar esa tenencia de estupefacientes en cuanto cons-

tituye ya delito, por tanto previsto en el artículo 344 del Código penal, castigándolo, a su vez, como contrabando si las drogas o estupefacientes poseídas han sido traficadas en alguna de las formas previstas en el artículo 1.º-1 y 2 de la Ley; y es este aliud que constituye el bien jurídico del delito de contrabando añadido al bien jurídico exclusivamente sanitario del delito del Código el que justifica el concurso ideal de ambas infracciones previstas en el artículo 71 del Código penal sin temor, por tanto, a rozar el secular principio del *non bis in eadem*. En consecuencia, no habrá concurso de delitos en el caso de mera tenencia aunque con propósito de ulterior tráfico, desconectada de las modalidades previstas en el artículo 1.º de la Ley, en cuyo caso se aplicará con exclusividad el artículo 344 del Código.

CONSIDERANDO: Que, si, no obstante todo lo antes expuesto, se creyera que la posesión de estupefacientes sería en todo caso delito de contrabando, por el juego del apartado 4-1.º del artículo 1.º en relación con el apartado 3-1.º de la Ley especial, en contra de lo dispuesto en el artículo 344 del Código penal que declara impune la posesión con fines de autoconsumo, entonces habría que acudir a la cláusula derogatoria del Código penal reformado por la Ley de 25 de junio de 1983, posterior a la Ley de contrabando, que como Ley especial sólo queda subsistente en cuanto sus disposiciones no contradigan ni se opongan a lo establecido en dicho cuerpo legal; solución igualmente acogible en otros supuestos —si llegan a darse— en que la aplicación de la Ley de contrabando entre en conflicto con el delito sanitario previsto en el Código; solución que en el plano ya no de abstracta *lege ferenda*, sino de próxima aplicación legislativa, conlleva el Anteproyecto de Código penal de 1983, al incluir primero al delito de contrabando entre los que atacan la Hacienda Pública, deslindando así claramente el bien jurídico protegido (arts. 300 a 302) y radiando de su regulación toda alusión a los estupefacientes y, por supuestos, a su mera posesión, poniendo el acento en lo que es típico del contrabando, es decir, la exportación, importación o comercio de géneros estancados o prohibidos y figuras afines a tal conducta central.

CONSIDERANDO: Que aplicada toda la anterior doctrina al recurso del Ministerio Fiscal se hace necesario admitirlo, pues objetivamente aparecen de la declaración de hechos probados elementos más que suficientes para integrar el delito contra la salud pública definido y sancionado en el artículo 344 del Código penal, tanto en su antigua como en su nueva redacción por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, puesto que la introducción, tenencia y transporte de tan importante cantidad de hachís en España constituían y constituyen dicho delito, de naturaleza meramente tendencial, y de mera actividad, sin necesidad de que la droga fuere o hubiere de ser consumida en territorio español, siempre que la posesión fuere con la finalidad del tráfico, sin condicionarlo al lugar donde la transmisión o consumo por terceros se vaya a efectuar, pues se trata de un delito internacional que obliga a perseguirlo a todos los países firmantes del Convenio Unico de 1961, sobre estupefacientes, según se determina en el artículo 36 de dicho Convenio, y que, en este caso, al in-

troducir de contrabando la sustancia tóxica en España, integra el delito en sus modalidades de tenencia y transporte clandestino (Sentencias 10 de diciembre de 1966 y 21 de diciembre de 1979), por ello procede estimar el motivo primero del recurso del Ministerio Fiscal en el que al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la no aplicación del citado artículo 344 del Código penal.

CONSIDERANDO: Que esos mismos hechos declarados probados en la sentencia combatida son también constitutivos de un delito de contrabando previsto en el artículo 1.º, 1.3.º de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, en cuanto que tras la arribada a puerto español, descargaron los procesados el hachís que sin autorización transportaban en el yate y lo introdujeron clandestinamente en España, dolosamente y con conocimiento de la ilegalidad de su acción.

CONSIDERANDO: Que la actividad de los procesados entraña, como aparece del relato de hechos, una sola actuación delictiva, en este caso concreto con encuadramiento en las dos distintas normas punitivas que se dicen en los precedentes Considerandos, normas que contemplan conductas diferenciadas; así, la nueva Ley en materia de contrabando considera a éste como un delito formal, cuya esencia es la desobediencia a la norma jurídica, y su finalidad la protección del interés estatal en el control de esos productos, independientemente del fin a que tales productos se destinen, mientras que la finalidad primordial del legislador al tipificar en el artículo 344 del Código penal las diversas conductas que enumera, no es otra que establecer claramente ciertas barreras defensivas y protectoras de la salud colectiva ante el riesgo y peligro abstracto dimanante del tráfico, difusión o expansión del uso de droga tóxica o estupefacientes, conforme a la política criminal internacional marcada en esta materia por la citada Convención Unica de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificada por España en 1.º de marzo de 1966; inspira, pues, al legislador dos voluntades distintas e independientes entre sí, perfectamente compatibles, que operan como elementos de los distintos tipos como condicionantes de la punibilidad de la conducta, por lo que procede estimar el motivo segundo del Ministerio Fiscal en el que se denuncia la indebida aplicación del artículo 68 del Código penal y la no aplicación del artículo 71 del mismo Cuerpo legal, lo que obliga a dictar sentencia segunda más ajustada y conforme a derecho.

CONSIDERANDO: Que el motivo único del recurso formulado por los procesados por corriente infracción de Ley y en el que se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.º, regla 1.ª, supuesto 4.º de la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982 y no aplicación del artículo 1.º del Código penal, procede desestimarlos por las razones y fundamentos expuestos en los precedentes Considerando y que damos aquí por reproducidos para evitar repeticiones." (S. T. S. de 26 de septiembre de 1984.)

