

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

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

## ARTICULO 4. PROPOSICION PARA DELINQUIR DESISTIMIENTO. ROBO

*(STS de 24 de octubre de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Primero.** Rechaza el proceso Jaime Araujo García en el primer motivo de su recurso que los hechos probados merezcan la consideración de una tentativa de robo con violencia o intimidación, pues, en su opinión, no pasarían de ser actos preparatorios impunes, e incluso admitiendo por vía hipótesis la existencia de un conocimiento de ejecución, el desistimiento hubiera impedido dicha calificación de tentativa. De ahí que el presente deba contraerse inicialmente a la existencia o no de actos incluíbles ya en la realización del tipo penal, cuestión ésta que merece una supuesta negativa, puesto que la parquedad del relato fáctico —sea por criticable redacción, sea por atenerse fielmente a lo acreditado— no incluye acción alguna perteneciente a los verbos rectores de la figura criminal aplicada: los procesados «se desplazaron a la Caja de Ahorros de Guillarey, en un coche de Jaime, y con una moto del mismo, con intención de asaltarla, pero, al ver que los empleados llamaban por teléfono, y suponer que lo hacían a la policía, desistieron de su propósito, marchando en el coche». No consta siquiera si llegaron a entrar en el local, ni si al menos lo intentaron, al igual que nada aparece sobre el uso o exhibición coactiva de las armas que llevaban (un revolver antiguo y una escopeta de cañones recortados). No cabe hablar, pues, ni de un comienzo de apoderamiento ni de un principio de aquella violencia o intimidación que completan el subtipo agravado de robo.

**Segundo.** La adopción de una argumentación no significa, sin embargo, la absolución por este delito, y ello porque, con el mayor respeto a la homogeneidad y, en definitiva, al principio acusatorio, la conducta descrita en el relato fáctico continúa siendo punible como conspiración para cometer esa misma infracción criminal. La conspiración, recogida en el párrafo primero del artículo 4 del Código Penal, pertenece a una fase del «iter criminis» anterior a la ejecución, por lo que tiene —hasta cierto punto— naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución (Sentencias de 7 de mayo de 1975, 19 de marzo de 1978 y 22 de abril de 1983), como una

especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas, pero que en todo caso —y «de lege data»— se caracteriza por la conjunción del «pactum scaeleris» o concierto previo, y la «reolutio firme» o decisión seria de ejecución (Sentencias de 11 de marzo de 1948, 19 de abril de 1965 y 17 de enero de 1986), requisitos ambos cuya concurrencia ha quedado aquí plenamente acreditada por la propia conducta externa, aunque ésta no tenga aún valor ejecutivo en sentido estricto. Puede parecer un contrasentido «prima facie» que se castiguen aquellos acuerdos —incluso sin el acompañamiento de una mínima proyección fáctica— cuando queda impune la conducta de uno solo individuo que, pese a encaminarse hacia la comisión última de un delito, no llega a constituir todavía forma imperfecta del mismo, pero la explicación viene dada precisamente por la mayor entidad y peligrosidad de esa ideación plurisubjetiva que bien tolera dicha denominación de coautoría anticipada.

**Tercero.** Rechazada en el primer fundamento jurídico de esta resolución la calificación de tentativa de robo, pero afirmada en su segundo la existencia de los requisitos básicos para la de conspiración por ese mismo delito, resulta oportuno considerar la posibilidad de aplicar a éste —en abstracto y en concreto— el *desestimiento* que el artículo 3 del Código Penal valora sólo en relación con la tentativa. Por lo que atañe al terreno de los principios, la sentencia de 21 de octubre de 1987 abunda en la línea favorable a la equiparación, y recuerda que el silencio del Código penal sobre la posibilidad del desestimiento en el conspiración no implica necesariamente su rechazo, habiéndose posicionado los comentaristas en el sentido de que la conspiración constituye a estos efectos una verdadera tentativa de participación, por lo que el desistimiento de los conspiradores los coloca en idéntica situación a la prevista en el párrafo tercero del artículo 3 del Código Penal, si no se desea tratarles pero que a quienes realizan o participan en un delito ya en vías de ejecución; todo ello de acuerdo también con la jurisprudencia mayoritaria, pues, si bien en alguna vieja resolución (así la de 5 de junio de 1948) se afirma que la coincidencia de voluntades en el propósito criminal supondría la «consumación» de la conspiración, y conllevaría la irrelevancia de ulterior desistimiento en la tentativa y en la conspiración ha sido aceptada en repetidas ocasiones (Sentencias de 5 de julio de 1948, 19 de abril de 1965 y 19 de marzo de 1978, amén de en la propia sentencia de 21 de octubre de 1978).

**Cuarto.** En el caso concreto de autos donde el desistimiento no puede ser estimado, ya que su voluntariedad se halla en contradicción con el relato fáctico: los tres procesados llegan a la sucursal de la Caja de Ahorros, con intención de asaltarla y provistos de armas para ello, «pero, al ver que los empleados llamaban por teléfono y suponer que lo hacían a la policía, desisten de su propósito, marchando en el coche, siendo localizados por la Guardia Civil». Dicho de otra forma, su propósito criminal quiebra únicamente por razones relativas a la aparición de obstáculos para la realización del hecho conforme a lo planeado, y en esas condiciones no cabe apreciar el indicado presupuesto legal que priva de tipicidad a la tentativa (o a la conspiración), tanto más cuanto que la *jurisprudencia se ha negado a reconocer la distinción que algún sector doctrinal traza entre los impedimentos absolutos y los relativos, negando así la eficacia del desistimiento en el primer caso y afirmándola en el segundo.* El rechazo del desisti-

miento ha sido una constante de esta Sala también cuando los obstáculos con que inesperadamente tropiezan los autores sólo comportan mayores dificultades de ejecución o mayor riesgo de descubrimiento (Sentencias de 11 de octubre de 1988, 4 de mayo de 1929, 14 de octubre de 1957, 22 de mayo de 1965, 13 de octubre de 1970, 21 de diciembre de 1988, resolución esta última recaída en su puesto no muy lejano al que ahora nos ocupa).

#### **ARTICULO 8.12.ª OBEDIENCIA DEBIDA. DOCTRINA GENERAL**

*(STS de 20 de noviembre de 1989. Pte. Sr. Delgado García)*

**Cuarto.** Para la exención de responsabilidad penal por *obediencia debida* a que se refiere el n.º 12 del artículo 8.º del Código penal ha de existir necesariamente, como requisito objetivo, una orden dada en el ámbito de una relación jerárquica que el subordinado debe obedecer porque, al menos en apariencia, es lícita, ya que se refiere a materia propia de la competencia del superior y cumple las formalidades habituales en esa clase de mandatos. Cuando el superior en el cometido de las funciones propias del cargo dicta una orden con las formalidades propias del caso, el inferior debe cumplirla, pues en caso contrario puede incurrir en el delito de desobediencia del artículo 369 de dicho Código. Sin embargo, dice el párrafo II de este último artículo, no existirá tal responsabilidad por desobediencia cuando el funcionario público subordinado no dé cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley. Normalmente, cuando la orden sea constitutiva de delito, existe esa infracción patente en la ley, no habrá deber de obedecer y, por tanto, no podrá operar esta eximente. Pero puede ocurrir en ciertos delitos que no exista esa claridad en cuanto a la ilicitud del mandato. Puede suceder que al respecto de la cuestión sea dudosa y en ese caso el funcionario subordinado no tenga que examinar el posible contenido delictivo de la orden recibida precisamente por la relación de jerarquía existente.

Este es el campo de actuación de la obediencia debida del n.º 12 del artículo 8 del Código penal como causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Cuando la orden recibida, cuyo cumplimiento origina la comisión de una infracción penal, no es clara y manifiestamente ilícita, y el subordinado, que la ha recibido en el ámbito y con las formalidades propias de una relación funcional, cree que es legal y en tal creencia la cumple, queda exento de responsabilidad criminal por haber obrado en virtud de obediencia debida, siempre que este error pueda ser calificado de invencible según las circunstancias del caso.

Junto a ese requisito objetivo, antes indicado, consistente en la realidad del mandato dado en el ámbito de una relación jerárquica y con las formalidades propias del caso, ha de concurrir este otro de carácter subjetivo, el haber obrado con el error invencible de que la orden recibida era lícita.

**ARTICULO 9.1.º y 8.1.º. EXIMENTE INCOMPLETA. DEBILIDAD MENTAL***(STS de 4 de diciembre 1989. Pte. Sr. García Ancos)*

**Segundo.** Partiendo de ese planteamiento, y también del dato concretado en la narración fáctica de que la procesada y ahora recurrente estaba afectada de una *debilidad mental* con disminución de su coeficiente intelectual en una proporción de 67 que «disminuye su imputabilidad, pero no la anula», hemos de llegar a la conclusión de que el tribunal «a quo» hizo una acertada calificación jurídica al entender que en el área de la imputación es de apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, consistente en una *eximente incompleta* del número 1.º del artículo 9 y no considerar que sea adecuado, como se pretende, la completa exención de la responsabilidad criminal que regula el artículo 8.1.º del mismo Código penal. Y es que, además de que, como indica el Tribunal de Instancia, esa debilidad mental que sufre la inculpada, no tiene entidad suficiente para anular por completo sus capacidades volitivas e intelectuales, hay que tener en cuenta que esta Sala ha venido proclamando en diversas sentencias y, en concreto, en las de 22 de enero, 27 de abril y 3 de octubre de 1987, que en *la oligofrenia* (que es la enfermedad examinada en este caso) *hay que distinguir diversos grados* cual son, en esencia, los siguientes: la «*idiocia*», en la que la edad mental del sujeto es inferior a los cuatro años y sólo representa, como máximo, el 25 % de la normalidad; la «*imbecilidad*», cuyo coeficiente intelectual fluctúa entre ese 25 % y el 50 %, y cuya edad intelectual puede situarse entre los cuatro y ocho años; la simple «*debilidad o retraso mental*» que ha de comprenderse entre los ocho y once años y coeficiente entre el 50 % y el 70 %; y por encima de los anteriores, sin llegar a la total normalidad, la llamada «*torpeza mental*». Ante esa división de grados, que tales sentencias hacen, basándose en estudios científicos, la Jurisprudencia llega a la conclusión de que la eximente completa del número 1.º del artículo 8 sólo puede aplicarse a los dos primeros supuestos («*idiotas*» e «*imbeciles*»), considerando parcialmente imputables a los que sufren de simple retraso mental (como es el caso que nos ocupa) y totalmente imputables a los que solamente padecen una torpeza mental. Pero es más, y para finalizar esta breve exposición, aunque pudiera entenderse que esa graduación tan tajante hecha hasta ahora por la Jurisprudencia ha quedado un tanto desfasada en relación con las calificaciones de la Organización Mundial de la Salud, también hemos de entender que el déficit intelectual de la ahora enjuiciada no puede conducirnos a una exención total de su culpabilidad, tanto si nos fijamos en el origen genético de su estado psíquico (enfermedad en sí), como en la influencia que otros agentes externos y sobrevenidos hayan podido tener influencia en su producción o agravación.

**ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. IMPRUDENCIA EN EL TRAFICO RODADO. RELACION PATERNOFILIAL***(STS de 20 de diciembre 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)*

**Segundo.** En el tercero de los motivos, encauzado a través del número 1.º del artículo 849 de la L.E.Cr., se alega la infracción del artículo 22 del Código

penal; no hay actividad probatoria —se dice— para afirmar el acuerdo entre padre e hijo en la dinámica de conducir, a través de la que se cometió el ilícito penal. La improsperabilidad del primer motivo, y en la consiguiente intangibilidad y subsistencia del relato fáctico, impide sin más la estimación del presente. Más, aunque así no fuese, es lo cierto que la única constancia existente en los autos es que el automóvil era propiedad de Mariano Martín Cano y conducido por su hijo autorizadamente, es una cesión de uso que no aparece fuera genérica e ilimitada, sino antes del bien ocasional (folios 17, 124 y 130); el procesado se hallaba prestando el servicio militar, al igual que sus acompañantes (f. 23). El artículo 22 del Código penal ha sido modernamente objeto por parte de los tribunales de una interpretación distendida y amplia, sintonizando con la prescripción del artículo 3.1 del Código civil y sensibilizándose con la realidad social de nuestro tiempo, ante la proliferación de siniestros dimanantes de la circulación automovilística. El infractor y el presunto responsable civil subsidiario han de hallarse ligados por una relación jurídica o de hecho, originadora de un vínculo entre ambos, traducido, cuando menos, en la posibilidad de una potencial intervención del último en la actuación del culpable directo. Para la jurisprudencia quedan efectos a dicha responsabilidad civil subsidiaria los dueños o propietarios de vehículos de motor que los dejan o ceden en régimen de utilización transitoria a familiares, amigos o conocidos, por un tiempo mayor o menor, para su uso o disfrute; si el «dominus» mostró su beneplácito o aquiescencia a la actividad o función del agente, estando en sus manos no sólo la permisiva iniciación de la misma sino su perduración o cese, es lógico que se vincule patrimonialmente al mismo con las consecuencias dañosas que el riesgo desatado por un negligente proceder provoque (Cfr.: sentencias de 28 de octubre de 1982, 10 de abril de 1983 y 22 de mayo de 1989, entre otras). La responsabilidad civil subsidiaria reconocida en la sentencia ha de considerarse correcta y el motivo ha de ser desestimado.

## **ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO. IMPRUDENCIA DE UN SOLDADO**

*(STS de 20 de noviembre 1989. Pte. Sr. Ruiz Vardillo)*

**Segundo.** Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se alega infracción del artículo 22 del Código penal estimando que el refuerzo de los principios de legalidad y seguridad jurídica hacen preciso un planteamiento riguroso de la responsabilidad subsidiaria de los Entes Públicos.

Ciertamente, que tratándose de una responsabilidad, consecuencia de la creación de un riesgo por parte del responsable civil subsidiario, hay que proceder con el respeto debido a los principios generales y especiales que gobiernan esta materia, pero tampoco hay duda de que el Estado cuando se trata de una persona que actúa para él dentro de una determinada relación de servicio, caracterizada inequívocamente por la nota de dependencia, aunque sea especial como en este caso y en tantos otros que viene reconociendo la jurisprudencia, debe responder.

Todos los principios del Derecho suelen ofrecer una proyección pluridimensional y, también por supuesto, el de seguridad jurídica que se invoca por el recurrente. precisamente el ensanchamiento, con criterio progresista, y de amplio e indiscutible

sentido social, que ha caracterizado a la jurisprudencia de ésta respecto a la interpretación del artículo 22 del Código penal ha tenido como una de sus finalidades otorgar a las víctimas en todos los casos en que ésta ha sufrido un daño o a los perjudicados, cuando la muerte se trata, de un «status» de seguridad, respetando siempre los principios informadores del Derecho, que permita (al perjudicado, entendida la expresión en sentido general) el adecuado resarcimiento sin perjuicio del juego de las correspondientes acciones entre el causante del daño y el responsable civil subsidiario, recuperadoras del equilibrio económico sufrido por quien paga en sustitución del responsable penal.

En explicación más pormenorizada de la conclusión a la que esta sala llega respecto al tema debatido, hay que señalar que es doctrina constante y reiterada de la misma que los organismos, establecimientos o corporaciones de cualquier naturaleza que operen como empresa, entendida la expresión en sentido muy amplio, pueden ser responsables civilmente, conforme el artículo 22 del Código penal. No sólo esto, también es doctrina incontestable que el Estado, las Comunidades Autónomas y demás Entes públicos pueden ser responsables civiles cuando actúan, en general y sin más, como personas jurídicas.

La razón de la progresiva acentuación de este tipo de responsabilidad hacia la objetividad, superando fundamentos hoy inservibles, en muchos casos, como los de la culpa «in eligendo» o «in vigilando», no es otra que el abandono de viejas concepciones y el establecimiento de nuevas soluciones para dar una respuesta válida y eficaz a problemas muy graves y dramáticos derivados de la insolvencia de quienes fueron autores de un hecho penal realizado en el ejercicio de una actividad pública o privada, o con ocasión de ella e incluso en los supuestos en los que se acredita, —aquí sí se exige un elemento adicional culpabilístico— un defectuoso funcionamiento de los servicios del Estado en cuanto anomalía originadora o favorecedora del hecho delictivo como en determinados supuestos de muerte o lesiones producidas por un recluso a otro en un establecimiento penitenciario.

De esta manera muchas de las nociones clásicas en el Derecho, incluido el Derecho Civil, a través de la caracterización de los llamados daños colectivos o difusos, de la crisis del concepto tradicional de culpa en sede de responsabilidad civil, de la misma idea de responsabilidad penal de las personas jurídicas, hoy tan de boga, protagonizan unos profundos cambios. Todo ello pone de relieve que la sociedad exige en la actualidad y legítimamente unos resarcimientos rápidos y auténticamente reparadores cuando la víctima es ajena al hecho causante producido con motivo u ocasión del ejercicio de una actividad o servicio para otro, sin perjuicio, como es obvio, de las acciones que con posterioridad y como ya se ha dicho, se puedan ejercitar entre quien pago la indemnización como responsable civil subsidiario y quien fue autor del daño favorable económicamente.

*La Administración del Estado está sometida en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código penal, sin ningún tipo de excepcionalidad, a los principios generales informadores de nuestro Ordenamiento que en la actualidad nacen de manera inmediata y directa de la Constitución (V. artículo 106).* La circunstancia de que el Estado aparezca expresamente citado en el artículo 1.093 del Código civil y no en el 22 del Código penal no puede conducir a una interpretación que excluya dicha responsabilidad, en todo caso, del Estado cuando de acto penal se trate. No hay ninguna razón para ello porque entre uno y otro

supuesto existe un denominador común indiscutible y seguir tal orientación conduciría a una contradicción interna del propio sistema, dado que en materia de responsabilidad civil, aunque sea dentro del ámbito penal, es utilizable, con plena ortodoxia, la aplicación analógica, coherente y armónica del sistema contemplado en su conjunto (V. artículo 4.1 del Código civil).

Ciertamente que *entre el soldado que presta el servicio militar en las Fuerzas Armadas y el Estado o la Administración Pública no se da una relación inscribible en el artículo 22, de acuerdo con su texto literal, pero en tal precepto se trata de una descripción ejemplificada y no exhaustiva*. También es indudable que el Estado no persigue, en estos casos, lucro, pero tampoco éste es dato indispensable para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria del artículo citado, teniendo en cuenta que la circunstancia decisiva en este orden de cosas viene representada por la prestación de un servicio por cuenta de otro produzca o no lucro en el sentido estricto de la expresión y cuyo cumplimiento o con ocasión del mismo se produce un delito.

La realidad social a la que el artículo 3.1 del Código civil llama como elemento decisivo, entre otros, a la hora de interpretar las normas y el principio de economía procesal conducen al entendimiento del artículo cuestionado de acuerdo con la doctrina de esta Sala, ya recordada. La solución que consistiera en actuar la pretensión indemnizadora en vía civil o contenciosa, después de resuelto el problema jurídico-penal, cuando el hecho base está acreditado, sería atentar al principio acabado de recordar, de economía procesal, que si con su aplicación no se contradicen las ideas de justicia, tiene plena vigencia, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y ha de ser elemento coadyugante en la tarea de entender el verdadero e histórico sentido de las leyes, como sucede en este caso.

Procede, por consiguiente, con la desestimación del motivo la del recurso.

## ARTICULO 66. INDIVIDUALIZACION PENAL. EXEGESIS

*(STS de 12 de julio de 1989. 1.º Te. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Tercero.** Fuera ya de la estricta línea casacional, conviene aludir a la observación del Ministerio Fiscal en sentido de que en dos de los robos sancionados, —el primero y el tercero— se habrían impuesto penas superiores a las debidas conforme al **artículo 66 del Código penal** en relación con la regla 4.ª del artículo 61 (dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, correspondientes al grado máximo —y no al mínimo o al medio— de la pena obtenida rebajando la previa para el subtipo de robo violento o intimidatorio del número 5.º y párrafo final del artículo 501 del repetido texto legal). Cierto es que tal individualización pecaría de excesiva —al menos por un día— conforme a la jurisprudencia, quizá todavía mayoritaria, que acude al mencionado artículo 61 para la fijación última de la pena degradada previamente en uno o dos escalones, pero dicho criterio tropieza con la triple objeción del tenor literario del artículo 66, de sus antecedentes históricos y, en numerosos supuestos, de la natural repulsa a los espacios vacíos o individualización «per situm» (Sentencias de 25 de mayo de 1973, 15 de octubre de 1975, 1 de julio de 1980, 19 de diciembre de 1981, 17 de junio, 10 de julio y 21 de noviembre de 1986, 8 de noviembre de 1987 y 23 de marzo de 1988, entre otras).

**ARTICULO 69, BIS. DELITOS CONTINUADOS. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

*(STS de 23 de septiembre de 1989. Pte. Sr. García Pérez)*

**Quinto.** La conjunción de las calificaciones ataque a la moral sexual individual y ataque a la libertad personal globalmente considerada permite seleccionar dos grupos delictivos en que el carácter eminentemente personal de los bienes jurídicos ofendidos alcanza la máxima cota: las violaciones comprendidas en el artículo 429 del Código penal y los abusos deshonestos —ahora «agresiones sexuales»— contemplados en el artículo 430.

**Sexto.** Los delitos comprendidos en esos «preceptos» quedan, por lo expuesto, excluidos del instituto de la continuidad: salvo, excepcionalmente y como viene definiendo cierta línea jurisprudencial de esta Sala —véase sentencias de 13 de diciembre de 1988, 6 de octubre de 1988 y 27 de mayo de 1988—, cuando las características del «hecho» determinado permitan lo contrario: casos de repetición de la acción sexual entre los mismos sujetos y sin solución de continuidad en el tiempo, en el lugar y en la ocasión física o psíquicamente agresora.

**ARTICULOS 69. BIS., 429 y 430. ABUSOS DESHONESTOS. MUJER MENOR DE DOCE AÑOS. DELITO CONTINUADO**

*(STS de 23 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Moyna Márquez)*

**Segundo.** La jurisprudencia de esta Sala —no sin excepciones— ha sido renuente en la aplicación de la comisión continuada al delito de abusos deshonestos (*vid.*, por todas la reciente sentencia de 23 de septiembre pasado); sin un criterio uniforme se ha hecho referencia, para explicar la exclusión de esta figura, a la consumación de la ofensa en cada ocasión, a la falta de unidad de propósito como elemento subjetivo común de las acciones, a la necesaria unidad del sujeto pasivo en el caso de afectar a una pluralidad de sujetos, y se ha acudido, finalmente, al bien jurídico protegido que es personalísimo en estas infracciones penales.

La primera afirmación no tiene apoyo convincente por ser característica básica del delito continuado la pluralidad de acciones que podrían ser objeto de una unitaria consideración penal; la falta de unidad de dolo o de resolución tampoco es argumento onstativo, porque la jurisprudencia más próxima a la Ley de 1983 ya se refería al aprovechamiento de idéntica ocasión —dolo homogéneo y renovado—, y el texto del artículo 69 bis. comprende esta hipótesis junto a los supuestos de dolo global o conjunto que abarca desde el primer momento la totalidad del resultado. Mención más detenida merecen la unidad del sujeto pasivo y la exigencia de un bien jurídico no personalísimo, porque —respecto del primer punto— la doctrina parecía estar de acuerdo en exigir dicha unidad, siempre que los bienes lesionado o puestos en peligro fuesen personalísimos; sin embargo, el texto legal vigente, ratificando los últimos criterios jurisprudenciales, no pone obstáculos a la admisión de la figura del delito continuado en la hipótesis de sujeto pasivo plural, y acepta la posibilidad de extenderla a la ofensa de bienes eminentemente personales como la libertad «sexual» (expresiva sustitución de la palabra «honesti-

dad» en la Ley del 3 de enero de 1989), atendida a la naturaleza del hecho y del precepto infringido, punto este último donde se centra la más seria controversia.

El artículo 430 del Código penal, que se remite al artículo 429 del mismo texto, no recoge un sólo tipo de abusos deshonestos, de la misma manera que no hay un sólo tipo de violación: junto a los abusos sexuales propios y genuinos en los que se utiliza fuerza e intimidación, se penalizan abusos de prevalimiento en los números 2.º y 3.º del artículo citado; y así como en el primer caso el bien jurídico protegido es la libertad sexual, en los dos supuestos siguientes se ha hablado de violencia presunta y de la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona, porque la idea de libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio sexual, y los menores y los privados de razón o sentido carecen de capacidad de comprender el significado y transcendencia de los actos sexuales y, consecuentemente, de autodeterminarse; sin embargo, el derecho de estas personas a estar exentas o libres de cualquier daño de orden sexual ha inspirado ese *concepto de intangibilidad o de indemnidad* que ha tomado cuerpo en el Anteproyecto de 1983 al titular de la rúbrica «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», comprendiendo en estos términos la modalidad violenta y las de abuso sexual, y distinguiendo en la penalidad uno y otro supuestos.

Sugiere esta breve digresión la diferencia cualitativa entre la violación y los abusos deshonestos del número 1.º del artículo 429, y los previstos en los dos números siguientes, porque esta diferencia en el «precepto infringido», junto a la naturaleza de los hechos, aconsejan levantar la proscripción de la continuidad delictiva en los supuestos últimamente expresados, manteniéndola para las agresiones sexuales violentas o intimidatorias, con las salvedades introducidas por la doctrina de esta Sala (iteración inmediata del acto sexual con el mismo sujeto pasivo en el marco intimidatorio creado —sentencias de 31 de enero de 1986, 7 de marzo y 13 de diciembre de 1988—, y concurrencia de violación con abusos deshonestos posteriores —sentencia 5 de mayo de 1989).

*En definitiva, debe admitirse la continuidad delictiva en unas acciones de abuso sexual del profesor con unas alumnas de su clase menores de doce años, aprovechando ocasiones idénticas —con motivo de la corrección de exámenes—, todas ellas en conexión espacial y temporal, y con identidad de precepto legal violado; y, por ende, incurre la sentencia recurrida en la infracción por aplicación indebida del artículo 69 bis, del Código penal, debiendo ser estimado el motivo tercero del recurso.*

#### **ARTICULO 204. BIS. DELITO DE TORTURA. ALEVOSIA**

*(STS de 20 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

*El artículo 204 bis, del Código penal, y que sanciona en su párrafo primero, a la autoridad o funcionario público que en el curso de una investigación policial o judicial, y con el fin de conseguir una declaración o testimonio, cometiese alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del Título VIII y capítulo VI del Título XII del referido texto legal, como dijo la Sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 1985, no constituye más que un tipo cualificado y agravado del delito, en el caso enjuiciado, de un delito de lesiones menos graves, producidas en el curso de una investigación policial por los funcionarios que las realizan,*

por lo cual, en el puro campo dogmático, no habría obstáculo para la aplicación de la agravante cuetionada. Ahora bien, es muy discutida en la doctrina científica, si la alevosía debe ser una nota constitutiva del tipo de *tortura*, pues por su propia naturaleza, aquella, *implica indefensión para la víctima*, al encontrarse ésta prácticamente al arbitrio o voluntad del sujeto activo, y esto constituye el fundamento de la gravedad específica de las penas con que se sanciona aquella infracción. Así lo declaró la sentencia de esta Sala de 5 de julio de 1985, «pues la acción realizada de esta forma en relación con el delito apreciado, y con los que son objeto de las acusaciones van inherentes a la tipicidad de los mismos».

### ARTICULO 237. DESOBEDIENCIA GRAVE. DOCTRINA GENERAL

(STS de 5 de julio de 1989. Pte. Sr. Vivas Marzal)

**Primero.** El delito de *desobediencia grave*, regulado en el artículo 237 del Código penal, es una infracción contra la seguridad interior del Estado, cuya réplica contravencional se halla en el número 5.º de dicho cuerpo legal. Desobedecer equivale al incumplimiento de una orden o mandato emanado de la Autoridad, o de sus agentes, mandato que, para ser legítimo, deberá revestir las formalidades legales y hallarse dentro de la competencia quien lo da. Dicha orden debe tener naturaleza concreta, y no abstracta, y dirigirse o hallarse especialmente destinada al sujeto que debe obedecerla, engendrando, su legitimidad, el deber correlativo de acatamiento, deber que no surgirá si el que ordena no es competente o el mandato no reviste las formalidades legales —TS SS 4 junio de 1910 y 22 de mayo de 1935—. La naturaleza de la acción de desobedecer depende de que el mandato implique un hacer o no hacer, por lo cual, en el primer caso, se tratará de una omisión, y, en el segundo, de una acción propiamente dicha o en sentido estricto. Aunque no toda la doctrina está de acuerdo en la necesidad de dolo específico de burlar y escarnecer el principio de Autoridad, este Tribunal, en SS 12 de julio de 1901, 6 de marzo de 1915, 5 de enero de 1933, 16 de noviembre de 1942, 12 de diciembre de 1950 y 20 de octubre de 1965, entre otras muchas, ha exigido voluntad, en el infractor, o actos de oposición al cumplimiento de la orden o del mandato, persistente y reiterados. Finalmente, la línea divisoria, tenue y sutil, entre el delito y la falta, la hallan las TS SS 22 de junio de 1920, 20 y 30 de mayo de 1922, 24 de marzo de 1942, 10 de junio de 1963 y 23 de junio de 1965, entre otras, en la reiterada y manifiesta oposición, grave actitud de rebeldía, persistencia en la negativa, en el cumplimiento firme y voluntario de la orden, y, en fin, en lo contumaz y recalcitrante de la negativa a cumplir la orden o mandato.

### ARTICULO 237. RESISTENCIA GRAVE. DOCTRINA GENERAL

(STS de 14 de septiembre de 1989. Pte. Sr. García Miguel)

**Primero.** Como a la «resistencia» constitutiva del delito se alude por igual en los artículos 231 y 237 del Código penal sin que normativamente venga claramen-

te establecida la diferencia entre ambas modalidades la Doctrina y la Jurisprudencia se han visto obligadas a determinar cual fuese el criterio diferenciador procedente para la debida distinción entre ambas figuras delictivas y, al efecto, han coincidido en señalar que nota distintiva entre la resistencia grave que constituye el delito de atentado y la no grave que constituye el delito de resistencia radica en el carácter activo de la primera y en el pasivo de la segunda, o sea, que deberá reputarse grave cuando vaya acompañada de acometimiento o el empleo de fuerza o intimidación y no grave cuando sea meramente pasiva o inerte, aunque aún en este caso es necesario, que sea manifiesta y tenaz como ha declarado esta Sala, entre otras, en sentencias de 28 de octubre de 1975 y 28 de enero de 1982.

#### **ARTICULOS 302.4.º y 303. FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. AMBI- TO DE LA FE PUBLICA NOTARIAL**

*(STS de 15 de julio de 1989. Pte. Sr. Moyna Méndez)*

*No todas las manifestaciones inveraces de los particulares ante Notario merecen la calificación de falsedad en documento público; solamente tienen dicha trascendencia las que inciden en la fe probatoria del documento o en extremos esenciales que el fedatario garantiza; aquellas otras, de las que el autorizante es mero transcriptor, aunque insinceras, no crean el tipo de falsedad documental ideológica del número 4.º del artículo 302 del Código penal al que hace expresa remisión el artículo 303. Fluye esta consecuencia de la consideración del bien jurídico protegido —decisivo siempre para depurar el ámbito de lo punible—, porque la fe pública, como valor funcional de primer orden en las interrelaciones sociales, no puede quedar comprometida por los particulares cuando sus manifestaciones inveraces no afectan a los aspectos del documento cubiertos por la fe pública notarial, sin perjuicio de que las mismas, atípicas en relación con el número 4.º del artículo 302, pueden motivar la existencia del engaño propio de los delitos de estafa, si son utilizadas por el sujeto con un fin defraudatorio. Las sentencias de esta sala de 19 de septiembre de 1959, 24 de marzo de 1961, 6 de marzo de 1971, 22 de junio de 1973 y 8 de octubre de 1974 son precedentes que inspiran y avalan la doctrina expuesta.*

Trasladadas estas consideraciones al caso « sub índice », es incuestionable que *la declaración de libertad de cargas de los inmuebles hipotecados vertidas por el acusado en la escritura notarial, no es una falta de veracidad que tilde de falsedad el documento de reconocimiento de deuda con fundamento en el número 4.º del artículo 302 del Código que cita como infringido el primer motivo del recurso, por cuanto dicha afirmación —que para uno de los inmuebles gravados ha sido simple omisión— no queda cubierta por la fe pública que protege el Texto penal. Ciertamente, la susodicha declaración puede sugerir la existencia de la infracción prevista en el artículo 551 del Código —párrafo segundo— en el caso de concurrir o cumplirse las exigencias típicas, pero este delito no está asistido de pretensión acusatoria, y aunque suscita dicha tesis el acusado en un segundo motivo de su recurso —con indiscutible acierto— debe entenderse que lo fue como simple hipótesis discursiva, y en todo caso con explícito carácter*

subsidiario respecto del primer motivo de impugnación que, por los fundamentos expresados, debe ser desestimado.

#### **ARTICULO 325 BIS. DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

*(STS de 4 de octubre de 1989. Pte. Sr. García Miguel)*

El primero de los motivos que se interpone al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción de lo dispuesto en el artículo 325 del Código penal deber ser estimado por las razones siguientes: 1.º) El Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia de 21 de junio de 1987, de plena conformidad con lo que ha sido la doctrina comunmente aceptada por los tratadistas de Derecho penal y la Jurisprudencia de la Sala, ha declarado, que el principio de legalidad es esencialmente, una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador que implica por lo menos estas tres exigencias: la existencia de una ley escrita (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que supone un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas, o sea, que se halla prohibida toda interpretación analógica o extensiva mediante la cual se haga viable incriminar conducta o comportamientos que no se hallen expresa, clara y previamente comprendidos en la descripción típica sean cuales fueren las afinidades, analogías o parecidos con los comprendidos en el tipo. 2.º) Entre los sujetos sobre los que puede recaer la acción típica en el primero de las dos figuras delictivas comprendidas en el artículo 325 bis. del Código penal, o sea, la del párrafo primero, se encuentran aquellos que ostenten la condición de «denunciante o parte» en un proceso, de donde resulta, que por aplicación de la doctrina expuesta bajo el apartado anterior, no pueden entenderse comprendidos quienes no hubieren adquirido tal condición aunque potencialmente puedan llegar a serla con posterioridad, de suerte, que la violencia o intimidación ejercida sobre ellos para que no denuncien podrá constituir uno de los delitos contra la libertad, como son los de coacción o amenazas, pero lo que no puede ser incriminada con base de lo dispuesto en el párrafo primero del mencionado artículo 325 del Código penal, por impedirlo el acatamiento al principio de legalidad en cuanto que no se hallan expresa y claramente comprendidos en la descripción típica.

#### **ARTICULO 344. (Y PRIMERO, UNO, PRIMERO DE LA LEY ORGANICA 7/1982). TRAFICO DE DROGAS. CONSUMICION. TERRITORIALIDAD Y JUSTICIA MUNDIAL. CONTRABANDO. TERRITORIO ADUANERO.**

*(STS de 4 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Primero.** El primer motivo del recurso se ampara —como los restantes en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia la vulneración del párrafo segundo del artículo 1 del Código penal en cuanto a la exigencia de dolo o culpa, entendiéndose que el procesado «no pretendía entrar

en territorio español, sino que fue obligado a hacerlo por exigencias de tipo aduanero». En realidad, la impugnación incurre en la previsión 3.ª del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, valorable ahora como causa de desestimación, puesto que se aparta de los hechos probados, en tanto, se argumenta con las propias declaraciones obrantes en la causa. Sucede, sin embargo, que tal defecto merece en este caso cierta tolerancia, pues su posible origen se encuentra en las notorias deficiencias de la Sentencia recurrida, lamentables siempre, pero más cuando una persona resulta condenada a dos severas penas, una de siete años de prisión mayor y otra de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor (por no hablar de las sanciones pecuniarias). El relato fáctico —de trece líneas y media— recoge que el procesado «el día 18 de abril de 1987 llegó al aeropuerto de Barajas —Madrid— procedente de Malabo en vuelo de Iberia 858 y sobre las 16'30 horas fue requerido por los Guardias Civiles del Servicio de Información para el reconocimiento del equipaje, encontrándose en una bolsa de la que no se desprendió en ningún momento y en la que se encontraron en un doble fondo 436,8 gramos de heroína y con la (sic) la pensaba traficar, como transportista», narración ésta, excesivamente parca y gramaticalmente defectuosa, que se complementa a continuación con unas consideraciones jurídicas impropias de este lugar: «consumándose este delito por la posesión del estupefaciente así como el de contrabando aunque la finalidad no fuera su distribución (sic) en el Territorio Español». Ni consta la razón de la presencia del procesado en el aeropuerto, ni la zona del mismo en que se encontraba, ni si pasó por la oficina de aduana, ni si se proponía abandonar pronto el territorio español, siguiendo viaje en otro vuelo. Sólo acudiendo al, igualmente brevísimo, fundamento jurídico primero de la resolución impugnada parece encontrarse alguna luz, pues éste afirma —confundiendo de nuevo la ubicación de los razonamientos de hecho y de derecho, e insistiendo en muy incorrecta redacción— que «se ha demostrado en el acto del juicio oral la cantidad y riqueza de la sustancia altamente nociva para la salud que por necesidad del itinerario ésta permanencia en Madrid horas». Sobre base fáctica tan incompleta, resulta obligado resolver a favor del reo las dudas que de aquélla se derivan: todo apunta a que el ahora recurrente se encontraba sólo en situación de tránsito y no consta siquiera que en esa espera superara la frontera aduanera o, al menos, pretendiera hacerlo. Obviamente, estas consideraciones repercutirán en todos los motivos del recurso. Por lo demás, y volviendo a la alegada infracción del párrafo segundo del artículo 1 del Código penal, este reproche aislado, pero concerniente por igual al delito de contrabando y al tráfico de drogas, peca de superfluo, pues el dolo habrá de ser examinado al hilo de los restantes motivos referidos por separado a cada una de dichas infracciones criminales.

Segundo. El segundo motivo, atinente ya en exclusiva al tráfico de drogas, estima infringiendo el artículo 344 del Código penal en lo relativo al principio de territorialidad, según se desprendería de los artículos 8.1 del Código civil y 33 de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial, pero es crítica que no puede prosperar por las siguientes razones: A) Porque la normativa sobre jurisdicción y competencia no tiene carácter estrictamente sustantivo, de modo que se incurre en la causa de inadmisión —ahora de desestimación— del número 1.º de su artículo 849. B) Porque el principio de territorialidad ha sido reafirmado con carácter general en el número 1 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, vigente cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, y, por

si ello fuera poco, en lo que atañe al tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas o estupefacientes, el número 4 de ese mismo artículo acoge el principio de justicia mundial, de manera que hubiese podido ser conocido y castigado por la justicia española incluso cuando se hubiera cometido en el extranjero. Y C) Porque a mayor abundamiento el delito cuestionado es de peligro abstracto y consumación anticipada, por lo que la perfección se alcanzó por la simple tenencia de droga con ánimo de tráfico, intención ésta fácilmente deducible a partir de su cuantía (463,8 gramos de heroína), y así, a la vez que se constata la concurrencia del dolo específico de esta figura delictiva, queda patente su consumación en territorio nacional, con independencia de que se hubiera traspasado o no la aduana y al margen del lugar previsto para el aportamiento.

**Tercero.** Mayores dificultades ofrece y mejor acogida merece el tercer motivo del recurso, en el que se combate —de nuevo con el telón de fondo de la territorialidad— la aplicación del artículo primero—, número primero de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, por cuanto no concurrían los requisitos exigidos en dicho delito de contrabando. Tiene razón el recurrente, y, si bien cabrá razonar directamente la inexistencia de la repetida infracción criminal, conviene adelantar el examen a la naturaleza del delito, puesto que la doctrina y la jurisprudencia polemizan —no entre sí, sino en sus respectivas corrientes internas— tanto acerca de lo que sea importación (en relación con el concepto de territorio español), como en lo que atañe a la posibilidad de acoger formas imperfectas.

**Cuarto.** El Diccionario de la Real Academia de Lengua define el vocablo «importar» —en la acepción que ahora interesa— como «introducir en un país extranjero géneros, artículos, costumbres o juegos extranjeros», siendo claro que sólo la referencia a los dos primeros grupos de objetos tiene valor en el área del contrabando. el problema surge, sin embargo, cuando se trata de precisar el concepto de país o territorio en relación concreta con el uso que del verbo «importar» hace la Ley Orgánica 7/1982 en su artículo primero, uno, cuestión ésta que admite en principio tres interpretaciones, según se acuda a la noción geográfica (dependiente de la ubicación de las fronteras relativas a las soberanía), o a la aduanera (atendiendo al área afectada por las disposiciones fiscales). Toda elección puede presentar inconvenientes, pero las referencias continuas a las Aduanas —perfectamente acordes como el bien jurídico protegido— aconsejan decantarse por la tercera opción en el sentido de que el delito descansa fundamentalmente en el paso de los géneros a través de la oficina aduanera sin las oportunas declaración y autorización, bien entendido que a tal conducta equivale la introducción de aquellos por otra vía, siempre que así, se eludan dichas barreras y trámites, colocándolos ya en el territorio defendido aduaneramente, pues, en definitiva, se ha conseguido burlar los límites fiscales al igual que si se hubiera logrado la introducción irregular por una de aquellas oficinas. Con este criterio cobra sentido el contrabando entre las zonas francas españolas —Ceuta, Melilla y Canarias— y el espacio peninsular (incompatible con el concepto geográfico), a la vez que concuerda con la tipificación —ahora como exportación— de quién, con los objetos en cuestión, cruza la Aduana española para tomar un avión también español (incriminación poco acorde con el concepto jurídico del territorio, al margen de que, si fuera descubierto el delito estando aún el interesado en ese espacio jurídico, pudiera incluso ser desembarcado para su enjuiciamiento en nuestro país).

**Quinto.** La posición arriba definida cuenta además con el apoyo indirecto

de la propia Ley Orgánica 7/1982, en cuyo artículo primero, uno, séptimo y octavo se recogen las previsiones especiales para determinados comportamientos en aguas jurisdiccionales españolas, seguramente innecesarias si se aceptaran los conceptos geográfico o jurídico, tal y como reconoce, paladinamente, la Sentencia de 20 de noviembre de 1987, con cita de la de 11 de noviembre de 1987 y advirtiendo que de esa manera se ha llegado a «la creación de subtipos penales referido al trámite por vía marítima, acudiendo al expediente de sancionar como delitos continuados los que en hechura penal no pasan de ser preparativos o constitutivos de tentativa». De otro lado, también el artículo primero del Real Decreto 971/1983, de 16 de febrero, por el que se desarrolla el Título Segundo de la mencionada Ley Orgánica 7/1982, contribuye a la repetida exégesis. Aunque concerniente a las infracciones administrativas de contrabando, no sería coherente operar con criterios distintos según el carácter de la infracción —sobre todo, empeorando la situación del sometido al Derecho penal—, de manera que cabe generalizar las conclusiones a que lleva su número 1.1. Este, después de referirse a quienes importaren o exportaren determinados géneros «sin presentarlos para su despacho en las Oficinas de Aduanas», añade que «la ocultación o sustracción dolosa de cualquier clase de géneros— sean estancados, prohibidos o de lícito comercio— dentro del recinto aduanero, a la acción de la Documentación de Aduanas, se entenderá como no presentación para su despacho y constituirá, por tanto, infracción de contrabando», lo que implica el reconocimiento de que, en otro caso, y pese a hallarse ya el género en territorio geográfico y jurídico español no habría aún infracción alguna, al menos en grado de consumación.

**Sexto.** Ciertamente, no faltan sentencias de esta Sala favorables al «adelantamiento» conforme al criterio del espacio geográfico —por lo general, incluso, sin plantearse el problema de las formas imperfectas—, y así ocurre con las de 13 de mayo de 1987, y 26 de enero y 16 de junio de 1988, para las que «territorio nacional era ya la oficina aduanera en que se verificó la aprehensión», señalando, además, la primera que incluso una eventual ubicación de la oficina en territorio geográfico extranjero sería inane, «ya que territorio es el espacio sobre el que se extiende la soberanía estatal, y ningún acto de tal carácter puede ostentar más significado relieve que el de privar de libertad en él a una o varias personas»; sin olvidar las de 26 de marzo y 2 de noviembre de 1988, que estiman la consumación de quienes fueron sorprendidos con el alijo en nuestras aguas jurisdiccionales, y la de 23 de diciembre de 1988, a cuyo tenor el delito «se perfecciona y consume tan pronto, dichos géneros, sin autorización, se introducen en territorio español, sea éste terrestre, marítimo o aéreo, procedentes de país extranjero», y el descubrimiento en el recinto aduanero revelaría esa introducción en territorio español «aéreo, primero y terrestre después». Sin embargo, otras resoluciones son menos terminantes, pudiendo servir de ejemplo la de 16 de septiembre de 1988 que, pese a reiterar que la oficina aduanera es ya territorio nacional, y que el hallazgo de la cocaína «al pasar el trámite de examen de equipajes en el aeropuerto» lleva al delito en grado de consumación, afirma que ésta «se realiza desde el momento del desembarco de las mercancías en cualquier lugar del territorio nacional» (lo que parece excluir el espacio aéreo), pero a condición de aquél «denote la finalidad de eludir el control aduanero con unas mínimas posibilidades de disposición», o la de 2 de marzo de 1988, con su afirmación de que «la consumación se realiza desde el momento del desembarco de las mercancías en cualquier lugar del territorio

que denote la finalidad de eludir el control aduanero con unas mínimas posibilidades de disposición», posición ésta que coincide sustancialmente con lo dicho en el fundamento jurídico cuarto sobre el concepto fiscal del territorio y el soslayo de las oficinas aduaneras como conductas equivalentes al paso subrepticio por las mismas. También la sentencia de 4 de noviembre de 1988 se refiere al «traspaso del territorio geográfico español con una cierta mínima disponibilidad de la mercancía introducida», aunque estime que ello puede darse ya «antes de llegar al despacho de aduanas». Ahora bien, las sentencias condenatorias sobre importación al espacio peninsular desde zonas aduaneras francas —así las de 29 de octubre y 3 de noviembre de 1988, y 3 de octubre de 1989— operan de contrapunto decisivo a favor del concepto aduanero o fiscal como determinante para el delito de contrabando por importación.

**Séptimo.** Desechada consecuentemente la consumación de un delito de contrabando por quien ni atraviesa ni piensa atravesar la barrera aduanera española, dado que se halla en el aeropuerto por escala intermediaria y para seguir viaje con la mercancía que porta, procede examinar la posibilidad de apreciar formas imperfectas en el repetido delito. A este respecto hay que responder afirmativamente en abstracto, pero negativamente en cuanto, según se verá: En cuanto al primer punto, porque, si bien algunas sentencias sostienen que tales infracciones son de mera actividad, o inactividad, de modo que no admitirían aquella graduación ejecutoria —por ejemplo, la de 16 de junio y 16 de septiembre—, otras se inclinan por la aceptación —como sucede con las de 26 de enero y 2 de marzo de 1988, y, muy particular y razonablemente, con la de 1 de diciembre de ese mismo año—, pues, según se admite en esta última, de acuerdo, además, con la doctrina científica más solvente, las conductas del tipo tienen un doble carácter activo, en cuanto se transgrede el límite del espacio aduanero, y pasivo, porque se elude la presentación en la oficina correspondiente, pudiendo incluso defenderse que la exportación misma constituye el resultado (como expresamente declara la citada sentencia de 1 de diciembre de 1983). Por el contrario, en el plano de lo concreto, y con relación al hecho enjuiciado, la falta de toda intención de traspasar la aduana española, o eludirla de alguna manera, impide radicalmente acudir a unas formas imperfectas cuyo componente subjetivo ha de ser el mismo que corresponde al delito consumado. No hubo siquiera actos preparatorios (impunes), puesto que nada llegó a prepararse con vista a una importación ilegal en España. El tercer motivo del recurso ha de ser acogido.

**Octavo.** Por último, y por lo que hace al cuarto motivo circunscrito ya al delito de tráfico de drogas, el recurrente parece confundir la antijuridicidad material y al principio de legalidad. En su momento se examinó y aprobó la calificación conforme al artículo 344 del Código penal, de manera que esa misma aplicación revela cómo aquel principio no fue conculcado. De otra parte, y según se dijo igualmente, se trata de un tipo de peligro abstracto en el que la salud pública opera realmente como motivación de unas figuras que adelantan la protección penal. El reproche debe ser desestimado.

**ARTICULO 338. BIS. OMISION DEL DEBER DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS. DOCTRINA GENERAL**

*(STS de 28 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Moyna Méndez)*

**Segundo.** El artículo 338 bis. citado, introducido en el Código penal por la Ley de 17 de julio de 1951, la misma que incluyó también la omisión del deber de socorro, y guardando ambos delitos patente de afinidad, centra la estructura objetiva del tipo en la obstención de impedir —mediante una intervención inmediata— un delito de los que señala el precepto que es cometiéndose o que va a cometerse, es decir —precisando más este segundo término— el deber de intervenir nace cuando la resolución delictiva se haya manifestado objetivamente y se tenga la certeza o creencia seria de que el delito va a ejecutarse; y el dolo exige —en orden al tipo subjetivo— el conocimiento de que el sujeto está siendo objeto o lo va a ser de uno de los delitos a que se refiere la ley, unido a la conciencia de la propia posibilidad de impedirlo mediante una intervención inmediata que no reporte riesgo alguno para su persona.

Esta breve digresión sobre los elementos del tipo penal es suficiente para rechazar la existencia del delito imputado al discurrir sobre los hechos relatados. La información de que disponía el acusado, a través de su intervención profesional y de las relaciones con el menor y su madre que el hecho probado expresa, se limitaban a unas lesiones —quemaduras— en antebrazo y manos causadas por el amante de aquella los días 26 y 30 de diciembre, pero no existe en el «factum» elemento o dato objetivo alguno para deducir que el acusado hubiera llegado la certeza o creencia de que aquellas lesiones podrían ser expresión indiciaria del propósito homicida que se manifestó dos días después; consiguientemente no pudo tener conciencia del deber de intervenir, y su abstención carece de relieve penal.

**ARTICULO 394. MALVERSACION. CONCEPTO DE CAUDALES PUBLICOS**

*(STS de 18 de octubre de 1989. Pte. Sr. García Pérez)*

**Cuarto.** Ahora bien, la puesta en relación de los artículos 175 del Texto refundido y 92 de la Ley de Bases no excluye terminantemente que el Oficial de Servicios Especiales pueda participar, aunque sea de manera necesariamente subordinada, en alguna faceta del cobro de tasas, que es cometido integrado en la pública función recaudatoria; por lo que se desvanece el obstáculo aducido para comprender el acusado en el artículo 119 del Código penal. Y la doctrina de esta Sala —Véase la Sentencia de 29 de febrero de 1988 y anteriores que cita— viene manteniendo, respecto al delito de malversación, el no ser imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia que las disposiciones atribuyan al cuerpo administrativo a que pertenezcan o al servicio al que nominalmente figura adscrito, sino que basta con que los caudales públicos hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

**ARTICULO 407. HOMICIDIO FRUSTRADO. EXTERIORIZACION DEL ANIMO DE MATAR**

*(STS de 19 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)*

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntariedad en su acción dirigida hacia la propuesta meta de segar la vida ajena, «animos necandi», que por escapar a una pura aprehensión intelectual, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto y hallarse en los arcanos de sus sentimiento, sólo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible, circundante a la realización del hecho, no sólo a los actos coetáneos que acompañaron a la acción, sino también a los precedentes y subsiguientes, como valiosas referencias capaces de reconducir al estado anímico del sujeto, permitiendo pasar de la apreciación del haz de datos objetivos y externos, desentrañandó su verdadera y oculta significación, al conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad alumbradora e impulsora de sus actos, debiendo considerarse factores tales como la actitud del agente, medios o instrumentos empleados en la agresión, región del cuerpo hacia donde fue dirigida la agresión y, en general, todos los matices del comportamiento del agente en cuanto se manifiesten como reveladores de una específica voluntad (Cfr.: sentencias de 3 de julio de 1984, 15 marzo de 1985, 26 de junio de 1986, 19 y 21 de febrero de 1987).

La atribución al procesado de un «animus necandi» en su actuación aparece fundada y en adecuada correlación con el presunto fáctico, atendiendo al arma empleada —pistola con cinco cartuchos—, el lugar o zona del cuerpo hacia donde dirigió el disparo, región abdominal, con orificio de entrada en el hipocondrio izquierdo, ocasionando perforación gástrica, esplénica, de páncreas, hepática y rotura de colon, «lesiones de tanta gravedad que le hubieran producido la muerte de no haber sido intervenido quirúrgicamente con urgencia, practicándole la paratomía media» quedando una serie de secuelas, entre ellas pérdida del brazo e incapacidad para ejercer su trabajo habitual de labrador; se constata que fue la mujer del procesado, con su intervención, la que impidió que siguiera disparando. Todo ello es revelador del propósito homicida que animó al encausado, por lo que el motivo ha de desestimarse.

**ARTICULO 407 y 565. HOMICIDIO DOLOSO. ANIMO DE MATAR**

*(STS de 7 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prado)*

1. El único motivo que queda por examinar en este trámite del presente recurso, carece notoriamente de la necesaria suficiente suasoria para su desestimación en derecho, pues denunciándose en él, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de aplicación a la conducta de l recurrido de las disposiciones contenidas en el artículo 407 del Código penal, a esta petición se opone al propia declaración probada de la sentencia combatida cuando expresa que el procesado dejó de conversar con el encargado de la barra del bar, «y volviéndose hacia un lado apartó, empujándole con el puño derecho, a Manuel Pedro García Bouzamayor, que presentaba un estado de alcoholismo

crónico, dándole en el pecho, bajo el mentón y, haciéndole perder el equilibrio, cayó de espaldas al suelo, golpeándose en el occipital» y produciéndose las consecuencias que la resolución impugnada detalla, ya que de tan escuetas declaraciones no se evidencia, al menos con el rigor que es preciso, no ya el *animus necandi* o voluntad de matar, que ha de constar de una manera inequívoca, sino ni siquiera el *animus vulnerandi* o propósito de lesionar que se requiere para desencadenar el proceso causal, en su doble vertiente natural y jurídica, que hace exigible la responsabilidad propia del homicidio doloso o cuasi-doloso o eventual, por lo que, ausente la malicia o intención de dañar, en el recurrido, el acto realizado por él no puede encajarse más que en la culpa sancionada en el artículo 565 del Código penal al haber obrado sin prestar la atención y cuidado debidos en el desafortunado lance concreto en que se materializó su actuación, y como esto fue lo que hizo con acierto la Audiencia sentenciadora, no queda otra alternativa que la de confirmar el fallo de contradicho previa desestimación íntegra del recurso que lo combate.

#### ARTICULO 434. ESTUPRO. PREVALIMIENTO

(STS de 7 de julio de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

Cuarto. El cuarto motivo, también por el cauce del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia igualmente la infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 434 del Código penal, «pues a resultas de los hechos que se declaran probados no puede entenderse el “prevalimiento” de su superioridad originada por cualquier relación o situación». Según la parte recurrente, «se echa en falta, en la sentencia recurrida, una concreta descripción del supuesto “prevalimiento de superioridad”».

Una vez más, es necesario recordar que el cauce procesal elegido exige el escrupuloso respeto de los hechos declarados probados en la sentencia citada por el Tribunal «a quo», (artículo 884.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El artículo 434 del Código penal habla de tener acceso carnal «prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación.». La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el prevalimiento va implícito cuando existe ascendiente sobre la víctima, coacción moral, diferencia de edad, relaciones de superioridad psíquica o moral, regalos y obsequios, etc. (*vid.* sentencias de 23 de marzo de 1985, 22 de diciembre de 1986, 11 de marzo, 28 de mayo, 28 de octubre y 2ª de noviembre de 1987, entre otras).

En el presente caso, el relato de hechos probados de la sentencia precisa que Josefa T. tenía dieciséis años de edad y que padece una oligofrenia en grado medio, con un cociente intelectual aproximado al 0,60, lo que perturba sus facultades intelectivas y volitivas, aunque sin llegar a la anulación. No sabe leer ni escribir, pero conoce el significado y consecuencias de la actividad sexual. En suma, la citada joven se halla en el límite entre la denominada oligofrenia en grado medio y la debilidad mental. El procesado, por su parte, tenía 28 años de edad y estaba casado.

La diferencia de edad física, la condición de casado del procesado —en alguna medida, dadas las circunstancias concretas del caso—, y esencialmente, la condición psíquica de la joven, que además, desconocía que Agustín fuera casado, habiéndolo

salido de paseo con él en varias ocasiones, montando incluso voluntariamente en su vehículo, constituyen un conjunto de circunstancias que describe nítidamente una situación de superioridad por parte del procesado, que lógicamente se prevaleció de ella al realizar la conducta enjuiciada. El motivo, por tanto debe de ser desestimado.

#### **ARTICULO 453. CALUMNIA. ANIMO DE INJURIAR**

*(STS de 22 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

**Segundo.** Como declaran la sentencia de esta Sala, de 26 de noviembre de 1976, si bien el núcleo de los tipos de calumnia e injuria inclina estructurar la primera de las bases objetivas y la segunda sobre bases subjetivas y finalistas, en los últimos tiempos se ha producido una aproximación de ambos delitos, por el camino de la culpabilidad, en el sentido de exigir para la existencia de un delito de calumnia el elemento subjetivo, esto es, la captación de un ánimo tendencial caracterizado por la intención difamatoria del agente activo —Cfr. sentencias 23 de agosto de 1983 y 3 de febrero de 1984.

#### **ARTICULO 457. INJURIAS GRAVES. LIBERTAD DE EXPRESION. ACTIVIDAD PERIODISTICA**

*(STS de 23 de noviembre de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

**Unico** Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del artículo 457 del Código penal por entender que al no hacerse imputación alguna en la frase tenida por injuriosa, se valora el resultado objetivo de la opinión crítica como menosprecio del Centro de Enseñanza y su ítima relación con él, en el segundo motivo, con igual y correcto apoyo procesal, se alega la infracción del artículo 20 de la Constitución dado, se dice, que fue un *profesional del periodismo* quién actuó utilizando un medio de comunicación, como lo es la radio, que sirve precisamente para formar la opinión pública lo que otorga al derecho a la información de un carácter fundamental y prevalente.

*El tema, viejo y nuevo, de las fronteras entre la libertad de expresión y fundamentalmente de la de información por parte y el derecho al honor por otra, ofrecen unos contornos cada vez más diáfanos y precisos conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, distinguiendo a su vez, el derecho referido a las personas individualmente consideradas y el que afecta a los Entes o personas jurídicas en los que más bien debe hablarse de dignidad, prestigio, etc. con un nivel más débil de protección. A pesar de todo se mantiene constantemente viva la polémica y es difícil, al menos por ahora, el establecimiento de unos criterios indelebles, fijos, inalterables y bien determinados que sirvan para todos o la mayor parte de los supuestos. Es por ello imprescindible considerar en cada caso el peso específico de los restantes derechos, ninguno de ellos absolutos e ilimitados, y fijar la correspondiente solución judicial que poco a poco, por la vía del análisis pormenorizado de los supuestos resueltos, podría ir conformando*

un amplio cuerpo de doctrina —hoy todavía en formación sin perjuicio de lo indicado también y sin perjuicio de que el dinamismo de la propia vida comunitaria— léase realidad social conforme al artículo 3 del Código civil— imponga las correspondientes alteraciones en función de los cambios sociales.

En este caso hay que destacar lo siguiente: 1) Que *las expresiones no son objetivamente injuriosas, sino críticas*, aspecto muy distinto, al funcionamiento de un Centro de enseñanza lo que cualquiera que sea la naturaleza jurídica del mismo, público o privado, no se da pues, la situación de lo que parte de la doctrina llama «injurias cubiertas». 2) Que se hicieran dichas manifestaciones en un programa radiofónico, dirigido por un profesional de la información y dirigido a la opinión pública, facilitándose la posibilidad de contestar al Director o responsable del Centro. 3) Que de *ninguna manera consta probada la intención de injuriar o menospreciar que*, como inferencia de un hecho psicológico ha de ser obtenida del conjunto de la practicada, en este caso de los mismos hechos declarados probables.

Así las cosas hay que recordar que la jurisprudencia constitucional viene afirmando que las libertades del artículo 20.1 de la Constitución Española no son sólo derechos de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre; estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común propia de los demás derechos fundamentales incluido el del honor, así esta situación de valor superior de la libertad de expresión obliga a considerar en el enjuiciamiento penal de conductas, en el ejercicio de esas libertades, si el ejercicio de los mismos constitucionalmente protegidos como derechos fundamentales, actúan como causa excluyente de la antijuridicidad (Véase sentencia del Tribunal Constitucional 121, de 3 de julio de 1989, con cita de otras varias).

Ello conduce a estimar que no se ha producido en el caso de enjuiciamiento del delito objeto de condena en la sentencia impugnada porque, vistas las circunstancias concurrentes, falta el dato objetivo de la injuria y falta especialmente el ánimo de injuriar, esencia en este tipo de infracciones, prevaleciendo en cambio el ejercicio del derecho/deber que los profesionales del periodismo tienen de informar a la opinión pública, siempre que no extravasen los límites razonables que la propia información exige: de seriedad, de búsqueda también razonable de la realidad de los hechos denunciados, de no utilización de expresiones innecesarias en las que se incorpore un insulto o fórmula inequívocamente despectiva.

#### **ARTICULO 499. BIS. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO**

*(STS de 3 de julio de 1989. Pte. Sr. Delgado García)*

El artículo 499 bis, que introdujo en nuestro Código penal los llamados delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo, en su penúltimo párrafo se refiere a los supuestos de crisis de la empresa en a que maliciosamente se hubieran hecho ineficaces los derechos de los trabajadores, con remisión expresa al artículo 519 del mismo Código. Tal remisión ha sido reiteradamente interpretada por esta Sala (Sentencia de 15 de octubre de 1982, 29 de junio de 1987 y 21 de octubre de este mismo año, entre otras muchas) en el sentido de estimar que para que exista este especial tipo de delito han de concurrir todos y cada uno

de los elementos del alzamiento de bienes definido en dicho artículo 519, y entre ellos tiene singular importancia, por lo que al caso presente se refiere, la exigencia de que el deudor tenga que actuar con la finalidad específica de defraudar a sus acreedores por medio de la colocación fuera de su alcance de todo o parte de su patrimonio, elemento subjetivo del injusto que recoge el artículo 519 con su expresión «en perjuicio de sus acreedores», y repite el referido penúltimo párrafo del 499 bis. al utilizar el término «maliciosamente».

#### **ARTICULO 501. PARRAFO ULTIMO Y 506.1.º. USO Y PORTE DE ARMAS. RELACIONES**

*(STS de 3 de octubre de 1989. Pte. Sr. García de Miguel)*

**Tercero.** El tercero de los motivos se ampara en el mismo precepto procesal que el anterior y denuncia la infracción de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 501 por aplicación indebida y del número 1.º del artículo 506 por falta de aplicación, aduciendo el recurrente en apoyo de su tesis que entre ambos preceptos se produce un conflicto de normas para cuya decisión habrá que acudir a los principios de especialidad y valoración de los bienes jurídicos protegidos y que como el «uso» del arma implica una actuación mayor que el mero «porte» éste debe entenderse absorbido por aquél que es el que debe prevalecer y, a su vez, que el párrafo último del artículo 501 protege, fundamentalmente bienes personales, —la vida, la integridad física, etc.— los cuales son puestos en una situación de peligro inmediato mientras que el número 1.º del artículo 506 parece que se inclina a una mayor protección de los bienes jurídicos patrimoniales, por lo que, en definitiva, procede aplicar el último párrafo del artículo 501 y no el número 1.º del artículo 506 del Código penal, lo que hace imposible el uso de lo dispuesto en el párrafo último de éste artículo, pero al razonar así se hierra en cuanto «la ratio essendi» de los dos preceptos es la misma, o sea, el peligro abstracto que implican tanto el uso como el porte de armas y que si bien es cierto que el uso presupone el porte y no al revés, es lo cierto, que al haber usado el arma demuestra que quedó plenamente cumplida la exigencia típica del número 1.º del artículo 506 a los efectos de poder aplicar lo dispuesto en su último párrafo, pues de no entenderlo así se podría frustrar la reforma introducida en 1983 en el artículo 501-5 al remitir a efectos de imposición de la pena a lo dispuesto en los artículos 505 y 506 del propio Código con el fin de recoger las críticas que doctrina y jurisprudencia habían hecho a la redacción del precepto con anterioridad a la reforma y que hacía posible que un delito con violencia o intimidación en las personas pudiese ser penado con pena inferior a un delito con fuerza en las cosas, de ahí, que frente a lo que alega el recurrente deba aplicarse el número 1.º del artículo 506 y no el último párrafo del artículo 501, por lo que el motivo debe ser desestimado.

**ARTICULO 506. 8.º Y 9.º ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. AGRAVACIONES**

(STS de 22 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Bacigalupo Zapateur)

El recurrente no ha tenido en cuenta que el fundamento de agravante contenido en el artículo 508.8.º del Código penal no está condicionada por los efectos de la acción en relación a la situación patrimonial de la víctima, sino sólo por la especial reprochabilidad del ánimo de lucro exteriorizada por el autor del delito. En otras palabras, que el procesado no ha sido condenado con aplicación del número 9.º del artículo 506 del Código penal. En el caso del número 8.º de este artículo, por el contrario, la agravación no está condicionada por la situación causada a la víctima, si no simplemente por el desvalor de la acción exteriorizado en la ejecución del hecho. El legislador ha querido, de esta manera, alcanzar mediante estas dos disposiciones dos supuestos bien diversos de especial reprochabilidad del ánimo de lucro: la que se deriva de la apetencia patrimonial ilícita (artículo 506.8.º) y que es la consecuencia del menosprecio o insensibilidad mostrados por el autor hacia la situación de la víctima (artículo 506.9.º). En el primer supuesto importa en primera línea el valor de lo sustraído, mientras que en el segundo sólo interesan las consecuencias que el robo tuvo sobre la situación del sujeto pasivo, cualquiera que haya sido el valor de lo sustraído.

**ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. DOCTRINA GENERAL.**

(STS de 8 de noviembre de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)

1. El frondoso título que encabeza la Sección 1.ª del capítulo IV (de las defraudaciones), título XIII, libro 2.º del Código penal, obra más bien del acarreo histórico que de una rigurosa sistemática, ha sido recompuesto por la moderna exégesis en el sentido de considerar que la *insolvencia punible* carece de propia sustantividad penal, y constituye más bien el género del que son especies contrapuestas la quiebra (fraudulenta o culpable) propia de los comerciantes, y el *concurso* (con iguales modalidades) para los que no lo son, de cuyas dos especies se ha destacado, a su vez, una tercera: *el alzamiento de bienes*, con viejo abolengo en el deudor *furgitivus*, extensivo luego a la ocultación total o parcial de sus bienes en perjuicio de los acreedores, lo que explica, como modalidad más grave y primitiva de la quiebra fraudulenta que figure en cabeza de la misma (artículo 890.1.º del Código de comercio) y que, por lo mismo, se haya estimado conveniente dotarle de autonomía punitiva, lo que permite su persecución sin esperar a la declaración de quiebra (o concurso) que actúa en las demás especies concursales como verdadera condición objetiva de punibilidad o, al menos, de perseguibilidad y antes, por tanto, de que se concrete y cuantifique el perjuicio sufrido por la masa de acreedores como consecuencia de las diversas conductas típicas del quebrado o concursado.

2. La anterior reflexión conviene de modo especial a la naturaleza jurídica del delito de *alzamiento de bienes* que, al emanciparse de la persecución colectiva de los acreedores derivada de los procedimientos de quiebra o concurso hasta

constituir una figura adelantada, posible incluso en la suspensión de pagos y aún ajena al derecho concursal, viene a concebirse como un delito *tendencial*, como lo demuestra la locución finalista *en perjuicio* de los acreedores, o mejor aún como un delito de los que la moderna dogmática califica de *resultado cortado* porque aquel elemento subjetivo del injusto inserto en el tipo, dotando a la conducta de inequívoca antijuricidad, anticipa el resultado que ya no es tanto *el efectivo perjuicio* a los acreedores, como el peligro de causarlo, de suerte que bien puede asignarse a esta figura delictiva la categoría de mera *actividad o de riesgo* que, aún encuadrada entre las patrimoniales, no exige la causación del daño al derecho de los acreedores que, de producirse, *agotaría* el delito ya *consumado* jurídicamente con aquella puesta en peligro de la conducta del deudor representa para la efectividad de los créditos.

3. La fijada naturaleza jurídica del delito de alzamiento explica, de una parte, la cambiante morfología del *elemento objetivo* o acción de alzamiento que ya no se identifica con su más grave manifestación histórica del deudor fugitivo (explicable, dado que en aquel entonces el *droit de suite* del acreedor alcanzaba a la persona del deudor), sino con cualquier otra actividad que tienda a menoscabar fraudulentamente su *patrimonio*, según dijo ya de manera paradigmática la antigua Sentencia de 13 de mayo de 1882 hasta constituir ya un *topoi* en la posterior jurisprudencia, todo ello de acuerdo con la traslación operada por el moderno derecho liberal y progresista, eximiendo de la acción del acreedor a la persona del deudor (de ahí también la abolición de la prisión por deudas) y centrándola con exclusividad en el patrimonio, como garantía real y universal de las obligaciones, así proclamada en el artículo 1911 del Código civil.

4. De otra parte, aquel predominio del *elemento subjetivo* o *animus nocendi*, lleva a distinguir la *insolvencia*, buscada por el deudor con su peculiar conducta, del final *perjuicio* a los acreedores, por mas que, de ordinario una y otro se confundan dada la conexión entre ambos conceptos, pero que, por lo mismo permite computar con igualdad de efectos la insolvencia real o aparente, total o parcial (sentencias 16 de abril de 1958, 2 de mayo de 1959, 2 de marzo de 1960, 28 de enero, 31 de mayo y 4 de diciembre de 1961, 20 de mayo y 8 de junio de 1964, 12 de junio de 1969, 18 de febrero de 1970, 8 de febrero de 1971, 23 de mayo y 30 de junio de 1975, 10 de febrero de 1976, 2 de marzo de 1977, 15 de abril de 1978, 28 de mayo de 1979, 9 de mayo de 1981, 16 de diciembre de 1982, 16 de diciembre de 1983, 29 de mayo de 1985, 7 de marzo de 1986, 22 de abril de 1987, 27 de octubre de 1988, 20 de enero de 1989 y otras), no estando de más, recordar al respecto, que la vieja insolvencia punible recogida por el Código Penal de 1848 y hoy sin contenido, era una suerte de alzamiento de menor entidad, que se nutría de ocultamientos parciales, en tanto, que el propio delito de alzamiento de bienes implicaba una ocultación universal de los mismos. Y esta dualidad que pasó del citado artículo 890.1.º del Código de comercio, hoy ha quedado refundida en el Código penal bajo el único *nomen iuris* de alzamiento de bienes.

5. La mentada *consumación* anticipada del delito en consonancia con su naturaleza jurídica, lleva aparejadas otras consecuencias como el rechazo de la tentativa y la inocuidad del posterior pago de las deudas una vez que el deudor se ha colocado en situación de insolvencia buscada para eludir el pago de aquellas (Sentencias 28 de marzo de 1905, 31 de mayo de 1961). A lo sumo tal pago posterior

podrá fundamentar la aplicación del atenuante de arrepentimiento (Sentencia de 19 de junio de 1942) siempre que concurren, lógicamente, los requisitos de tal circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

6. El *único motivo* subsistente del recurso, con sede en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, postula la infracción del artículo 519 del Código penal, por indebida aplicación, con el argumento de que la empresa PREFINSA, de la que era único administrador el procesado José Alberich Barbará, pagó en definitiva, su deuda dentro del procedimiento ejecutivo seguido contra dicha empresa por el Colegio de Arquitectos de Cataluña, de un modo que no puede decirse que fuera burlada la efectividad del crédito que ostentaba dicho acreedor y por ende no se dió la intención de defraudar, tal como puso de relieve la sentencia de 16 de febrero de 1983 en caso análogo.

El argumento desconecta la declaración del *factum* hecha *in fine* de que, en efecto, fue satisfecho el crédito a la ejecutante el día 17 de octubre de 1985 «dentro del mentado procedimiento ejecutivo», del resto de la narración. De ella se desprende que el juicio ejecutivo en cuestión se inició en 12 de junio de 1984, que se trabó embargo el 23 de julio del mismo año sobre la finca de la demandada y al día siguiente, día 24 de julio, la susodicha finca, de un valor aproximado a los doce millones de pesetas, fue vendida mediante escritura pública por el mencionado procesado a su hijo y también procesado José María Alberich Llaveria por precio que consta y presentada al Registro para su inscripción en el mismo día, de suerte que cuando el 22 de septiembre de dicho año se instó la anotación preventiva del embargo sobre la finca, no pudo practicarse por figurar mencionado bien raíz inscrito a favor de la persona distinta a la demandada, declarándose seguidamente por el relato probatorio que no consta la existencia de otros bienes en el activo de la mencionada entidad deudora.

Apreciando en su conjunto el relato de hechos probados se desprende con claridad que la enajenación del bien embargado, único que figuraba en el activo de la empresa demandada en el juicio ejecutivo, colocó a esta en la insolvencia total, por obra de la confabulación entre el único administrador de la entidad y su hijo, al proceder al día siguiente de practicarse el embargo de la finca a dicha enajenación. Si más de un año después, abierto ya el juicio oral, la demandante ha sido reintegrada en su crédito, es claro que tan tardío pago, es posterior a la consumación del delito imputado, la que tuvo lugar tan pronto como se realizó la enajenación de fraude del acreedor, de acuerdo con la doctrina antes expresada, sin que represente excepción a la misma la Sentencia de 16 de febrero de 1983, citada en su favor por los recurrentes, pues en el caso contemplado por dicha resolución, se absolvió del delito no tanto por los pagos realizados por los procesados tras la venta de la finca que garantizaba un préstamo hipotecario, que cuanto de la conducta de dichos no se desprendía el peculiar ánimo tendencial de defraudar al acreedor esencial al delito de que se trata; lo que está muy lejos de ocurrir en el caso *sub iudice* en que aparece meridianamente claro el propósito defraudatorio que guiaba a padre e hijo (*consolium fraudis*) al vender el primero en favor del segundo sin constancia de precio, el único bien que figuraba en el activo de la empresa que regentaba en exclusiva el vendedor, operación ficticia realizada tan pronto recayó el embargo sobre la finca e inscrita en el Registro de la Propiedad con igual premura para paralizar, como se consignó, la anotación preventiva del embargo.

**ARTICULO 528. ESTAFA. CHEQUE FALSO. SUJETO PASIVO**

(STS de 3 de julio de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández Cid)

Las sentencias de 6 de abril de 1954, 14 de mayo de 1963 y 24 de febrero de 1968 han declarado que en la operación mercantil bancaria de crédito pasiva, denominada depósito irregular de cuenta corriente, el particular entrega al Banco dinero propio en suma individualizada que le transfiere para que disponga de él, a la vez que en trueque recibe el oportuno servicio de caja para nuevos ingresos y pagos, efectuados estos a medio de cheques y el derecho a que le sea restituido, parcial o totalmente, en cualquier momento, otro tanto de la misma especie y calidad, por lo que en este contrato complejo, y a diferencia de lo que en el depósito normal, el depositario adquiere la propiedad del dinero, pudiendo consumirlo disponiendo de las sumas, mientras que correlativamente al depositante se le concede un simple derecho de crédito, al transferir su dominio, que sólo le autoriza a que el banco tenga a su disposición igual suma que la recibida; y si esta es la naturaleza y esencia de dicho negocio, el problema que constituye la determinación del sujeto pasivo en el delito de estafa cometido con la expendición de cheques falsos contra la cuenta corriente debida a depósito irregular, en relación con la exclusiva absolutoria, que es el banco, sin que su culpa pueda trascender al cuentacorrentista, poseedor de un simple derecho de crédito no ejercitado, ya que el único propietario y perjudicado por la estafa es el banco, porque a su costa se lucró el agente y no a la de aquél, teniendo que soportar las consecuencias dañosas patrimoniales sin poder cargar a su cliente el importe que descuidadamente satisfizo. Doctrina aún más aplicable en el presente caso, ya que conforme al relato el procesado no sólo falsificó los talones, sino incluso el impreso de solicitud del talonario, que obtuvo de la entidad bancaria.

**ARTICULO 528. ESTAFA. NEGOCIO CIVIL CRIMINALIZADO**

(STS de 20 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Sierra y Gil de la Cuesta)

**Primero.** El primer y único motivo alegado por la parte recurrente lo es por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por violación de los artículos 528.1 en relación al artículo 529.5, 7 y 8, ambos del Código penal. Es doctrina consolidada y pacífica de esta Sala, que para el *negocio civil* pueda ser estimado como *criminalizado*, es preciso que el mismo surja como señuelo o medio engañoso utilizado para producir error en la otra persona con la que se contrata, induciéndole a realizar un desprendimiento patrimonial del que se beneficia la otra parte contratante, en relación de causa a efecto. En otras palabras; que *sólo el dolo subsequens hubiera podido situar el comportamiento en el plano puramente civil*. En el presente caso y partiendo de la base del factum, se ve que el acusado vende en documentos privados a cada uno de los perjudicados una vivienda con plaza de garaje, a sabiendas que nunca podría cumplir la entrega del objeto de la contraventa, puesto que el local destinado para las plazas de garaje no reunía los requisitos para ello y en todo caso sólo serviría para once plazas y no para las dieciseis que era el número

de compradores y pisos vendidos. Pero es más, dicha plasmación contractual llega hasta la forma de escritura pública, y en ella, ya ni siquiera se especifica la adquisición de una plaza de garaje sino la de una dieciseisava parte del local sito en la plaza semisótano. O sea que en el presente caso se da de una manera paladina todos los elementos que configuran el delito de estafa a través de la figura jurisprudencial del negocio civil criminalizado. O sea: 1.º Una utilización como vendedor de un negocio civil de compraventa de inmuebles para producir error en los compradores. 2.º Un perjuicio patrimonial económicamente de una manera clara y concreta. 3.º Un ánimo de lucro en el sujeto activo. 4.º Una relación causal entre el negocio civil criminalizado y el perjuicio patrimonial ocasionado. Por último no se puede desplazar como hace la sentencia recurrida, la anulación del dolo o engaño, a la actitud confiada de los perjudicados; pues ello supondría el transmitir a los perjudicados la existencia o no de una acción criminosa reprochable. Por todo lo anterior hay que manifestar paladinamente la estimación total del recurso planteado.

#### **ARTICULO 534. INFRACCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. DOCTRINA GENERAL**

*(STS de 8 de noviembre de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)*

El artículo 534 del Código penal castiga con las correspondientes penas a los que intencionadamente infringieron los *derechos de propiedad industrial*. Se trata, pues, de una típica norma penal en blanco que remite a la legislación especial, contenida en la Ley de 1986. Constituye el bien jurídico protegido por el referido precepto penal el derecho de propiedad industrial, entendido como derecho de uso exclusivo derivado del Registro.

La propiedad industrial abarca tanto la protección de las invenciones como el respeto de los signos distintivos de la industria y del comercio.

El artículo 134 de la Ley de 16 de mayo de 1902, sobre la propiedad industrial, dice —en su párrafo tercero— que «son usurpadores de las marcas, dibujos o modelos de fábrica, los que para perjudicar los derechos o intereses de su legítimo poseedor, usen, fabriquen o ejecuten dichas marcas, modelos o dibujos registrados u otras que con ella se confundan». Por su parte, el artículo 138 de la misma ley castiga a «los que usen una marca, dibujo o modelo, en términos que el consumidor pueda incurrir en equivocación o error, confundiendo con los verdaderos y legítimos...».

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que, para la existencia de esta figura jurídica son precisos los siguientes requisitos: a) en cuanto a la acción, una infracción de alguno de los tipos delictivos comprendidos en los artículos 133 a 145 de la Ley de 1902 sobre propiedad industrial; b) en cuanto a la culpabilidad, una acción dolosa, consciente y voluntaria, con un dolo defraudatorio, como elemento subjetivo del injusto; y c) respecto de la antijuridicidad que la infracción del derecho de propiedad industrial, debiendo la titularidad del mismo estar inscrita registralmente, y sentirse la repulsa social para captar la existencia del atentado defraudatorio (*vid.* sentencias de 3 de junio y 13 de octubre de 1988, entre otras).

En el presente caso, el «factum» de la sentencia recurrida pone de manifiesto claramente que el procesado —que había ejercido el cargo de director de la Revista Lib—, a partir del mes de abril de mil novecientos ochenta y cinco, dirigió la revista titulada Lib-Libélula, utilizando en la confección de su título un logotipo en el que variaba la fruta mordida del que —desde antes— tenía inscrita a su favor en el Registro de la Propiedad Industrial la Editorial Cumbre, S. A. —hoy denominada Imán, S. A.—. Un examen de los autos —llevado a cabo para la mejor comprensión de los hechos relatados en la sentencia, conforme autoriza el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— ha permitido a la Sala comparar los logotipos de los documentos 5 y 10 de los presentados con la querrela (folios 99 y 295) y comprobar «de visu» su gran similitud, y, por ende, su actitud para inducir a error o equivocación al consumidor. De ahí que, al no poder existir dudas acerca de la actuación consciente y dolosa así como del consiguiente ánimo defraudatorio del procesado, debe apreciarse la comisión del delito contra la propiedad industrial de que el mismo fue acusado en la instancia. En consecuencia, procede la estimación de este motivo, con absoluta independencia del juicio ético que particularmente puedan hacer los ciudadanos sobre este tipo de publicaciones, por cuanto ello constituye una cuestión totalmente ajena al motivo examinado.

#### **ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. RETENCION DE CUOTAS PARA LA SEGURIDAD SOCIAL**

*(STS de 29 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández)*

**Quinto.** Una reiterada doctrina de esta Sala, condenada en las sentencias, entre muchas, de 21 de diciembre de 1978, 22 de enero de 1979, 23 de junio de 1980, 25 de marzo de 1981, 28 de abril de 1983, 7 de junio de 1984, 20 de diciembre de 1985, 24 de febrero de 1986 y 11 de noviembre de 1988, viene instalando la conducta de no ingresar en la Tesorería de la Seguridad Social de la cuota correspondiente al trabajador dentro del tipo penal de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal, partiendo para tal residencia en la descripción de este tipo penal en la figura jurídico-civil del tradicional «constitum possessorium», al estimar que el empresario tenía los remanentes de dinero en concepto de simple depositario hasta la entrega a su destinatario conforme al destino legal; construcción posiblemente objetable y que la doctrina de esta Sala cuidó de «cubrir» en su sentencia de 7 de octubre de 1986 al indicar que «tales supuestos el reproche de sustituir la exigencia de recepción real por un simple dato contable, pierde valor cuando la continuidad de la relación laboral revuela la efectiva disponibilidad de las cuotas, cuya retención equivale efectivamente a la doble operación de entrega al asalariado e inmediata devolución de éste al empresario para su traslado a la Seguridad Social; de modo que el proceder impuesto por la legislación laboral viene a coincidir con la recepción requerida en el delito de apropiación indebida, es decir, como verdadero desplazamiento de las cuotas desde un patrimonio a otro».