

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

ARTICULOS 6 BIS A) y 8.4.ª EL ERROR EN LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

(STS de 10 de mayo de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)

Quinto. Advenida la reforma de 1983 y con ella el artículo 6 bis a), se ha entendido por la doctrina que sus dos primeros párrafos aluden sin nombrarlo al error de tipo y el párrafo tercero, también sin designarlo, se refiere al error de prohibición. Este es también parecer de la jurisprudencia dictada con posterioridad a la reforma sin ignorar las diversas interpretaciones que se dan a las dos especies de error, dado que la posición dogmática que se adopte al respecto será consecuencia de una más amplia toma de posición sobre la distinción entre el dolo llamado natural o acromático, esto es sin valoración, propio del tipo y el dolus malus, equivalente a la conciencia de la antijuricidad, e integrado en la culpabilidad. Tal sistema trae como consecuencia que el error sobre el tipo, deja subsistente la culpa si es vencible. En tanto que el error de prohibición si es vencible sólo admite una atenuación del dolo (véase sentencia de 1 de febrero de 1986).

El problema se complica si el error recae sobre los presupuestos fácticos u objetivos de toda justificante, como la legítima defensa, lo que tiene su importancia en la praxis, donde los supuestos más frecuentes, así en el caso de autos, versan sobre la existencia de una agresión ilegítima imaginaria y no real. Tal supuesto fáctico es esencial en la eximente. Si por su índole fáctica se entiende que el error sobre el mismo es de tipo, la consecuencia es que cabe la reacción defensiva contra el que creyéndose atacado agrede. Como así mismo cabrá la exigencia de responsabilidad y no de justificación. Pero si se estima que es error de prohibición actuará como causa de justificación y no admitirá ni la legítima defensa ni la responsabilidad civil contra el supuesto defensor, en realidad agresor. Por lo mismo, la dogmática más reciente trata de encuadrar la admisión errónea de una agresión ilegítima como si fuera error de tipo. Con ello, se quiere acordar dogmática y política criminal, sin violentar el texto del artículo 6 bis a).

Recientes declaraciones de esta Sala se muestran, en línea con esta última doctrina, de modo que, al recaer el error sobre elementos negativos de la infracción penal, aquél se debe encuadrar en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a) del Código Penal y, si el error es vencible, el hecho habrá de ser castigado como culposo (sentencias de 2 de noviembre y 1 de diciembre de 1987).

ARTICULO 8.4.^a LEGITIMA DEFENSA. DOCTRINA GENERAL. FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE

(STS de 6 de junio de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Cuarto. Con todo, y pese a centrarse esta impugnación en el repetido condicionamiento 3.º del artículo 8 del Código Penal, la gravedad objetiva de los hechos y la redacción poco feliz con que la Audiencia se ocupa del requisito 2.º, aconsejan extender el examen de la legítima defensa, y hacerlo siguiendo el orden de sus tres exigencias legales. Así, procede subrayar que disparar un revolver contra una persona, a dos o tres metros de distancia, incrustando el proyectil en la pared ante la que aquel se encuentra, a sólo cincuenta y ocho centímetros del mismo, y manteniendo el actor la posesión del arma en condiciones de continuar y completar el ataque, constituye inequívoco ejemplo de agresión ilegítima, elemento éste fundamental y básico en toda legítima defensa, sea como exigente completa, sea como incompleta, y ello porque se trata de una acometida real y grave, que pone en peligro inminente —y persistente— el bien jurídico más relevante, es decir, esa vida humana que, aparte de ser decisivo valor propio, opera como sustrato indispensable de todos los demás, sin que, por otra parte, las condiciones en que tal actuación se encuadra aputen siquiera hacia su consideración como comportamiento adecuado a derecho, supuesto éste en el que decaería la exigida adjetivación de ilegitimidad.

Quinto. Por lo que atañe al requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, el juzgador ha de pronunciarse con una objetividad que, si de un lado rechaza los supuestos puramente subjetivos, más acordes con las causas de exculpación que con las de justificación, debe responder, de otro, a las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana. De ahí que, aun sin desviar el discurso hacia manifestación alguna de legítima defensa putativa, y sin acoger tampoco el pensamiento jurídico anglosajón, en el que los conceptos continentales de justificación y culpabilidad se solapan hasta llegar a confundirse, hayan de evitarse posiciones exegéticas en las que el juzgador procede a examinar, desde la lejana e irreal perspectiva que su particular torre de marfil puede depararle, y con fríos criterios de distante entomólogo, un acaecer vivir en el que las personas arriesgan su propia existencia. Dicho lo anterior, la plena concurrencia de este segundo requisito de la legítima defensa en el caso de autos resulta evidente. Según la ocasión demandaba, el ahora recurrente reaccionó de inmediato, con un disparo de revólver, contra una persona que acababa de dispararle con un arma similar, arrebatada al otro policía presente en el interrogatorio, y que previsiblemente seguiría haciendo fuego. No cabe en esas condiciones pedir, para salvaguardar aquella necesidad racional del medio

defensivo empleado, que quien teme fundadamente por su vida —recuérdese que el adversario se encuentra a dos o tres metros de distancia y su primer disparo sólo ha errado el blanco por medio metro aproximadamente— recapacite sobre la elección de una zona del cuerpo o de las extremidades del agresor que, marginando el riesgo de un desenlace moral, fuera fácilmente alcanzable y garantizara a la vez el fin definitivo del ataque. Presupuesta una agresión ilegítima con las características de la descrita, la repetida respuesta fue correcta y proporcionada o, si se prefiere, merece la consideración de único medio idóneo para proteger con eficacia una vida tan gravemente amenazada, sin que a quien así actúa —ejerciendo, amén de un derecho, un deber primario de conservación— tenga que aceptar matizaciones o insuficiencias definitivas que hubieran podido significar su muerte, porque la simple lesión del agresor ilegítimo no hubiera bastado para conjurar la probabilidad de que aquel prosiguiera su ataque con más éxito y mejor puntería.

Sexto. El requisito tercero de la legítima defensa se formula negativamente y consiste en la «falta de provocación suficiente por parte del defensor», expresión ésta que procede del Código Penal de 1848, si bien hasta 1944 la referencia final tuviera distinta redacción («por parte del que se defiende»). Se trata de una previsión cuya difícil exégesis quizá explique se haya prescindido de la misma en algunos textos, como el Código Penal de la República Federal de Alemania (art. 32) y el Código Penal tipo latinoamericano (art. 16), habiendo sido también considerada como una manifestación del «versari in re illicita», precisada por ello de una interpretación restrictiva. Ni nuestro Código define la provocación, ni parece oportuno buscar su sentido en el párrafo tercero de su artículo 4.º, que referido, como el artículo 3, al «iter criminis» de los delitos dolosos, ha de exigir necesariamente que la incitación a la perpetración sea voluntaria; y así la doctrina concentra sus esfuerzos en la búsqueda de un concepto equidistante entre el entendimiento de esa provocación desde la perspectiva de la mera causalidad en línea con la equivalencia de condiciones, y la agresión ilegítima por parte del provocador, pues, si la primera solución amenaza con vaciar de contenido la eximente, obligando a soportar cualquier reacción del provocado (por desproporcionada que fuera), la identificación de tal provocación con una agresión ilegítima puede hacer superfluo este tercer requisito, ya que el provocado actuaría en legítima defensa, con lo que la ulterior conducta del provocador —ahora agredido— quedaría huérfana de la exigencia previa de esta eximente, es decir, el carácter ilegítimo del ataque contra el que se dirige la defensa enjuiciada, a salvo la corriente doctrinal que sigue distinguiendo entre acción antijurídica y agresión ilegítima propiamente dicha, o sea acción voluntaria encaminada a la lesión del bien jurídico del contrario.

Séptimo. No sólo discuten los autores sobre las diferencias entre agresión y provocación —conectando a veces ésta última con la vieja atenuante 5.ª del artículo 9 del Código Penal, desaparecida en la reforma de 25 de junio de 1983— sino también sobre las condiciones de la propia provocación que si para algunos ha de ser intencional, para otros basta con que, supuesta su antijuridicidad, sea culpable, no faltando tampoco quienes —de manera harto más discutible— prescinden incluso de la ilicitud, adoptando un criterio que, con eco, por ejemplo, en la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1983, parece entender la repetida provocación como simple estímulo valorable esencialmente desde la pers-

pectiva y circunstancias personales del que lo recibe, con el riesgo, cabe añadir, de que semejante interpretación prive a la eximente de ese claro apoyo político social a cuyo tenor la posición del provocador —eso sí, en atención a la entidad misma de la provocación— se diferencia fundamentalmente de la del no provocador, con la inevitable repercusión en cuanto a su derecho a una reacción defensiva.

Octavo. Aunque la problemática general planteada por el requisito tercero de la eximente 4.^a del artículo 8 del nuevo Código Penal es, según se ha visto, muy compleja, la adjetivación de la provocación como «suficiente» permite llegar a las siguientes conclusiones:

1.^a La exégesis de la provocación como antecedente causal puede y debe matizarse —de ser seguida— conforme a la doctrina de la causalidad adecuada (sentencias de 26 de junio y 4 de diciembre de 1978, 2 de octubre de 1979, 15 de noviembre de 1982, 30 de septiembre de 1983 y 9 de diciembre de 1983), y tal consideración no parece tampoco extemporánea si dicha teoría se entendiera como perteneciente más bien a la responsabilidad o a la causalidad jurídico-penalmente relevante, sin que en ningún caso —ya en el extremo opuesto— la provocación admita equiparación con el mero «dar motivo u ocasión» (sentencia de 14 de diciembre de 1912).

2.^a La adecuación de la provocación conecta con la previsibilidad, de modo que, atendido el orden normal de las cosas, produzca, excite o influya en una agresión que, si bien ilegítima, carezca de una mínima cobertura culpabilista —con el telón de fondo de la no exigibilidad de una conducta distinta—, y consecuentemente la reacción defensiva pierda lo que los tratadistas italianos denominan legitimidad en la causa (véase «a sensu contrario» la sentencia de 28 de septiembre de 1944).

3.^a La suerte corrida por la legítima defensa es en sí independiente de las sanciones administrativas o penales que la previa conducta del luego agredido pueda merecer.

4.^a La falta de proporción entre la respuesta agresora y la provocación inicial impide apreciar en ésta aquella suficiencia, de modo que en tal supuesto el provocador se halla en condiciones de contestar dentro del marco de la legítima defensa y en consonancia con el ordenamiento jurídico (sentencias de 20 de febrero de 1883, 21 de febrero de 1903, y las ya citadas de 26 de junio y 4 de diciembre de 1978, y 2 de octubre de 1979, en combinación con el aludido criterio de la causalidad adecuada).

Noveno. Igualmente ligadas con nuestro derecho positivo e indispensables para la ulterior consideración del particular caso de autos son otras observaciones, quizá más pacíficas, que a continuación se indican:

1.^a La vía casacional del número 1.^o del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige el mayor respeto a los hechos probados, sin aditamentos o presunciones contra el reo, antes al contrario, repercutiendo en su favor cuantas lagunas, dudas, alternativas, y aún contradicciones contenga el relato fáctico.

2.^a El Tribunal de casación no puede apartarse de aquella exigencia pretextando razones de una pretendida justicia maternal, primero, porque el Poder Judicial ha de mantenerse en los límites fijados por el Letrado legislativo, segundo, porque en este recurso, más que personas, se juzgan sentencias, y ello dentro de las coordenadas de tan extraordinario remedio impugnativo, y tercero, porque todo cambio en la narración implica, amén de una segunda valoración probatoria

conjunta —ajena, como se ha dicho, al presente recurso—, correr con el riesgo de la ausencia de intermediación.

3.^a El cuestionado requisito de la legítima defensa no es la falta de provocación, de manea que cualquier grado de la ésta impidiera apreciar la eximente (o, al menos, la convierta en incompleta), sino la falta de provocación «suficiente, y así, el correspondiente condicionamiento negativo se da en tanto no concurren —además del sustantivo— la repetida adjetivación, lo que significa que la provocación insuficiente coincide con la carencia misma de toda provocación en su inoperancia a los efectos de la exigencia ahora examinada, y en definitiva —y por lo que hace a éste requisito— sólo su incumplimiento puro y simple en los términos legalmente previstos lleva al número 1.º del artículo 9.

4.^a El contenido negativo de la condición y el carácter excepcional de la misma refuerzan su sometimiento a una interpretación restrictiva, o si se prefiere, favorable a la inexistencia de esa incitación bastante hacia la agresión.

Décimo. Trasladando los anteriores razonamientos el caso aquí examinado, la opción por la eximente completa de legítima defensa o por la incompleta depende de que se advierta o no la concurrencia de una provocación suficiente para lo que en términos objetivos se nos revela como un intento de homicidio. A este respecto, los hechos probados recogen que el luego fallecido, M. J. D. S., llegó hacia 11 horas a la Comisaría de T., como detenido y en unión de otra persona, sospechosa como él de haber cometido un robo, solicitándose hacia las 3 horas la presencia de un Abogado cuya demora retrasó las declaraciones hasta las 6 de la tarde, diligencias éstas en las que el repetido M. J. D. S. negó —a diferencia del segundo interrogado— toda participación en dicho delito, de mane- ra que hacia las 7,15, cuando el Letrado había abandonado las dependencias policiales, los dos agentes enviaron al otro detenido al Depósito Municipal, pero diciendo que el inconfeso pasaría la noche en la Comisaría, trasladándose ellos a un bar próximo donde ingirieron una medio «whisky», tras lo cual y como se lee en la narración «sobre las 21 horas regresaron a Comisaría, haciendo pasar al procesado M. J. D. S. a la oficina donde había prestado declaración, bajo el pretexto de que había interesado una entrevista privada, sin que conste que hubiera renunciado a su derecho de asistencia letrada, insinuándosele que podía aliviar su situación colaborando en el esclarecimiento de los hechos, facilitando datos que ayudaran a la investigación, por lo que el detenido se hallaba situado de pie cerca de la puerta, sin esposas, a una distancia de 2 ò 3 metros de una mesa que ocupaba el procesado y con un cajón abierto donde tenía su arma reglamentaria consistente en revolver de marca Astra, modelo Cadix, 38 Special de calibre, cargdo su tambor, que no precisa ser montada y carente de seguros; aún cuando persistió en su postura de inocencia fue perdiendo la serenidad que hasta entonces había tenido, comenzando a dar muestras visibles de nerviosismo, facilitando algunas confidencias sobre participación delictiva de otras personas, en la creencia que ello favorecería su condición, acentuándose cada vez más su nerviosismo y excitación y en este estado, en el que incluso llegó a llorar siendo aproximadamente las 21'50 horas, sintiéndose acorralado, al acercarse el Inspector señor M., a un archivador situado en el lugar que ocupaba, que vestía pantalón y camisa, portando de forma visible, su arma reglamentaria, de la misma marca y calibre que la del procesado, enfundada en vaina sin cierre colocada en el costado izquierdo, lo empujó y desarmó haciéndole caer sobre un sillón

cercano, verificando un disparo que impactó en la pared posterior de la mesa que ocupaba el procesado incrustándole el proyectil a 85 centímetros de altura y a unos 58 centímetros a la izquierda del procesado, quien inmediatamente tomó su revolver e hizo un disparo que alcanzó a M. J. n el tercio externo de ceja izquierda, en sentido de izquierdas a derecha y ligeramente sesgado en trayectoria de arriba a abajo, que le produjo hemorragia cerebral determinante de su muerte», añadiéndose que «su cuerpo presentaba diversas erosiones, equimosis y petequias muy superficiales en regiones mamarias, costal inferior derecho e hipocondrio, sin que haya podido determinarse la causa de las mismas».

Undécimo. Así las cosas, no constando que los policías fueran autores de las erosiones descritas, y al margen de las dudas sobre si hubo o no renuncia a la presencia letrada en esta segunda declaración, cabe preguntarse si la misma no se tomó en circunstancias irregulares o si, en todo caso, no debiera haber sido suspendida cuando el detenido «fue perdiendo la serenidad», «acentuándose cada vez más su nerviosismo y excitación», de modo que «incluso llegó a llorar», pero resulta evidente que si tal proceder resulta bastante para poner en entredicho el cumplimiento de un deber —como causa de justificación que conlleva la exclusión de toda provocación, según, al menos, alguna jurisprudencia de la que es muestra la sentencia de 26 de junio de 1978—, o incluso para conformar una determinada provocación, ésta nunca alcanzaría la calificación de suficiente en relación con una conducta de homicidio. La causalidad adecuada, la previsibilidad y la proporcionalidad podrían hallarse presentes hasta cierto punto en un acometimiento que facilitara la huida a costa de la integridad física de alguno de los policías que dirigen el interrogatorio y se ocupan de las actuaciones desde hace horas, pero desaparecen cuando la reacción del provocado —en los estrictos términos del relato fáctico— se traduce en un directísimo ataque a la vida.

ARTICULO 10.9. ABUSO DE CONFIANZA. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

(STS de 28 de junio de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)

Segundo. Tema controvertido es el de los delitos a los que puede alcanzar la agravante. Hay que destacar, desde luego, aquéllos en los que el abuso de confianza esté implícito en ellos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal (estafa, apropiación indebida etc.).

Sentar un principio más general puede ser arriesgado y así no puede decirse que es en todo caso incompatible con los delitos que implican fuerza o violencia. Otra cosa es que no suela apreciarse en tales delitos (sentencia de 7 de mayo de 1962). Por ello no faltan declaraciones de esta Sala que la aprecian en delitos contra la vida e integridad corporal, contra honestidad y en los robos con violencia.

Constriñéndose ahora los delitos de robo con fuerza en las cosas, por tratarse ahora de uno de tal especie, si bien, hubo una corriente jurisprudencial contraria a la admisión de la agravante, acabó por prevalecer, con aplauso de la mejor doctrina, la posición contraria, en tanto en cuanto el abuso de confianza puede concurrir en momentos anteriores a la ejecución, facilitando la realización de ésta (sentencia de 22 de junio de 1964). Como se ha dicho en sentencias más recientes,

si la confianza depositada en el agente le permite acceder al lugar en el que se guarda o custodia la cosa sustraída, se quebranta aquella confianza de los guardadores de la cosa a la par que se facilita la ejecución (sentencia de 25 de noviembre de 1985, en la que se contempla un caso análogo al aquí debatido, por realizarse el apoderamiento con las llaves sustraídas al propietario). Por lo demás el número de resoluciones que admiten la posibilidad de la agravante en los delitos de robo con fuerza son numerosas (sentencias de 9 de mayo y 4 de julio de 1974; 13 de marzo, 20 de mayo y 14 de octubre de 1976; 17 de enero de 1977; 6 de febrero de 1981; 20 de noviembre de 1982, la ya citada de 25 de noviembre de 1985 y 30 de enero de 1987 entre otras muchas).

ARTICULO 65. RELACIONES CON LA REGLA 4.º DEL ARTICULO 61

(STS de 4 de mayo de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

La cuestión de la aplicación de la regla 4.ª del artículo 61 del Código Penal dentro de la pena que resulte de la atenuación facultativa que prevé el artículo 65 del Código Penal se debe responder de acuerdo con los principios generales de la individualización de la pena.

El artículo 65 del Código Penal tiene su razón de ser en la reducción, supuesta por el legislador de la gravedad de la culpabilidad del menor de edad entre 16 y 18 años. La ley, por tal motivo, obliga a los Tribunales, en todo caso, a atenuar la pena en un grado, acordándole, al mismo tiempo la facultad de ampliar dicha atenuación cuando las circunstancias del caso indiquen que la atenuación obligatoria no se adecúa suficientemente a la gravedad de la culpabilidad o supera las exigencias de la prevención especial.

Cuando concurren tales exigencias de mayor atenuación que la obligatoria, la aplicación de la regla 4.ª del artículo 61 del Código Penal conduciría a resultados que están abiertamente en contra de la finalidad del artículo 65 del Código Penal. En efecto, no sería adecuado a los principios de una individualización de la pena basada en la gravedad de la culpabilidad y en las exigencias de la prevención especial, que el Tribunal no pudiera fijar la pena atenuada en tal grado máximo cuando ello fuera lo aconsejable. Si se otorga prevalencia a una interpretación teleológica respecto de la puramente gramatical, la solución no puede ser otra, por tanto, que la inaplicabilidad del artículo 61, regla 4.ª del Código Penal en los casos en que se hace uso de la atenuación facultativa, que prevé el artículo 65 del Código Penal. Por otra parte se daría el contrasentido de que el Tribunal que pudo bajar sólo un grado e imponer la pena en el grado medio de este, si baja dos, lo que es ya facultativo, no puede imponer el grado máximo que es pena inferior a dichos grados medio y mínimo de la pena que legalmente pudo ser impuesta.

Como queda claro, la preferencia de la interpretación teleológica se funda en la mayor racionalidad de la solución que proporciona, ya que ello no obliga a los Tribunales a aplicar una pena que resulta sostenible desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena y de la gravedad de la culpabilidad.

En el presente caso, el Tribunal *a quo* ha entendido que la pena adecuada a la culpabilidad del autor se debía situar en los seis años, pues esta pena expresa

correctamente la gravedad de la misma. No hay razón alguna, por tanto, para que el descenso por debajo de la atenuación obligatoria esté sometida a reglas que impedirían que se aplicara la pena que corresponde según la culpabilidad y los fines de la pena.

ARTICULO 65 BIS. DELITO CONTINUADO. ROBOS. DIFERENCIAS CON LA SIMPLE DEDICACION

(STS de 29 de mayo de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. Igual suerte desestimatoria han de correr los motivos segundo (y último) del procesado Aureliano de la C. N., y segundo del procesado Jose M. O., en los que, con idéntica sede casacional que los anteriores, se lamenta la inaplicación del artículo 65 bis, del Código Penal. Ciertamente, el delito continuado admite en dicho artículo, según había adelantado la jurisprudencia, que las acciones u omisiones consideradas ofendan a varios sujetos, siempre que aquellos tengan una cierta proximidad espacio-temporal, y, como ocurre con el robo, no se vulneren bienes jurídicos eminentemente personales, pero dicha actividad diferenciada precisa de la abrazadera consistente en responder a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión y tal requisito —o dualidad de requisitos alternativos— no consta en el caso de autos, pues no cabe confundirlo con la mera repetición de actos similares por parte de delinquentes más o menos acreditados, habituales o profesionales. Los hechos probados únicamente recogen la comisión en Madrid de 15 sustracciones tipificables como otros tantos robos con fuerza en las cosas, que van desde el 13 de febrero de 1980 hasta el 24 de noviembre de ese mismo año, y una cierta repetición (pero no identidad) de los intervinientes. Ahora bien, nada indica la existencia del proyecto global o designio criminal único, a no ser que se quiera identificar éste, erróneamente, con la propia dedicación al robo, y falta toda referencia a esa repetición de oportunidades idénticas capaz de enhebrar, como el plan preconcebido, las diversas acciones; todo ello sin olvidar que, al operar el delito continuado como una excepción al régimen del concurso real de delitos, toda duda o insuficiencia relativa al condicionamiento de aquél se traduce insoslayablemente en la prevalencia de la normativa general.

ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. INSUFICIENCIA DE ANIMO TENDENCIAL

(STS de 12 de junio de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Cuarto. El correlativo motivo de impugnación articulado por infracción de ley, y acogido al número 1 artículo 849 LECr, aduce violación del artículo 246 del Código Penal al faltar el elemento subjetivo que integra de modo esencial el delito de desórdenes públicos, y de otro lado, tampoco la propia morfología de los hechos tal como se produjeron según el relato fáctico se corresponde con el tipo penal del aludido precepto del texto legal. Y el quinto, formulado de forma alternativa y subsidia-

ria respecto al anterior, desistiendo de su primitivo contenido, que postulaba que los hechos debieran calificarse como un delito de manifestación ilegal en el acto de la vista, lo modificó, solicitando la libre absolución o la declaración de los hechos como constitutivos de una falta contra el orden público, prevista en el artículo 570.4 del Código Penal. Por ello, ambos motivos deberán examinarse conjuntamente.

A) El delito de desórdenes públicos, del artículo 246 del Código Penal, se había configurado en la jurisprudencia de esta Sala, tradicionalmente, entendiendo que el ánimo de atentar contra la paz pública tenía un carácter medial, en el sentido de que se atacaba la expresada paz como forma instrumental de posesión social o pública. Tal exégesis se ha mantenido en numerosas sentencias 13 y 25 de febrero, 21 de abril, 24 y 28 de octubre y 21 de diciembre de 1987, y hasta cierto punto la sentencia de 2 de mayo de 1988, pero ya en la citada sentencia de 25 de febrero de 1987, se formuló voto particular, manteniendo la tesis contraria, rechazando tal interpretación, que es la seguida por la sentencia de 30 de abril, continuada por la sentencia de 6 de febrero y 17 de marzo de 1989.

En ellas se mantiene el que el delito de desórdenes públicos se integra por cuatro elementos, debiendo concurrir todos para que el comportamiento delictivo se produzca: 1.º Sujeto activo plural. 2.º Producción de un resultado concreto legalmente previsto. 3.º Que tal resultado altere el orden público. 4.º Que los autores pretendan atentar contra la paz pública.

Los hechos son similares a los del caso aquí enjuiciado. Un grupo de jornaleros se reunió en asamblea en un local del Ayuntamiento, y para protestar por la falta de envío de fondos destinados al empleo comunitario, que llegaban a la localidad de Marchena (Sevilla), y con el fin de llamar la atención pública sobre dicho problema, tomaron el acuerdo de marchar a la carretera N-333, que pasa por las afueras de la citada villa, interrumpiendo el tráfico, y cortando la circulación por la misma, durante media hora, siendo restablecida posteriormente la circulación, al retirarse el grupo encabezado por los procesados que mantuvo inicialmente el no desalojo de la calzada, cuando fueron requeridos por «el oficial de la Guardia Civil, cuyas fuerzas habían hecho acto de presencia en el lugar». No es cuestionable el que el sujeto activo fue plural, y que los trabajadores obstaculizaron la circulación de la carretera. Dudoso es que se haya producido un desorden de cierta entidad, puesto que si es más leve, ha de tener un encaje sistemático diverso. En el *factum* no consta que la ocupación de la calzada produjese la detención de un número elevado o reducido de vehículos, ni que el hecho ocasionase o no evidentes molestias a los usuarios, lo que, *ab initio*, impide valorar adecuadamente la gravedad de la obstaculización.

Por otra parte el propósito que guiaba a los jornaleros era «llamar la atención de fondos para el empleo comunitario, necesario para acogerse al régimen de desempleo agrario los que se encontraban en paro» sin que, indudablemente, pretendiesen atentar contra la paz pública. Por ello, dichas sentencias aprecian la falta del elemento subjetivo del injusto que configura el tipo legal de desórdenes públicos, al no poderse equiparar las expresiones «atentar contra la paz pública o alterar el orden». El elemento en cuanto subjetivo afecta a la culpabilidad, pero en cuanto integrante del tipo, atañe a la antijuricidad, siendo esencial en la determinación de la antijuricidad de la conducta la actitud anímica que el sujeto ha unido a ella y que se refleja en el tipo. Y en todo caso, las normas han de interpretarse, según el artículo 31 del Código Civil, en atención a la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas. Y el reproche social que hoy debe efectuarse ha de tomar en consideración no sólo

el resultado producido, el corte al tráfico temporal, y levemente de una carretera, sino al porqué de aquel resultado, es decir, sus motivaciones.

B) El artículo 35 de la Constitución Española consagra el que todos los españoles tienen el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para atender sus necesidades y las de su familia, y cuando tal exigencia básica no puede atenderse, debe obtenerse por las vías de las prestaciones de desempleo.

Entre el derecho al trabajo y el propósito de denuncia pública de carencia de aquel, y a su vez, la falta de fondos destinados al empleo comunitario, puede, en algunos supuestos, pugnar con el principio de orden que debe presidir la exteriorización pública de aquel derecho constitucional, cuando esta situación de paro, es endémica en determinadas zonas del país, lo que en ocasiones ha provocado la reacción aislada de los trabajadores que no sólo carecen de un puesto de trabajo, sino que, además no perciben las prestaciones de desempleo agrario, que les corresponde subsidiariamente por un retraso en el envío de dichos fondos. Conforme a la doctrina de interés preponderante, al igual que ocurre entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, debe ponderarse en cada caso, cuál de aquéllos debe prevalecer, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, y así, proclamar la prevalencia del primero, el orden público, no equivalente de la paz pública, y, por tanto, absolutamente intercambiables, cuando se adopte una actitud abiertamente subversiva, o se originasen vejaciones o daños de cualquier especie, o se promoviese incidente alguno, de especial cariz, con indudable alarma social. En otro caso, cual aquí ocurre, debe valorarse dicho comportamiento, no subsumible en el artículo 245 el Código Penal, al ser menos grave, y cuyo marco ha de incardinarse en el artículo 570.4 del Código Penal que tutela el mismo bien jurídico, el orden público, si bien de un modo leve. En consecuencia procede la estimación de ambos motivos, casando y anulando la sentencia de instancia, y dictándose a continuación la procedente.

Quinto. Al calificarse los hechos como falta, por estimación de los motivos cuarto y quinto, cuya sanción no lleva aparejada como pena accesoria la de suspensión del derecho de sufragio ni activo ni pasivo, decae, pues, su argumentación, y el motivo séptimo de los articulados por infracción de ley, con base en el artículo 5.4 LOPJ, e infracción del artículo 23.1 de la Constitución Española, debe perecer.

ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. ANIMO TENDENCIAL MEDIAL

(STS de 13 de junio de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Del relato inserto en el *factum* se aprecia en el proceder de los inculpados dos etapas o momentos evidentemente reveladores. Ante la noticia de que no les serían abonadas sus prestaciones por el empleo comunitario, acordaron entrar y permanecer en el Ayuntamiento hasta que les fueran abonados sus jornales y así lo hicieron durante tres días, «pero sin que esta ocupación interrumpiera ni perturbara el desarrollo de las actividades habituales en el edificio municipal, cuyas puertas permanecieron abiertas durante las horas del día». Ante la inoperancia de su decisión en orden al logro de los resultados apetecidos, fue cuando los procesados «decidieron cerrar las puertas de éste —el edificio municipal— y continuar en su interior para mediante la paralización de los servicios municipales y consiguiente alteración de la vida ciuda-

dana llamar la atención de las Autoridades cuando en la mañana del lunes los agentes de la policía y demás funcionarios municipales se dirigieron al Ayuntamiento para comenzar sus trabajos, no pudieron entrar al encontrar las puertas cerradas. La medición del Alcalde no logró que los acusados depusieran su actitud, en vista de lo cual se requirió la intervención de la Guardia Civil, sobreviniendo los hechos que se relatan, consignándose expresamente que, por razón de todo ello, «la actividad en el Ayuntamiento estaba totalmente paralizada, por no poder entrar persona alguna». La normalidad se restableció sobre las catorce horas de dicho día. No puede ser puesto en entredicho que aunque como motivación última pretendiesen los encausados llamar la atención de las Autoridades acerca de su situación laboral, que estimaban injusta, se propusieron y consiguieron, en contraste con el alcance de sus actos en la fase inicial, paralizar los servicios municipales y, merced a ello, alterar la vida ciudadana, en definitiva, atentar contra la paz pública, ocupando el Ayuntamiento e impidiendo el funcionamiento de sus servicios. Aún atendiendo a principios atinentes a la ponderación de bienes, puede concluirse que se traspasaron, y de modo grave, los límites tolerables, en el propósito de denuncia pública de una conflictividad laboral y de unas reivindicaciones prestaciones, con una dimensión y trascendencia que justifican la reprochabilidad que el tipo penal tenido en cuenta alberga. La aplicación del artículo 246 del texto sustantivo penal es correcta.

Y el motivo no merece acogimiento, al igual que el octavo en el que, por idéntica vía procesal, se señala infracción del artículo 585.5 del Código Penal, precepto que se dice violado al no haber sido aplicado.

ARTICULO 321. INTRUSISMO. TIPOS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 19 de junio de 1989. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primero. El delito de intrusión profesional, también denominado intrusismo y usurpación de calidad se halla regulado en el artículo 321 del Código Penal, cuyo precepto tras la reforma penal de 1961-1963, consta de un tipo básico, consistente en el ejercicio de los actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional, y de un tipo cualificado, subtipo agravado o circunstancia de concreción, descrito en el párrafo 2 del precepto estudiado, y que requiere, para su aplicación, que el culpable se atribuya públicamente la cualidad profesional. La jurisprudencia en sentencias de 28 de mayo de 1975, 5 de marzo de 1976, 5 de mayo de 1977, 28 de febrero de 1983, 23 de enero de 1984 y 21 de abril de 1988, entre otras muchas, se ha ocupado de la *ratio essendi* de la punición de estos comportamientos del sujeto pasivo que es triple —el Estado, la sociedad y los integrantes y ejercientes de la profesión de que se trate—, de los requisitos estructurales de esa infracción, entre los cuales figuran la realización de más de un acto de intrusión y la inocuidad de las conductas que entrañan la ejecución de actos propios de una profesión careciendo del correspondiente título cuando ello se efectúa gratuitamente y equivaliendo a una actuación de complacencia, amistad o buena vecindad, terminando dicha jurisprudencia por exigir, en el campo de la culpabilidad que, el presunto intruso tenga la conciencia o se represente que está invadiendo el campo de actuación reservado para ciertos profesionales dotados

de título legitimador de esas actividades, y, a pesar de ello, quiera ejercerlas de ese antijurídico modo.

Segundo. En este caso, y según se narra en el relato histórico de la sentencia de instancia, la procesada poseedora de una serie de títulos expedidos en el extranjero y que es miembro de la Asociación Latino Americana de Investigación y Docencia de la Acupuntura y Moxibustión, pero que no es Licenciada ni Doctorada en Medicina, en fecha no exactamente determinada, pero, al menos desde 1982, comenzó en Jerez de la Frontera a ejercer actividades, de acupuntura, reflexoterapia y revitalización, tratando, a quienes lo requerían, y era aconsejable, con las técnicas propias de estas disciplinas hallándose «en la firme creencia de que, en España, para ejercer la acupuntura no era preciso ningún título facultativo, sabedora que esa ciencia o técnica, no se enseña en las Facultades de Medicina de España».

Tercero. La sentencia recurrida para absolver a la acusada, del delito de usurpación de calidad, por el que fue acusada, se basa en dos razones o argumentos fundamentales, el primero de ellos, consistente en que, no impartándose en las Facultades de Medicina españolas, enseñanzas de acupuntura, reflexoterapia y revitalización, no se expiden, oficialmente títulos que autoricen y legitimen el ejercicio de tales actividades, por lo cual mal pueden usurparse funciones o actividades profesionales que no existen legalmente y que no corresponden a profesionales determinados que posean el título legitimador correspondiente y el segundo que hallándose la acusada en la creencia de que para ejercer esas técnicas no era preciso título expedido u homologado en España y, que, por tanto, y puesto que en el Estado español no se imparten tales disciplinas en las Facultades de Medicina nacionales, obra en su favor, una causa excluyente del indispensable dolo, como lo es el error invencible de prohibición al que se refiere el párrafo 3 artículo 6 bis a) del Código Penal.

Cuarto. Si por Medicina se ha de entender ciencia o arte de prevenir o precaver, y de curar las enfermedades humanas, no hay duda que ciertas ramas de la misma cuyas enseñanzas y ejercicio, ni se dan en las Facultades de ese ramo, ni se legitiman mediante la obtención de un título oficial, corresponden a los profesionales dedicados a Medicina General, hallándose, la clave en cuestión y la línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito, en sentencia de 23 de enero de 1984, merced a la cual cuando la acupuntura y lo mismo podría predicarse de la reflexoterapia y de la revitalización, se llevan a cabo, por prescripción facultativa o bajo la égida de un Médico, se trata de meras prácticas de ejecución, que no requieren la posesión de título o Licenciado o Doctor en Medicina, pero si el que ejecuta cualquiera de esas técnicas, antes de aplicarlas, practica exploraciones o reconocimientos clínicos, diagnóstica, pronóstica y decide una terapéutica determinada, está invadiendo las funciones reservadas para los profesionales de la Medicina y, si concurren los demás elementos estructurales del tipo, su comportamiento, con todo merecimiento, se incluirá en el artículo 331 del Código Penal.

Quinto. Por consiguiente, el primer fundamento exculpatario expuesto en la sentencia de instancia queda destruido, como con acierto, sostiene la entidad recurrente pero, como el segundo argumento esto es, el de la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente, en que se hallaba la procesada, no ha sido rebatido por dicha parte recurrente y, por otra parte, es absolutamente cierto que esas enseñanzas, no se imparten en las Facultades de Medicina de España, que no existe una especialidad, respecto a ellas, que requiera para su ejercicio, un título legitimador especial y que, la acusada, además de poseer diversos títulos extranjeros, pertenecía a la Aso-

ciación Latino Americana de Investigación de la Acupuntura y la Moxibusión, cuyos estatutos fueron aprobados por el entonces Ministerio de Gobernación, con fecha de 31 de marzo de 1977, es lo cierto que, la tesis del Tribunal Sentenciador en instancia, que gozó de la superioridad que supone la observancia del principio de inmediatez, resulta plausible y certera, adhiriéndose a ella esta Sala, la cual, en consecuencia estima procedente la desestimación del único motivo de este recurso, interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Cádiz, y fundado en el artículo 849.1 LECr, por violación del artículo 321.1 del Código Penal.

ARTICULO 346.1. DELITO DE RIESGO ALIMENTICIO. FIGURAS DE PELIGRO

(STS de 20 de junio de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández Cid)

A su vez, dentro de las infracciones de peligro, la doctrina científica distingue comunmente entre delitos de peligro abstracto, en los que el legislador presume que determinadas conductas entrañan «siempre» peligro, de manera que su realización es, sin más peligrosa y tipificada, y delitos de peligro concreto, que tienen prevista en la descripción típica la necesidad de que se haya producido una situación real de peligro, el que no puede, por consiguiente, presumirse o deducirse sin más como ligado en relación de causa a efecto de la realización de los elementos objetivos del tipo, sino que, contrariamente, exigen la demostración o prueba específica de que el peligro existió en la conducta o comportamiento concreto. Ello no supone la producción de un resultado lesivo propiamente dicho, pues este caso, de producirse, operaría por consunción sobre el delito de peligro, sino, simplemente, la verificación de este extremo sin posibilidad de presunción del mismo por la simple realización del comportamiento objetivo —activo u omisivo— tipificado. En el tipo de párrafo primero del artículo 246 del Código Penal el elemento copulativamente añadido de la existencia del peligro para la salud de los consumidores exige la verificación en cada caso, sin que pueda presumirse; se está así en presencia de una infracción de las que la doctrina alemana denomina como delitos de peligros abstracto-concreto, en los que la norma no se limita a descubrir una acción u omisión generalmente peligrosa conforme a un juicio de experiencia, sino que exige la comprobación de las propiedades del comportamiento para permitir conceptuar a éste, apto o idóneo para producir en su caso un peligro real para el objeto de protección.

ARTICULO 371. DENEGACION DE AUXILIO. ASISTENCIA MEDICA

(STS de 21 de junio de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

2. Debe distinguirse en orden al segundo tema propuesto, y lo hace con singular acierto la sentencia impugnada entre la visita al consultorio y la entrega del volante para el centro sanitario especializado, y el segundo episodio de los hechos —al siguiente día— cuando el estado del paciente, inmovilizado en su domicilio y sin posibilidad, por su estado físico, de traslado a un centro médico, reclama una inmediata asistencia que es reiteradamente solicitada por un vecino y familiares; había surgido

una situación distinta a la contemplada en la consulta del día anterior, y el gravísimo estado del paciente exigía una nueva consideración clínica del caso, la cual pasaba inevitablemente por la visita domiciliaria del médico de cabecera. No se hizo por el acusado, con incumplimiento no sólo de deberes reglamentarios (vid. art. 35 del Reglamento de 27 de noviembre de 1953), sino del deber de solidaridad y auxilio que en la profesión médica alcanza la mayor cota de exigencias; en conclusión es ajustada a derecho la tipificación de la conducta enjuiciada en el citado artículo 371 del Código Penal.

ARTICULO 396. MALVERSACION DE FONDOS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 26 de junio de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Los diversos tipos legales de malversación propia de caudales públicos ofrecen como nota común a todos ellos, la afección general a los intereses patrimoniales del Estado o de los demás entes públicos al patrimonio público, quebrantándose en aquéllos el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la Administración de la que depende.

Como requisitos integrantes de la figura de malversación propia acogida en el artículo 396 del Código Penal, pueden precisarse los siguientes: a) el elemento subjetivo determinado por la cualidad de funcionario público del sujeto activo, conforme al artículo 119 del propio Código punitivo; b) elemento objetivo, que se concreta en una realidad dispositiva de los caudales o efectos, que quiere decir poder del funcionario sobre el destino de los bienes, ya sea de hecho o de derecho, con tal de que en este último supuesto, en aplicación de sus facultades competenciales, pueda convertir la primitiva potestad de control o custodia en una efectiva disponibilidad material; c) los caudales o efectos han de gozar de la consideración de público, los cuales cobran tal naturaleza, tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al erario público, como cuando percibidos por el funcionario, surge en el ente el derecho a su entrega e ingreso en el patrimonio estatal o municipal, y d) una conducta típica consistente en aplicar a usos propios o ajenos dichos caudales, de tal forma que se empleen estos bienes para un fin distinto del que tenían originariamente asignados.

Aplicar en este caso, dice la sentencia de 7 de febrero de 1962 de esta Sala, significa un uso transitorio de carácter tan sencillo como el de la persona que teniendo a su cargo caudales públicos, los invierte en satisfacer temporalmente necesidades propias o ajenas. Lo peculiar, pues, de este tipo estriba en la falta de ánimo de apropiación por parte del funcionario. Es reiterada la jurisprudencia —Sentencias de 13 de abril y 19 de noviembre de 1981, 30 de diciembre de 1985— de esta Sala, que establece las diferencias entre el tipo delictivo del artículo 394 y el del 396, en que, en el primero, se requiere la concurrencia de *animus rem sibi habendi*, o intención de apoderamiento definitivo, mientras que en el segundo, falta la concurrencia del factor finalista de la malversación propia, como es el ánimo de lucro y la apropiación definitiva, y el que el apoderamiento ha de ser de mero uso, por desvío indebido de los fondos, intención que la propia Ley presume en beneficio del reo, cuando el reintegro se realice dentro de los diez días siguientes al de la incoación del Sumario, mientras que su no devolución, determina la imposición de las penas del artículo 394, por estimarse entonces que falta la voluntad de devolución y sí concurre la de apropiación.

Cuestión de especial relieve, es la referente a si la tenencia de los caudales, por parte del funcionario, ha de provenir de una competencia específica por razón del ámbito de sus funciones atribuidas, o si es suficiente que aquéllos se hallen a disposición del funcionario en atención a sus atribuciones generales, habiéndose producido la entrega como incidencia y en relación con el ejercicio de la función pública. Aun cuando existe alguna resolución discordante, es doctrina reiterada de esta Sala —Sentencias de 17 de enero de 1966, 23 de diciembre de 1967, y 20 de octubre de 1970—, la de que no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezcan o al servicio al que figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

La última de las resoluciones citadas comprende en el tipo de la malversación, aquellos caudales que el funcionario poseyere de hecho, aunque no se le estuviese atribuido de derecho la custodia, pues la ostentaba en virtud de sus funciones generales, por resultar suficiente el que fuera un mero servidor de la posesión oficial, siendo bastante que el funcionario que ejerce un servicio y detenta unos bienes públicos abuse de confianza en él depositada y deje indefenso al organismo.

ARTICULO 420. LESIONES GRAVES. DEFORMIDAD. PERDIDA DE PIEZAS DENTALES EN MAL ESTADO

(STS de 8 de mayo de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Resulta, por consiguiente, cierto que a consecuencia del delito cometido por el procesado el lesionado como resultado de la reyerta suscitada entre ambos, en los términos que la sentencia de instancia explica, perdió tres piezas dentarias. Esto es, entre la acción y la pérdida hubo inequívoca relación causal. La conclusión de la resolución invocada es, por tanto, correcta. El recurrente, lo que sin duda quiere introducir en el debate casacional es la idea de una ruptura del nexo causal, como resultado del mal estado de las piezas dentarias a consecuencia de la caries. Pero la pretensión no es atendible porque el mal estado ya reseñado de las piezas no excluye la tipicidad del hecho que viene configurado, sin excepciones, por la acción y la consecuencia, sin que el mal estado de las piezas perdidas, y otro tanto pueda decirse de la pérdida de otros órganos principales o no pueda afectar, aunque estuvieran en estado de deterioro, a la calificación jurídico penal del hecho, como aquí aconteció.

Menos aún puede aceptarse el argumento de que han de ser tenidas en consideración las circunstancias del sexo, edad y estado, anteriores y posteriores a la agresión, a efectos de calificación jurídico-penal porque en la actualidad ha de entenderse que todo el mundo tiene derecho a un estado físico y su alteración por parte de otra persona a través de una agresión si produce deformidad, bajo la acepción ya consagrada por la jurisprudencia de esta Sala, ha de dar lugar a la calificación que con acierto estableció la Sala de instancia, todo ello sin perjuicio del efecto que desde el punto de vista económico pueda producirse en orden a la responsabilidad civil.

**ARTICULOS 429 Y 430. VIOLACION Y ABUSOS DESHONESTOS.
RELACIONES, CONTINUIDAD, ABSORCION Y CONCURSO**

(STS de 5 de mayo de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

Cuarto. Resta por analizar el primero de los motivos, deducido por la representación de los procesados al amparo del artículo 849.1 LECr, por estimar que aquéllos han sido condenados por dos delitos (uno de violación y otro de abusos deshonestos), cuando debieron serlo, en su caso, por uno sólo: el de violación, dado que el abuso deshonesto «puede ser perfectamente subsumido por el delito de violación, ya que el propósito sería ese: violar». A tal fin destaca la parte recurrente que «el ánimo de yacer, y concretamente de eyacular, es el fin perseguido por el encartado». Implícitamente, por tanto, se viene a denunciar la aplicación indebida del artículo 430 del Código Penal.

Ciertamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia estima aplicables el principio de consunción o de absorción cuando los abusos deshonestos constituyen el preludio hacia el «yacimiento» en que consiste la «violación». Realizado el coito, «la violación subsume a los abusos». En el presente caso, sin embargo, el procesado Manuel, mediante las amenazas descritas en el *factum*, logró tener acceso carnal con la víctima al introducir su pene en la vagina de ésta: pero, al no conseguir eyacular, intentó penetrarla por vía anal y finalmente la obligó a ir al servicio y «a sentarse en la taza del wáter», donde la joven amenazada hubo de succionarle el pene hasta conseguir la eyaculación.

La eyaculación no es precisa para la consumación del delito de violación, basta para ello la *coniunctio membrorum*, aunque la penetración del pene no sea completa o no haya eyaculación o *inmissio seminis* (vid., *ad exemplum*, las sentencias de 1952 y 8 de octubre de 1969). No cabe decir, por tanto, como pretende la parte recurrente, que los actos posteriores al yacimiento deben quedar subsumidos en la violación. Es preciso entender por el contrario, que constituyen unos abusos deshonestos autónomos. Consumada la violación, la conducta posterior del hoy recurrente, al intentar penetrar a la mujer por vía anal y luego hacerlo vía bucal, obligando a la mujer a succionar el pene hasta lograr la eyaculación, supone una ulterior agresión sexual a la víctima y una notable agravación de su natural aflicción, que se compaginan mal con la subsunción pretendida y con el necesario respeto al principio de proporcionalidad de las penas. El motivo, por consiguiente, carece de fundamento y debe ser desestimado.

Dicho lo anterior, no es ocioso añadir que la reconducción de la conducta enjuiciada hacia una única figura delictiva podría hacerse por la vía del delito continuado. El artículo 69 bis del Código Penal, tras describirlo, previene especialmente que quedan exceptuadas del mismo «las ofensas a bienes jurídicos personales» —como sin duda, lo es la libertad sexual, que constituye esencialmente el bien jurídico protegido por los delitos contra la honestidad—, pero a continuación, añade: «salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva». La jurisprudencia de esta Sala ha estimado, dentro de este contexto, la existencia de delito continuado en casos de violación, resaltando que debe tratarse de «casos muy excepcionales» de iteración inmediata del coito con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, siempre que lo sea en el

marco de unas mismas circunstancias de tiempo y lugar, y bajo la misma situación intimidatoria (Sentencias de 31 de enero de 1986, 7 de marzo, 27 de mayo y 13 de diciembre de 1988).

Pese a que en el presente caso no ha existido una iteración del coito, y, por ello, no puede hablarse de una doble violación, sino de una violación y de unos abusos deshonestos posteriores, tal circunstancia no debe ser obstáculo para la posible apreciación del delito continuado, por cuanto concurren las circunstancias que la jurisprudencia ha tenido en cuenta para su estimación en los casos de doble violación (identidad de sujeto pasivo e identidad de ocasión y de circunstancias de tiempo, lugar y de situación intimidatoria), y el Código Penal admite la existencia del delito continuado cuando las acciones u omisiones objeto de enjuiciamiento infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales»; semejanza sustancial que no cabe negar que existe entre la violación y los abusos deshonestos violentos, de los artículos 429 y 430 del Código Penal, integrados en el mismo capítulo de los «delitos contra la honestidad», cuyo bien jurídico es el de la libertad sexual; especialmente cuando, como sucedió en el presente caso, los ulteriores abusos consistieron en introducir el pene del procesado en la boca de la víctima, llegando incluso a eyacular dentro.

ARTICULO 434. ESTUPRO DE PREVALIMIENTO. DIFERENCIAS CON EL INTIMIDATORIO. DEBILIDAD MENTAL

(STS de 14 de junio de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. La figura básica del estupro con prevalimiento recogida en el párrafo primero del artículo 434 del Código Penal tras la Ley Orgánica 7/1978, de 7 de octubre, requiere, amén del yacimiento y de una edad de la víctima entre 12 y 18 años, que la misma acceda al acto sexual en circunstancias tales que coarten hasta cierto grado su libertad, de manera que, como señala la sentencia de 9 de febrero de 1987, dicho prevalimiento llega a suscitar un problema de límites con la intimidación, cuestión ésta que debe resolverse atendiendo a que, si bien la fuerza compulsiva se dirige a la producción de un temor encaminado a vencer una voluntad adversa, el prevalimiento consiste en el aprovechamiento de circunstancias que, coincidentes en propiciar una relación de superioridad, motivan a la parte más débil en el sentido de dejar hacer a la contraria, sin que pueda hablarse —si no es con criterio muy amplio— de pugna real entre dos voluntades, pudiendo citarse a este respecto, conforme a una abundante jurisprudencia, de la que son muestras las sentencias de 2 de noviembre de 1986 y 14 de mayo de 1987, la convivencia doméstica, la vecindad o amistad familiar, la dependencia, el respeto venerencial y la notoria diferencia de edad, sobre todo cuando quien comete el yacimiento tiene más o menos reducidas sus facultades mentales, sea por enfermedad mental, sea por oligofrenia, sea por otra causa.

Segundo. Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, resulta obligada la desestimación del único motivo admitido a trámite en este recurso, ya que la impugnada calificación de estupro con prevalimiento se desprende sin dificultad desde los hechos probados. El procesado contaba 51 años, mientras que la mujer con la que yace, convecina suya y conocida desde varios años (es decir desde la niñez), tenía 14 años, padeciendo, además «oligofrenia con ligera debilidad mental», lo que explicaba su apodo de «la tonta del cortijo Tolino», de modo que, aun sin aquella deficiencia disminuía

«sólo en grado leve su capacidad intelectual y volitiva para comprender la trascendencia y significado del acceso carnal y rechazar el mismo», ha de concluirse que el ahora recurrente se aprovechó de las dos indicadas circunstancias para obtener un consentimiento viciado, tanto más cuanto que, según advierte algunas sentencias —así la ya citada de 14 de mayo de 1987— la debilidad mental hace a estas mujeres, sobre todo cuando se trata de adolescentes, particularmente proclives a los abusos sexuales porque a sus naturales y recién despiertas inclinaciones no corresponde un sistema de inhibiciones y de valores bien construido, sin olvidar, por último, que la conducta ahora enjuiciada revela como circunstancia complementaria la invitación a la muchacha para que montase en el automóvil del procesado, so pretexto de llevarla a la escuela y la conducción de la misma hasta determinado lugar, donde, «en medio del campo», y «tras advertirle que le pegaría si se lo contaba a sus padres», aquél, «venciendo sólo la débil resistencia opuesta por Encarnación, tuvo ayuntamiento carnal con ella en dos ocasiones, dejándola embarazada». Puede verse la exposición de este mismo criterio en la reciente sentencia de 3 de mayo de 1988, relativa a un supuesto muy similar al presente, en el que juega también papel fundamental la diferencia de edad y la torpeza mental de la estuprada.

ARTICULO 480. DETENCION ILEGAL. AUTORIA

(STS de 9 de junio de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Según la narración histórica, el proceso, al procederse a la ocupación de los locales y retención en los mismos de los funcionarios públicos que allí prestaban sus servicios, procedió a comunicar a los mismos los acuerdos asamblearios de no permitirles la salida al exterior, y además, indica que «en todo momento fue el interlocutor válido entre unos y otros y el portavoz de los ocupantes». Tan expresivas frases conducen «ex se ipsa» a la desestimación del motivo que se examina. Una vez más se ha de recalcar que una cosa es la realización del comportamiento típico y otro, no necesariamente identificable con él, es la ejecución material de los actos normativamente descritos de carácter objetivo. En un delito plurisubjetivo activamente lo decisivo es el dato del «dominio funcional del hecho» derivado del reparto de papeles en la dinámica comisiva. Si el asignado era nada menos que el indicado, la autoría a efectos del artículo 14.1 del Código Penal (por cierto no invocado como infringido, que hubiera sido el correcto) es indudable. Nada importa la falta de constancia de verificación de comportamientos materiales ejecutivos, pues lo decisivo; participación del acuerdo colectivo — con la carga conmitoria que implica— y actuación de portavoz de la muchedumbre delincunete comportaba ese dominio funcional y, con él, la asunción de un papel a título del autor.

ARTICULO 489 BIS. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DOCTRINA GENERAL

(STS de 16 de mayo de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

El artículo 489 bis del Código Penal castiga, como es sabido, al que no socorriere a una persona, que se hallare «desamparada y en peligro manifiesto y gra-

ve», cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, y al que «impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno»; precisando, finalmente, que el hecho será sancionado más gravemente «si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido».

La jurisprudencia de esta Sala, en referencia a esta figura delictiva, ha declarado que, para su existencia es preciso: 1.º) una conducta omisiva en los casos y circunstancias que describe el tipo; 2.º) una repulsa social de tal conducta; 3.º) conciencia del desamparo de la víctima, así como de la necesidad del auxilio y de la susceptibilidad del deber de actuar (vid., sentencia de 23 de febrero de 1981, 9 de mayo de 1983, 18 de enero de 1984 y de 13 de marzo de 1987, entre otras). De tal modo que, si la víctima no requiere auxilio, no hay delito (vid., sentencia de 19 de febrero de 1970).

ARTÍCULO 516 BIS, 1.º Y 4.º UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. ABSORCION EN EL ROBO

(STS de 20 de junio de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)

Segundo. La doctrina de esta Sala, en efecto, viene distinguiendo las tres hipótesis en que se pueden encontrarse relacionados los delitos de robo y de utilización ilegítima de vehículo de motor:

a) Un primer supuesto en que ambos delitos por estar consumados con total independencia deban ser estimados en concurso ya real, ya ideal.

b) Un segundo caso en que aún tratándose de acciones independientes, la conexión entre ellas reunan los requisitos objetivos y subjetivos del delito continuado, en cuyo caso se apreciará éste. Quedarán por tanto excluidos los supuestos en que el robo esté incurso en cualquiera de las dos especies de robo con violencia (física o moral) por cuanto el artículo 69 bis del Código Penal exceptúa de la continuación delictiva las infracciones que ataquen bien eminentemente personales, siendo posible en cambio tal aglutinación entre el robo con fuerza en las cosas y el de utilización ilegítima de vehículo de motor con fuerza in re o sin ella (vid., sentencia 11 abril 1989).

c) Finalmente, si la acción del robo violento se extiende en el apoderamiento de las pertenencias del perjudicado, al automóvil del mismo, se dará un solo delito de dicha especie, por virtud del mentado fenómeno de *progresión delictiva* dentro de una misma familia patrimonial de delitos, lo que, por otra parte, evita la indeseable consecuencia de que si la apropiación del vehículo hubiera sido definitiva hubiera quedado incluida dentro de la total acción depredatoria, en tanto que si el apoderamiento del automóvil hubiera afectado tan solo a la facultad utendi y se hubiera recuperado antes de transcurrir las veinticuatro horas a que se refiere el párrafo tercero del artículo 516 bis del Código Penal habría dos delitos, lo que sería completamente paradójico, tal como vienen afirmando las sentencias de esta Sala citadas por el recurrente.

Tercero. En consecuencia, no es que deba pensarse el delito de uso de vehículo de motor sin la calificativa de la intimidación por quedar esta absorbida en el delito de robo violento en cuyo ámbito tuvo lugar mentado ataque al uso, sino que es el delito entero de uso indebido del vehículo el que queda integrado

en el de robo violento, tal como también puntualiza el Ministerio Fiscal en su apoyo del recurso, de acuerdo en un todo con la doctrina de esta Sala antes expuesta.

Por lo mismo, estimado el único motivo del recurso que e ha mantenido por el recurrente, debe dictarse nueva sentencia en que se condene al mismo por los delitos de robo con intimidación y tenencia ilícita de armas, en los mismos términos proferidos en la sentencia de instancia y se le absuelva del delito de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno.

ARTICULOS 516 BIS 2.º, 505.4.º Y 510.3.º UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. FUERZA EN LAS COSAS. LLAVES FALSAS

(STS de 27 de junio de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

La expresión contenida en el factum que alude a «utilizando llave que no era la propia del vehículo, abrieron y se llevaron el vehículo» se ajusta a la precisión legal del artículo 510 número 3.º del Código Penal, puesto que no era aquella la destinada or el propietario para abrir la cerradura violentada por el culpable, lo que le incardina en el robo con fuerza en las cosas del artículo 504.5.º (sic); uso de llaves falsas, y por tanto, en el párrafo 2.º del artículo 516 bis, al haberse ejecutado el hecho empleando fuerza en las cosas, que resulta de la concordancia de los aludidos artículos 516 bis y 504.5.º (sic), en relación con el 510.3.º, todos del texto punitivo y así lo entiende la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencia de esta Sala —cfr. sentencias 30 octubre 1981, 3 marzo 1986 y 22 enero 1988—, que ha declarado que la referencia a la fuerza entre las cosas, supone una remisión a las modalidades del artículo 504 del Código Penal, y sin discusión alguna, toda vez que la fuerza se utilizó para abrir el vehículo y no para ponerlo en movimiento —cfr. sentencias Tribunal Supremo 4 febrero 1975 y la ya citada de 3 de marzo de 1983.

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. NATURALEZA

(STS de 4 de mayo de 1989. Pte. Sr. Barbero Santos)

Cuarto. El cuarto motivo, por infracción de Ley, subsidiario del anterior, con apoyo en el artículo 849.1 LECr, estima indebidamente aplicado el artículo 519, en relación con el 3, ambos CP, ya que el delito de alzamiento debió ser estimado en grado de tentativa.

El propio recurrente reconoce que es doctrina pacífica de esta Sala (SS 6 mayo 1946, 4 y 27 noviembre 1987) que el alzamiento de bienes es un delito de mero riesgo, o actividad, que se consuma por la causación de una situación de insolvencia total o parcial, sin que sea necesario que el perjuicio patrimonial se produzca.

Puesto que el legislador pretende que este perjuicio no se verifique ha anticipado la consumación a un estado anterior, lo que impide, lógica y técnicamente, como en todo delito de peligro, la posibilidad de apreciar las fases imperfectas

de consumación del delito. No cabe frustración ni tentativa. El delito es perfecto cuando al acreedor se le imposibilita satisfacer su crédito por la situación fraudulenta de insolvencia del deudor. Como aquí ocurre.

El motivo no puede prosperar.

ARTICULO 528. ESTAFA PREVIA A LA SUSPENSION DE PAGOS

(STS de 11 de mayo de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Unico. Los contratos civiles o mercantiles son vehículo o instrumento de desplazamientos patrimoniales y en su desarrollo pueden darse hipótesis de incumplimiento que salen de la órbita civil cuando en el momento del concierto o celebración subyace un ánimo o dolo defraudatorio, es decir, cuando el sujeto sabe de antemano —al exteriorizar su voluntad contractual— que no se halla en condiciones de hacer frente a la contraprestación ofrecida; este estado de conciencia, hay que deducirle de las circunstancias anteriores, simultáneas o posteriores que concurren en los hechos inferencia o deducción que, por tratarse de un juicio de valor, es revisable en el recurso casatorio si la parte perjudicada, en este caso la empresa vendedora y acusadora particular, se levanta contra la sentencia absolutoria e invoca la inaplicación de los artículos 528 y 529.1.º del Código Penal (motivo del recurso).

El acusado sostenía desde hacía más de tres años —tomando el hilo del relato— relaciones comerciales con la Sociedad Anónima «Hierros del Mediterráneo», a la que compraba materiales férricos para las actividades industriales que desenvolvía con un montante mensual y sostenido de cien mil pesetas, y en el mes de setiembre de 1983, hizo un pedido por un importe de cuatro millones setecientos setenta y siete mil setecientos sesenta y nueve pesetas (4.777.769 pesetas), presentando al mes siguiente expediente de suspensión de pagos. El análisis e interpretación de estos hechos permite afirmar la intención defraudatoria que inspiró la última petición de materiales por un valor muy superior a los pedidos mensuales y cuando el comprador se hallaba en trance de suspensión de pagos que tomó estado judicial un mes más tarde; la base argumentativa de esta aseveración reside en que al realizarse el último pedido la empresa del acusado pasaba por los momentos de crisis o de desarreglo económico que normalmente precede a las solicitudes de suspensión de pagos o de quiebra («tempus proximum decoctionis»), y en este estado, caracterizado por la demora y cesación en los pagos derivados de una situación de iliquidez o de larvada insolvencia, rompió el acuso —sin que conste la existencia de un momento excepcional de trabajo en su empresa— el ritmo habitual de las relaciones comerciales con una solicitud de materiales cuarenta y siete veces superior, dejando el crédito resultante, sometido a los avatares de una suspensión de pagos que no llegó a cristalizar en convenio alguno.

Ciertamente que este pedido excepcional y excesivo no pasó inadvertido a la Sociedad suministradora de materiales férricos, que exigió para la operación letras aceptadas y a menor plazo, pero ello no puede interpretarse como aceptación del riesgo de incumplimiento, porque tal precaución no incorporaba al crédito ninguna garantía eficaz contra el riesgo de insolvencia, ni autoriza a suponer que pudiera conocer la situación de inminente sobreseimiento de pagos en que

se hallaba el comprador, hasta entonces respetuoso con los compromisos adquiridos. Tampoco el expediente de suspensión de pagos purga o purifica un preexistente ánimo defraudatorio, aunque pudiera llegarse a un acuerdo satisfactorio a través del convenio; la solvencia no está reñida con el propósito o dolo de estafa, pero en este caso la situación económica de crisis o cesación de pagos enlazada a la petición de una remesa enlazada a la petición de una remesa de materiales desproporcionada con las compras habituales, funda no sólo sospecha, sino verosimilitud en orden a la voluntad defraudatoria inspiradora de la operación.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. LOTERIA. ABONO DE HECHO

(STS de 31 de mayo de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Tercero. El procesado «encargado», de la administración de lotería «con plenas facultades de administración de sus titulares», actuando en nombre y por cuenta del querellante, proporcionaba a éste los décimos referenciados, los que quedaban bajo su guarda hasta el momento en que comparecía el Sr. S. de C. a hacerse cargo de los mismos y a liquidar su importe, con las eventuales deducciones que procediera. El imputado no era dueño de los décimos en cuestión, sino poseedor «in nomine alieno», con obligación de entrega a su dueño, se encontraba respecto de aquéllos en una relación jurídica tal que suponía la recepción de los billetes con obligación restitutoria al ser requerido para ello. No puede menos de acusarse la presencia de un título en virtud del cual se constituye la posesión de las cosas con adyacente y conjunta obligación de entrega, iprescindiblemente ligada al propio título. Según la sentencia de esta Sala de 16 de junio de 1987, siendo cierto que sólo la apropiación de lo ajeno puede generar el delito definido en el artículo 535 del Código Penal, sin embargo, no es preciso que el dinero u otra cosa mueble lo haya recibido el sujeto activo del delito, es decir, que haya habido traslado material del objeto, pues basta la adscripción ideal «ex iure domino», para que surja la figura delictiva, ya que en nuestro ordenamiento jurídico tanto es admitida la tradición material, como la instrumental o simbólica o convencional, bajo las dos modalidades, «brevimanu» y «constitutum possessorium», en cuyo supuesto el vendedor se halla en posesión de la cosa mueble a título de dueño, y en virtud del depósito u otro título innominado, se transforma en posesión de cosa ajena, sin que haya desplazamiento material del «corpus possessionis», sino que sólo cambia el signo en virtud del cual se posee, pero con obligación de devolverla, cuando sea requerido a tal fin. En igual línea sentencias de 25 de mayo de 1981, 20 de diciembre de 1985, 24 de febrero, 9 de junio y 24 de diciembre de 1986, entre otras. Todo ello refuerza la conclusión de la sentencia, dado que, aun no produciéndose una tradición material de los títulos, en méritos a los pactos existentes entre las partes del Sr. S. de C. adquiría el dominio de aquéllos y el procesado se constituía en depositario de los mismos en el tramo temporal que iba desde la adquisición y guarda de los décimos hasta su efectiva restitución al querellante. La invocada sentencia de 12 de junio de 1979, por referirse a presupuesto fáctico claramente diferenciado del presente, relación ésta negocial mantenida y confirmada durante más de

quince años, nada supone en contra de las consideraciones que preceden. Y ello tanto se parta de que Eduardo B., adquiría desde un principio los décimos en nombre y por cuenta de S. de C., como de que, ostentando el primero una posesión de aquéllos en razón a su cualidad de encargado de la Administración, en base al convenio con el querellante transmutaba tu título posesorio por el de depositario de los billetes, los que se asignaban en propiedad al Sr. S. La actitud del inculpaado incorporando a su patrimonio los décimos premiados, negando la propiedad del Sr. S. de C. y oponiéndose a su entrega, supone el comportamiento típico del delito de apropiación indebida, ruptura de los límites contractuales mediante acto de disposición de carácter dominical. Ha de desestimarse el motivo, al igual que el segundo, en el que también por idéntica vía procesal del número 1.º del artículo 849 de la LECr, se señala vulneración por interpretación errónea del artículo 535 del Código, por decirse no existir previo «*constitutum possessorium*».

**ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. ALCANCE
DE LA REMISION PUNITIVA A LA ESTAFA. AGRAVACION
POR EL VALOR**

(STS de 9 de mayo de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

El *factum*, ciertamente, muy escueto, pone de manifiesto, como el procesado dispone en su provecho de las primas que recibía como agente a comisión de la Compañía de Seguros, y que debería remitir a aquélla, lo que no efectúa, haciéndolas suyas, por un montante de 2.741.442.

La incardinación de aquellos hechos en los artículos 535, 528 y 529.7.º del Código Penal, está justificada plenamente, por lo expuesto con anterioridad, en cuanto al primer precepto. Fue igualmente acertada la agravación, dada que la cuantía de la infracción supera con creces el límite a partir del cual, la doctrina de esta Sala, opta por el subtipo agravado. La remisión punitiva del artículo 535 de dicho texto punitivo, a su artículo 528, alcanza también el artículo 529, —*cfr. sentencias 10 febrero 1987—* y los límites para apreciar la agravación y se sitúan entre las 500.000 pesetas y el millón, para la circunstancia no cualificada, y por encima de ésta última para la de especial consideración —*cfr. sentencias 7 octubre 1986 y 3 junio 1988.*

ARTICULO 549.2.º INCENDIO. CHABOLAS

(STS de 5 de junio de 1989. Pte. Sr. García Miguel)

El precepto consignado en el artículo 552 CP es residual, en cuanto que se refiere a las *coss* no comprendidas en los artículos anteriores, o sea, que en él se atiende, exclusivamente, a los daños materiales que puedan producirse con el incendio, a diferencia de lo que acontece en los preceptos anteriores, en los que se atiende tanto a los daños materiales como a las situaciones de riesgo, participando, por tanto, de un carácter mixto, como indudablemente aconteció

en el caso, sin que pueda constituir el menor impedimento para la subsunción de los hechos en el artículo 549.2 CP la naturaleza del objeto o de la cosa a la que los procesados prendieron fuego, ya que dentro del concepto de edificio o casa habitada han de comprenderse toda clase de construcciones, por modestas que sean y sea cual fueren los materiales empleados en su construcción, siempre que constituyan el hogar o lugar de alojamiento de una familia, como lo era sin duda la chabola incendiada por los procesados, pues es dejar de prestar protección penal por razón de la naturaleza de la construcción no solamente implicaría añadir a la injusticia que supone el que haya familias que tengan la desgracia de tener que vivir en construcciones de tal naturaleza, la injusticia de privarles de la protección prestada a quienes tengan la suerte de vivir en construcciones de mejor calidad, sino también el desconocer una evidente y manifiesta realidad social, como es la de la existencia de numerosas familias para quienes las llamadas chabolas constituyen su única vivienda.