

Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 4. La conspiración es una conducta eminentemente subsidiaria con respecto a la autoría y a la participación.

«Será autor plenario aquel cuyo comportamiento llene las exigencias típicas del precepto aplicable, coautor material, quien lleva a cabo actos fundamentales o esenciales de naturaleza nuclear o capital, cooperador necesario quien perpetre actos periféricos, pero sin los cuales no pueda cometerse la infracción, y cómplice, el que coadyuva o contribuya, con actos coetáneos o anteriores, pero de modo no necesario o «sine qua non», a la comisión del delito, precisándose también que, todos y cada uno de los presuntos copartícipes, obre con «animus adjuvandi» o propósito de coadyuvar en un empeño común; de lo que se infiere que si, algún partícipe, superadas las fases de ideación, deliberación y resolución —todas ellas internas—, ha decidido y resuelto, previo acuerdo con otro u otros, la perpetración de un delito, pero ulteriormente no realiza ningún acto ejecutivo del mismo, ni aporta esfuerzo propio para la consecución de la referida y convenida perpetración, su comportamiento, aunque no medie desistimiento, deberá calificarse como constitutivo de mera conspiración, y, ello, aun cuando, sus co-reos, mediante actos propios, hayan iniciado o consumado, externamente, la dinámica comisiva característica de la infracción pactada entre todos.» (S. T. S. de 14 de noviembre de 1984.)

Artículo 8, 1.º Enajenación mental. Oligofrenias. Clases y efectos.

«Que el problema relacionado con los efectos de las oligofrenias, ampliamente expuesto en los Tratados de Medicina Legal, ha venido teniendo una concepción uniforme en la jurisprudencia penal de esta Sala, en orden a su trascendencia respecto a la imputabilidad del sujeto activo del delito que la padece. Y así, como más recientes y significativas, se abordó tal cuestión en las Sentencias de 6 de diciembre de 1975, 8 de abril de 1976, 26 de octubre de 1979, 25 de marzo de 1980, 15 de diciembre de 1982 y 26 de enero

de 1984, en cuya doctrina se declara ser enfermedades mentales de índole endógena caracterizadas por perturbaciones de la personalidad del agente, al implicar una distonía o discordancia entre la evolución y desarrollo fisiológico y somático del sujeto afectado y su análogo y simultáneo crecimiento anímico, de tal forma, que mientras aquél se desenvuelve normalmente, el segundo queda estancado y rezagado, no coincidiendo la edad cronológica con la edad mental, dando origen a la anormalidad nosológica, más o menos grave, que ordinariamente se traduce en diversos estados morbosos conocidos en orden a su reflejo penal en: a) idiocias; b) imbecilidades; c) retrasados o débiles mentales, y d) en torpezas mentales. Tales especies congénitas se corresponden, aunque con precisión generalizada, a edades mentales aproximadamente situadas sobre los 4 ó 6 años, con un coeficiente o cociente del 25 por 100 en el primer caso: de 8 a 10 años, y un 50 por 100 en el segundo: de unos 11 a 13 años, y hasta un cociente intelectual del 10 por 100 en las debilidades, y por encima de esta edad y cociente superior, la torpeza mental. La repercusión en la imputabilidad del agente, en los dos primeros supuestos, es enteramente nula; en el tercero, aunque capte el sentido ilícito de los actos delictivos si son trascendentes, al carecer tanto de la capacidad plena de comprensión, como de la volitiva de actuación, la imputabilidad viene mayoritariamente disminuida y atenuada, y finalmente, resultan imputables quienes sufren simplemente torpeza mental, al ser su cociente intelectual fronterizo al propio de los sujetos normales, salvo si se asocian con otras enfermedades o situaciones que potencian y agudizan su débil estabilidad psíquica.» (S. T. S. de 28 de enero de 1985.)

Artículo 8, 1.º Enajenación mental. Epilepsia. Clases. Efectos.

«Que conforme tiene declarado esta Sala, la epilepsia es una enfermedad caracterizada por crisis convulsivas, con pérdida de conocimiento, alucinaciones sensoriales o perturbaciones psíquicas, producidas por la descarga funcional de un grupo de células nerviosas del cerebro; bajo cuyo nombre único se agrupan una variada serie de psicosis de distinta morfología y entidad, que recorren, desde las genuinas epilepsias hasta las equivalentes epilépticas, las epilepsias larvadas, el epiteptoide explosivo, o el simple carácter epiléptico (Sentencias de 28 de mayo de 1975, 13 de junio de 1981), por lo que en cada caso debe determinarse con la mayor exactitud posible, cuál de éstas situaciones extremas o intermedias, sufre el paciente, si los actos delictivos se cometen durante las crisis comiciales, o en fase interparoxística para determinar el grado de imputabilidad del sujeto. Cuando se habla o se sufre el «gran mal» o ataque comicial propio, con deterioro absoluto de la personalidad, el juzgador se encuentra de lleno ante una eximente completa, y cuando el sujeto sólo padece el «pequeño mal», como ataques incompletos, distimias, epilepsias larvadas, sin ataque comicial, existe una imputabilidad disminuida que desemboca en una atenuante o en una eximente incompleta, según el grado de afección de las facultades psíquicas del sujeto (Sentencias de 25 de enero y 24 de septiembre de 1982 y 25 de abril de 1983).» «S. T. S. de 31 de enero de 1985.)

Artículo 9, 4.º Atenuante de preterintencionalidad. Es aplicable al autor de un robo con homicidio, pero no a los partícipes que no intervienen materialmente en la muerte.

«Que la atenuante de preterintencionalidad ha sido de posible aplicación en el complejo de robo con homicidio a partir de la sentencia de 21 de octubre de 1952, y así lo ha hecho esta Sala en repetidas ocasiones (en este sentido la sentencia de 7 de marzo de 1983), pero siempre referida a la conducta del autor material de la muerte que no quiso causar un mal de tanta gravedad como el ocasionado, atenuante que beneficiaría también a los partícipes que no intervinieron en aquélla, pero no es correcto aplicarla a éstos por el solo hecho de no participar materialmente en la muerte totalmente dolosa, como incorrectamente hace la Audiencia.» (S. T. S. de 16 de noviembre de 1984.)

Artículo 9, 9.º Arrepentimiento espontáneo: debe estar presidido por sentimientos éticamente nobles.

«Que la atenuante de arrepentimiento espontáneo tal como está configurada en el núm. 10 del artículo 9.º del Código Penal, no basta para su apreciación el que el culpable repare o disminuya los efectos del delito, dé satisfacción al ofendido o confiese a las Autoridades la infracción (elemento subjetivo o psicológico de la circunstancia), pues cualquiera de estas conductas se producen con frecuencia durante el proceso sin que tengan efecto alguno de atenuación; pueden constituir manifestaciones de voluntad de querer colaborar con la justicia o de paliar el mal causado a la víctima, pero por sí solos no constituyen la atenuante examinada. La Ley penal exige que esos comportamientos obedezcan a un sentimiento de culpabilidad por una conducta socialmente repudiada, de la que el agente se arrepiente (contrición o atrición), espontáneamente, es decir sin que persona alguna le haya forzado a ello, y sin que otros sentimientos, distintos del mero pesar, influyan en su decisión. Por ello la Ley exige que esos comportamientos reparatorios o colaboradores se produzcan antes de que el reo tenga conocimiento de la apertura del procedimiento judicial; pues lógicamente es obvio que quien sabe que los órganos del estado buscan su persona —aunque sea con la mínima posibilidad de éxito— no serán aquellos sentimientos éticamente nobles, los determinantes de su actuación, sino otros interesados o desviados de la verdad.» (S. T. S. de 1 de diciembre de 1984.)

Artículo 10, 7.º Disfraz. Es o no comunicable según las circunstancias concurrentes.

«Las sentencias, también de este Tribunal, de 13 de abril de 1977 y 17 de marzo de 1982, efectuaron la siguientes distinción: cuando el disfraz sea un medio material de ejecución del delito sobre el que incide la circunstancia, ésta será comunicable a todos los partícipes concertados respecto a la

forma de ejecutar el hecho punible; pero cuando se trate de una **precaución de carácter personal** que sólo uno de ellos adopta, no es comunicable a los demás porque se trata de una actuación personalísima, siendo aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 60 del Código Penal y no lo disciplinado en el párrafo segundo del mismo.» (S. T. S. de 7 de febrero de 1985.)

Artículo 10, 8.ª Abuso de superioridad. Sus diferencias con la alevosía.

«Que por la agravante de abuso de superioridad o de uso de medios que debiliten la defensa, se da satisfacción jurídica al sentimiento social, que estima más reprochable, y por tanto más culpable, la conducta de quien para cometer una agresión personal a otro, se aprovecha o busca una ventaja sobre la víctima, que le permita consumarla sin riesgo para él. Es un sentimiento que rechaza la vileza, cobardía o falta de caballerosidad, o con sentido más objetivo la vulneración del principio de igualdad de oportunidades que subyace en el sentimiento de justicia propio de cualquier hombre civilizado. Es el mismo sentimiento que fundamenta la agravante de alevosía por lo que la diferencia entre una y otra es puramente cuantitativa: En la alevosía se elimina toda posibilidad defensiva, mientras que en el abuso de confianza simplemente la debilita o aminora (Sentencias de 19 de mayo de 1981, 15 de junio de 1983). Esta alevosía menor o de segundo grado como se ha denominado a la agravante 8.ª del artículo 10, precisa objetivamente de un notorio desequilibrio entre las situaciones de poder de los sujetos activo y pasivo, que puede ser no sólo físico sino psíquico; subjetivamente, en la consciencia de ese desequilibrio preparado o aprovechado. Es obvio, que por la propia naturaleza de la agravante, ha de provocar aquella repulsa social dadas las circunstancias en que la agresión se produjo. Conforme al texto legal, la agravante tiene dos manifestaciones: abuso de superioridad que se refiere a circunstancias personales de agresor y víctima (así hembra o varón, adulto o niño o anciano, varios contra uno, etc.), o al medio utilizado (armas, elementos contundentes, etc.), según ha aclarado la jurisprudencia en Sentencia, entre otras, de 31 de enero de 1984.» (S. T. S. de 16 de enero de 1985.)

Artículo 10, 9.ª Abuso de confianza. No se dan los presupuestos aunque exista una relación laboral entre los procesados y el sujeto pasivo si éste es una empresa anónima con gran número de trabajadores.

«Que el motivo primero del presente recurso, está interpuesto por entender que se ha aplicado indebidamente la circunstancia agravante 9.ª del artículo 10 del Código Penal, es decir la de obrar con abuso de confianza, y se fundamenta en el supuesto fáctico de «que los trabajadores de la empresa perjudicada son sometidos con periodicidad a registros» fundamento que debe ser aceptado, pues del estudio de la causa se desprende que la apreciación descansa en la existencia de una relación laboral entre los procesados y la empresa perjudicada Fasa-Renault, S. A. en su factoría de Valladolid y

si bien es cierto que la relación laboral puede actuar de agravación de la responsabilidad penal, conforme tiene establecido la doctrina de esta Sala en múltiples sentencias, sin embargo, es necesario declarar que, en este caso concreto, dada la fundamentación del recurso, y el hecho claro y específico de que se trata de relación laboral en Sociedad Anónima de gran extensión y número de trabajadores, como es notorio, al no concretarse, en los supuestos fácticos que la sustracción se realizase dentro del campo específico de la actividad encomendada a los citados procesados como empleados de la misma, es por lo que además debe ser acogido el motivo con su estimación, para los tres condenados.» (S. T. S. de 30 de noviembre de 1984.)

Artículo 11. Circunstancia mixta de parentesco. En los delitos contra las personas el parentesco opera como agravante sólo si la víctima no ha provocado el delito y si no están rotos los lazos afectivos.

«Que, como es obvio, la razón de que el parentesco, en los grados a que hace referencia el artículo 11 del Código Penal, juegue como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravándola o atenuándola, según los casos, no es otra, que el mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del delincuente por el hecho de que se halle unido a la víctima por la mentada circunstancia de parentesco, por ello, tratándose de delitos contra las personas a la circunstancia mixta ha venido atribuyéndole carácter agravatorio, porque, ordinaria o normalmente, implica un incremento del desvalor de la conducta del ofensor, entendiéndose, la generalidad de los autores, que basta para estimarla como tal, que concorra con el elemento objetivo del parentesco el subjetivo de que el agente tenga conocimiento de su existencia, y que tan sólo debe reputarse irrelevante la concurrencia de tal circunstancia, o bien cuando la víctima hubiese provocado la comisión del delito, o cuando se halle de tal manera rota la relación entre ofensor y ofendido que se hallen en la misma situación que si se tratase de extraños, siendo éste el sentido en que se han orientado las sentencias de este Tribunal, a través de las que se comprueba el carácter excepcional con el que ha dejado de aplicarse la circunstancia de parentesco como agravante cuando de delitos contra las personas se trata.» (S. T. S. de 12 de noviembre de 1984.)

Artículo 12. Delito provocado: intervención de un agente provocador.

«Que nuevamente se plantea así ante esta Sala el problema del delito provocado que tanta división ha producido en la doctrina y alguna vacilación en la jurisprudencia. En efecto, en la doctrina se evoca la falta de espontaneidad del delito, puesto que media una incitación anterior a cometerle, y se actúa a estímulos de provocación, y la falta de daño o peligro, porque de antemano existe la imposibilidad de que se alcance el resultado antijurídico que es lo que pretende el agente provocador, al crear una situación ficticia, que al carecer por parte del sujeto provocado de culpabilidad, de voluntarie-

dad o de dolo falta una auténtica conducta delictiva, bien porque estaríamos ante el supuesto de un delito imposible, bien por el error del sujeto activo en su sedicente actuación delictiva o bien por encontrarnos, en sentido amplio ante un delito putativo donde faltaría una auténtica materia digna de reprobación penal.» (S. T. S. de 3 de julio de 1984.)

Artículo 12. Evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el delito provocado. Distinción entre provocación policial orientada a descubrir un delito y delito provocado.

«Que todos estos problemas han sido ya abordados por la jurisprudencia de esta Sala desde la Sentencia de 22 de junio de 1950, hasta la más reciente de 8 de julio de 1980. Mas partiendo de la base de que la jurisprudencia penal es eminentemente circunstancial y cada una de las sentencias, sobre la materia, venía a resolver el caso concreto, que era objeto de su conocimiento, así la de 22 de junio de 1950, se ocupaba de la voluntariedad de las acciones penadas por la Ley, siempre que obedezcan a iniciativas libres, inteligentes e intencionadas del sujeto activo, la de 27 de junio de 1967, insistía en la voluntariedad de las acciones u omisiones, como producto de una manifestación subjetiva libre; la de 18 de abril de 1972, habla de que en estos supuestos en que existe un agente provocador, falta auténtica materia delictiva quedando anclada la conducta —supuestamente antijurídica— en una mera apariencia o ficción, o lo que es lo mismo en la categoría de delito radicalmente imposible o putativo, concebido así por el propio provocador; ideas en las que insiste la sentencia de 20 de febrero de 1973, que recoge la idea de falta auténtica de materia digna de reprobación penal; la de 16 de noviembre de 1979, en el caso de un cohecho provocado, afirma esta Sala que no existe el menor obstáculo a la comisión del delito, cuando se toman medidas precautorias para lograr la posterior comprobación del delito y evitar su agotamiento. Las Sentencias de 18 de abril de 1975 y 14 de junio de 1975, distinguen claramente entre delitos provocados por el agente provocador y el descubrimiento de los delitos ya cometidos, donde la provocación «es gratuita y evanescente». Por fin la Sentencia de 8 de junio de 1980, sin desautorizar este medio de investigación, viene a concluir que cuando conduce a hechos que no concretan los antecedentes del caso, los detalles de ejecución, las circunstancias del hecho y los móviles que guíaran al supuesto agente activo del delito, se concluye que no hay datos para presumir siquiera la comisión del delito y la sentencia condenatoria, se fundamentaría, sobre una operación ficticia, lo que supondría, en todo caso falta de tipicidad.» (S. T. S. de 3 de julio de 1984.)

Artículo 12. Delito provocado: falta la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sus diferencias con la provocación policial.

«Que por tanto la doctrina de esta Sala viene a distinguir, ajustándose a una practicidad y a una realidad innegables entre delitos provocados, donde

la falta de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son innegables, porque el sujeto no actuaría sin la incitación previa, y los medios de investigación encaminados a descubrir delitos ya cometidos, de tracto permanente y de peligro para la salud pública, porque estos medios, no sólo son legales, constitucionales, sino además obligados por aquellos agentes de la autoridad que tienen a su cargo la averiguación y constatación de tales delitos por virtud de lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 282) y en las propias Ordenanzas y Estatutos de cada Cuerpo.» (S. T. S. de 3 de julio de 1984.)

Artículo 16. Complicidad: ausencia del dominio del hecho.

«Que cómplice, según la moderna doctrina penalística, es todo sujeto imputable que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal o delictivo, presta al autor o autores del mismo, una ayuda que si bien no era estrictamente necesaria para la ejecución del delito (puesto que si no sería coautora), fue voluntaria, eficaz y permanente durante la dilatada preparación del delito, como se reconoce en el quinto considerando de la resolución de instancia con el mismo valor que si constase en el «factum», pues su mismo desplazamiento desde Palma de Mallorca y su instalación en Almería tuvo lugar con el sólo fin de propiciar, apoyar y hacer posible la ejecución de lo convenido entre todos ellos, facilitando la creación y apariencia del artero negocio, lo que manifiesta desde el primer momento una cooperación conciliadora...» que la convierte en cómplice y justifica la aplicación de los artículos 12 y 16 efectuada por el Tribunal Provincial por lo que dicho motivo tampoco puede prosperar.» (S. T. S. de 21 de diciembre de 1984.)

Artículo 22. El Estado no es responsable civil subsidiario de los actos llevados a cabo por los policías francos de servicio.

«Que tal postura es la sostenida reiteradamente por esta Sala, en sentencias de 11 de junio de 1981, 23 de septiembre de 1982, 30 de junio de 1983 y 18 de enero de 1984, de tal suerte que ya puede hablarse de un verdadero «cuerpo de doctrina». En efecto, en la primera de las citadas se afirma que «no puede extenderse esta presuposición de servicio, en quien real y verdaderamente se encuentra libre de servicio y en consecuencia no puede decretar la vía de subsidiariedad que arbitra el artículo 22», añadiendo que «tanto el artículo 106 de la Constitución, como el más específico del artículo 40 del Texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, suponen una responsabilidad directa del Estado con los particulares, ni que puedan ser exponente de una responsabilidad subsidiaria» contemplada en el artículo 22 del Código Penal. En la segunda de dichas sentencias se afirma que «no será de aplicación el artículo 22 cuando la infracción de que dimane hubiera sido cometida fuera de aquellas atribuciones» y que el servicio permanente a que se refiere el artículo 2.º de la Ley de 4 de diciembre de 1978, cuando los Cuerpos de Seguridad del Estado «se halla-

ren libres o francos de servicio», hace relación a las misiones genéricas que se señalan en la Ley; añadiendo que tanto el artículo 106 de la Constitución, como el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, ya indicados «se refieren a una responsabilidad directa del Estado, por inexistencia de una infracción criminal». La de 30 de junio de 1983 incluye al Estado como responsable civil subsidiario por los delitos y faltas en que hubieran incurrido sus dependientes «en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Y por fin la de 18 de enero de 1984, afirma categóricamente que «el Policía Nacional, responsable de un delito de homicidio, realizado fuera del ámbito de las funciones policiales, como es la de estar alternando y tomando unas copas, vestido de paisano, no da lugar a declarar al Estado, como responsable civil subsidiario». Razones todas que llevan a estimar el recurso del señor Abogado del Estado, casar y anular la sentencia y dictar en su lugar aquélla que corresponda con arreglo a derecho.» (S. T. S. de 11 de diciembre de 1984.)

Artículo 119. Los Jefes provinciales de correos son autoridades.

«Que el segundo de los motivos del mentado recurso, éste ya ejercitado por la vía de la infracción de Ley, tampoco puede ser acogido, puesto que conforme a lo preceptuado en la ordenanza Postal aprobada por Decreto de 19 de mayo de 1960 y publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 15 de junio del mismo año, los Jefes Provinciales de Correos tienen mando y jurisdicción propia en tanto en cuanto les está encomendado el régimen y gobierno de las oficinas postales de la respectiva Provincia, la representación de correos en los actos oficiales, **las relaciones con las demás autoridades de la Provincia** (lo que demuestra que también lo tiene tal consideración para dicha Ley) y la resolución de los expedientes incoados a los funcionarios que prestan sus servicios en la Provincia a sus órdenes, por las faltas cometidas en el desempeño de sus cometidos, lo que le confiere atribuciones de mando, y de jurisdicción, que a su vez le otorgan la condición de Autoridad, sin que el hecho de que parte de sus facultades vengan consideradas como delegadas del señor Director General de Correos, le prive de tal condición, siempre que la Ley le confiera facultades independientes y determinadas, dentro de la pirámide jurídica de la Administración, pues funciones delegadas lo son también las de los Gobernadores Civiles y las de los Delegados de Hacienda a quienes esta Sala ha venido considerando siempre como tales autoridades.» (S. T. S. de 6 de noviembre de 1984.)

Artículo 321. Intrusismo. No constituye delito —ni tampoco falta (artículo 572)— el realizar actividades propias de una profesión (practicante) sin la correspondiente titulación, si se tratan da actos aislados y a título gratuito.

«Desde la óptica de la anterior interpretación, es preciso hacer constar que del análisis de los hechos probados se deduce: 1.º, que el recurrente con conocimiento para poner inyecciones y realizar primeras curas atendió «alguna vez y sin recibir estipendio alguno, a convecinos que en situación apurada acudían a él»; 2.º) que hasta diciembre de 1980, éstos carecían de

asistencia sanitaria, dado el lugar en que residían (Llano de Brujas, pedanía de Murcia); y 3.º que, a partir de la fecha indicada, debido a que se estableció un asistente técnico sanitario, «no se justificó ni un solo caso en que el mismo haya intervenido poniendo inyecciones o realizando curas». Estos supuestos no implican infracción penal alguna, por tratarse de actos aislados y liberalidad de una profesión para la que se requiere título, dada la situación de emergencia que reclamaba la intervención del procesado, por lo que ambos motivos deben de ser desestimados, máxime si se tiene en cuenta, desde el punto de vista de la antijuricidad, la posibilidad de apreciarse un estado de necesidad y la ausencia de toda repulsa social de la que sale vigorosa la «aequitas», imprescindible, en ciertos casos, para el mantenimiento del orden jurídico.» (S. T. S. de 19 de noviembre de 1984.)

Artículo 340. Violación de sepulturas y profanación de cadáveres, delito medio para cometer una estafa de seguro.

«Que objetivamente aparece de la declaración de hechos probados elementos más que suficientes para incardinar tales hechos en el delito de violación de sepultura y profanación de cadáveres del artículo 340 del Código Penal, al quebrantar despiadadamente el procesado la sepultura de un convecino que había sido sepultado seis días antes y apoderándose de su cadáver, tras sacarlo de su ataúd lo traslado en su automóvil hasta un barranco, desde el que lo despeñó junto con su automóvil para conseguir el fin fraudulento que perseguía y que se dice en el «factum», incendiándose el automóvil en su caída y calcinándose el cadáver profanado, con lo que el ánimo y conciencia de faltar a la paz y descanso de los muertos, así como el respeto debido a ellos y a su memoria y los sentimientos de piedad de deudos y amigos, suficiente por sí para encarnar el dolo, dolo de consecuencias necesarias, evidentemente, sin que sea dable confundir —como pretende el recurrente— el dolo con el móvil que indujo al procesado a realizar la acción delictiva, por lo que concurriendo en el hecho los elementos objetivos y subjetivos del delito procede desestimar el primer motivo del recurso en el que, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denunciaba la aplicación indebida del citado artículo 340 del Código Penal.» (S. T. S. de 27 de noviembre de 1984.)

Artículo 344. Concepto de droga. No tienen la consideración de droga las plantas de «Cannabis sativa», variedad índica, si el contenido en extracto de las inflorescencias es inferior al ocho por ciento.

«Que, no otro es el supuesto enjuiciado, pues que la Sala de instancia, teniendo a la vista el exhaustivo y pormenorizado informe pericial, ratificado y ampliado en el acto del juicio oral, no tuvo en cuenta que si bien las plantas analizadas correspondían a la **Cannabis sativa**, variedad índica, el contenido en extracto de las inflorescencias no debe ser inferior, al ocho por ciento y siendo inferior a este porcentaje el de las plantas analizadas, es visto el

error de hecho padecido en la sentencia de instancia, cuya casación procede por el cauce procesal del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictándose a continuación la sentencia procedente, resultando ya, inoperantes, los motivos articulados por el cauce del número 1.º» (S. T. S. de 27 de febrero de 1985.)



Artículo 344. Tráfico de drogas: norma penal en blanco.

«Que el artículo 344 constituye sin duda una verdadera norma en blanco no sólo por su proyección indirecta hacia un ámbito extrapenal, o convenios internacionales sobre calificación y clasificación de las sustancias nocivas, sino porque aun comprendiéndose en su texto las drogas tóxicas y estupefacientes, difíciles de distinguir incluso científicamente, así como las sustancias psitrópicas, falta, sin embargo, una verdadera definición de todas ellas que en general, fuera de cualquier criterio jurídico-penal, se comprendan y consideren por sus efectos **euforizantes, excitantes y alucinógenos**, siendo así que, en cualquier caso, la legislación actual, más favorable al recurrente que la vigente cuando los hechos acontecieron, implica cambios esenciales, tal se ha dicho al principio, referidos unos a la distinción entre sustancias que causan grave daño a la salud como la heroína y los derivados de la coca y del opio, y aquellas otras que por no reunir tal característica se han calificado ya como drogas blandas, tal el hachís y los derivados del **cannabis** (Sentencias de 3 de abril, 29 de mayo, 10 de julio y 13 de julio de 1984), lo que propicia finalísticamente la también distinta penalidad, mientras que otros cambios suponen una clara reducción del ámbito de los llamados **comportamientos prohibidos** fácilmente deducible, en una primera interpretación, de la diversa redacción del texto penal en parte motivada por una simple **labor gramatical de síntesis**, aunque no pueda negarse, sin entrar ahora en las raíces de la intención legislativa, la supresión de conceptos suficientemente expresivos.» (S. T. S. de 19 de enero de 1985.)

Artículo 344. Tenencia de droga destinada al tráfico: delito de peligro abstracto hipotético que requiere la potencialidad de la conducta para crear un peligro al bien jurídico. No es suficiente la mera adecuación formal.

«Que, como tantas veces se ha venido pregonando por la jurisprudencia de esta Sala, acorde con postulados de la doctrina, el delito del artículo 344 del Código penal, en función del bien jurídico protegido, ha de catalogarse como de peligro abstracto, lo que presupone tanto una coincidencia formal entre la acción y la descripción típica, lo que conlleva la exigencia de comprobación de que la conducta era potencialmente idónea para la creación de un riesgo para el bien jurídico protegido, que en el supuesto típico no es otro que la salud pública, y cuya aprehensión supone un análisis metódico de cada caso concreto, poniendo en función las connotaciones de la conducta, la clase de droga, la cantidad y calidad y demás circunstancias concomitantes

que puedan poner en evidencia la realidad de que la conducta era capaz de provocar el peligro potencial o abstracto a la salud pública consecuencia de que si la acción no era idónea la punición quedaba excluida, circunstancias que han de tenerse en cuenta cuando de simple tenencia de droga se trata, ya que, como ha declarado esta propia Sala, la finalidad tendencial de un posible y posterior tráfico no representa más que un juicio de valor revisable en casación, erradicando toda punición cuando no exista ese posterior destino a terceros y quede en el que ha venido denominándose autoconsumo.» (S. T. S. de 20 de febrero de 1985.)

Artículo 344. El intermediario en una operación de tráfico ilícito de drogas tiene la consideración de cooperador necesario (artículo 14, 3.º).

«Rememorando una vez más la doctrina constante de esta Sala, contenida, entre otras, en las sentencias de 14 de enero, 15, 18 y 25 de febrero; 10 y 15 de marzo, 20 de mayo y 23 de junio de 1983, el tipo de autor en nuestro sistema punitivo está representado por quien ejecuta el núcleo del tipo, a la par que la realización de conductas periféricas configuran las distintas formas de participación, y de ahí el que haya podido decirse, cuando de drogas se trata y con generalización que, cualquier persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de tal tráfico, se incardina como coautor de tal delito, habiéndose puntualizado, cuando del **intermediario** se trata, que su conducta ha de incardinarse en el número 3.º del artículo 14 del Código Penal, toda vez que su protagonismo adquiere una relevancia extrema en tanto en cuanto es punto de unión o conexión entre el poseedor de la droga que desconoce o no tiene posibilidades de abrir o encontrar mercado para su droga y aquellos otros que a su comercialización se dedican.» (S. T. S. de 15 de febrero de 1985.)

Artículo 344. Tráfico de drogas: comprende también la donación, el intercambio y la invitación a consumir.

«Que sentado todo lo precedente expuesto, no puede soslayarse, ello no obstante, la aplicación del artículo 344, reformado, a los hechos acontecidos según la relación fáctica desde el momento en que, aun con la interpretación más favorable, en el entorno de ese **ámbito penal del tipo**, los distintos aspectos subsumidos por aquel relato inciden en el concepto actual y vigente de la infracción, y era suficiente con que lo hubiera sido uno sólo de ellos, pues que lo mismo la prestación como el cambio o la invitación suponen, de cualquier manera, el reconocimiento de una **posesión tendente al tráfico de las drogas** en general, como sinónimo de comercio, negocio, intercambio, transacción, con provecho, ganancia o beneficio de la índole que sea; y si la palabra «venta» fue eliminada de la redacción vigente sin por eso desaparecer la ilicitud de la actividad ínsita en dicho concepto como inmersa en el delictivo tráfico de los estupefacientes, igual acontece con el concepto de «donación», de otro lado comprendido por esta Sala como integrante de nue-

vo delito en Sentencia de 3 de febrero de 1984, sustantivo semejante a dádiva, regalo o, incluso a estos efectos, invitación; posesión a medio de tráfico y siempre y cuando, y cual acaece aquí la posesión de la droga para evitar a su consumo o para cambiar por otra de distinta especie, o la posesión de los utensilios oportunos para prestárselos a terceras personas con objeto de que puedan consumir en alguna medida tales sustancias, sea siempre con **intención** preordenada a dichos fines que suponen, en definitiva, diversos modos de facilitar, promover o favorecer el consumo ilegal perseguido, conciliándose entonces el elemento subjetivo del injusto con la finalidad objetiva comprendida en el precepto, ya que, y eso no puede olvidarse, se trata, en resumen, de un delito formal de mera actividad, de peligro y de riesgo, abstracto o concreto, que no por atacar a la salud pública y colectiva se consume por la simple amenaza que potencialmente supone para la misma, aunque sustancial y materialmente no se llegare a producir la realidad del daño precisamente porque, se ha dicho ya, es un supuesto penal en el que, por ministerio de la Ley, se anticipa la protección del bien jurídico amparado». (S. T. S. de 19 de enero de 1985.)

Artículo 344. La tenencia de droga sólo es punible si existe un ánimo tendencial de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal.

«La Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio (...) sigue castigando la simple tenencia cuando la finalidad tendencial sea la de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancia psicotrópicas por cualquiera de los modos indicados en el precepto legal, entre los que se encuentran los actos de tráfico.» (S. T. S. de 23 de enero de 1985.)

Artículo 457. Injurias. Toda persona tiene derecho al honor. El ánimo de desacreditar se presume si la expresión proferida es por sí misma injuriosa.

«Que si las expresiones proferidas, atendida su significación gramatical, son, «per se», injuriosas, el ánimo de desacreditar, de deshonar o de menospreciar se presume; b) que, en el caso analizado, las frases antes enunciadas, no son meramente **imprecativas**, es decir, constitutivas de simple desahogo verbal, traducido en inventivas, denueros, dicterios o epítetos malsonantes, sino también **ilativas**, achacando, a la ofendida, una total falta de moralidad y una conducta gravemente deshonestas, revelando, con ello, la patente intención de cubrirla de oprobio y de ignominia; c) que la circunstancialidad, por designio legislativo, opera en los números 3.º y 4.º del antedicho artículo 458, pero no en los números 1.º y 2.º del precitado artículo, donde se objetiva la descripción legal y no se supedita, la tipicidad del comportamiento, a ninguna clase de condicionamientos especio-temporales o de otra índole, los cuales, en todo caso, no servirán para calibrar la intensidad de la ofensa y sí, tan sólo, para esclarecer y dilucidar si concurrió el elemento subjetivo del injusto típico denominado «animus injuriandi»; d) que, por lo demás, la narración histórica de la sentencia de instancia, re-

seña, incurriendo, con ello, en evidente contradicción, que, el lugar de autos, es una «urbanización», lo que no equivale precisamente a «suburbio», ni se confunde con este término, añadiéndose que los presuntos ofensores, son titulares de un comercio abierto al público, y que, la querellante, era dueña, a la sazón, del automóvil que conducía, lo que desvirtúa en gran medida, esa declaración de incultura, de degradación ciudadana y de ambiente sórdido e infrahumano que describe, la Audiencia de origen, como justificación de una calificación asaz benévola; y e) que, aun las personas más degradadas o envilecidas —y no consta que lo sea la querellante—, conservar un a modo de oasis de dignidad, que no es lícito profanar, ofender y lesionar, siendo preciso también destacar que, el honor, no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho individual e irrenunciable de la persona, tal como proclama la Constitución española, la cual, tras declarar la igualdad de todos los españoles ante la Ley —artículo 14—, les atribuye y garantiza, en su artículo 18, el derecho al honor sin discriminación alguna, discriminación siempre repudiable, y, con mayor motivo, en un régimen democrático tan exento de privilegios y preeminencias clasistas como de infraestimación, capitidismación o marginación de cualquier ciudadano por escaso que sea su rango social.» (S. T. S. de 7 de diciembre de 1984.)

Artículo 487, 1.º No hay abandono malicioso del domicilio familiar en caso de ruptura de la convivencia matrimonial.

«Que el tipo aplicado exige, efectivamente, el abandono «malicioso» del domicilio familiar, lo cual, según reiteradas sentencias de este Tribunal, supone una separación sin base, justificación, móvil, razón o pretexto, residiendo la causa exclusiva en el capricho o arbitraria e irrazonable decisión del cónyuge acusado, sentencia de 10 de octubre de 1981, entre otras); pero en el caso sometido a la decisión judicial, el abandono del hogar conyugal fue debido a la notoria desarmonía matrimonial, «desavenencia con su esposa» dice el relato, de modo que la ruptura de la convivencia matrimonial no puede ser tachada de caprichosa o arbitraria porque no puede presumirse en contra del reo que fuera culpable con su conducta de la crisis conyugal, y esa racionalidad aparente y subjetiva aleja y desdibuja la carga intencional específica —conducta «maliciosa» de liberarse antijurídicamente de sus deberes matrimoniales y familiares— que el texto legal exige, sin perjuicio de las posibles consecuencias civiles a que alude la sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 1968, que en este caso —según afirma el recurrente—, están planteadas en un procedimiento extrapenal; procede, por tanto, estimar el motivo interpuesto, dictando segunda sentencia absolutoria en los términos previstos en el artículo 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.» (S. T. S. de 15 de febrero de 1985.)

Artículo 500. Consumación material del delito de robo: basta la disponibilidad potencial de la cosa. No es necesario el agotamiento del delito.

«A) que la discutida cuestión del momento consumatorio en los delitos contra la propiedad en sus modalidades de robo o hurto, ha sido resuelta

por esta Sala estimando que en ellos se da una consumación jurídica —que hace innecesaria para su perfección el logro del lucro o finalidad de aprovechamiento—, declarando que el paso de la frustración, a la consumación, radica en el hecho de la disponibilidad de la cosa mueble apropiada o sustraída, que ha de interpretarse más que como efectiva disposición real que entraría en fase de agotamiento del delito, como potencial capacidad de disposición, al quedar o estar la misma en condiciones de poder ejercitar sobre ella cualquier acto de dominio material; b) que en los supuestos de flagrante delito con persecución del reo, si éste es sorprendido «in situ» y seguido sin perderle de vista hasta su alcance y ocupación del objeto o cosa sustraída, es evidente que el perjudicado no queda despojado de su propiedad sobre ésta, ya que el sujeto activo carece de posibilidad de lograr la desposesión iniciada, pero si durante la huida o fuga consigue escapar o eludir su captura, perdiendo sus perseguidores la visión y control de su desplazamiento, aun cuando esto sea sólo transitoriamente, es obvio que durante este lapso más o menos prolongado de tiempo, el fugitivo tiene poder de disposición sobre la cosa para esconderla, arrojarla o entregarla a otro, etc., dándose una disponibilidad potencial que admite la doctrina penal y la praxis judicial como característica de consumación delictiva.» (S. T. S. de 20 de febrero de 1985.)

Artículo 501, 1.º Robo con muerte dolosa: coautoría. Delito determinado por el resultado.

«Quien decidido a robar acepta la consecuencia de tener que causar la muerte —por su propia mano o por las de sus consortes delictivos— del despojado o de terceras personas que puedan impedir su designio depredatorio, responde, como autor, del mismo, aunque no lo haya ejecutado materialmente, agregándose también, no sin antes afirmar que el homicidio deba ser doloso —dolo directo o dolo eventual—, o culposo, pero nunca fortuito o accidental, que, el robo con homicidio, es un delito determinado por el resultado, y por lo tanto, el que conviene en el **hecho base** —robo con violencia o intimidación en las personas—, debe responder del **hecho consecuencia** —homicidio—; debiéndose, finalmente, completar esta doctrina, agregando que, lo dicho y sentado, es todavía más patente y plausible si, el delito, se ha de cometer con empleo de armas o de medios peligrosos capaces no sólo de intimidar o atemorizar a la víctima o víctimas, sino de herirlas e incluso de matarlas, toda vez, que al convenir o planear una infracción de esa índole, todos los partícipes se representan no sólo la posibilidad sino también la **probabilidad** de que si, el ofendido u ofendidos, no se amedrentan con la exhibición de las armas y se niegan a entregar el dinero o bienes muebles apetecidos, se resisten o si les hacen frente, será corolario insoslayable de la intimidación, el uso vulnerante o letal de dichas armas, y, por tanto, el empleo de violencia en las personas, aceptando, todos los dichos partícipes, esa posibilidad y el riesgo consiguiente, introducido por ellos en el curso causal, debiendo, en su caso, responder todos, aunque sea uno sólo, u otros, los ejecutores materiales y directos de un homicidio que se representaron como posible

y probable, sin que, tal representación, les arredrara o les hiciera desistir de sus antijurídicos planes; debiéndose subrayar, finalmente, que esta doctrina no ha quedado desmentida tras la reforma de 25 de junio de 1983 más que en un punto, esto es, en el consistente en que el homicidio ha de ser forzosamente doloso, toda vez que, el culposo, ha pasado al número 4.º del artículo 501 Código Penal.» (S. T. S. de 3 de enero de 1985.)

Artículo 501, 1.º Robo con muerte dolosa: comprende los casos de preordenación y los episódicos.

«En efecto, aunque ya la jurisprudencia había declarado que no se trataba de un delito cualificado por el resultado, así como que el homicidio había de ser forzosamente doloso —dolo directo o eventual—, preterintencional o culposo y jamás fortuito, la nueva normativa acentúa el matiz subjetivo y de reproche culpabilístico de la figura —«se causare **dolosamente** la muerte de otro»—; pero esto, no obstante, subsiste la distinción entre robo con homicidio **preordenado** —«con motivo»— cuando se ha planeado el homicidio como medio de perpetrar el robo y robo con homicidio **episódico** —«con ocasión»—, el cual (el homicidio) surge como una incidencia o episodio del tracto comisivo, sin que, los agentes, previamente lo hubieren acordado o convenido; infiriéndose, de dicha subsistente distinción que el homicidio ha de ser forzosamente doloso, concurriendo, por tanto, los elementos cognoscitivo y volitivo de dicha forma de culpabilidad, pero coligiéndose, también, que no hay que confundir el mentado dolo con la premeditación o con la deliberación, pudiéndose detectar su presencia tanto cuando, el sujeto o sujetos activos, con frialdad de ánimo o sin ella, han concebido y planeado previamente el homicidio como medio necesario para la perpetración del robo, como en las hipótesis en las que, sin premeditación y sin deliberación, en el curso de la dinámica comisiva del robo, como una incidencia de la misma provocada por cualquier contingencia o eventualidad propias de la misma, el agente o agentes, con conciencia y voluntad, aunque de modo súbito y repentino, deciden matar y matan a otra persona; así pues, y en resumidas cuentas, para integrar el complejo, el homicidio ha de ser **necesariamente doloso**, pero sin que sea preciso que se haya premeditado o deliberado la muerte planeándola o concibiéndola de antemano o previamente a la ejecución del delito, bastando, por el contrario, con que, de producirse el homicidio durante la referida ejecución, aquél haya sido causado intencionadamente siquiera, la representación y la determinación autónoma del yo que caracterizan al dolo, sean instantáneas o repentinas y no de carácter preordenado.» (S. T. S. de 3 de enero de 1985.)

Artículo 501, 4.º Robo con toma de rehenes. Concepto de toma de rehenes.

«Tomar rehenes quiere decir coger, aprehender, asir, ocupar o conquistar una cosa **por medio cualquiera**, y lo mismo ha de dar desde el punto de vista jurídico, que el sometimiento que va implícito en esa variedad de verbos se logre con el uso de un revólver verdadero o simulado; la segunda porque si, gramaticalmente también, la palabra rehén es sinónima de prenda o persona

que queda como garantía o fianza (prohibido a los efectos militares desde la Convención de Ginebra de 1949), ha de ser igualmente intrascendente el modo o forma en que tal situación llega a ser realidad; y finalmente porque si el sometimiento de la persona se obtiene a través de la intimidación, serán adecuados para ese objetivo todos aquellos procedimientos que racional y fundadamente originen el temor de sufrir un mal inminente y grave, en expresión análoga a la señalada por el artículo 1.267 del Código Civil, lo mismo si se utiliza arma de fuego como otro instrumento, medio o postura peligrosa, o racionalmente tenida como peligrosa por el sujeto pasivo del delito (Sentencias de 15 de enero y 25 de enero de 1985).» (S. T. S. de 8 de marzo de 1985.)

Artículo 501, 4.º Toma de rehenes para ejecutar el delito de robo con violencia o intimidación. Sus diferencias con el núm. 1.º del artículo 481. Relación de especialidad.

«Que, en este trance, un sector doctrinal apuntó, de inmediato la producción de un concurso de normas, apelando al artículo 68 para derimir el conflicto, solución simplista en tanto en cuanto parte de presupuestos de contraposición y mutuo repudio que las respectivas normativas no permiten o, al menos, no los suministran, pues son perfectamente conciliables en su respectivos planos operativos y dentro de la dinámica comisiva que encierran, pues en el de detención ilegal se requiere que ésta sea **consecutiva a un delito contra la propiedad**, es decir que se sigue inmediatamente y sin solución de continuidad a la comisión de un delito contra la propiedad, a la par que en la tipología del complejo de robo con violencia o intimidación en las personas la exigencia es más precisa y constreñida, ya que la toma de **rehenes** ha de producirse **con motivo u ocasión del robo para facilitar la ejecución del delito** (el robo, término más estricto que el empleado en la detención ilegal) o la **fuga del culpable**, y puestas así de manifiesto ambas normativas desde el punto de vista legal y semántico, el simple juego del artículo 68 equiparando e igualando ambas conductas conduciría al efecto de que, de prevalecer el de detención ilegal como infracción más gravemente penada, provocaría el vacío o falta de contenido y de eficacia del segundo, criterio inaceptable por cuanto ambas normativas no son equivalentes como se ha puesto de manifiesto, debiendo acudir al criterio de especialidad (**lex specialis derogat legi generali**), aunque la ley especial sea más benigna que la general, quedando así dirimido el conflicto en favor del número 4.º del artículo 501, en el particular que se estudia, sobre el del número 1.º del 481, y cuya conclusión viene avalada por las acordes y concordantes sentencias pronunciadas en este mismo mes en los días 6 y 12, respectivamente.» (S. T. S. de 21 de noviembre de 1984.)

Artículo 506, 5.º Robo con fuerza en las cosas en edificio público. Un archivo parroquial no tiene la condición de edificio público.

«Que aunque ninguna de las resoluciones anteriores de este Tribunal, abordan el supuesto concreto aquí cuestionado, esto es la naturaleza pública, a los efectos jurídico-penales, del archivo parroquial de una Iglesia católica,

lo que es comprensible porque el efecto agravatorio estaba logrado entonces con la sola consideración como dependencia destinada al culto, es evidente que, en aplicación de cuanto ha sido ya explicitado al local religioso referido, no puede estimarse como de carácter público el repetido archivo parroquial, y no sólo porque ninguno de los requisitos integrantes del concepto jurídico estén incursos, en buena hermenéutica legal, en lo que física, social y políticamente constituye tal dependencia, más aún hoy cuando la Constitución española, en su artículo 16, marca la más absoluta separación entre el Estado aconfesional y las religiones, de cualquier significado que sean, lo que nada tiene que ver con las distintas creencias religiosas, que en mayor o menor medida, discurren por el pueblo español, sino porque, además, el significado etimológico, gramatical y finalístico de un archivo responde desde luego a la idea de local en donde se custodian documentos afectantes a la materia, objeto o contenido del mismo, que puede ser religioso, cultural, histórico, militar o social, más sin que quiera decirse, a pesar de que a ellos puedan acceder los ciudadanos, en cualquier forma y para cualquier finalidad, que deban cualificarse también como edificios o dependencias de tal naturaleza pública, que sí puede, sin embargo, concurrir en aquéllos, sean o no religiosos, que, conforme a la doctrina expuesta, dependen, más o menos directamente, del Estado, Provincia, Municipio o Comunidad autónoma.» (S. T. S. de 5 de diciembre de 1984.)

Artículo 510. Tiene la consideración de llave falsa el duplicado de una legítima que se usa sin autorización.

«Cuando de llaves falsas se trata, el propio legislador, por vía de interpretación auténtica, enumera las que han de entenderse por tales en el artículo 510, habiéndose precisado por la jurisprudencia que el concepto de llaves falsas comprende todas aquellas distintas de las utilizadas por el propietario para abrir la cerradura puesta en defensa de sus bienes, comprendiéndose en el concepto legal las propias llaves originales o genuinas cuando hubieren sido sustraídas a su propietario o utilizado sin su aquiescencia (sentencias de 30 de enero y 23 de marzo de 1984), teniendo tal calificativo el duplicado de una llave genuina (sentencia de 9 de julio de 1982).» (S. T. S. de 23 de enero de 1985.)

Artículo 546 bis a) Receptación. No es necesario el previo castigo del delito contra los bienes.

«Es inexcusable que, a la receptación, preceda la perpetración de un delito contra los bienes, cuyos efectos aprovecha, para sí, el infractor, con pleno conocimiento de su origen ilegítimo, siendo también preciso, que el Tribunal «a quo» declare terminantemente la preexistencia de la referida infracción, aunque, de ninguna manera, es indispensable que, el mentado delito contra los bienes, **haya sido castigado con anterioridad al enjuiciamiento del delito de receptación**, ya que, de otra suerte, no podrían juzgarse y castigarse simultáneamente el delito base contra los bienes y el de receptación, ni punirse ésta

cuando los autores de aquél fueran desconocidos o se hallaren en situación procesal de rebeldía, o, finalmente, cuando fueran inimputables o estuvieren exentos de pena —véase artículo 546 bis f) del Código Penal, el cual se inspira en un criterio de accesoria mínima.» (S. T. S. de 23 de enero de 1985.)

Artículo 546 bis a). Receptación. Sus diferencias con el encubrimiento. Favorecimiento real retribuido.

«En la praxis, abunda y se dan con frecuencia, casos límite, híbridos o mestizos que podrían bautizarse con la denominación de «favorecimiento real retribuido», en los que, el agente, no aprovecha, para sí, directamente, los efectos del delito, pero, en razón a sus servicios y a su ayuda recibe una gratificación, prima, comisión o dádiva, en dinero o equivalente con la que, los autores o cómplices, premian o retribuyen el citado auxilio; debiéndose, en estos casos, dirimir la cuestión atendiendo a diversos criterios circunstanciales, pero, muy especialmente, acudiendo a dos factores, esto es, a si la gratificación supone la percepción directa de parte de los efectos del delito, o si, el encubridor, al prestar su cooperación, lo hizo movido principalmente por «animus adjuvandi» y sólo secundariamente por el «animus lucrandi», o viceversa; en el primer caso, su comportamiento debe subsumirse en el número 1 del artículo 17 del Código Penal, y, en el segundo, en el artículo 546 bis a) del referido cuerpo legal.» (S. T. S. de 4 de febrero de 1985.)

Artículo 564. La excusa absolutoria no tiene aplicación en los supuestos de mera convivencia marital sin ser cónyuges.

«Que en el artículo 564 del Código Penal, se establece como causa absolutoria, declarando por consiguiente exentos de responsabilidad criminal por los robos sin violencia e intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren los cónyuges, ascendientes o descendientes y afines en la misma línea, sin que se recoja aquellas personas que hagan vida marital. Por ello, el tercer motivo, debe desestimarse, porque se formula por inaplicación indebida del artículo citado, y se argumenta: en que aquellas personas, que estén ligadas por una relación marital implica cierta afectividad, deben comprenderse dentro del citado artículo, a partir de la Reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio; en que los encubridores, según el artículo 18 del Código Penal, están exentos de responsabilidad si lo son de aquéllas que están ligadas por relación de afectividad; y en que la disposición adicional 10 de la Ley 30/81, concede la pensión de viudedad «al convivente» que hubiera vivido como matrimonio y éste no se hubiera realizado por impedirlo la legislación vigente. Estas tres argumentaciones no pueden ser aceptadas: la primera, porque daría lugar a una interpretación extensiva no aceptada por el Derecho Penal; la segunda, porque el encubrimiento queda exento en los supuestos de relación afectiva, si no se da el aprovechamiento por parte del encubridor; y la tercera, porque aparte de ser disposición de carácter social y no penal, su

encaje no sería tampoco factible ante la carencia de supuestos fácticos. Esta desestimación encuentra aún mayor argumentación, porque la Sala, al hacer el estudio de la causa, aprecia que la denunciante de los hechos fue la persona perjudicada, y que de los mismos se desprende, con claridad, la ausencia de afectividad que el ordenamiento penal tiene en cuenta en la medición de la responsabilidad penal.» (S. T. S. de 26 de diciembre de 1984.)

Artículo 564. La exención de responsabilidad no alcanza al sujeto que comete hurto de objetos que pertenecen a una comunidad hereditaria, aunque uno de los titulares sea el padre.

«El único motivo del recurso interpuesto por el procesado ...debe desestimarse, porque está articulado con la pretensión de que se le declare exento de responsabilidad por haberse dejado de aplicar indebidamente los artículos citados, debido a que el citado recurrente, según se desprende de los hechos probados es sobrino carnal de uno de los perjudicados e hijo de otro, y este fundamento no puede ser acogido, por no estar amparado en los preceptos citados, como se desprende claramente del contenido de los mismos, ya que la propiedad de las joyas no pertenecen exclusivamente al padre, sino a la comunidad de la herencia.» (S. T. S. de 14 de enero de 1985.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria. Estructura.

«Que reiteradamente viene estableciendo esta Sala que la imprudencia temeraria se caracteriza por realizar los hechos con tan grave descuido y falta de atención, que, si en lugar de esta conducta negligente, hubiera mediado malicia, el hecho constituiría un delito intencional o doloso. En definitiva, se parte fundamentalmente de una desatención en el actuar de las personas que provocan un doble descontrol: el de la conciencia y la voluntad con que se actúa, y el del campo, objetos, personas y elementos objetivos sobre los que recae la actividad. La desatención o negligencia, es temeraria, cuando era fácil, asequible y vulgar de prever las consecuencias dañosas y además exigibles a cualquier persona en un comportamiento normal. Porque esta conducta en primer lugar infringe los deberes objetivos de cuidado, después crea un riesgo previsible, evitable y por tanto atribuible al sujeto. Todo lo cual produce un resultado lesivo, ligado por relación causal directa y eficaz a la conducta gravemente desordenada en los órdenes señalados.» (S. T. S. de 19 de diciembre de 1984.)

Artículo 565. La intervención de varias personas en un delito cometido culposamente puede fundamentar la teoría de la participación.

«Que, en las infracciones culposas, cuando han sido varios los que, con su comportamiento imprudente, han determinado un solo resultado lesivo, se puede aplicar la teoría de la participación, aunque no hubiera precedido

concierto de voluntades o «pactum scaeleris» respecto al resultado, lo hubiera habido, al menos, en lo atinente a la acción o dinámica comisiva. Mas si tampoco se produjo el acuerdo de voluntades en lo concerniente a dicha dinámica, ha de desecharse toda hipótesis de participación, recurriendo a la teoría de las concausas, con arreglo a la cual, todos los que con su comportamiento, activo o pasivo, contribuyeron, de modo eficiente concausal y «sine qua non», a la producción de un resultado lesivo, son responsables del mismo, si bien, dicha responsabilidad, podrá ser de la misma entidad cuando fueron equivalentes, los distintos comportamientos, en la causación del evento, o, por el contrario, jerarquizarse aplicando un tratamiento punitivo desigual, en cuyo tratamiento se atenderá a los merecimientos de cada uno y a mayor o menor relevancia, influencia o trascendencia de tales conductas en la generación u originación de un resultado dañoso que no se hubiera producido de no haber mediado la conjunción o combinación de conductas culposas distintas pero convergentes o confluentes en un mismo punto.» (S. T. S. de 22 de diciembre de 1984.)

Artículo 600. Polémica sobre la conveniencia o no de castigar los daños culposos.

«Que estimada la infracción penal, **en el pleno de lege ferenda**, como delito de tendencia con dolo finalísticamente dirigido a causar un perjuicio en propiedad ajena, y desde esta perspectiva, la principal controversia suscitada gira en torno a si por su naturaleza eminentemente dolosa puede ser cometido por culpa, siendo así que con arreglo al derecho constituido todos los delitos pueden producirse por dolo o culpa, y a la vista está la actual redacción del artículo 1 del Código, así como la consideración de los daños culposos constitutivos de la falta del artículo 600, a no ser que lo impida la exigencia, inexcusable, de un elemento subjetivo del injusto, no obligatorio desde el punto de vista de «lege data», con lo que quiere significarse la imposibilidad de excluir, **en principio**, la comisión culposa del delito de daños (Sentencia de 30 de noviembre de 1976), sin perjuicio de lo cual, fuera ya de ese derecho constituido, en el entorno del «iure condendo», se busca claramente la distorsión del ilícito penal y el ilícito civil para incardinar en el ámbito de la legislación civil todo cuanto afecte a los daños culposos, problema, en suma, harto discutido y dividido en criterios contrapuestos de la doctrina científica y jurisprudencial que se trae a colación ahora, como cuanto antecede, para mayor justificación de la resolución dictada en la instancia que no sólo absolvió del delito doloso de daños de que venía acusado el recurrente por sendas acusaciones, pública y particular, sino incluso de la posibilidad culposa de la infracción, a pesar de no haberse planteado tal cuestión por ninguna de las partes.» (S. T. S. de 6 de diciembre de 1984.)

LEY ORGANICA 7/1982, DE 13 DE JULIO, SOBRE CONTRABANDO

Artículo 1.º Cuando la tenencia de droga no constituye delito tampoco puede operar la Ley de Contrabando. Las operaciones de comercio y circulación requieren un auténtico tráfico.

«Que, así las cosas, si se estudia con algún detenimiento la normativa vigente, pronto se advertirá que la existencia del concurso ideal se producirá las más de las veces teniendo en cuenta la circunstancia primera del apartado tres del artículo primero de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, sobre Contrabando, toda vez que en ella se toma en cuenta la tenencia de droga cuando constituya delito y fueren comercializadas o traficadas en cualesquiera de los modos y formas que establece cada uno de los supuestos contemplados en los apartados uno y dos del artículo primero, con lo que, dicho se está, y es la primera consecuencia, cuando la tenencia de droga no constituya delito —supuesto de autoconsumo— no podrá operar en la órbita y ámbito de la Ley de Contrabando. Que ya, en este orden de ideas, siempre quedará en pie el arduo y candente problema de si existe concurso ideal en el supuesto de tenencia de droga, aun para ulterior tráfico, tipificada en el artículo 344 del Código Penal y su posible inclusión en el apartado cuarto, párrafo primero del artículo uno de la Ley de Contrabando cuando contempla el supuesto específico de operaciones de comercio o circulación, y que ha de resolverse en el sentido de inexistencia de concurso, ya que ésta última conducta de verdadera y real comercialización y circulación que exige el tipo de contrabando no se ha realizado, aplicándose con exclusividad el artículo 344 y sin que tuviera operatividad el de contrabando citado.» (S. T. S. de 23 de enero de 1985.)

