

Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1. Relación de causalidad. Cursos causales no verificables.

«2.º El análisis de la existencia de la relación causal debe realizarse, sin invadir por supuesto la soberanía sobre valoración probatoria que al tribunal sentenciador de instancia confiere el citado artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, partiendo de que este derecho fundamental a la presunción de inocencia (por lo demás, no muy fácilmente encuadrable en ninguno de los dos grupos de la tradicional clasificación bimembre de derechos activos y reaccionales) exige, para enervar la verdad interina, en cuanto desvirtuable por prueba de culpabilidad, que supone la existencia de una prueba de cargo que revista las condiciones, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, de suficiencia y regularidad procesal de obtención aptitud y corrección formal que no se detienen siempre en la existencia de una prueba directa, pues ello frecuentemente resulta imposible, y así sucede en los delitos que, como el incendio, ostentan la naturaleza de encuadrarse en los denominados «de resultado», dentro de cuya categoría la causación funciona como característica abstracta del tipo penal, y en los que la demostración o creditamiento no puede muchas veces ofrecer la certeza, predicable y exigible en el campo científico-natural, pues la prueba decisiva para el enjuiciamiento penal se obtiene cuando el juzgador, tras la total celebración del proceso, está realmente convencido de la existencia de los hechos precisados de prueba de acuerdo con las exigencias racionales y lógicas de las ciencias del espíritu, dentro de las que se inserta la reconstrucción historiográfica, en cuya área resulta impensable la adquisición de una Seguridad excluyente de toda duda; lo que determina que la demostración propia del Derecho sea distinta a la demostración científico-natural, en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino, simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva, como por lo demás, ya se declaró en similares términos por esta Sala en la S. de 29 de enero de 1983.

3.º El enlace lógico entre las necesarias exigencias de que exista una prueba suficiente de cargo y las congénitas carencias propias de la recons-

trucción histórica, casi nunca reproducible por elementos probatorios directos, halla su correcta sede, cuando se trata, como en este caso, de lo que reciente y autorizada doctrina científica ha denominado «cursos causales no verificables» (es decir, aquellas hipótesis en que la causalidad posible existente entre dos hechos: un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural), no puede ser otra que la derivada de la prueba indirecta o de presunciones con arreglo a las normas contenidas en los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil; pues su aplicación al proceso penal no contradice ni vulnera el expresado derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que, como señala la reciente S. del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985, dicho derecho puede ser enervado por prueba indiciaria siempre que se esté en presencia de una actividad probatoria que conduzca racionalmente a dar por ciertos unos hechos determinados incriminatorios para el acusado que no sean simples sospechas o datos de los que no se desprenda otra cosa que vicios o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha cometido un delito; por lo que dentro del área o ámbito de la presunción de inocencia indicada se debe concluir que es prueba apta y suficiente para enervarla la que en forma directa conduzca, a la luz del ya citado artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la obtención de la nota de probabilidad propia, según lo expuesto, del conocimiento ordinario de las ciencias del espíritu; con deducción que muestre, conforme a la norma citada, como la racional y lógica deducción dentro de tales parámetros epistemológicos». (S. T. S. de 12 de mayo de 1986.)

Artículo 1. El delito culposo no exige un arranque lícito.

«Esto, no obstante, en fechas posteriores, la doctrina científica subrayó que, el Código Penal, no exigía, en las infracciones culposas, que el acto fuera ilícito, deviniendo insostenible la tesis versarista tan pronto se introdujo en el Código Penal, tras la reforma de 8 de abril de 1967, el párrafo segundo del artículo 340 bis a), el cual presupone un resultado lesivo producido por un comportamiento que ya «prima facie» constituía no sólo acto ilícito sino conducta punible; por estas y otras diversas razones, este Tribunal, admite actualmente la posibilidad de incriminar conductas culposas, aunque el punto de arranque de las mismas hubiera sido ilícito, si bien, para ello, es preciso que haya un distanciamiento, desconexión o disociación entre el acto inicial y el resultado antijurídico, el cual sólo puede reprocharse, al agente a título de culpa y no al de dolo, o que, entre, la intención del agente y el resultado, esto es, entre lo que deseaba perpetrar y perpetró lo que no quería ejecutar y ejecutó, haya una diferencia realmente abismal que no permita siquiera construir una tesis de preterintencionalidad criminal». (S. T. S. de 29 de abril de 1986.)

Artículo 4. Provocación a delinquir. La incitación personal y directa se acepta de forma fingida. No hay inducción fracasada —impune—, sino provocación a delinquir.

«1. En el relato fáctico de la sentencia recurrida se parte de la resolución de voluntad del procesado y recurrente F. de acabar con la vida de A. de 75 años de edad, que había recogido de niña a su esposa, criándola y considerándola cual de si una hija se tratará —concibió la firme idea de privar de la vida a la expresada A., se dice en aquél—, a cuyo fin entró en contacto con los restantes inculpados y algún otro no identificado, «participando su formal y decidido propósito», iniciando sus conversaciones pidiendo al procesado que no compareció a juicio que «le pusiera en contacto con alguien que mediante dinero realizase sus deseos»; siendo más tarde, una vez reclutados los individuos que se mencionan, cuando éstos, «sin estar en su ánimo matar a persona alguna», dado que «el único propósito de los mismos era sacar el dinero que pudieran», fingiendo aceptar la idea sugerida por F., obtuvieron de él la suma pecuniaria exigida. La sentencia de instancia califica los hechos, respecto de F., como constitutivos de un delito de **proposición** al asesinato del artículo 406, número 2, en relación con el 4.º y 52 del Código Penal. Calificación no acertada en cuanto que la proposición viene caracterizada por la resolución firme del proponente de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una coadyuvancia para la material realización y a tal fin «invita» a otra u otras personas a que colaboren en la plasmación del proyecto; circunstancias ausentes en el supuesto contemplado en que F., absolutamente decidido a la consecución de su programa homicida, pretende que se haga realidad merced a la instrumentación de unos sicarios concertados dispuestos a cumplimentar sus instrucciones.

2. La actuación del encausado impugnante deviene incardinable en la tercera de las hipótesis contempladas por el artículo 4.º del Código Penal como constitutivas de actos preparatorios, antesala o prolegómeno del primer escalón material del «iter criminis», cuya punibilidad viene fundada en razones de política criminal encaminada a la erradicación del delito y a la acentuación de la defensa social frente a quienes, resueltos a la consumación de sus planes criminales, tratan de extender su esfera influenciante para la mejor o más segura efectivización de aquéllos. Pudiendo señalarse como caracteres o elementos definidores de la **provocación** los siguientes:

- a) incitación para la ejecución de un hecho previsto en la ley como delito
- b) ha de tratarse de uno o de varios delitos concretos, no bastando con una actuación estimulante vaga o generalizada en orden a delinquir;
- c) percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes, con independencia de su eficacia, es decir, de que hayan o no logrado la finalidad propuesta de decidir al sujeto receptor a la perpetración del hecho criminal;
- d) la incitación instrumentada ha de ser de **posible** eficacia, es decir, que pueda reconocérsele virtualidad suasoria y de convencimiento, pero sin exigirsele un eco o reflejo de real eficacia, una fuerza suficiente y absoluta

para sojuzgar y determinar la voluntad del provocado. Surgiendo, pues, de modo fácilmente perceptible las notas diferenciales entre la proposición y la provocación, a las que se refiere la sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 1980, diciendo que la diferencia entre uno y otro concepto radica o estriba en que en la proposición, el agente, que ha resuelto cometer, material y personalmente, un delito trata de sumar a sus propósitos a otra u otras personas, constituyendo con ellas un consorcio criminal o hipótesis de code-lincuencia, mientras que, en la provocación, el provocador no está resuelto a ser ejecutor del delito, a cuya perpetración incita, ni pretende que dicha perpetración sea conjunta, sino que se limita al intento de determinar a otro u otros a la ejecución de un hecho punible, pero sin que él haya de tomar parte, directa y materialmente, en la misma.

3. La provocación no ha de ser confundida con la inducción que, con rango de autoría, se menciona en el artículo 14, 2.º, del texto sustantivo penal. Esta última exige, con carácter necesario, una incitación directa proyectada sobre el ejecutor material, instigación de fuerza o eficacia intrínseca capaz, por sí misma, de suscitar en el sujeto que la recibe la resolución de llevar a término el hecho criminal, ofreciéndose, en suma, como **conditio sine qua non** de la ejecución del hecho, al detectarse como causal y determinante el influjo psíquico ejercido sobre el autor material; y, desde luego, la inducción implica que la persona influida o instigada, además de adoptar la resolución ejecutiva del hecho antijurídico, entre en la fase realizadora del mismo, cualquiera que sea el grado alcanzado en ella. Sentadas las bases definidoras o delimitadoras de la provocación y de la inducción, las mismas perduran pese a la ulterior consumación del delito sugerido; si bien en el orden práctico y a tenor del último inciso del postrer párrafo del artículo 4.º, al haber de castigarse como inducción la provocación seguida de perpetración, las diferencias acusadas no tienen traducción en el orden penológico». (S. T. S. de 21 de marzo de 1986.)

Artículo 6 bis a). Error de prohibición invencible que excluye el dolo y la culpa del comportamiento.

«3. Es doctrina de esta Sala declarada en numerosas sentencias, la de que el hecho de usurpar la firma ajena en documento destinado al tráfico mercantil, aunque para ello se cuente con el consentimiento de la persona titular de la firma es un hecho penalmente antijurídico, pues la firma es el signo personal intrasmisible que al contener el nombre y apellido de una persona sólo puede ser utilizado por él, ahora bien, es cosa perfectamente posible entre gentes de escasa cultura —como dice la sentencia de 28 de febrero de 1973—, que ignoren el verdadero sentido del mandato representativo o poder para actuar en nombre ajeno, creyendo que a ella equivale la estampación de la misma firma del verbal poderdante, en cuyo caso desaparecería el dolo por falta de uno de sus elementos intelectuales, que exige el conocimiento de la significación antijurídica del hecho desplazado por el llamado error de prohibición hoy regulado en el artículo 6.º

bis a) del Código Penal é introducido en el mismo por la última reforma de 25 de junio de 1983, y en el caso enjuiciado concurren una serie de circunstancias tan idénticas a las narradas, y aumentadas por la razón de que el querrellado era la persona a quien correspondía el cobro de la cantidad a que se refería el libramiento en el que se estampó la firma usurpada, como cultivador directo de la finca, la falta de perjuicio para persona alguna, la autorización del propietario de la finca, de 88 años de edad, a la que el hecho no le ocasionaba perjuicio alguno, todas estas circunstancias concurrentes, objetivas y subjetivas, nos pone de manifiesto la existencia del error de prohibición y por consiguiente la aplicación del párrafo 1.º del citado artículo 6.º bis a) antes citado, lo que conduce a la desestimación de este motivo del recurso.» (S. T. S. de 15 de marzo de 1986.)

Artículo 6 bis b). Caso fortuito. Está inspirado en la teoría de la condición, corregida con el pensamiento de la imputación objetiva.

«En la redacción del artículo 6 bis, b), del Código, al conjuntar los términos «causare» y «mero accidente» late el acogimiento en el terreno causal de la teoría de la condición, con el correctivo de la más moderna de la imputación objetiva, al ligar lesión causada con el actuar humano siempre que éste haya sido propiamente originador del peligro que el orden jurídico desaprueba y, en definitiva, por sí mismo o por su resultancia, sanciona de modo adecuado; teoría de la imputación objetiva que esta Sala acogió en sus sentencias de 20 de mayo de 1981 y 5 de abril de 1983, desvinculado el resultado de la conducta del agente siempre que, patentes la previsión y el cuidado debidos, aquél surja por circunstancias extrañas, inspiradas, que escapen al control humano. Supuesto éste que no es el que nos ocupa, como ha sido, la actuación culposa del agente, y en grado de temeraria cual se aprecia, ocasionándose el disparo de la escopeta como consecuencia perfectamente previsible del uso desidioso, incontrolado, inexigido y burdo, del arma en cuestión, en condiciones reveladoras de la escasa sensibilidad espiritual del sujeto y del fallo y conculcación de elementales medidas de cuidado y atención. Lo fortuito —como ha puesto de relieve la sentencia de 6 de octubre de 1984— es, esencialmente y a los efectos legales, todo cuanto no puede preverse, todo cuanto comparte la pura y simple negación del dolo o de la culpa, todo cuanto, en fin, implique la ejecución de una acción con la debida diligencia. Imponiéndose, pues, la desestimación de motivo aducido». (S. T. S. de 22 de abril de 1986.)

Artículo 9, 1.º Circunstancia atenuante incompleta de miedo insuperable.

«1. Importa observar que pese a ciertas sentencias de este Tribunal que niegan la posibilidad de estimar el número 1.º del artículo 9 del Código Penal en relación a la circunstancia de miedo insuperable, no existe reparo alguno en admitir la indicada eximente en su modalidad de incompleta como ha venido haciendo la reciente o más próxima doctrina jurisprudencial.

cial; aquéllas sentencias habían tenido su razón de ser en la consideración de que la mencionada atenuación no cabía en las eximentes en cuya regulación el Código había prescindido de enumerar sus requisitos. Lo esencial para la eximente completa o incompleta es la existencia de miedo o temor, como específico fenómeno de la vida afectiva que altera o trastorna las normales facultades del psiquismo, y si el miedo «insuperable» no concurre en toda su plenitud, aunque sí lo suficiente para mermar considerablemente la capacidad electiva del sujeto, o si el mal conminado, que ha de ser real para excluir las hipótesis del miedo putativo, «es menor que el causado», siempre grave para que no falte lo esencial de la figura, puede entonces surgir la atenuante de efectos penológicos privilegiados del artículo 9.1.º del Texto penal.

No se puede poner en duda, reiterando las condiciones de la sentencia de instancia, que las relaciones tensas entre los protagonistas del suceso, y la personalidad irascible y agresiva de la víctima unida a su corpulencia física, determinó en el acusado una situación de grave alarma cuando en la soledad del paraje donde practicaba su afición cinegética le increpó con frase insultante y de cruel menosprecio recriminándole el hecho de haber ido a la cárcel por su culpa, y dicha situación de alarma se tornó en angustiosa cuando volvía a los pocos instantes frente al acusado blandiendo un palo de buenas dimensiones aproximándose paulatinamente y amenazadoramente al mismo tiempo que anunciaba el propósito de quitarle la escopeta, momento en que el acusado, dominado por el temor por el peligro real y grave que se cernía sobre su persona, hizo dos disparos con el arma de caza que portaba, ocasionándole la muerte instantánea. Es obvio, por tanto, que de la situación intimidatoria creada por la víctima nació un angustioso estado psicológico del que se derivó la reacción violenta del acusado que no fue totalmente invencible o insuperable y de ahí la correcta aplicación de la eximente incompleta por parte de la sentencia impugnada, conclusión que conduce a la desestimación del primer motivo interpuesto». (S. T. S. de 31 de marzo de 1986.)

Artículo 9, 10.ª Atenuante por analogía: no puede exigirse una similitud absoluta.

«5. La circunstancia 10.ª del artículo 9 del Código Penal recoge las denominadas atenuantes por analogía, habiendo determinado la doctrina de esta Sala, últimamente, en un avance sobre su aplicación, que el requisito de análoga significación no puede exigirse en el sentido de similitud absoluta con la atenuante específica, pues equivaldría a hacer inoperante este precepto (Sentencia de 27 de marzo de 1985). De los hechos probados se deriva, con claridad, que el procesado reintegró la totalidad de la cantidad objeto del delito (647.789 pesetas) unos días después de incoado el correspondiente sumario (1.º de marzo de 1983 reintegró y la iniciación del sumario fue el 24 de febrero del mismo año), lo que permite apreciar la atenuante de analogía en relación con el arrepentimiento, por haber reparado íntegramente los efectos del delito por móviles que implican cierto arrepentimiento».

to; aunque no pueda apreciarse como muy cualificada, debido a que la sustracción la llevó a efecto el 29 de noviembre de 1981, es decir, con bastante anterioridad a la acción de la reparación, lo que da lugar a que la pena de prisión mayor en su grado mínimo sería la correspondiente, conforme al número 1.º del artículo 61 del Código Penal, que ha sido aplicada por el Tribunal de instancia, de acuerdo con el número 4 del citado artículo y ello da lugar, en virtud del principio de pena justificada, que, aunque técnicamente se considere la infracción legal, el motivo debe desestimarse». (S. T. S. de 25 de junio de 1986.)

Artículo 14, 2.º. Inducción. El autor es absuelto al concurrir en él un error de prohibición invencible. Aplicación del pensamiento de la accesoriidad limitada: hecho principal típico y antijurídico.

«2. A primera vista puede resultar sorprendente y anómalo, como resalta el impugnante, que sea castigado, como inductor, un acusado, mientras que, aquél al que se imputaba el delito como autor plenario, sea absuelto, produciéndose la aparente paradoja y hasta antítesis de la punición de la inducción a la comisión de una conducta impune. Sin embargo, adentrándose en la cuestión, o, al menos, en su estudio, pronto se percibe la falacia y la inexactitud del argumento, pues ya es sabido que no puede haber participación en un delito inexistente, pero que, a pesar de ello, se puede participar en comportamiento ajeno con tal de que éste reúna determinados requisitos estructurales de la infracción de que se trate. En efecto, con arreglo a la teoría de la accesoriidad **máxima**, sólo puede haber participación cuando el comportamiento del autor plenario reúne los requisitos de acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad; de acuerdo con la teoría de la accesoriidad **media**, el hecho en el que se participa ha de reunir, al menos, las notas de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, aunque no sea punible; y, finalmente, la teoría de la accesoriidad **mínima**, se conforma con la concurrencia de acción, tipicidad y antijuricidad, aunque el autor plenario no sea imputable o concorra una causa excluyente de la culpabilidad —para él— o una excusa absolutoria. En el Código penal español, en el último párrafo del artículo 564 se sigue el criterio de la accesoriidad media y, en el artículo 546 bis f) del mismo, el de la accesoriidad mínima, predominando, este último, en la doctrina y en la jurisprudencia, las cuales admiten participación en hecho ejecutado por autor plenario, con tal de que ese hecho al menos sea antijurídico además de típico.

3. En el caso de autos, hubo una autora material y un autor moral o inductor, pero como, aquélla, fue absuelta no porque su comportamiento fuera conforme a Derecho, sino porque había incurrido en error invencible de prohibición y con la convicción de que su comportamiento era lícito y permitido por la Ley, es indiscutible que, dicho comportamiento, sin dejar de ser típico y antijurídico no le fue imputable ni a título de dolo ni al de culpa, con lo cual si, para ella, el hecho debía quedar impune, no sucede así para el que, maliciosamente y abusando de su condición de letrado y de los conocimientos jurídicos que le suponían, la indujo o instigó a obrar

de antijurídico modo. Procediendo, a virtud de lo expuesto y a la vista de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 6 bis a) del Código Penal la desestimación del primer motivo admitido del presente recurso, basado en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 399 del Código Penal». (S. T. S. de 4 de julio de 1986.)

Artículo 119. Concepto de autoridad.

«4 El motivo 4.º se interpone por infracción de Ley del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 231-2.º y 232 del Código Penal, en relación con el artículo 119, párrafo 1.º, del mismo Código. Según el recurrente, el señor D. S., a pesar de ser Diputado del Congreso ni era autoridad ni actuaba dentro de sus funciones ni con ocasión de ellas. Es motivo que debe ser desestimado porque: A) Fuera del texto del artículo 119 dicho, no es fácil encontrar otro precepto que defina lo que es autoridad, incluso en el derecho administrativo se echa en falta el concepto. En la Enciclopedia de Derecho y Administración se define la autoridad como «Facultad legítima ya de establecer, de prescribir, o de reducir a ejecución cuanto concierna, total o parcialmente, a la organización, conservación y régimen del Estado». El dictamen del Consejo de Estado de 26 de enero de 1961, aunque «obiter dictum» dice que es autoridad «quienes tienen atribuciones para dictar normas y tomar resoluciones. Cuando se trata de Colegios la autoridad hay que predicarla de ellos mismos y de sus miembros». Con este antecedente la doctrina legal vincula el concepto de autoridad al ejercicio de un poder, sea el legislativo, ejecutivo o judicial (Sentencias de 23 de mayo de 1933, 5 de junio de 1965, 20 de noviembre de 1963) y por otra parte nuestra Constitución, artículo 66-2 dice que las Cortes Generales tienen la potestad legislativa. B) A mayor abundamiento la lectura de los Reglamentos provisional y definitivo de las Cortes acredita que dentro de sus facultades o funciones aparecen resoluciones que implican mando: pueden pedir y los organismos administrativos cumplimentar la remisión de datos, informes y expedientes las comisiones de investigación pueden ordenar la presencia de cualquier persona ante el Congreso (artículo 76-2 de la Constitución); autorizan al Gobierno para celebrar referendums consultivos; propone los nombramientos de Vocales del Consejo General del Poder Judicial y Magistrados del Tribunal Constitucional; aprueba los Presupuestos Generales del Estado, que llevan no sólo declaraciones de derechos y deberes, sino también mandatos para su recta aplicación. C) Si el artículo 71 de la Constitución concede a los parlamentarios privilegios tan excepcionales como la inmunidad y la inviolabilidad, no sería lógico carecieran sus personas de la protección jurídica que proporciona la Ley Penal cuando son sujeto pasivo de ciertos delitos. D) Lo mismo la Ley que la jurisprudencia han sido liberales y generosos en la concesión de la cualidad de autoridad; como cumplidores de la exigencia de ejercer jurisdicción ha considerado autoridades a todos los miembros pertenecientes a la organización jerárquica judicial desde los cargos más altos a los antiguos jueces Municipales y de Paz, y expresa-

mente por disposición legal o reglamentaria, a los Notarios, por su Reglamento de 2 de junio de 1944, Inspectores de Trabajo (Reglamento de 13 de julio de 1940), Inspectores y Directores del Cuerpo de Prisiones (Orden de 24 de febrero de 1956), etc., y la Jurisprudencia a los Ministros (Sentencia de 29 de julio de 1907), Presidentes de Comisiones Gestoras (Sentencia de 23 de mayo de 1933), Alcaldes tanto en propiedad como accidentales (Sentencias de 11 de enero 1894 y 12 de noviembre de 1896 y muchísimas más), Concejalés (Sentencia de 2 de julio de 1909), Delegados de Hacienda (Sentencia de 16 de enero de 1901), los Curas Párrocos según la antigua legislación (Sentencia de 14 de enero de 1920), Catedráticos (Sentencia de 16 de noviembre de 1889), Presidente de Junta Electoral (Sentencia de 8 de mayo de 1911), Jefes Provinciales de Correos (Sentencia de 6 de noviembre de 1984). Con todos estos antecedentes sería insólito mantener que los Diputados a Cortes no son autoridad, cuando lo son los altos cargos de los poderes ejecutivo y judicial». (S. T. S. de 15 de febrero de 1986.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas. El dolo debe captar la conciencia de la antijuridicidad.

«3. Esta figura de delito, como se ha dicho es de naturaleza eminentemente abstracta y formal: reclama no obstante, para su existencia, que el sujeto activo conozca la significación antijurídica de su conducta (sentencia 16 de junio de 1981 y otras muchas). Este conocimiento plantea con frecuencia el problema de error de derecho extrapenal, o de error de prohibición hoy recogido en el artículo 6.º bis a) del Código Penal después de la reforma de la Ley 8/1983, de 25 de junio, que puede llevar a la ausencia o inexistencia de culpabilidad. El delito de tenencia ilícita de armas al tipificarse la conducta con la necesidad de no poseer guía de pertenencia o licencia de uso o sólo esta última, implica un elemento normativo de naturaleza jurídica, por lo que el error sobre estos extremos puede originar exención de responsabilidad. En esta doctrina se apoya el recurrente para formular el tercer motivo de impugnación —también por infracción de la Ley del art. 849-1.º con invocación del art. 1.º del Código Penal, pero el conocimiento o desconocimiento de la prohibición hecho psicológico interno que debe manifestarse en hechos externos, que el recurrente no proporcionó en su día, mientras que el conocimiento de la ilicitud de la tenencia, se acredita por el hecho notorio de que en la sociedad española, dado el largo lapso de tiempo en que el legislador ha castigado este delito, no puede ser ignorada por nadie tal ilicitud». (S. T. S. de 21 de abril de 1986.)

Artículo 303 (en relación con el 302, 1.º y 2.º). Utilización de una tarjeta de crédito sustraída. Falsedad en documento mercantil. Posterior delito de estafa.

«Que tanto la tarjeta ajena utilizada, como los respectivos recibos de las operaciones suscritos, tienen carácter de documentos mercantiles y están comprendidos en el artículo 303 del Código Penal, al no contener este pre-

cepto una definición de aquéllos, ni una enumeración cerrada de ellos, habiendo declarado reiteradamente esta Sala, que deben entenderse como tales no sólo los regulados por el Código de Comercio o leyes mercantiles, sino todos cuantos sean expresión de una negociación comercial, sirvan para acreditar operaciones mercantiles o tengan validez y eficacia para hacer constar derechos y cancelar obligaciones de tal naturaleza (Sentencias de 20 de diciembre de 1960; 20 de enero de 1976, 2 de marzo y 2 de noviembre de 1979, 20 de mayo de 1982 y 10 de diciembre de 1983 entre otras). Siendo así que los procesados alteraron trascendentemente la verdad al presentarse como titulares de una tarjeta de compra a crédito sustraída a su legítima tenedora, a cuyo amparo realizaron dos operaciones comerciales, fingiendo la firma y rúbrica de aquélla y suponiendo en tales actos la intervención personal de la misma, es claro que cometieron como particulares el delito de falsedad previsto y penado en el artículo 303 citado, mediante las modalidades falsarias expresamente señaladas en los números 1.º y 2.º del artículo 302 del mismo cuerpo legal punitivo, sin que este tipo delictivo precise de lucro, ni persiga perjuicio patrimonial para tercero, al ser la seguridad del tráfico comercial comunitario el derecho protegido y quebrantado con la falsificación cometida, sin quedar privada de su propia sustantividad, ni mermada su autónoma entidad punible, porque la posterior finalidad de la misma, sea, el medio de obtener beneficios económicos los inculpados (Sentencias de 29 de abril de 1955, 30 de enero de 1958, 30 de abril de 1981, 24 de septiembre de 1982 y 14 de marzo y 21 de mayo de 1984); c) que admitida por los recurrentes la realidad de haber consumado una falta de estafa y un delito también de estafa, en grado de tentativa, el problema suscitado en el recurso de que estas infracciones penales asumieron la falsedad en documento mercantil asimismo imputado y estimado, es cuestión legalmente resuelta negativamente por el legislador al haber derogado y suprimido en el Código Penal de 1944 y en el vigente reformado, la antigua figura de la falsedad con lucro que preveía y sancionaba el artículo 323 del Código Penal de 1932, cuestión además reiteradamente abordada y dilucidada por la doctrina de esta Sala en el sentido de que la concurrencia de falsedad y estafa requiere la condena por ambos delitos al no ser incompatibles, ni subsidiarios, uno de otro, en concurso real conforme al artículo 69 del mentado Código, aunque uno sea medio necesario para la comisión del segundo, y esto, porque no se ejecutan con un sólo acto, sino que la actividad criminal se desarrolla a través de diversas infracciones independientes y sucesivas, sin constituir fases parciales y complementarias de un solo hecho, sino que los actos de falsificación tuvieron naturaleza, tipicidad y penalidad individual consumada y distinta de los que integraron la estafa, y consecuentemente han de ser estimados y sancionados por sí mismos, aunque los recurrentes obraran con el único designio, o propósito finalista, de lucrarse con la defraudación perseguida (Sentencias de 29 de abril de 1955, 30 de enero de 1958, 20 de diciembre de 1960, 2 de marzo de 1979, 13 de abril de 1981, 24 de septiembre de 1982, 31 de enero de 1983, 21 de mayo de 1984, y 11 y 15 de junio de 1985), lo que en definitiva conlleva a rechazar por improcedencia el motivo y recurso contemplado». (S. T. S. de 19 de junio de 1986.)

Artículo 319. Delito fiscal. Aplicación de la ley penal más favorable al haberse modificado la reguación de la materia. Non bis in idem.

«2. La estimación del recurso interpuesto, en nombre del Estado, por el señor Abogado del mismo, tropieza con dos obstáculos insuperables, que son los siguientes: 1.º) dada la retroactividad de las Leyes penales en lo que favorezca al reo, señalada, como principio de derecho, en el artículo 24 del Código Penal, toda conducta defraudatoria que no exceda de cinco millones de pesetas, deviene impune, lo que sucede, en este caso, el cual, con arreglo a la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, la cantidad dejada de abonar a la Hacienda pública mediante elusión fraudulenta, ascendió a **dos millones setecientas cincuenta mil y siete pesetas**, sin que se oponga a lo dicho el contenido del artículo 350 bis del Código Penal, ya que la acusación, tanto pública como privada, no se refirieron, para nada, a la aplicación de dicho precepto, suponiendo una ampliación del Título de imputación de absoluta inoperancia, puesto que, la conducta del supuesto infractor, fue muy anterior a la vigencia de la Ley de 29 de abril de 1985, la cual, ahora, no puede aplicarse sorpresivamente y en perjuicio del reo; 2.º la posibilidad de sancionar, una conducta, administrativamente y, más tarde, penalmente, o viceversa, se halla proscrita por la sentencia de 30 de mayo de 1981, dictada por el Tribunal Constitucional, en cuya sentencia se declaró que la Constitución, suprema rectora del ordenamiento jurídico, no sanciona favorablemente el principio de derecho «bis in idem», sino que, antes al contrario, el respaldado, por el ordenamiento constitucional, es el principio de Derecho «non bis in idem», el cual no permite, por unos mismos hechos, duplicar o multiplicar la sanción sea cualquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto, caso que es el de autos, puesto que, la Hacienda pública, ya impuso al presunto infractor, una sanción de un **millón trescientas setenta y cinco mil veintiocho pesetas**, procediendo, a virtud de todo lo expuesto, la desestimación del motivo único del recurso formulado por el Excmo. Sr. Abogado del Estado basado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 319 del Código Penal, tal como se hallaba redactado con anterioridad a la Ley Orgánica de 29 de abril de 1985». (S. T. S. de 12 de mayo de 1986; vid. también S. T. S. de 12 de marzo de 1986.)

Artículo 321. Intrusismo. No hay concurso con estafa si los honorarios percibidos se mantienen dentro de la cuantía habitual exigida por el legítimo profesional.

«2. En el tercer motivo del recurso, formulado al igual que los anteriores al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el que se denuncia la indebida aplicación de los artículos 528 y 587 del Código Penal, combate el recurrente la sentencia recurrida por estimar ésta el concurso del delito de usurpación de calidad con el de estafa y condenarle por la comisión de ambos delitos, fundamentando el motivo de casación en que la percepción de cantidades por el intrusista es una condición

propia del delito de usurpación, que no puede extenderse a la vez al delito de estafa; tesis ésta del recurrente que es la seguida por esta Sala en repetidas sentencias, entre ellas, las de 24 de marzo de 1953, 14 de febrero de 1959 y 20 de diciembre de 1967, en las que se sienta la doctrina de que el cobro de honorarios, por indebidos que sean, por el usurpador de título oficial, sólo puede estimarse como uno de tantos actos propios del ejercicio de una facultad que constituye el delito definido en el artículo 321 del Código Penal, siempre que dicho cobro se mantenga dentro de los límites admisibles como lucro profesional de los que legalmente gocen del título facultativo que se atribuyó el intruso, y que esa circunstancia del pago de honorarios no puede extraerse para formar con ella el tipo penal de la estafa como delito aparte e independiente por estar subsumido en la usurpación de calidad que lleva implícito el engaño del que son víctimas quienes crédulamente acuden al que se finge profesional titulado y al ser el pago una consecuencia natural de su prestación no puede coexistir, derivados del mismo hecho, dos figuras delictivas incompatibles, prevista en los artículos 321 y 528 del Código Penal, intrusismo y estafa: doctrina ésta que aplicada al caso enjuiciado conduce a la estimación de este motivo del recurso; al no ser el cobro de honorarios percibidos por el intruso excesivos y mantenerse dentro de la cuantía o límites admisibles como lucro profesional, y estimar subsumido su cobro en el tipo penal definido en el artículo 321, lo que obliga a dictar segunda sentencia más ajustada y conforme a derecho». (S. T. S. de 7 de junio de 1986.)

Artículo 325 bis. Obstrucción de la justicia. No admite formas imperfectas de ejecución.

«1. El Capítulo primero del título IV del Libro II, del Código Penal, se enriqueció con la incorporación de unas nuevas figuras delictivas incorporadas en la reforma llevada a término por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, al adicionar el artículo 325 bis, reproducción del artículo 436 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, y en directa conexión con el artículo 512 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, que incluía entre los delitos contra la Administración de Justicia y bajo la rúbrica de «Obstrucción de la Justicia», los tipos que ahora aparecen incorporados al referido artículo 325 bis, con determinadas modificaciones. En todos ellos alienta la idea básica de protección a la libre Administración de Justicia, subordinada a la posibilidad y garantía de desarrollo de un proceso al que pueda llegarse merced al normal ejercicio de las facultades de denuncia o postulación, ausente, asimismo, de trabas, constricciones o condicionamientos, y en el que puedan confluír, sin violencias físicas o morales que las eliminen o desvíen, las aportaciones de cuantos, fuera de los que oficialmente integran o sirven al Tribunal, son llamados para hacer llegar al mismo sus experiencias o conocimientos fácticos, periciales o científicos, preservación que se busca también a posteriori, sancionando a quienes urdan represalias o venganzas contra aquellos promotores o colaboradores del proceso. Cifrándose el bien jurídico protegido por el precepto no sólo en el más elevado y conspicuo de la regular Administración de justicia, salvaguardando la posibilidad de plena

información del Tribunal para la más adecuada resolución en el fondo, así como el buen funcionamiento de los dispositivos procesales, sino, también, otros bienes privados tan preciados como la libertad, la vida, la integridad, seguridad o patrimonio de las personas, merced a cuyo atentado se busca o pretende alterar la marcha de la justicia.

2. El supuesto a que se provee en el párrafo primero del artículo 325 bis radica en el ejercicio de cualquier forma de violencia física o moral proyectada sobre las personas que se enumeran, entre ellas testigos, merced a cuya instrumentación se **intentare**, contando con el efecto paralizador o intimidatorio provocado, la consecución de alguno de los comportamientos neutralizadores, omisivos o desleales a que se alude. Hallándose, pues, como se ha resaltado, ante un delito de tendencia o actividad, en cuanto se propende, en lo concerniente al testigo, a obstruir su espontánea actitud de colaboración con el órgano judicial, tratando de disuadirle de su propósito de declaración, atendiendo la llamada judicial, o de desviarle de la línea de exactitud e imparcialidad que debè ser norma de cualquier aportación testimonial. La consumación de la infracción criminal se alcanza con la conducta desatadora de la **vis física** o merced al proferimiento de las amenazas o coacciones capaces de amedrentar al testigo y torcer su ánimo, sin precisarse la consecuencia del resultado propuesto por el autor, es decir, la abstención del auxilio procesal requerido o su prestación extraviada o infiel a la auténtica realidad de los hechos. La perfección delictiva se logra con el **intento** de que el sujeto pasivo de la infracción se amolde en su proceder a la sugerencia instigadora del infractor, con independencia del eco que despierte o produzca en el incitado y de la incidencia que todo ello tenga en el procedimiento judicial en marcha. De lo que se colige la imposibilidad de admisión de formas imperfectas de ejecución en el tipo penal que nos ocupa.

3. El único motivo de casación aducido, por infracción de Ley y buscando el cauce procesal del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce **vulneración, por aplicación indebida, del artículo 325 bis**, creyendo que de su contenido se deduce que para que este delito se consume es preciso que el testigo no llegue a declarar, celebrándose el juicio sin su presencia, lo que no ocurrió en el supuesto de autos al haberse suspendido el juicio por la incomparecencia de aquél, lo que supuso simplemente un retraso en el desarrollo del proceso, contándose con su ulterior declaración. Creencia errónea, según se ha dejado expuesto, al consumarse el delito del referido precepto con el hecho de **intentar** que el testigo no deponga o incline su versión fáctica en determinado sentido, máxime, cuando los procesados obtuvieron su propósito inmediato, ya que ante la amenaza proferida a A. D. G. de «causarle un gran mal físico si continuaba el viaje y declaraba ante el Juzgado», el conductor del automóvil y aquél cogieron miedo, volvieron a Pedrosillo, desistiendo de declarar», según se hace constar en el **factum** de la sentencia de instancia. La circunstancia de que el Juez suspendiera el juicio por considerar necesaria o importante la declaración del testigo en cuestión, es inoperante en orden a la perfección delictiva, lograda en el instante en que se profirieron las expresiones amenazantes de referencia y se

incitó al testigo a que desistiera de su propósito de atender la citación judicial recibida. Procediendo, pues, la desestimación del motivo aludido. (S. T. S. de 9 de mayo de 1986.)

Artículo 344. Tráfico de drogas. Delito de peligro abstracto —hipotético— que requiere la idoneidad potencial de la conducta para la creación de un riesgo al bien jurídico.

«1. Como se ha reiterado por la jurisprudencia de esta Sala al analizar el delito del artículo 344 del Código Penal, conforme a la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 8/1983, el delito que allí se tipifica es un fiel exponente de los denominados de peligro abstracto, lo que conlleva la exigencia de comprobar que la conducta era potencialmente idónea para la creación de un riesgo para el bien jurídico protegido, representado por la salud pública, y cuya aprehensión supone un análisis metódico de cada caso sometido a enjuiciamiento con el fin de comprobar si la tenencia o posesión de droga estaba unida al ánimo tendencial de propagarla o destinarla al tráfico, con lo que se llegó al predicado de que la conjunción de tales elementos provocaba siempre su punibilidad por el cauce del artículo 344 del Código penal, produciéndose así el que ha venido llamándose delito de consumación anticipada (sentencias de 22 de marzo, 19 y 23 de abril, 16 de octubre y 2, 7 y 21 de diciembre de 1982 y 15 de enero, 7, 10 y 18 de febrero y 16 de mayo de 1985 y 14 de marzo último).» (S. T. S. de 5 de junio de 1986.)

Artículo 344. Tráfico de drogas. Es posible apreciar la tentativa.

«4. El análisis de esta doctrina jurisprudencial, por encima de su aparente generalidad, se ha verificado partiendo del dato esclarecedor que ofrecen las sentencias de esta Sala de 17 y 30 de junio de 1982, cuando afirman que «no resultan **usualmente** admisibles las formas imperfectas de tentativa o frustración, si bien no cabe rechazar a priori toda hipótesis de tráfico de estupefacientes en grado de frustración o tentativa, **pero partiendo de** a citada base y **del hecho de que la simple tenencia de dichas sustancias con propósito de ulterior transmisión a otros llena por sí misma y de modo total las exigencias típicas del artículo 344**»; esclarecimiento que deriva del dato esencial de que el precepto incluye la posesión simple con fines de tráfico como comportamiento autónomo de consumación conforme a los artículos 3 y 49 del mismo Código sustantivo y que **no excluye por tanto la posibilidad de reputar existente las formas imperfectas de ejecución aisladas de la tenencia o posesión, como es el caso presente, prácticamente idéntico al resuelto por la tendencia de ésta Sala de 4 de febrero de 1985, que declaró que «ciertamente la jurisprudencia de esta Sala ha sido renuente en el reconocimiento de formas imperfectas de ejecución, si bien no las ha excluido de forma inequívoca, quedando roto el tracto del delito imputado al ser detenidos en el portal del edificio donde se realizaba el tráfico, lo que permite llevar los hechos al área de la tentativa**»; doctrina que atiende en estos supuestos incluíbles en la zona fronteriza con la conspiración y los actos preparatorios

(Sentencias de 21 de marzo de 1985), a las exigencias del principio de legalidad (artículo 9.3 de la Constitución), del que la tipicidad es simple instrumento técnico-jurídico, y de la normativa civil sobre el contrato de compraventa y su consumación, pues aun siendo el mismo consensual, no puede en valoración normativa con trascendencia punitiva estimarse consumado si el cambio de la cosa por el precio que vertebran entitativamente dicha figura contractual no se han realizado de modo efectivo; procediendo así estimar en este sentido el primer motivo del recurso, dictando el pronunciamiento previsto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el 902 de la misma, sin aplicación de la norma contenida en el artículo 903 de dicho Cuerpo Legal al coprocesado no recurrente, al no ser aplicables a éste los motivos de impugnación.» (S. T. S. de 3 de junio de 1986.)

Artículo 344. Tráfico de drogas. Notoria importancia: aparte de la calidad, el exceso de un kilogramo de hachís atrae la agravación, lo que puede equipararse a la cantidad comprendida entre sesenta y ochenta gramos de heroína.

«5. En la búsqueda de aquellos asideros o criterios de firmeza a los que recurrió esta Sala a fin de detectar la importancia de la cantidad de droga destinada al tráfico, se vio enseguida la existencia de una variable según se tratara de drogas duras o blandas en el lenguaje vulgar o más o menos nocivas para la salud en los términos de la Ley, de tal manera que la cantidad de notoria importancia estaría en proporción a su nocividad: a mayor potencia dañosa debe estimarse como necesaria menor cantidad; y no sólo esto sino que dentro de una misma especie de droga habrá de tenerse en cuenta su mayor o menor concentración del producto, su pureza y calidad y aún el ámbito personal y social al que se destina su tráfico (*ad exemplum*, sentencia de 7 de noviembre de 1983). Y ya dentro de estos parámetros se ha ido concretando más, hasta el punto de que para el hachís, prototipo de droga blanda, se viene estimando que el exceso de un kilogramo atrae la agravación, según declaraciones que pueden estimarse ya constantes, si bien, de acuerdo con aquella idea de la mayor concentración del producto, se exige mucha menor cantidad para el aceite de hachís (Sentencia de 29 de diciembre de 1984: considera de notoria importancia la cantidad de 140 gramos de aceite en cuanto representan más de un kilogramo de hachís).

6. Si de los derivados de la *cannabis* pasamos a los opiáceos y dentro de ellos nos concretamos a la heroína traficada por los procesados, podemos ya establecer una relación entre el hachís, prototipo de aquellos derivados y la heroína, de suerte que si la dosis de consumo para aquél es de cinco gramos y para ésta la dosis oscila entre 0.1 y 0.4 gramos, según cifras oficiales en la materia, tendremos que la cantidad equivalente a los 1.000 gramos de hachís estará entre los 60 y 80 gramos de heroína, correspondientes a un consumo medio y máximo o abusivo, sin perder nunca de vista el grado de pureza de la droga, pues, si como es frecuente, ésta se expende en las últimas ramificaciones del mercado con aditivos que aumentan la cantidad y, por ende, el

lucro del traficante, habrá que disminuir el exceso para hallar la cantidad real de estupefaciente, tal como ya ha entendido esta Sala en algunas de sus últimas resoluciones (Sentencia de 6 de noviembre de 1985: con tal descuento del adulterante se encontró la cantidad de 44,7 gramos de heroína, la que, por tanto, no se estimó de notoria importancia).» (S. T. S. de 13 de mayo de 1986.)

Artículo 371. Denegación de auxilio a la justicia. Colisión de deberes que motiva un error vencible sobre un elemento normativo del tipo. No es punible la comisión imprudente.

«C. La desobediencia y su modalidad de denegación de auxilio son delitos eminentemente intencionales, hasta el punto de que en nuestras leyes procesales está presente, precisamente para prefigurar el ánimo doloso, la necesidad de una previa admonición de proceder criminalmente por estos delitos (vid. «ad exemplum» los arts. 420 y 716 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), siendo obvio que esta exigencia no puede aplicarse al funcionario policial, perfectamente informado y consciente de sus deberes profesionales y de su dependencia funcional, pero en todo caso el dolo o intención maliciosa es inexcusable requisito subjetivo en el que ha insistido la jurisprudencia de este Tribunal: la negativa —afirma la Sentencia de 2 de enero de 1983— no puede atribuirse a mera negligencia o al convencimiento de no hallarse el acusado en la obligación de ejecutar lo que haya sido objeto de requerimiento; se alude al hecho de no dar razón o excusa legal en las resoluciones de 4 de junio de 1895 y 25 de noviembre de 1913, o se refiere, como en la Sentencia de 28 de mayo de 1935, a la negativa sin causa justificada. Y en este punto es forzoso reconocer que el acusado no obró sin motivación o con argumentos en que estuviera patente un menosprecio al mandato judicial, sino porque —a su juicio— existían razones para mantener reservados los datos de identificación exigidos; efectivamente, de las diligencias previas iniciadas para la investigación del suceso (de las que derivaba el sumario por denegación de auxilio) se habían excluidos los gravísimos hechos acaecidos en territorio francés —aunque sobre la sentencia de instancia pesa tanto la trascendencia de los mismos que busca en el Considerando séptimo elementos fácticos para afirmar una «presunción» de autoría que lleva al párrafo inicial del relato—, y los hechos realmente acaecidos en nuestro territorio se constreñían a la irrupción violenta de un turismo en el paso fronterizo, al parecer sin armas, produciendo daños en las barreras y en un vehículo estacionado, a lo que se sumaban el robo del turismo y sustitución de las placas de matrícula en el campo de lo presumible. Es explicable la contienda en el fuero interno entre la exigencia judicial de manifestar las circunstancias identificativas de los presuntos autores y el deber de omitirlas, por su condición de confidentes mercenarios de la lucha antiterrorista cuyo centro de información dirigía el acusado, y pueden aceptarse como verosímiles razones de la negativa el riesgo que podía crearles, el desprestigio del mando que dejaba sin protección a sus miembros, la desmoralización y posible desmantelamiento de sus cuadros, las tensiones graves que podían brotar en el seno de las fuerzas de seguridad, y la ventaja que podía reportar

a las bandas terroristas, tratándose, a su juicio, de una imputación por delitos menores; y el propio Tribunal sentenciador no fue ajeno a este conflicto de deberes cuando al rechazar la agravación objetiva del párrafo segundo del artículo 371 del Código, esgrimía argumentos de culpabilidad, afirmando que «desde su perspectiva exclusivamente policial la revelación de la identidad de sus informadores constituía en sí misma un daño para la causa pública que colocaba por delante del grave perjuicio que para el Estado representa el hecho de que la Justicia española pueda esclarecer un caso» (Considerando quinto), y se refería al final del Considerando sexto a la creencia, por parte del acusado, de existir tan sólo una infracción administrativa.

Indudablemente el acusado en esta pugna de deberes, el deber de acatar el requerimiento judicial facilitando el nombre de los autores de los hechos punibles realizados en el territorio español, y el deber de mantenerlos reservados por estar integrados en un grupo de información de la lucha antiterrorista a cuyo mando pertenecía, optó por este último en la creencia errónea de que los bienes jurídicos a cuya protección atendía eran superiores y le autorizaban a obrar como lo hizo; es discutible si este error, en el que pueden encontrarse elementos que conciernen a la antijuricidad, era de prohibición o sobre el tipo, pero indudablemente existió error con la consecuente eliminación del dolo, de suerte que en el comportamiento del acusado, donde se daban cita los demás factores o elementos del injusto penado en el artículo 371, faltaba el elemento de culpabilidad para completar la estructura jurídica del tipo penal; y al decidirse a situar en el error sobre el elemento normativo del delito y otorgarle el carácter de vencible, la aplicación del artículo 6 bis a) del Código obligaría al castigo de la infracción, **en su caso**, como culposa, pero esta subrayada expresión legal ha de interpretarse en el sentido de que el error vencible sobre los elementos del tipo solamente es sancionado si se considera punible la forma culposa del delito cuyo tipo objetivo realizó el autor; y como quiera que el delito de denegación de auxilio en su elemento intelectual y subjetivo repele la comisión culposa, de acuerdo con un inflexible criterio jurisprudencial que exige malicia, dolo o intención renuente al auxilio, debe rechazarse la responsabilidad penal que insta únicamente la acusación particular, dado que el Ministerio Fiscal apoyó en parte sustancial los motivos del acusado.

3. Las razones que precedentemente se desarrollan conducen a la estimación de los motivos primero y cuarto del recurso del acusado, de la cual se deriva la ineffectividad de los restantes, tanto de este mismo recurso —por la índole subsidiaria con que fueron propuestos—, como de todos los formulados por la parte acusadora particular al haber perdido toda base jurídico-penal, por cuanto iban enderezados exclusivamente a obtener la agravación de la pena impuesta con fundamento en que el delito había producido grave daño a la causa pública. Consecuentemente, debe asumir funciones de instancia la Sala de casación en los términos previstos en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y pronunciarse en términos absolutorios sobre la acusación mantenida.» (S. T. S. de 22 de marzo de 1986.)

Artículo 405. Parricidio. Muerte del cónyuge mediando alevosía. Concurso de Leyes: relación de especialidad.

«2. En el primero de los motivos del propio recurso se plantea por primera vez ante esta Sala el problema relativo a determinar cuál sea la calificación correcta que corresponde al hecho de dar muerte dolosa un cónyuge a otro cuando se aprecie alguna de las circunstancias específicas que señala el artículo 406 del Código penal, es decir, si tal conducta integra el delito de parricidio definido y sancionado en el artículo 405 de dicho texto legal, con la agravante de responsabilidad criminal que concurra —como el recurrente pretende— o si, por el contrario, debe entenderse que el delito constituye un asesinato agravado por la circunstancia de parentesco como, por aplicación del artículo 68 del Código penal, ha sentenciado el Tribunal juzgador.

A) Este tema (nuevo, como se ha dicho, en la casación penal) se trae a debate por primera vez como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 8/83, de 25 de junio, en las penalidades señaladas a los delitos en juego, que, desde siempre, habían venido sancionados de forma inversa a cómo en la actualidad se castigan, y así, un repaso de los Códigos penales anteriores al actual permite conocer que en el de 1848 el parricidio se reprimía con pena de muerte si en su perpetración concurría premeditación o ensañamiento y con pena de cadena perpetua a muerte si no concurría ninguna de esas circunstancias, mientras que el asesinato se castigaba con dicha última pena cuando se apreciaban para calificarlo la alevosía, el precio o promesa, la inundación, el incendio o el veneno, la premeditación, o el ensañamiento y con la de reclusión temporal en cualquier otro caso; en el de 1870 las penas que se asignaban eran las de cadena perpetua a muerte para el parricidio y la de cadena temporal en su grado máximo a muerte para el asesinato, al que calificaban las mismas circunstancias del Código de 1848; en el de 1928 el parricidio se castigaba con pena de 25 años de reclusión a muerte mientras el asesinato lo era con pena de 20 años de reclusión a muerte; en el de 1932 dichas penas eran las de reclusión mayor para el parricidio y la de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor para el asesinato; en el de 1944, y sus revisiones posteriores, ambos delitos se castigaban con pena de reclusión mayor a muerte; y, finalmente, en la reforma actual, y sin causa ni motivo alguno legal ni moral que lo justifique, se asigna al parricidio la pena de reclusión mayor, en toda su extensión (extensión limitada a lo que resulte de la observancia de las reglas del art. 61) mientras al asesinato se le castiga con la pena de reclusión mayor en su grado máximo.

B) Llegados a este punto bueno es recordar, conforme a lo expresamente establecido en el artículo 68 del Código penal, que los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de dicho Código lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos, debiendo señalarse a tal efecto que las infracciones lo han de ser en su integridad, es decir, con el conjunto de circunstancias y hechos que integran la unidad de la acción delictiva, o sea, la totalidad de la conducta punible, con todos sus elementos objetivos y subjetivos de sostén, pero sin desproveerla de ninguno de ellos.

C) Sentado lo anterior es claro que el hecho imputado al recurrente de matar a su esposa acometiéndola de modo inopinado y por sorpresa con un cuchillo, integra, a no dudar, el delito de parricidio definido en el artículo 405 del Código penal, al ser el muerto uno de los parientes mencionados en el texto legal —delito que, en este caso, vendría agravado por la concurrencia de la alevosía—, pero en modo alguno puede considerarse también que el mismo hecho integre el delito de asesinato comprendido en el artículo 406-1 del propio ordenamiento sustantivo, por la razón simplísima de que ello supondría desmembrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy en día privilegiada, como es el parricidio, extrayendo de su tipo la circunstancia cualificativa de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero de los preceptos citados, para conformar con ella una agravación genérica —la mixta del artículo 11 de aquel Cuerpo legal—, y adscribirla a otra figura punible —en este caso el asesinato—, que tiene sus propias y genuinas características y que sólo puede aplicarse, previa concurrencia de alguna de las circunstancias específicas de agravación que requiere —las del mencionado artículo 406—, a individuos que atenten contra la vida o integridad física de personas que no tengan con ellos la relación parental consignada en el artículo 405, ya que de estimarse lo contrario, o sea si se aceptara la tesis mantenida por la sentencia impugnada, se rompería el principio de especialidad, constantemente proclamado por esta Sala —«*lex specialis derogat legi generali*»—, que obliga a aplicar el tipo especial aunque la pena con que se sancione sea más benigna que la que se consigne para el que entre en colisión con él, por lo que es indudable que en este caso se infringió el artículo 68 del Código penal al aplicarlo a un supuesto de concurso de leyes inexistente por las razones aducidas con anterioridad.

D) Ello no obstante, es de rigor proceder en el hecho enjuiciado a la confirmación del fallo recurrido y a la desestimación del recurso que lo combate, pues siendo la calificación correcta la de constituir tal hecho un delito de parricidio con la agravante de alevosía, atenuado por la eximente incompleta de enajenación mental, la pena que corresponde imponer es la señalada al delito tipo rebajada en un grado pero en los grados medio o máximo de éste, es decir una que abarca desde los catorce años, ocho meses y un día a los veinte años de reclusión menor, y habiendo sido impuesta la de veinte años, que está dentro de dicha extensión y que sería la que esta Sala impusiera en caso de revocación del fallo contradicho, es claro que el recurso no puede prosperar, pues, estando justificada tal pena, su impugnación carece de efectividad» (S. T. S. de 4 de marzo de 1986.)

Artículo 409. Auxilio al suicidio. Voluntariedad. Conciencia de la ilicitud del auxilio prestado. Ausencia de miedo insuperable.

«3. El segundo motivo del recurso, igualmente, debe desestimarse, porque formulado, según se expresó, para que se declarase la inexistencia de voluntariedad, al amparo del artículo 1.º del Código penal por verse cons-

treñida la condenada para realizar la entrega de los cartuchos como medio necesario para ocasionar la muerte a su marido, ante la fuerza y exigencias del mismo, y esta argumentación no puede acogerse, ya que, aparte de que los supuestos fácticos no arrojan apoyatura para la misma, de la propia declaración de la procesada, que ha sido examinada en relación con los demás medios probatorios, no se deriva condicionamiento alguno que ponga de relieve la ausencia de voluntariedad alegada, que de haber sido lo contrario, hubiera originado la inexistencia de la figura delictiva apreciada por no concurrir el dolo o culpa que se reclama para todo delito en el artículo citado del Código Penal. Por otra parte, la Sala, al decidir sobre este motivo, quiere hacer constar que no existe la posibilidad de captarse la existencia de un error de prohibición como antídoto de la concurrencia del dolo, pues aunque sí, remotamente, se vislumbra de todo el examen de la causa el obrar de los suicidas ante una denominada «eutanasia psicológica», no se dibuja la creencia de la licitud del obrar en la condenada, requisito imprescindible para poderse proyectar la ausencia dolosa.

4. La exención de responsabilidad por miedo insuperable requiere: la presencia de un mal igual o mayor, productor de pavor, temor o pánico, como dice la doctrina de esta Sala, que implique un trastorno anímico de tal intensidad que coloque al sujeto activo de la acción en situación de terror, anulatoria de la voluntad de la conducta; que esté inspirado en un hecho real y efectivo; y que sea insuperable, en el sentido de que no sea vencible de acuerdo con el común proceder de los hombres, y es necesario o preciso, para poderse apreciar como eximente incompleta que los condicionamientos acabados de exponer se den sin la suficiente intensidad para la anulación de la voluntad, pero sí para su disminución. En los hechos que se declaran probados, apreciados, con arreglo a la sana crítica a través de la prueba practicada en el proceso, se manifiesta; que el propósito de quitarse la vida «le fue comunicado a la procesada por su propio marido mediante la lectura de una nota expresiva»; que «observó cómo su esposo, tras despedirse de ella y de sus hijos, cogía una escopeta de caza con la correspondiente munición; que vio regresar malherido en el rostro al marido»; y que ante la petición de más cartuchos «para determinar de forma definitiva con su vida, la procesada le facilitó los mismos con ánimo de colaborar para que su marido encontrara la muerte, la cual se produjo cuando éste disparó el arma contra sí, tras haberla cargado con la munición que le proporcionó su esposa». De estos supuestos no se desprende el terror, el pánico ni influencia alguna de un mal que vicie de forma atenuante la voluntad del sujeto activo del delito, y por ello el motivo debe desestimarse.» (S. T. S. de 15 de marzo de 1986.)

Artículo 420, 3.º Concepto jurídico de deformidad como consecuencia de una lesión.

«1. El concepto jurídico de deformidad, que no coincide exactamente con el sentido o significación médico-legista del vocablo, equivale a toda irregularidad física, visible y permanente que sin convertir al ofendido en un ser repulsivo o repelente o en un monstruo o adéfesio, le afea, desfigura o le

produce demérito, estigma o tara fisiológica; al referirse, esta definición, a que, la irregularidad, ha de ser necesariamente física, con ello se quiere significar que ha de recaer sobre el «soma» y no sobre la «psique» del sujeto pasivo; visible, tanto vale como perceptible a simple vista o «de visu»; y permanente, es exigencia que atañe a la invariabilidad de la deformidad, la cual no desaparecerá con el tiempo, sino que permanecerá y perdurará. A propósito de este tema, y para lo que aquí interesa, es preciso esclarecer dos puntos respecto a los cuales suele reinar la confusión y que son los siguientes: 1.º) la visibilidad de la imperfección, fealdad o irregularidad, supone que, la tara o estigma, recaen sobre la periferia del cuerpo humano y no sobre los planos internos del mismo, habiendo deformidad aunque la cicatriz, la pérdida de substancia, las manchas o los defectos de pigmentación, queden ordinariamente ocultos o escondidos debajo de la indumentaria o ropas de la víctima, pues lo realmente trascendente es que, dichas taras, no se perciban en ningún momento de los relativos a la vida afectiva, social o de relación de la persona afectada, debiéndose destacar que, de ser otra la interpretación, el concepto quedaría excesivamente circunscrito, no extendiéndose más que a los estigmas perceptibles en el rostro, faz o semblante o en las manos las cuales son las únicas zonas que, de ordinario, no cubren las prendas de vestir; y 2.º) el relativismo del concepto, mejor diríase, el pretendido relativismo de la definición, que se sostiene depende de la edad, sexo o profesión del sujeto pasivo, no lo es tal, pues en puridad de principios, todos tienen derecho a la belleza y si carecen de la misma a que no se acentúe su fealdad, si bien es preciso reconocer que, esa relatividad, puede influir en dos extremos, en primer lugar, en la determinación de si hay o no deformidad cuando se trata de casos confusos o límites, en los que, la poca extensión y perceptibilidad del estigma, crea la duda en el seno del Tribunal sentenciador en instancia, y, en segundo término, en lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, la cual alcanzará un «quantum» diferente según sean las circunstancias personales del ofendido y la mayor o menor incidencia de la tara en relación con su sexo, profesión o edad.» (S. T. S. de 23 de abril de 1986).

Artículo 430. Abusos deshonestos cometidos con persona bajo los efectos del sueño.

«2. El sueño normal o natural, más o menos intenso según el cansancio del que duerme, y del que quedan excluidos el sueño letárgico, el comatoso, el hipnótico y cualquiera otro de naturaleza patológica o morbosa, crea el problema de si, quien duerme, se halla privado de sentido a efectos del artículo 430 en relación con el núm. 2.º del artículo 429, ambos del Código Penal, pudiéndose decidir la cuestión del modo siguiente: tratándose de violación de una mujer sumida en el sueño, y aún reconociendo que, durante el mismo, el durmiente carece de conciencia y de voluntad, el caso, como se ha dicho; parece «más bocacciano que real», aunque lo admitió la sentencia de este Tribunal de 15 de junio de 1957, en un supuesto en el que la mujer dormida, dentro de su semiconsciencia, confundió, a un desaprensivo sujeto, con su

marido; pero tratándose solamente de abusos deshonestos, es perfectamente concebible la hipótesis controvertida, aprovechando, el infractor, el sueño de la víctima para realizar tocamientos impúdicos en zonas erógenas del cuerpo de la misma, la cual no presta anuencia ni beneplácito a la obscenidad de los referidos actos porque se halla privada de la consciencia y de la volición consubstanciales a hallarse despierta, terminando, de ordinario, por despertar sobresaltada; pero sin poder impedir que lo hecho, hecho esté irremediablemente.» (S. T. S. de 14 de julio de 1986.)

Artículo 496, párrafos 2.º y 3.º Coacciones. Piquetes de huelga.

«2. Que la figura delictiva existe con arreglo al expresado relato fáctico resulta indudable, pues la misma, cuya creación en el fondo no era necesaria al poderse lograr la finalidad normativamente pretendida con la eventual aplicación al tipo-base de la coacción de las circunstancias genéricas de agravación 8.ª, 12.ª y 13.ª del artículo 10 del Código Penal, supone más que una incidencia en el general ánimo tendencial de restringir la libertad de la persona o personas sobre las que se ejerce, que sirve, según reiteradamente expresa la doctrina de esta Sala para caracterizar el tipo de coacción (Sentencias, entre muchas, de 24 de febrero de 1981, 25 de mayo y 2 de noviembre de 1982, 24 de marzo y 22 de septiembre de 1983, 16 de febrero y 11 de julio de 1984 y 25 de marzo y 10 de mayo de 1985), sobre una concreta parcela de esa libertad constituida por la libertad de trabajo: no se protege así, contra lo que pudiera deducirse de expresiones desafortunadas de la Exposición de motivos de la referida Ley creadora del «tipo», el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, hoy consagrado en el artículo 28.2 de la Constitución, sino, contrariamente, **el bien jurídicamente protegido es el derecho a no hacer la huelga o a no estar en huelga;** con lo que la naturaleza de esta figura delictiva se aproxima, como advierte la más reciente doctrina científica, a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo; tipo delictivo a cuya existencia no obsta en forma alguna el carácter de fundamental del derecho de huelga (por otra parte no absoluto, como entre otras declara la Sala del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981), pues aunque la nota negativa en la descripción del tipo representada por el adverbio «legítimamente» imponga la valoración de existencia de eventuales causas de justificación o excluyentes de la antijuridicidad, es lo cierto que tanto la doctrina científica (que mayoritariamente excluye la viabilidad de que pueda impedirse por la fuerza la realización de un ilícito civil, pues ello supondría autorizar el ejercicio de la autotutela fuera de sus límites propios) como la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 18 y 26 de octubre de 1979 y 24 de febrero de 1981), que declara que no se integra en la legitimidad prevista en el precepto la valoración de la justicia intrínseca de las reivindicaciones pretendidas con la huelga, imponen la estimación de antijuridicidad en casos como el presente, en los que además el derecho-deber al trabajo viene tutelado, aunque con menor intensidad que el de huelga por otro precepto constitucional (artículo 35.1); por lo que al referirse disyuntivamente el citado artículo 496 como verbos típicos a los de «iniciar» o «conti-

nuar», es claro que al deducirse del relato la segunda de estas conductas delictivas, es llano que existe el tipo delictivo y ello determina la desestimación del único motivo impugnativo subsistente; procediendo por tanto dictar el pronunciamiento previsto en el párrafo primero del artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las ordinarias consecuencias que el mismo dispone.» (S. T. S. de 22 de mayo de 1986.)

Artículo 501, 1.º Robo con homicidio: coautoría.

«4.º La coautoría en el delito de robo con homicidio, es tema muy controvertido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, girando toda la problemática en torno a la unidad indestructible, indisoluble, inseparable e indivisible del tipo delictivo, la cual conduce irremisiblemente a la condena, como autores y merced a un mismo y único título de imputación, de todos los partícipes de esa clase, aunque uno sólo de ellos haya causado el homicidio, o, como tesis contraria, a la posibilidad de disociación o escisión del complejo delictivo, robo-homicidio, reputando autores del dicho complejo sólo a los que tomaron parte directa en la ejecución del homicidio, y meros agentes del robo a los que no la tomaron. En la doctrina científica, unos sectores, distinguen entre robo con homicidio **preordenado**, en el que, el concierto previo para matar como medio de robar, responsabiliza del homicidio a todos los autores, hayan causado o no dicho homicidio, y el robo con homicidio **episódico**, en el cual, produciéndose el homicidio, de modo súbito, incidental o sobrevenido, sin previo planteamiento o deliberación, sólo serán responsables del delito complejo los autores materiales del mismo y no los demás; otros criterios, responsabilizan a todos los presentes hayan ejecutado o no el homicidio, pues «su presencia es ratificación consensual tácita», mientras que, algunas opiniones, sostenidas por sectores de criterio respetable, admiten la coautoría tan sólo si se planea previamente la violencia o si la presencia del partícipe refuerza la participación del ejecutor, es decir, si supone una ventaja para éste; y, finalmente, las más recientes opiniones, mantienen que lo esencial, para la adecuada solución del problema, es que se convenga o pacte previamente un delito de robo con violencia o intimidación en las personas y que el acuerdo de voluntades recaiga sobre aquél, con lo cual si, lo concertado, fuere un hurto o un robo con fuerza en las cosas, sólo el autor material de la muerte responderá, en su caso, del robo con homicidio. Por su parte, la jurisprudencia, en una primera época —sentencias de 20 de junio de 1887, 23 de mayo de 1901, 7 de mayo de 1902, 6 de agosto de 1903, 5 de agosto de 1905, 10 de mayo de 1911, 16 de enero de 1931, 10 de noviembre de 1932, 8 de enero de 1944 y 20 de enero de 1947—, sostuvo que, cuando el homicidio sea realizado materialmente por uno sólo de los partícipes, todos los que tomen parte en el robo responden igualmente del mentado complejo, fundando, implícitamente, esta solución, en una interpretación asaz extensiva del párrafo segundo del artículo 502 del Código Penal, interpretación que conduce a estimar autores a todos los malhechores presentes en el momento de la ejecución del homicidio; pero, en época más reciente —representada por las sentencias de 28 de enero de 1953, 23 de junio y 9 de diciembre de

1954, 29 de octubre de 1959, 3 de diciembre de 1964, 20 de marzo de 1972, 26 de febrero de 1976, 18 de marzo de 1980, 19 de enero y 20 de octubre de 1981, 7 de diciembre de 1984 y 3 de enero de 1985— la tesis, sin dejar de ser afirmativa se fundamenta en la común empresa delictiva, es decir, en la «societas scaeleris», que es lo único que justifica, tanto en el plano de la causalidad como en el de la culpabilidad, la comunicabilidad del homicidio a todos los partícipes, puesto que, el robo, se planeó con la posibilidad de matar, añadiéndose que quien, decidido a robar, acepta la consecuencia de tener que causar la muerte —por su propia mano o por la de sus consortes delictivos— del despojado o de las personas que puedan impedir o estorbar el designio depredatorio, responde, como autor, del mismo, aunque no lo haya ejecutado materialmente, agregándose también, no sin antes afirmar que, el homicidio, debe ser doloso —dolo directo o dolo eventual— o culposo, pero nunca fortuito o accidental, que el robo con homicidio es un delito determinado por el resultado, y, por lo tanto, el que conviene en el **hecho base** —robo con violencia o intimidación en las personas, debe responder del **hecho consecuencia**— homicidio; debiéndose, finalmente, completar esta doctrina agregando que, lo dicho, es todavía más evidente y plausible si, el delito se ha de cometer con empleo de armas o de medios peligrosos capaces no sólo de intimidar o de atemorizar a la víctima o víctimas, sino de herirlas e incluso matarlas, toda vez que, al convenir o planear una infracción de esa índole, todos los partícipes se representan no sólo la posibilidad sino también la **probabilidad** de que sí, el ofendido u ofendidos, no se amedrentan con la exhibición de las armas y se niegan a entregar el dinero o bienes muebles apetecidos, se resisten, o si las hacen frente, será corolario insoslayable de la intimidación, el uso vulnerante o letal de dichas armas y, por tanto, el empleo de violencia en las personas, aceptando, todos los dichos partícipes, esa posibilidad y el riesgo consiguiente, introducidos, por ellos, en el curso causal, debiendo, en su caso, responder todos, aunque sea un solo, u otros, los ejecutores materiales y directos de un homicidio que se representaron como posible y probable, sin que, tal representación les arredrara o les hiciera desistir de sus anti-jurídicos planes; debiéndose subrayar, por último, que esta doctrina no ha quedado desmentida tras la reforma de 25 de junio de 1983 más que en punto, esto es, en el consistente en que el homicidio ha de ser forzosamente doloso, toda vez que, el culposo, ha pasado al núm. 4 del artículo 501 del Código Penal.» (S. T. S. de 4 de marzo de 1986.)

Artículo 501, 2.º Robo acompañado de violación: el móvil impulsor lo constituye el atentado patrimonial.

«3. En cuanto a los motivos terceros de los dos recursos articulados, que es condición indispensable para que la violación sea penada con independencia del robo, que conste expresamente, o pueda deducirse de los hechos de modo indubitado, que la idea de robar surgió después de consumada la violación, pero no cuando el propósito primario sea el apoderamiento de efectos de ajena pertenencia, aunque se posponga éste hasta después de realizada la violación, ya que tal evento no priva al complejo del designio inicial de robar,

qué es su principal característica, y como en los hechos declarados probados no se establece que el concierto previo de los autores de los mismos fuese el de violar, ni tampoco este propósito se deduce de forma indiscutible del **factum** combatido, que lo que dice es que los procesados «se apoderaron con ánimo de lucro de bienes muebles ajenos, y cuyos hechos fueron acompañados, con unidad de acto, de varios delitos de violación, es notorio que el móvil que les impulsó primariamente fue el del robo y no el de violación, como se desprende además de la propia manera de acercarse al coche en que se encontraba la pareja sufridora de los numerosos vejámenes que se detallan en la resolución impugnada, y respecto del cual desconocían que en su interior se hallase la mujer que luego resultó su víctima, por lo que, por ello, éstos motivos deben decaer, al quedar huérfanos de la cimentación fáctica precisa para su estimación en derecho.» (S. T. S. de 11 de marzo de 1986.)

Artículo 501, 5.º Robo con intimidación concurriendo las circunstancias del artículo 506: sólo es aplicable la penalidad del 505 cuando la cuantía supera las treinta mil pesetas.

«1. A diferencia de la redacción ofrecida con precedencia a la promulgación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, el vigente artículo 506, configurador de diversos subtipos cualificados, circunscribe los mismos, en principio, a los supuestos de robo con fuerza en las cosas, cual se infiere de su encabezamiento en el que alude a circunstancias que agravan el delito, a **los efectos del artículo anterior**, es decir, de las hipótesis de robo con fuerza material definido en sus formas realizativas, límites cuantitativos y penalización subsiguiente, en los artículos 504 y 505. Con semejante restricción en el tenor aplicativo del artículo 506, pudiera suceder que, en algún caso, un robo con violencia o intimidación, de superior valoración en la dogmática penal por sus efectos en la integridad física de las personas o por el impacto psíquico amedrentador, de imprevisibles consecuencias siempre, resultase sancionado más ligeramente que si los hechos hubieren quedado subsumidos en los artículos 504, 505 y 506 del Código Penal. En evitación de ello, con buen criterio y para eludir semejante incongruencia, se dispone en el apartado 5.º del artículo 501 que el culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, en los casos no comprendidos en los apartados precedentes, será castigado con la pena de prisión menor, «salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mayor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará éste». Llevando ello a la conclusión de que si de la conjunción de los artículos 505 y 506 resultase para el hecho contemplado una pena superior a la señalada en el tipo genérico de robo violento o intimidatorio del 501, 5.º —superior a la de «prisión menor» ha de entenderse, entre otras, la de «prisión menor en su grado máximo»—, se aplicarán aquellos preceptos; lo que comporta el que no será factible la aplicación del artículo 505, en conexión con el 506, cuando de la comparación entre estos artículos y el número 5.º del artículo 501 nunca pudiese resultar pena más grave conforme a los primeros, lo que sucede en caso de que el valor de lo sustraído no superase

la cantidad de treinta mil pesetas. Parecer en el que se inspiran las sentencias de 27 de diciembre de 1984, 17 de enero y 21 de febrero de 1986.» (S. T. S. de 26 de mayo de 1986.)

Artículo 501, párrafo último. Una pistola detonadora si bien no es arma de fuego, sí puede ser considerada como medio peligroso dada su fuerza contundente o vulnerante.

«Por lo que, al precisarse en el relato histórico de la sentencia de instancia que el procesado V. A. H. empuñaba una «pistola detonadora marca S.M., número 267, de fabricación alemana», no cabe duda que se impone la inculcación del supuesto en la previsión del subtipo agravado del postrer párrafo del artículo 501, ya que, aun no considerándose aquella como arma de fuego propia, entraría en la conceptualización de «medio peligroso» a que también se refiere la norma, dada su fuerza contundente o vulnerante, su idoneidad para cualquier ataque físico o compulsivo, poniendo en peligro la vida o integridad física de las personas; dada la amplitud de la locución legal, la jurisprudencia, en su función definidora e integradora, así lo viene estimando respecto a las armas inutilizadas o simuladas, en sentencias, entre otras, de 6 de abril y 21 de noviembre de 1983, 25 de enero y 25 de junio de 1985 y 12 de mayo de 1986.» (S. T. S. de 2 de julio de 1986.)

Artículo 504, 3.º No es partícipe en el delito de robo con fuerza en las cosas quien colabora en la apertura de la caja fuerte sustraída, sino autor de un delito de receptación.

«1. El delito de robo con fuerza en las cosas previsto en el núm. 3.º, inciso segundo del artículo 504 del Código Penal, según repetida doctrina de esta Sala, es un delito de consumación subjetiva anticipada o, si se prefiere, de resultado cortado, como lo denota la partícula «para» inserta en la descripción típica respecto de la fractura o violencia en los muebles u objetos cerrados o sellados citados en el precepto, de tal modo que la fuerza no es coetánea a la sustracción sino que, en perspectiva finalista, basta que se proyecte ejercitarla fuera del lugar del robo según la dicción legal; es decir, que todos los actos posteriores a esa sustracción de la cosa y a la **amotio** o traslación de la misma, deben reputarse ya ajenos a la consumación jurídica con la consiguiente repercusión en los actos de participación encubridora o del delito autónomo de receptación (Sentencias 10-10 y 20-12-69, 2-11-1976, 10-2-1979, 17-1-1980, que confirma la tesis al negar la aplicación de la tipicidad en examen si la apertura no tiene lugar fuera sino **en** el lugar del robo, etc.).

2. Aplicada la anterior doctrina al hecho de autos, ciertamente debe acogerse el argumento del recurrente, en cuanto que si él no intervino en el momento de la sustracción de la caja de caudales perpetrada por otra procesada, sino que tras de ser llevada por la autora a un parque de la ciudad coadyuva con la fuerza desplegada por él con un destornillador a la apertura de dicha

caja, tal actuación no debe enmarcarse en el delito de robo, pero sí en el de receptación, puesto que su conducta fue posterior a la consumación del delito de robo con fuerza sancionado en el artículo 505, párrafo primero del Código Penal, concurriendo como concurren los demás requisitos de tal delito autónomo, cuales son el perfecto conocimiento del robo perpetrado por M. A. con aprovechamiento de parte del dinero sustraído conjuntamente con sus correos.» (S. T. S. de 17 de junio de 1986.)

506, 4.º. Los despachos de quinielas son oficinas donde se conservan caudales.

«2. La sentencia de instancia condena a los procesados como autores de un delito de robo con intimidación en las personas y en oficina recaudatoria, de los artículos 500, 501, 5.º y 506, número 4.º, del Código Penal, a las penas que se fijan, consideración idéntica a la que derivaría de la aplicación de los mismos artículos en su redacción anterior a la imprimida por la Ley de reforma de 1983. Radicando la motivación única de sendos recursos entablados por los procesados, por infracción de ley al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en apuntar hacia la aplicación indebida del número 4.º del artículo 506 del Código, en base a que la expendeduría de tabacos, en donde se cometieron los hechos, no tenía como finalidad única y exclusiva, ni siquiera primordial, la conservación de caudales producto del despacho de boletos de quinielas, por lo que la función del mencionado establecimiento en cuanto a lugar de custodia de fondos era accidental, no columbrándose —se alega— de la resolución alusión a la conservación o existencia habitual de caudales en la oficina de que se trata. El fundamento de agravación del apartado 4.º del artículo 506 radica en las especiales circunstancias concurrentes en el lugar, caracterizado por la necesaria y frecuente presencia de caudales, incentivo para la perpetración de robos, por lo que se busca una agravación de pena que pueda operar como freno inhibitorio para la actuación delictiva, protegiéndose así más acentuadamente tales oficinas o establecimientos, ante atentados patrimoniales que tanto se prodigan en la sociedad de nuestro tiempo.

3. No ofrece duda la corrección calificadora llevada a efecto por el Tribunal de instancia al considerar la expendeduría de tabacos, «destinada también a la recaudación de quinielas», la mayor parte del dinero sustraído era procedente de dicha recaudación según se constata, como una de las oficinas o establecimientos a que se refiere el artículo 506 del Código Penal, en las que se recaudan y conservan caudales, dada la amplitud y generalidad con que aquéllas vienen concebidas en el precepto, al aludirse, tras la mención de las más usuales, a cualquier «otra» que responderá a tal finalidad.» (S. T. S. de 26 de mayo de 1986.)

Artículo 546 bis b). Receptación: la habitualidad deber ser probada.

«8. Queda por analizar únicamente de manera especial y conjunta, la correcta aplicación del artículo 546 bis b), a los efectos de la habitualidad y su posible repercusión en la pena. Al respecto debe recordarse la doctrina senta-

da por esta Sala en Sentencias de 12 y 27 de junio de 1984, 5 y 8 de marzo de 1984, 25 de abril y 28 de mayo de 1985, del que la presunción de dicho precepto ha dejado de surtir efecto por inconstitucionalidad sobrevvenida al contrariar el principio de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española y chocar frontalmente contra la declaración del artículo 1.º.2.º de la Ley de Reforma del Código Penal, Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, que exige que la pena tenga como base el dolo o la culpa. 2.º Por consiguiente no es menester ser sólo dueño, gerente, encargado o almacén abierto al público y que las mercancías o efectos que se receptan sean las ordinarias de tráfico en los mismos para que se les considere habituales a fin de interponer la pena del párrafo último del artículo 546 bis a). 3.º Es preciso que el sujeto venga dedicándose con asiduidad a expresados géneros receptados (Sentencias de 25 de abril de 1985). 4.º Por tanto es precisa la repetición durante un cierto tiempo de actos de receptación, con consciencia y voluntad de hacerlos para considerar a su autor como habitual (Sentencias de 5 de marzo de 1984 y 28 de mayo de 1985).» (S. T. S. de 18 de marzo de 1986.)

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

Artículos 1.4.º, 3.1.º y 2.1. Retira de una estafeta de correos un paquete procedente del extranjero conteniendo cocaína.

«1. La razón que asiste al único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal para combatir la sentencia dictada en esta causa por la Audiencia Provincial de Madrid es de todo punto indiscutible, porque, si el delito de contrabando se comete cuando se introducen en territorio nacional géneros prohibidos sin cumplir los requisitos fijados por las leyes para su importación, es innegable que, en este caso, se dan todas las condiciones que exigen los artículos 1 Uno Cuarto y Tres Primera y 2 Uno de la Ley 7/1982, de 13 de julio, para la sanción de la conducta enjuiciada con arreglo a derecho, pues la procesada, que se había puesto de acuerdo con otra persona residente en Colombia para que la enviara por correspondencia a un apartado de correos abierto con tal finalidad droga con destino a la venta, recibió de la misma un paquete postal conteniendo nada menos que la notoriamente importante cantidad de más de ciento cincuenta gramos de cocaína, de una riqueza superior al cuarenta y ocho por ciento, valorada en dos millones dieciséis mil pesetas, que retiró de la estafeta de correos en que tal apartado se encontraba sin obtener previamente la autorización para su entrada en España y sin hacer la declaración oportuna a efectos de control administrativo de rigor, lo que hace a la recurrida reo del delito de que indebidamente fue absuelta en cuanto que introdujo en el país la prohibida sustancia burlando los servicios aduaneros correspondientes, lo que se hace por los contrabandistas, de modo habitual, eludiendo el paso por los mismos, para evitar los peligros que la introducción de los productos por ellos les podría acarrear por su posible detección.» (S. T. S. de 20 de marzo de 1986.)