

**EL DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN: DOCTRINA
JURISPRUDENCIAL**

Fernando Prieto Rivera
Fiscal del Tribunal Supremo

SUMARIO: 1 Introducción; 2 Intimidación: 2.1 Concepto; 2.2 Intimidación coetánea o inmediata; 2.3 Intimidación sugerida o indirecta; 2.4 Intimidación y engaño; 3 Violencia: 3.1 Concepto; 3.2 Violencia ejercida para ejecutar pluralidad de infracciones; Violencia sobrevenida; 4. Objeto del delito: 4.1 Prueba de la preexistencia de las cosas; 4.2 Cosas ilícitas; 5 Tipos agravados: 5.1 Uso de armas u otros medios peligrosos; 5.2 Compatibilidad del uso de armas en los delitos de robo y lesiones; 5.3 Comunicabilidad del uso de armas a los partícipes; 5.4 Casa habitada; 5.5 Establecimiento abierto al público; Tipo atenuado: 6.1 Requisitos; 6.2 Supuestos varios; 7 Unidad de acción; 8 Delito continuado; 9 Grado de ejecución: 9.1 Consumación; 9.2 Conspiración; 9.3 Tentativa; 10 Autoría y participación: 10.1 Inducción; 10.2 Autoría mediata; 10.3 Coautoría; 10.4 Coautoría y complicidad; 10.5 Desviaciones del curso causal: A) Doctrina de la Sala; B) Desviaciones previsibles; 11 Concursos: 11.1 Robo y detención ilegal: A) Doctrina general; B) Pluralidad de sujetos pasivos; C) Penalidad: C.1 Concurso medial. Regla del artículo 77.3 CP; C.2 Concurso real. Regla del artículo 77.2 CP; 11.2 Robo y tenencia ilícita de armas; 11.3 Robo y grupo criminal; 11.4 Robo y lesiones; 11.5 Robo y usurpación de funciones; 11.6 Robo y delitos contra la integridad moral; 11.7 Robo y allanamiento; 11.8 Robo y extorsión; 11.9 Robo y realización arbitraria del propio derecho; 11.10 Robo y amenazas; 12 Circunstancias agravantes: 12.1 Disfraz; 12.2 Abuso de confianza; 12.3 Abuso de superioridad; 12.4 Reincidencia

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente ponencia es facilitar a los asistentes al curso la doctrina jurisprudencial actualizada elaborada en torno al delito de robo con violencia e intimidación , recogiendo las sentencias más recientes que contemplan los distintos problemas jurídicos derivados de la aplicación de los tipos penales y las reformas operadas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, transcribiéndose para evitar interpretaciones mutiladas, los fundamentos jurídicos íntegros de las sentencias de interés.

2. INTIMIDACIÓN

2.1 CONCEPTO

Sentencia N°: 231/2010

RECURSO CASACION N°:2043/2009

Fecha Sentencia: 23/03/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

La intimidación ha sido definida por esta Sala STS. 956/2006 de 10.10, como **el temor de un mal grave e inmediato** que debe ser instrumental al desapoderamiento.

La intimidación viene constituida, conforme al art. 1267 y ss., Código Civil por el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal, concreto y posible que despierte o inspire en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado. No puede ceñirse la intimidación al supuesto de empleo de medios físicos o uso de armas, bastando las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando por las circunstancias coexistentes (ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados, etc.) hay que reconocérseles idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido (SSTS.1198/2000 de 28.6, 535/2992 de 4.3).

En definitiva, la intimidación ofrece una fuerte carga de subjetividad y habrá de atenderse en el caso concreto a las condiciones y situación de la persona intimidada, lugar, tiempo y cualesquiera perspectivas fácticas de razonable valoración.

En el caso presente, en el factum se recoge como el acusado obligó a pararla motocicleta al menor Manuel, de 17 años recién cumplidos, subiéndose a la parte trasera y, agarrándole fuertemente por el pecho, le dijo: "Sácame de aquí, que termino de apuñalar a uno. Llévame a la Tafalera y como cuando el menor le repitió varias veces que se bajara, haciendo caso omiso el acusado, volviendo a insistir en que le llevara a la Tafalera, añadiendo que diera 10 euros.

Asimismo se detalla como Manuel al sentirse atemorizado, se dirigió inicialmente hacia el lugar indicado pero al llegar a una rotonda, trató de tomar otra dirección, siendo sujetado fuertemente por el brazo por el acusado, quien le obligó a girar hacia la zona de la Tafalera, y al llegar al lugar, el acusado trató de detener el ciclomotor impidiéndoselo Manuel, repitiéndole repetidamente Luis en tono amenazante que parase y le diera 10 euros. Al decirle insistentemente el menor que no llevaba nada, el acusado finalmente se marchó.

Tal conducta constituye la intimidación propia del art. 244.4 CP. que no desaparece porque la víctima intentara eludir, y lo consiguiera en parte, algunas de las exigencias del acusado, sin que para la comisión de la figura básica de dicho precepto sea necesaria la conducción personal del vehículo de motor por el sujeto activo bastando su utilización; máxime cuando la Sala valorando la menor antijuricidad del hecho derivada de la menor entidad de la violencia o intimidación y además las restantes circunstancias del hecho –que el acusado finalmente, ante los requerimientos del conductor optó por bajarse de la motocicleta, permitiendo que aquél continuara la marcha, durando su poder de disposición sobre la misma unos pocos minutos – ha aplicado el subtipo atenuado del art. 242.3 CP.-

2.2 INTIMIDACIÓN COETÁNEA O INMEDIATA.

Sentencia N°: 396/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10126/2015

Fecha Sentencia: 19/06/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

Señala la acusación pública que el Tribunal de instancia declaró probado que Andrea ofreció al acusado dinero para que le permitiera marchar, a lo que él accedió. Salieron ambos del domicilio en dirección a un cajero automático y durante los cinco minutos que tardaron en llegar, el acusado manifestó a la víctima que llevaba un cuchillo, que no llegó a esgrimir. Una vez llegaron al Cajero del BBVA sito en la Rambla n° 38 de Barcelona, el acusado extrajo la suma de 300 euros de la cuenta de Andrea, momento que ésta aprovechó para huir y pedir ayuda a un grupo de personas que resultaron ser Mossos de Escuadra, quienes pudieron ver cómo Tadassum perseguía a la víctima a cierta distancia.

En la sentencia impugnada se argumenta para sostener la absolución por el delito de robo que la propia víctima de forma clara y precisa explicó en la vista oral del juicio que, terminada la agresión sexual, expresó al acusado su deseo de marcharse al hotel, a lo que éste se negó, y fue en ese momento cuando la testigo, por iniciativa propia le ofreció dinero para que le permitiera marcharse, proponiéndole al efecto ir a un cajero para sacar dinero y entregárselo.

La Sala hace especial hincapié en dos datos para fundamentar la exclusión del tipo penal de robo con intimidación: que cuando hizo la propuesta de entregarle el dinero la agresión sexual ya había terminado, y en segundo lugar se destaca también el hecho de que la iniciativa de darle el dinero partiera de la propia víctima.

En cuanto al primer argumento de la Audiencia, es cierto que esta Sala ha dictado resoluciones en las que afirma que la violencia o intimidación ha de aparecer estrictamente incorporada a la acción de apoderamiento y ser funcional a la obtención del eventual resultado (SSTS 1053/1998, de 18-9, y 45/2001, de 24-1). Y también tiene reiterado que no habrá robo con violencia si ésta no guarda relación instrumental con la sustracción. Pero cuando la violencia o intimidación se ejercita de forma coetánea o inmediata a una acción sustractiva o a su intento, es decir, dentro de una unidad espacial y temporal con la agresión sexual precedente, de modo que la intimidación de la primera acción es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento, entonces habría que considerar que la situación intimidatoria opera también como instrumento para vencer la voluntad de la víctima a los efectos de que pueda perpetrarse la conducta típica propia del robo mediante intimidación. De modo que la violencia o intimidación ejercida en el primer delito se aprovecha para continuar la agresión dirigiéndola a otro bien jurídico, en este caso el derecho de propiedad de la víctima (SSTS 1438/2005, de 20-11; 956/2006, de 10-10; 396/2008, de 1-7; y 1172/2011, de 10-11, entre otras).

Esta doctrina jurisprudencial no resulta correctamente aplicada por la Audiencia al supuesto enjuiciado. En primer lugar, porque, aun siendo cierto que la agresión sexual ya había concluido cuando la víctima propuso extraer dinero de un cajero para entregárselo al agresor sexual como medio de abandonar el domicilio y conseguir después evadirse, lo cierto es que esa propuesta la hizo cuando la acción contra la libertad sexual acababa de perpetrarse y no había visos de que el acusado la dejara marchar. Ello significa que la propuesta fue realizada bajo una situación intimidatoria que permanecía en el tiempo y en el espacio. Por lo cual, la decisión que adoptó la víctima dentro de la vivienda referente a entregar el dinero fue adoptada bajo unas circunstancias de clara intimidación sobre su persona.

Siendo así, la única argumentación que podría apoyar la tesis de la Sala de instancia sería considerar que el hecho de que ambos hubieran abandonado el domicilio y que se dirigieran ya con normalidad por la vía pública a extraer el dinero del cajero supusiera un cese de la intimidación o que ésta se entendiera diluida en el nuevo escenario. De manera que su volatilización nos llevara a concluir que la decisión tomada en la vivienda bajo intimidación se había desvanecido o debilitado hasta un punto en que dejara de operar como instrumento condicionante de la conducta de la víctima.

Sin embargo, ello no es así, dado que la propia sentencia admite en los hechos probados que el acusado cuando caminaba por la calle con la joven le iba advirtiendo que llevaba encima un cuchillo, aunque no se lo esgrimiera, signo inequívoco de que la situación de intimidación previa seguía viva y claramente activada.

Frente a este dato objetivo admitido como cierto por la propia Audiencia, en la sentencia se acude a la alternativa jurídica de un posible delito de coacciones (art. 172.1), opción que también asume el Ministerio Fiscal con carácter subsidiario al robo en el segundo motivo de su recurso. Sin embargo, la tesis de un delito de coacciones carece totalmente de fundamento en el caso, porque la exigencia del pago de un dinero bajo la conminación de utilizar un cuchillo es una conducta que de forma incuestionable debe ser subsumida en el delito de robo con intimidación.

Por lo demás, el hecho de que la idea de entregar el dinero partiera de la víctima y no del acusado carece, en contra de lo que se considera en la sentencia recurrida, de toda relevancia, puesto que la joven la sugirió conminada por la conducta previa de la víctima y por el hecho de que no la dejara marchar de la vivienda. Resulta así indiferente que la sugerencia de la entrega del dinero se debiera a la iniciativa del acusado o que éste la asumiera una vez que la propuso la propia víctima conminada por la situación intimidatoria.

Así las cosas, una vez acreditado, a tenor de los hechos probados, que la víctima adoptó la decisión dentro de la vivienda conminada por la conducta previa del acusado y por no haber cesado la situación intimidatoria que concurrió en la agresión sexual, y dado que tampoco ésta cesó ni se diluyó una vez en la vía pública, es claro que la entrega del dinero por parte de la joven inglesa estuvo directamente motivada por la conducta intimidatoria del acusado, circunstancia que nos lleva a considerar la acción como integrante del delito de robo previsto en los arts. 237 y 242.1º del C. Penal.

2.3 INTIMIDACIÓN SUGERIDA O INDIRECTA.

Sentencia N°: 67/2013

*RECURSO CASACION N°:*881/2012

Fecha Sentencia: 30/01/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

3. Desde el punto de vista de una correcta subsunción, es oportuno recordar la doctrina jurisprudencial sobre el apoderamiento de las cosas ajenas. Sobre la base del art. 1.267 C. Civil, la intimidación vendría constituida por el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal, concreto y posible que despierte o inspire en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, o una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado.

Constituye un criterio interpretativo consolidado jurisprudencialmente que la intimidación no tiene por qué ser invencible, en tanto en cuanto el miedo ofrece una fuerte carga de subjetividad y habrá de atenderse al caso concreto, a las condiciones y situación de la persona intimidada y demás circunstancias concurrentes, así como a su suficiencia e idoneidad instrumental como medio para el apoderamiento.

En el caso que nos concierne los acusados después de identificarse como Mossos d'Esquadra, les exigieron que vaciaran sus bolsillos y dejaran sobre un muro su contenido, separando el dinero de las demás cosas, ordenando a continuación que cogieran sus pertenencias y se fueran y dejaran el dinero, lo que hicieron conminados por el temor de que los agentes pudieran extender su acción abusiva.

Los policías se aprovecharon de su condición y de la de los ofendidos, extranjeros sin trabajo, provocando el apoderamiento forzado, ya que los magrebíes no entregaron voluntariamente el dinero, sino constreñidos por la velada alusión a la apertura de diligencias policiales.

Los hechos integran, por consiguiente, el delito descrito en el art. 242 C.P.

2.4 INTIMIDACIÓN Y ENGAÑO

SENTENCIA N°: 898/2012

*RECURSO CASACION (P) N°:*10232/2012 P

Fecha Sentencia: 15/11/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

A) Los hechos no han sido calificados con error. La defensa –en un elogiado motivo por la pulcritud técnica de su desarrollo- construye su argumento a partir de un razonamiento que la Sala no comparte. En efecto, engaño e intimidación no son conceptos excluyentes. La creación de una atmósfera coactiva que actúa como elemento desencadenante de la entrega de la droga por parte de los afectados, no es incompatible con la concurrencia de una puesta en escena en la que se deslicen afirmaciones falaces. Es cierto que Jordi Martínez no es quien afirma ser, carece de facultades legales para acceder a un inmueble y para hacerse con los objetos cuya entrega perseguía –en este caso, marihuana-. Es cierto también que no existe el dispositivo policial que anuncia y que su presencia en el inmueble, acompañado del coacusado Antonio Chueca, no forma parte de una operación policial dirigida por la policía autonómica. Sin embargo, la entrega de la droga y el acceso a la buhardilla donde se ocultaba la cajita con 100 gramos de marihuana no es el fruto exclusivo –ni siquiera dominante- de un vicio de la voluntad generado por el engaño. Ambos acusados, según se desprende del factum, se personan en el domicilio compartido por María Luisa Rosinach y Ramón Ortiz a las 23,30 horas. Se identifican como agentes policía integrados en la policía autonómica catalana. Exhibe uno de ellos –Jordi Martínez- “...una placa policial y unas esposas”, comentando a los sorprendidos titulares del inmueble por esa irrupción nocturna en su propio domicilio “...que han recibido un <chivatazo> de que en dicho domicilio traficaban con drogas y afirmaron tener autorización judicial de entrada y registro”. Con el fin de reforzar ese ambiente intimidatorio, el ahora recurrente exhibe un ordenador en el que consta “...lo que aparentemente era una denuncia de la policía autonómica contra ellos, manifestando ambos acusados que si la cantidad era pequeña no pasaba nada”. La mención a patrullas de apoyo y a la presencia de la unidad canina adiestrada para la detección de estupefacientes, buscaba la misma finalidad. Nadie cuestiona que la denuncia carecía de autenticidad, pero tampoco es cuestionable su valor disuasorio para el caso en que los moradores se hubieran planteado rechazar el requerimiento de entrega. Además, el anuncio de que el futuro de ambos acusados dependía de la cantidad de droga aprehendida, porque si ésta era pequeña “...no pasaba nada”, es la mejor muestra de que los propios acusados son conscientes del temor que ya han generado en María Luisa Rosinach y Ramón Ortiz, valiéndose de una afirmación que no puede tener otro significado que el de proporcionar un alivio estratégico al clima coactivo creado conscientemente por los acusados, con el que han conseguido ya intranquilizar a los moradores. En definitiva, parece incuestionable que la exhibición de una placa policial y unas esposas genera un efecto intimidatorio –sea éste el desenlace de una operación policial legítima o simulada- que es suficiente para integrar el tipo del art. 242.1 del CP, desplazando la aplicación de la falta de estafa del art. 623.4 del CP, cuya aplicación reivindicaba el recurrente. En palabras del Fiscal, que respalda su línea argumental con una precisa cita jurisprudencial, la actuación de los acusados, aunque tuviera un cierto montaje fraudulento, contenía unos componentes intimidatorios determinantes de que el hecho deba ser considerado como constitutivo de un delito de robo con intimidación.

En efecto, el rechazo del motivo es también obligado a la vista del tratamiento que la jurisprudencia de esta Sala ha venido dispensando a hechos similares. La STS 1438/2005, 23 de noviembre, puntualizó que “...el mal con el que se conmina – implícito en la acción desplegada– consiste, como mínimo, en la posibilidad de

detención como consecuencia a las órdenes de los agentes; y no es necesario que se verbalice, pues se percibe inequívocamente por los sujetos pasivos (...), mediante la actitud mostrada, lenguaje corporal utilizado y exhibición de placas y de algún arma, por los sujetos activos. La potestad administrativa de coerción, que conlleva una inevitable intimidación, cuando se utiliza con fines espurios pierde su legitimidad, debiendo ser reconducida a los tipos penales correspondientes; en este caso al delito de robo comprendido en los arts. 237 y 242 del CP”. Y la STS 1670/2002, 18 de diciembre, condenó al autor de una agresión sexual con intimidación, valiéndose de su fingida condición de agente de policía, con el argumento nuclear de que “...la simulación del carácter policial, es decir de la disposición de una facultad coactiva por parte del autor, es suficiente para intimidar a una persona”.

Por su similitud con el caso enjuiciado, resulta de interés la transcripción literal del FJ 1º de la sentencia 1252/1992, 2 de junio, en el que puede leerse: *“el único motivo del recurso interpuesto por el acusado, residenciado en el art. 849, 1.º de la LECrim, denuncia haberse cometido infracción, por aplicación indebida, de los arts. 500 y 501,5, del CP, cuando debiera de haberse aplicado el art. 587,2.º, de dicho cuerpo legal -quiere referirse al 587,3.º-, por constituir el hecho sancionado una falta de estafa y no un delito de robo con intimidación. La idea de la estafa en la actuación del agente encausado ha de descartarse, ya que si bien se detecta la existencia de una conducta engañosa en el mismo, atribuyéndose frente a los menores la condición de Guardia Civil, para la perpetración de la infracción defraudatoria indicada se precisa que la actividad simuladora y mendaz, originando un error en el sujeto pasivo, lleve a éste, en relación de causalidad, a realizar un acto de disposición, un desplazamiento patrimonial en beneficio del activo fabulador y en su propio perjuicio o en el de un tercero [Cfr. entre muchas, SS. 22-11-1986, 27 mayo y 24 octubre 1988, 6-2-1989 y 11-11-1990]. [...] En el supuesto enjuiciado no puede acusarse semejante realización dispositiva por parte del menor como consecuencia del error provocado. Según el tenor del factum, el acusado, una vez en el domicilio de Alberto, accedió a la habitación de éste y después de registrarla se apoderó de 22.000 ptas. en metálico que había en dos huchas . Es decir, que la apropiación dineraria consumada fue fruto de la iniciativa y actividad personal del infractor, localizando el dinero y haciéndolo suyo por aprehensión directa del mismo y voluntad propia de apoderamiento. Nada más lejos de la figura de estafa hacia la que apunta el recurrente”.*

No ha existido, por tanto, error en el juicio de subsunción. Los hechos no son constitutivos de una falta de estafa del art. 623.4 del CP, sino de un delito de robo del art. 242.1 del mismo texto punitivo.

3. VIOLENCIA.

3.1 CONCEPTO.

Sentencia N°: 595/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10277/2015 P

Fecha Sentencia: 15/10/2015

TERCERO.- En el motivo 5º, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. considera indebidamente aplicado el art. 242.1º del C. Penal.

1. El acusado entiende que no concurrió violencia o intimidación típica para calificar de robo los hechos, considerando que los mismos constituyen una falta de hurto (ahora, después de la reforma por L.O. 1/2015, **delito leve**).

La sentencia recurrida -nos dice el censurante- confunde el robo con violencia con el robo con fuerza en las cosas en casa habitada, al sostener que empleó la violencia desde el primer momento cuando accede a la vivienda y ataca a la víctima y que la misma violencia la empleó posteriormente para sustraerle objetos de su propiedad. El mecanismo de acceso a los bienes fue el escalamiento que origina un delito de robo con fuerza en las cosas, pero no con violencia en las personas.

No podemos pasar por alto que según el veredicto y sentencia del jurado la intención del acusado al entrar en la vivienda de la víctima no era el robo, sino la agresión sexual y el homicidio.

Termina el recurrente afirmando que la conducta del acusado pudiera haber constituido robo con fuerza en las cosas en casa habitada, pero no se ha acusado por tal delito.

2. Al recurrente le asiste en buena medida razón al denunciar este error iuris.

Reconocemos que la jurisprudencia de esta Sala ha utilizado para integrar el delito de robo violento el aprovechamiento de la violencia empleada para otros fines, si además se utiliza para sustraer bienes ajenos. Sin embargo, la reforma del C. Penal operada por L.O. 2/2015 de 30 de marzo ha perfilado la conducta delictiva del robo violento, considerando a la violencia como medio instrumental directamente encaminada al apoderamiento de lo ajeno. El art. 237 nos viene a decir que la violencia o intimidación en las personas se ha de emplear para cometer el delito (es decir, para efectuar el apoderamiento), o para proteger la huída, o ejercerla sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieran.

El T.S.J., en el fundamento 4º nos explica que "tal violencia lo fue para perpetrar la violación y el asesinato, pero también para llevar a cabo el robo". "Así, el aprovechamiento de la violencia ejercida para un primer delito sirvió también para la ejecución de los posteriores, no existiendo desconexión causal entre la violencia ejercida y la sustracción efectuada".

A pesar de ello la reforma del Código Penal debe desplegar efectos retroactivos, a partir de 1 de julio de 2015, si son favorables al acusado (art. 2.2 C.P.).

3. A pesar de lo argumentado por el T. Superior, el jurado en su veredicto estableció que el acusado entró en la vivienda con la finalidad de matar y violar. Su propósito defraudatorio surgió después de producir la muerte a la joven, cuando la vía para alcanzar los bienes ajenos se hallaba expedita. Por otro lado no sería ningún obstáculo para acceder a la pretensión subsidiaria de castigar el delito por robo con fuerza en las cosas, sin atacar el principio acusatorio, por cuanto en la imputación de los hechos se hallaban plenamente descritos los que podrían integrar este delito (robo en casa habitada) amén de aquél por el que se acusaba (robo violento), y además supondría una disminución del reproche o condena del acusado, ya que se castiga con menor pena (art. 241.1º C.P. frente al 242.1º y 2º) y son delitos homogéneos (ambos se describen conjuntamente en el art. 237 C.P.).

Sin embargo, en beneficio del reo debe operar igualmente en el robo con fuerza en las cosas la funcionalidad del mecanismo empleado para salvar las barreras defensivas que protegen los bienes muebles y acceder a los mismos.

El art. 237 C.P., así lo establece cuando viene a señalar que la fuerza utilizada ha de serlo con el propósito de acceder a los bienes apetecidos y de los que pretende apoderarse el sujeto agente.

En nuestro caso, conforme al factum de la sentencia (ap. 12º), el jurado excluyó que la entrada en la vivienda por vía no destinada al efecto, tuviera por causa el apoderamiento de bienes, sino otras finalidades delictivas distintas.

Faltó en todo momento el propósito o dolo del autor de apoderarse de cosas muebles ajenas a través de actos de fuerza. Cuando decidió hacerlo tenía las cosas a su alcance. Ello permite calificar los hechos como propugna el recurrente, es decir, como una falta de hurto del art. 623.1º C. Penal, a la vista del escaso valor de lo sustraído.

Por consiguiente el motivo debe estimarse, condenando por una falta de hurto.

3.2 VIOLENCIA EJERCIDA PARA EJECUTAR PLURALIDAD DE INFRACCIONES

Sentencia N°: 600/2013

RECURSO CASACION (P) N°:10079/2013 P

Fecha Sentencia: 10/07/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

1. El delito de agresión sexual requiere el empleo de violencia o intimidación sobre la víctima, de forma que los actos que supongan un atentado a su libertad o indemnidad sexuales realizados aprovechando la ausencia de consciencia de aquella quedarían englobados en el artículo 181, que, entre otros supuestos, considera abusos sexuales no consentidos los realizados sobre personas que se hallen privadas de sentido. Pero se trata de supuestos no equiparables a aquellos en los que la pérdida de sentido se debe precisamente a la violencia o intimidación utilizada por el autor sobre la víctima, pues en estos últimos se aprovecha una situación que es consecuencia precisamente de la conducta del autor.

En cualquier caso, el artículo 849.1º de la LECrim exige el respeto a la integridad de los hechos probados de la sentencia que se impugna.

2. En el caso, en los hechos probados, inalterables dada la vía de impugnación, se declara que el acusado recurrente obligó a la víctima a quitarse la ropa, a tumbarse en el suelo y la arrastró unos escalones hacia abajo hasta el descansillo de la escalera, "...la agarró fuertemente de los brazos y con ánimo libidinoso la penetró vaginalmente llegando a eyacular semen dentro de la vagina, mientras con la intención de matarla la apretaba fuertemente del cuello con las dos manos, asfixiándola hasta causarle la muerte". De tal relato no se deduce directamente que en el momento en el que se inician los actos constitutivos de agresión sexual la víctima ya hubiera perdido el conocimiento, pero en cualquiera de los casos esa pérdida de consciencia de la víctima,

que le impidió cualquier resistencia, tenía como origen y causa la violencia empleada contra ella por el autor del hecho, por lo que no es sostenible la afirmación del recurrente según la cual no consta la falta de consentimiento.

El motivo, por lo tanto, se desestima.

Sentencia N°: 365/2012

RECURSO CASACION (P) N°:11932/2011 P

Fecha Sentencia: 15/05/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

b) En cuanto a la posibilidad de que la violencia sea aplicada en ambos delitos, agresión sexual y robo, hemos dicho STS 1172/2011, de 10-11 la violencia o intimidación puede tener lugar antes, durante o después del acto de apoderamiento; pero no en todo caso deberá encontrarse una estrecha relación de causalidad con el hecho punible (-robo-) en relación de medio a fin y producirse antes de consumarse el apoderamiento (acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 21-1-2000), (STS 21-1-2000, 190/2004, de 17-2; 1438/2005 de 23-11, 956/2006, de 10-10); por ello la intimidación o la violencia ha de formar parte, esto es, aparecer estructuralmente incorporada a la acción de aprovechamiento y ser funcional a la obtención del eventual resultado, lo que no sucederá si esta forma de operar en relación a las personas no va encaminado al apoderamiento (sts. 24.1.2001 y 18.9.1998).

En efecto como hemos dicho en STS 1-7-2008 "la esencial cuestión es si la violencia, que sin duda se ejerció sobre Ana víctima de un delito de lesiones y otro de agresión sexual –se produjo a fin de lograr el ilícito apoderamiento del dinero del bolso o si son actos absolutamente dispares y no conectados entre si, de modo que el hecho contra la propiedad, habría de sancionarse como una falta de hurto, dado el importe que fue sustraído, 50 euros, toda vez que de acuerdo con el art. 237 CP. no habrá robo con violencia, si ésta no guarda relación instrumental con la sustracción. Como señala la STS. 526/99 de 30.3, en relación con la intimidación, ésta, o la violencia, ha de estar relacionada de medio a fin con el desapoderamiento, constriñendo al sujeto pasivo a una entrega no querida de un bien mueble o asegurando su sustracción frente a una oposición del perjudicado o de terceros, de forma que si no está relacionada con la misma debe ser calificada de forma independiente a la sustracción porque no guarda relación con ella.

Cuestión distinta es si la violencia o intimidación se ejercita de forma coetánea o inmediata a una acción sustractiva o a su intento. En estos casos la violencia o intimidación se realiza dentro de una unidad espacial y temporal que permite su subsunción en el robo violento, pues no ha de olvidarse que este tipo penal es un delito compuesto integrado por la sustracción de un bien mueble y el empleo de la violencia o intimidación.

Por ello, también se considera robo con violencia cuando iniciada ésta con finalidad ajena a lo lucrativo, la situación es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento. Como dice la STS. 1172/98 de 13.10, el apoderamiento del bolso de la víctima se produjo, no en lugar y momento distinto, sino seguidamente de la agresión, y ésta necesariamente posibilitó desde la perspectiva objetiva que el acusado se llevara el bolso de la víctima, afectada sin duda alguna por la situación de violencia intimidatoria desencadenada en los instantes precedentes como consecuencia de la agresión. Criterio por lo demás ya sostenido por esta Sala en Sentencia de 6 de mayo de 1996, en la que se declaró que, perviviendo de manera patente una grave situación de violencia inicialmente desencadenada con finalidad ajena a lo lucrativo, es correcta la calificación de robo cuando dicha situación es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento.

La STS. 1313/2004 en un caso de violencia dirigida hacia una agresión sexual que continua después para apoderarse de los efectos de la víctima, declaró: “Es evidente que la violencia sobre las personas puede ser empleada. a la vez, para la comisión de dos delitos diversos. La violencia admite continuidad y la modificación de la dirección inicial para lograr otros propósitos no comporta, en modo alguno, una doble agravación por el mismo hecho, desde el momento que se puede comprobar que la situación de violencia continuó después de la tentativa de violación y fue el medio para la apropiación. No ofrece duda a la Sala que el aprovechamiento de la violencia ejercida para el primer delito, para continuar la agresión dirigiéndola a otro bien jurídico, se subsume bajo el tipo penal del robo”.

Doctrina reiterada también en un caso de agresión sexual, por la STS. 956/2006 de 10.10, con cita de la STS. 1438/2005 de 20.11: “lo que diferencia al hurto del robo es la existencia en este último de una situación de violencia o intimidación que produce en la víctima la desaparición de cualquier capacidad de reacción para defender la posesión de sus objetos personales de naturaleza mueble”.

En el caso presente esta doctrina jurisprudencial es perfectamente aplicable pues no puede sostenerse que la violencia ejercida no estuviera encaminada o fuera aprovechada, al ilícito aprovechamiento del dinero y que éste fuere un acto no conectado con las agresiones sexuales, cuando éstas se producen sin solución de continuidad una vez que el acusado se apoderara del dinero. Hubo, por tanto, una pretensión de enriquecimiento patrimonial, presente, latente y persistente en todo momento en la secuencia agresiva, debiendo descartarse que nos encontramos ante un propósito sobrevenido ilícito con conexión causal con las agresiones sexuales producidas.

Sentencia N°: 1.352/2011

RECURSO CASACION N°:395/2011

Fecha Sentencia: 12/12/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

En este punto y matizando la formulación de la Audiencia, habrá que añadir, que es posible cometer un robo con violencia e intimidación si el agente aprovecha la comisión de otro delito en el que por el empleo de la violencia e intimidación el sujeto pasivo se halla a merced de los delincuentes, esto es, en situación de sometimiento de su voluntad por el efecto de la violencia utilizada. Pero en este caso para calificar los hechos de tal guisa sería preciso que ese propósito expoliatorio sobrevenido, se produjera prevaliéndose el sujeto activo de la anulación de la resistencia u oposición de la víctima por la violencia o intimidación empleada para la comisión de otro delito.

4.- Descendiendo al caso concreto, hemos de reconocer que nos hallamos ante un supuesto límite, en el que, sin embargo, es perfectamente posible calificar los hechos como robo.

Para ello hay que acudir al relato probatorio, en el que el acto de apoderamiento lo realiza Cristian, sin que los demás se percatasen, participasen o tuviesen intención alguna expoliativa. Así, en la página 6ª de la sentencia se dice respecto a este punto "...se fueron corriendo (los acusados) hacia el coche, momento en el que el acusado Cristian aprovechó para coger del suelo la mochila de Mamadou y llevarla hasta un vehículo sin que tal conducta fuera apreciada en ese momento por ninguno de los otros acusados".

Con esa referencia probatoria el apoderamiento sólo es o puede ser imputable al acusado Cristian Martín.

5.- Acerca de la calificación de robo o hurto, el relato probatorio refleja una sustracción con propósito sobrevenido y con "aprovechamiento de la violencia o intimidación ejercidas previamente". El acusado, en la conclusión o fase final del episodio agresivo y violento pero dentro del mismo, decidió apoderarse del objeto ajeno cuya posesión perdió su propietario a consecuencia de las agresiones sufridas al ejecutar los actos lesivos.

En el contexto apropiativo las armas que portaban los recurrentes no deben computarse como cualificativa ya que no se utilizaron con propósitos depredatorios o con alguna de las finalidades previstas en el nº 3 del art. 242 del Código Penal, lo que no impide que los hechos cometidos por Cristian deban subsumirse en el art. 242.1º del Código Penal, como solicita el recurrente.

El motivo deberá estimarse parcialmente.

3.3 VIOLENCIA SOBREVENIDA. ACUERDO PLENARIO.

Sentencia N°: 65/2013

RECURSO CASACION N°:728/2012

Fecha Sentencia: 30/01/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Granados Pérez

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 237 y 242.1º y 2º del Código Penal.

Se niega que los hechos que se declaran probados permitan una calificación de delito de robo con violencia e intimidación con empleo de instrumentos peligrosos ya que la violencia utilizada lo fue para conseguir la huida, estando separadas en el tiempo la apropiación y la intimidación y acaecida fuera del establecimiento.

El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él se expresa que el acusado Gheorghe Pusca cuando se le requirió por uno de los empleados del supermercado para que dejara los productos que portaba sin abonar reaccionó de forma violenta, tomando un cúter o instrumento de corte similar, golpeó fuertemente con el mismo, repetidas veces, en el antebrazo izquierdo del empleado, consiguiendo de esta manera que cesara en sus requerimientos y entrara en el supermercado ante la agresión sufrida, abandonando Gheorghe Pusca el lugar con, al menos, dos botellas de güisqui. Por su parte el otro empleado que seguía a la acusada Rodica, ante los gritos de su compañero acudió a su zona donde observó como sangraba el brazo y estando atendiendo a su compañero vio que la acusada Rodica trataba de abandonar el supermercado y le siguió hasta un vehículo ocupado por dos hombre y el que había recibido las botellas y había lesionado a su compañero salió del vehículo y tras un forcejeo ese mismo individuo le lanzó un fuerte puñetazo en la oreja izquierda, a continuación los acusados se subieron al vehículo y huyeron del lugar.

El Tribunal de instancia califica la conducta del recurrente, además de las lesiones, como constitutivas de un delito de robo con violencia, explicando las razones por la que una conducta inicialmente constitutiva de hurto se concluye integrando un delito de robo violento, razones que coinciden con la jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo celebrado el 21 de enero de 2000 se sometió a la consideración de los Magistrados la calificación jurídica de aquellos hechos en los que la conducta violenta se ha producido tras el apoderamiento del objeto y antes de la consumación del delito. El caso debatido se refería a la dependienta de un establecimiento que resultó lesionada al tratar de detener al acusado y recuperar el objeto sustraído, interviniendo posteriormente otros empleados que detuvieron al acusado. La mayoría de los Magistrados están de acuerdo que la violencia física producida o ejercida antes de la consumación delictiva, y como medio de conseguir el apoderamiento, integra el delito de robo. Y se toma el siguiente Acuerdo: “Constituye robo con violencia cuando la violencia se ejerce durante el proceso de apoderamiento de los bienes sustraídos”.

Este criterio es acogido en la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo 1704/1999, de 24 de enero de 2000, en la que se dice que “esta Sala, en reiteradas sentencias (Cfr. Sentencias de 2 de febrero y 16 de junio de 1994, 17 de enero de 1997, 12 de mayo de 1998), ha venido distinguiendo la violencia ejercida durante el proceso de apoderamiento de los efectos sustraídos o fase comisiva de aquella otra cuyo exclusivo fin es lograr la fuga e impedir la detención cuando la consumación se hubiera alcanzado. En el primer caso la violencia califica el delito contra el patrimonio conformando el delito de robo, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle por la violencia física realizada, y en el segundo se escinde completamente del delito contra el patrimonio configurando exclusivamente una figura, en su caso, contra la integridad física. La consumación en los delitos de robo y hurto no

viene condicionada por el agotamiento del fin lucrativo perseguido por el autor, tampoco se exige que el sujeto activo haya dispuesto del dinero o bienes sustraídos. En los delitos patrimoniales de apoderamiento la consumación delictiva viene vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Así se han pronunciado reiteradas Sentencias de esta Sala como son exponentes las de 21 y 27 de mayo de 1999 en las que se expresa que “en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o intentada se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa –*contrectatio*-, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido –*ablatio*-, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material...”. En el caso que examinamos no existió esa disponibilidad, ni siquiera potencial, en cuanto no se había superado los controles que el propietario tenía dispuestos sobre sus cosas, ni puede decirse que se hubiera perdido el control sobre el objeto sustraído. Así las cosas, resulta evidente que el ejercicio de la violencia se produjo en momento anterior a la consumación, con el fin de vencer la oposición que la propiedad, a través de una empleada, efectuó para impedir la desposesión. Como igualmente resulta evidente, conforme al relato fáctico de la sentencia de instancia, que la violencia no se ejerció con el exclusivo fin de facilitar la huida, como hubiera sido el caso de que el sujeto hubiese abandonado el bien sustraído, sino que se utilizó como medio de lograr el apoderamiento. En consecuencia, se estaba desarrollando la fase comisiva del delito proyectado y esa violencia orientada a conseguir el botín es la que caracteriza el delito de robo, en este caso en grado de tentativa, correctamente apreciado por el Tribunal de instancia, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle por la violencia física realizada.

En la misma línea se expresa la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo 1722/2001, de 2 de octubre, en la que se declara que la doctrina de esta Sala ha venido exigiendo que la violencia o intimidación sobrevenidas no sean posteriores y desconectadas con la sustracción sino que formen parte del apoderamiento. Así en la sentencia de 21 de febrero de 1990, se dice que “la transmutación del hurto en una modalidad violenta de apoderamiento de lo ajeno se produce también cuando los autores utilizan o emplean medios intimidatorios o agresivos no sólo para consumir el despojo sino también para proteger su huida. El efecto intimidatorio puede actuar de manera eficaz y determinante sobre los sujetos pasivos del despojo o los que acuden a proteger los bienes y a prestar ayuda a la víctima”. En sentencias posteriores, ya dictadas aplicando el nuevo Código Penal se ha mantenido el mismo criterio. Así, en la sentencia de 27 abril 1998 , se dice que “ha sido unánime la doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de transmutación de una a otra especie de robo, siempre que los actos contra la vida, seguridad e integridad física de la persona hayan incidido en el “*iter criminis*” del delito proyectado e iniciado y éste no hubiera alcanzado la consumación. Y asimismo, en las sentencias de 19 mayo y 16 septiembre de 1998 .Por fin, en las sentencias de 26 febrero 1999 y 9 marzo de 2001 , al estimar el recurso interpuesto por el Ministerio fiscal, se aclara con cita de otras sentencias la doctrina de la Sala sobre los conceptos de apoderamiento y disponibilidad manifestando que “la violencia para calificar un hecho como robo ha de originarse antes de la disponibilidad” que marca el momento de consumación del delito y que puede ser posterior al apoderamiento. Y en la

última "la violencia o intimidación sobrevenidas transmutan en robo violento la infracción precedente integrante de hurto o de robo con fuerza en las cosas, siempre que la violencia o intimidación aparezcan antes de consumarse la infracción contra el patrimonio, que se produce cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas. En el caso, antes de operarse la consumación del apoderamiento de cosa mueble, es decir, cuando el inculpado no había tenido la efectiva y libre disposición de lo sustraído, es sorprendido, y para emprender la huida golpea a alguno de los presentes, propinando manotazos y puñetazos originadores de lesiones que sólo precisaron una primera asistencia. La violencia ejercida transmutó el simple apoderamiento, constitutivo de hurto, en robo con violencia en las personas - Sentencias del Tribunal Supremo de 7 abril de 1981 , 5 marzo 1984 , 1 diciembre 1986 , 22 y 27 abril de 1988 , 21 octubre de 1991 y 19 mayo y 16 septiembre de 1998 - Aplicando tal doctrina al supuesto que se examina, al expresarse en el "*factum*" que tras el apoderamiento de los efectos mediante fuerza en las cosas, y cuando el acusado no había tenido aún disponibilidad sobre ellos, al ser sorprendido por el propietario y un vecino, intimidó al vecino que intentó retenerlo, se está describiendo un acto de intimidación necesario, para obtener la disposición de los efectos sustraídos y que transformó la naturaleza del delito de robo que se estaba perpetrando. A esa transformación no le afecta el empleo de medios peligrosos porque la simple intimidación determina que se incurra en el tipo básico del núm. 1 del artículo 242 del Código Penal y tampoco que el intimidado fuera el vecino y no el propietario de los efectos, porque se reconoce que esa intimidación fue determinante para obtener disponibilidad de tales efectos.

En el caso que examinamos, cuando se produjo la violenta agresión, lo fue en momento anterior a la consumación, con el fin de vencer la oposición que la propiedad, a través de un empleado, efectuó para impedir la desposesión. Como igualmente resulta evidente, conforme al relato fáctico de la sentencia de instancia, que la violencia no se ejerció con el exclusivo fin de facilitar la huida, como hubiera sido el caso de que el sujeto hubiese abandonado el bien sustraído, sino que se utilizó como medio de lograr el apoderamiento. En consecuencia, se estaba desarrollando la fase comisiva del delito proyectado y esa violencia orientada a conseguir el botín es la que caracteriza el delito de robo correctamente apreciado por el Tribunal de instancia, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle por la violencia física realizada.

Por todo lo que se deja expresado, la conducta del recurrente es constitutiva de un delito de robo con violencia agravado por el uso de armas u otros instrumentos igualmente peligrosos.

No se ha producido la infracción legal denunciado y el motivo debe ser desestimado.

4. OBJETO DEL DELITO

4.1 PRUEBA DE LA PREEXISTENCIA DE LOS BIENES SUSTRÁIDOS

Sentencia N°: 30/2009

RECURSO CASACION (P) N°:10515/2008 P

Fecha Sentencia: 20/01/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

La prueba sobre la preexistencia de la cosa sustraída es indispensable para la afirmación del juicio de tipicidad. El objeto del delito forma parte del tipo y su acreditación es ineludible. Cuestión distinta es la determinación de su valor a efectos de definir la responsabilidad civil asociada al delito cometido. Sea como fuere, tratándose de dinero, no existe precepto alguno en la LECrim que imponga como presupuesto de validez que la determinación de aquella cuantía se verifique documentalmente. De hecho, el art. 364 de la LECrim, al regular la acreditación de la preexistencia de las cosas sustraídas, invita a pensar todo lo contrario. Igual idea está presente en el art. 762.9 de la LECrim, en el ámbito del procedimiento abreviado. En el ámbito jurisprudencial, por lo que respecta a la prueba de preexistencia de los efectos objeto de la acción de robo, ya la sentencia de esta Sala de 30-junio-1989 puntualizó que no existen razones legales que impidan al Tribunal de instancia admitir a tales fines la propia declaración de la víctima. Y ello surge del propio texto legal, ya que el art. 364 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no impone límite alguno a las medidas con las que se puede acreditar la posesión de las cosas por las víctimas del hecho. Pero es que además si se excluyera tal posibilidad, en los supuestos de robo o hurto de dinero en efectivo, se establecerían exigencias que prácticamente serían incompatibles (cfr. SSTS 196/1993, 3 de febrero y 80/1995, 27 de enero). También han admitido la suficiencia de testigos para la acreditación de la preexistencia del dinero sustraído, la STS 12-marzo-1991.

Sentencia N°: 842/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10525/2015 P

Fecha Sentencia: 22/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

A los efectos del delito de robo la ausencia de una prueba específica sobre la *preexistencia* (art. 364 LECrim) tampoco invalida la condena. Las declaraciones de la víctima pueden entenderse suficientes para considerar acreditado ese dato. No se adivina qué razones podría albergar para introducir una falsedad de ese tenor en su relato.

4.2 COSAS ILÍCITAS

Sentencia N°: 45/2011

RECURSO CASACION N°:1608/2010

Fecha Sentencia: 11/02/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

TERCERO: El motivo quinto por infracción de Ley, basado en el art. 849.1 LECrim. por haberse conculcado por aplicación indebida el art. 242 CP. en relación al art. 368 CP. al condenarse al recurrente por un delito de robo en grado de tentativa, cuyo objeto fueron 200 gramos de cocaína, dado que el bien jurídico protegido del delito de robo es el patrimonio de origen lícito por lo que es enviable y contrario a derecho que el ordenamiento jurídico tutela el patrimonio de origen ilícito, siendo que la persona poseedora de 200 gramos de cocaína es autora de un delito contra la salud pública.

Argumentación insostenible. Ciertamente las cosas muebles que se pretendían sustraer, sustancias estupefacientes, son de ilícito comercio, pero ello no impide considerar vulnerado el bien jurídico protegido por el tipo que es la propiedad. En este sentido la jurisprudencia tiene declarado que son ajenas las cosas *extra commercium* como ocurre con las drogas, sin que haya que ceñir el concepto legal a las cosas de lícito comercio, que los objetos de comercio o tráfico intervenido por una reglamentación legal que los excluya del comercio normal, como ocurre con las drogas o estupefacientes, pueden ser objeto de los delitos de hurto y robo, aunque su tenedor lo sea ilegalmente o contrario a la norma legal, en cuanto que es materia susceptible de propiedad, y ello implica el carácter ajeno que tiene para el sujeto activo de la infracción (SSTS. 21.6.82, 26.1.84). En efecto el delito de robo, además de los restantes elementos que describe el artículo 237 del Código Penal, exige que las cosas que entran en el apoderamiento sean muebles ajenas, independientemente de que la titularidad dominical del que las posea esté afecta de vicio de ilegitimidad por la adquisición susceptible de impugnarse o no estar protegida por el ordenamiento jurídico la ilicitud, como ocurre en todas aquellas en que su tráfico es ilícito, por ser géneros estancados o sometidos su transmisibilidad a requisitos de la Ley (SSTS. 20.2.92, 9.4.90).

Por tanto la argumentación del recurrente, no es susceptible de tener acogida.

5. TIPOS AGRAVADOS

5.1 USO DE ARMAS U OTROS MEDIOS PELIGROSOS

Sentencia N°: 915/2012

RECURSO CASACION (P) N°:10379/2012 P

Fecha Sentencia: 15/11/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

SEXTO.- 1.- El sexto motivo denuncia como vulneración del artículo 242, en su apartado 2º del Código Penal, vigente al tiempo de los hechos, la estimación del subtipo agravado por estimar que el arma usada -catana- no era "llevada" por el acusado sino que dispuso de la que tomó en el lugar y tiempo de los hechos.

El motivo recibe el apoyo del Ministerio Fiscal.

2.- Por las mismas atinadas razones que el recurrente y el Ministerio Fiscal exponen, el motivo debe ser estimado. En efecto, bajo la regulación del citado precepto, vigente al tiempo de los hechos, este Tribunal Supremo entendió que el subtipo agravado del apartado 2 del artículo 242 del Código Penal, exigía que el uso de armas determinante de la agravación, se refiriera a las que el autor del delito ya "llevar" lo que excluía el uso de las armas que usare, pero que no habían sido llevadas al escenario del hecho por el autor.

Precisamente la reforma de dicha norma, hoy convertida en apartado 3 del mismo artículo, ha eliminado la referencia al verbo llevar, haciendo que se deba considerar agravado el uso del arma, tanto si es llevada por el autor cuanto si éste la toma en el lugar y tiempo del hecho. Precisamente esa reforma pone en evidencia que la tipicidad anterior no abarcaba esta segunda hipótesis.

Por ello el motivo se estima con las consecuencias que se indicarán en la segunda sentencia, que dictaremos a continuación de esta.

Sentencia N°: 1011/2012

RECURSO CASACION (P) N°:10665/2012 P

Fecha Sentencia: 12/12/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que las pistolas de fogeo, detonadoras e incluso simuladas son instrumentos o medios aptos para ser subsumidos en el empleo o uso de las armas o medios peligrosos a que se refiere el tipo penal agravado, cuando el Tribunal hace constar su posible peligrosidad; consistente, por un lado, en su utilización a corta distancia, y, por otro, en su empleo con medio contundente para vencer la resistencia de la víctima. Una reiterada doctrina de esta Sala ha venido estableciendo respecto a qué objetos responden al concepto de arma o instrumento peligroso, que lo relevante es la susceptibilidad de éstos de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor, incrementando el riesgo para el asaltado y por tanto disminuyendo su capacidad de defensa --STS 753/2004 de 11 de Junio, con citación de otras muchas--.

Hay que recordar que ya en la Sala General de 21 de Enero de 2000 se aprobó por mayoría estimar que en relación a las pistolas detonadoras, estas podían tener el

carácter de instrumento peligroso y por ello ser correcta la aplicación del párrafo 2º del art. 242 Cpenal, pudiéndose citar como jurisprudencia que aplica tal acuerdo, además de la citada, las SSTS 1401/1999 de 8 de Febrero, 22 de Septiembre de 1998, 12 de Abril de 1999 y 22 de Abril de 1999, pudiéndose predicar tal calidad a efectos penales de las pistolas que se exhiben con finalidad amedrentadora aunque luego no se localicen cuando pueda deducirse su peligrosidad como instrumento peligroso y contundente dada la dureza de su estructura, aunque sea de baja aleación metálica, al igual que ocurre con botellas o vasos de cristal.

Por otra parte la posibilidad de completar el *factum* con datos deslizados en la fundamentación, es admisible cuando los datos esenciales ya están descritos en dicho relato --SSTS 107/2011 de 24 de Febrero ó 1057/2010, entre las más recientes--.

La aplicación de la doctrina expuesta lleva a la inadmisión de la pretensión de los recurrentes. En los hechos probados se recoge expresamente como Juan Vidal Villada, haciéndose pasar por un cliente, entretenía a la víctima y cómo acto seguido entró Jorge Antonio Arango, sacando de una bolsa que llevaba una pistola, con la cual apuntó a Vanesa. Posteriormente, en el f.jdco. primero, la sentencia de instancia complementa o explica la referencia al arma contenida en los hechos probados, sin contradecir el *factum*, indicando que la misma era grande y metálica a la vista de lo declarado por la testigo. Partiendo de dichos extremos, se ha de concluir que ninguna infracción se ha cometido en la sentencia recurrida, por cuanto la concreción de las características del arma no reinterpreta los hechos probados sino que únicamente esclarecen el *factum*, en el que ya se encuentran los datos fundamentales.

Atendiendo a las características del arma, la calificación del Tribunal de instancia de la misma como objeto peligroso por su contundencia es ajustada a derecho; precisamente por sus características, aumentó la capacidad agresiva de los recurrentes, incrementando el riesgo del asalto, y por tanto, disminuyendo la capacidad de defensa de la víctima; no siendo preciso como afirman los recurrentes su utilización, siendo suficiente su exhibición o utilización conminatoria, por el riesgo que comporta (SSTS 882/2009 de 21 de Diciembre y 120/2010, de 27 de Enero).

Procede la inadmisión del motivo.

Sentencia N°: 365/2012

RECURSO CASACION (P) N°:11932/2011 P

Fecha Sentencia: 15/05/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Uso de arma -pistola de balines- que no implica su empleo directo sino su exhibición o utilización conminatoria por el riesgo que comporta (STS 882/2009, de 21-12; 120/2010, de 27-1). Considerándose, medio peligroso. La pistola de gas, la de aire comprimido, la de fogeo, también el arma que es similar a una verdadera de fuego real

por el efecto intimidatorio que puede causar en cualquier persona, y la pistola detonadora (STS 1294/98, de 22-10; 120/2010, de 27-1).

Sentencia N°: 458/2009

RECURSO CASACION (P) N°:11463/2008 P

Fecha Sentencia: 13/04/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

PRIMERO.- El primero de los dos motivos formulados por este recurrente se apoya en el art. 849-1° de la LECriminal alegando infracción de ley por indebida aplicación del art. 242.2 del Código Penal. Sostiene que el subtipo agravado por el uso de armas o instrumento peligroso en el robo con intimidación no debe apreciarse en este caso ya que -según su tesis- un destornillador cuya descripción no consta en el relato histórico no merece esa calificación; y además el acusado no tuvo intención de usarlo.

Ambos argumentos son incorrectos: **A)** Cuando un objeto es considerado como "destornillador" es porque resulta adecuado para la específica función que es propia de esa herramienta, y esto supone determinadas condiciones materiales mínimas que por sí mismas lo convierten en instrumento potencialmente vulnerante y como tal en peligroso. Es decir un destornillador es instrumento peligroso porque, si sirve para lo que está fabricado -y por eso precisamente es "destornillador"- también sirve para punzar y lesionar el cuerpo de una persona. En este caso además aunque no consten las dimensiones del destornillador sí aparece que es una herramienta de ese tipo y que para intimidar a la víctima se la colocaron "en el pecho" y después "sobre la barriga", lo que denota su idoneidad para atemorizar; y **B)** concurre el efectivo empleo del mismo con ese concreto fin, lo cual cumple la exigencia del subtipo agravado de que el delincuente "hiciera uso" del instrumento; requisito que no se identifica necesariamente con un empleo vulnerante para la integridad física, porque también se usa cuando se exhibe con efecto intimidante. Este es otro modo de emplear el instrumento peligroso, adecuado para integrar el subtipo, pues su fundamento está en el riesgo que el instrumento implica para la vida y la integridad física de la víctima, y en el incremento del temor que su misma exhibición intimidante comporta, independientemente de que el autor tenga o no la secreta intención de lesionar con el instrumento peligroso. Esta Sala tiene declarado en este sentido que el fundamento del subtipo agravado se aprecia con la exhibición del arma u instrumento que refuerza la acción intimidatoria con la amenaza de su empleo agresivo, con lo que se genera un mayor riesgo o peligro para la víctima derivado de su utilización efectiva, así como un efecto psicológico de indefensión y desamparo, al resultar disminuida su capacidad para defenderse (S. 239/1999, de 22 de febrero; 289/1999, de 24 de febrero; 1788/1999, de 20 de diciembre).

Por lo expuesto el motivo primero se desestima.

5.2 COMPATIBILIDAD DEL USO DE ARMAS EN LOS DELITOS DE ROBO Y LESIONES

Sentencia N°: 353/2014

*RECURSO CASACION N°:*1234/2013

Fecha Sentencia: 08/05/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SEXTO: III) En cuanto a la **no estimación de la calificación del delito de lesiones agravadas por utilización de armas, art. 148.1, ya que tuvieron en cuanto al cometer el delito de robo con violencia con objeto peligroso, art. 242.2, para agravar este delito y no puede volver a ser aplicada en este otro delito de lesiones, por suponer infracción del principio non bis idem**, la STS. 1045/2012 de 27.12, tras afirmar que el principio non bis in idem prohíbe emplear la misma agravación dos veces en un mismo hecho, añadió, con cita de la STS. 2044/2002 de 3.12, que “ello no impide castigar dos hechos que dan lugar a dos delitos distintos con todas sus circunstancias de ejecución”, destacando que, desaparecido de nuestro ordenamiento el delito complejo de robo con violencia y uso de armas que preveía el art. 501 del anterior CP, en el vigente se sanciona el robo con violencia “sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder a los actos de violencia que realizase” (art. 24.2 CP). Ello quiere decir que si además de un robo hay unas lesiones, habrá dos delitos independientes con sustantividad propia y cada uno de ellos debería castigarse con las circunstancias cualificadoras que concurren.

Postura también sostenida en las SSTs. 213/2000 de 18.2 y 1572/2003 de 25.11, que entiende no producida la vulneración del principio non bis in idem, pues el simple porte con exhibición del instrumento o medio peligroso con fines intimidatorios ya supone hacer uso del instrumento en cuestión. Pero, refiriéndolas a las lesiones del art. 148 C.P. parece exigir que dichos instrumentos se apliquen a la agresión misma. Esto es, se han de utilizar contra el cuerpo del ofendido.

En igual sentido la STS. 1168/2010 de 28.12, recuerda que el principio non bis in idem no impide castigar dos delitos independientes con todas las circunstancias típicas que concurren, dando lugar a los subtipos agravados que procedan.

En el presente caso existieron dos delitos, con “*injustos*” autónomos, uno de lesiones y otro de robo. En ambos concurrió el empleo de armas o instrumentos peligrosos, por lo que procede la aplicación de los correspondientes subtipos agravados como bien hizo el Tribunal de instancia.

En la jurisprudencia, por tanto, se ha destacado la diferencia entre ambos supuestos agravados pues bastando para el robo la mera exhibición, se ha exigido para las lesiones agravadas una efectiva utilización concretamente peligrosa, lo que excluiría la existencia de una doble valoración.

No obstante la STS. 461/2011 de 25.5, alude a pronunciamientos aparentemente contradictorios de esta tesis diferenciadora, que suelen referirse a supuestos en que la violencia orientada al apoderamiento se concreta precisamente en la acusación de lesiones con empleo de medio peligroso, casos en los que la doble valoración no se ha considerado posible. Distintos de aquellos otros en los que, utilizada el arma en actos de exhibición para conseguir la intimidación, en el curso del apoderamiento se ejecuta un

acto de agresión a alguna de las víctimas utilizando el arma de modo concretamente peligroso.

En el caso presente estaría comprendido en el primer supuesto por cuanto tal como se describe en los hechos probados al encontrarse en el pasillo de la vivienda con la víctima, en dos acusados, quienes se lanzaron contra ella, golpeándola, poniéndole una bolsa de plástico blanca sobre la cabeza, que consiguió quitarse, tirándola al suelo para vencer la resistencia que ofrecía, poniéndose encima de ella José Carlos García Fernández, sujetándola por el pecho y golpeándola por la cara y el cuerpo, mientras su compinche hacia uso de un cuchillo y le decía que la iba a matar y la cogía por las piernas, tirándole de la cintura del pantalón del chándal, que llevaba puesto la agredida y sujeto con un cordón atado, forcejeando la mujer con arribos, en su afán de librarse del ataque, lo que consiguió al agarrar por los testículos al del pasamontañas, siendo agarrada de nuevo por detrás, lanzándose ambos de nuevo contra la asaltada, dándole golpes con la cabeza contra una estufa de butano, consiguiendo inmovilizada, atándole las manos al frente con una cinta adhesiva y tapándole la boca para que no gritara y en esa tesitura la llevaron al cuarto de baño inmediato al dormitorio de la agredida, donde la dejaron tirada con la luz apagada; procediendo a registrar los cajones de los muebles y el interior del colchón de la cama, abriendo la cremallera de la funda, apoderándose de 16.000 euros, que tenían escondidos en él los habitantes de la vivienda; así como 160 euros que Marizza Noelia tenía en una cadera monedero; huyendo seguidamente del piso.

Siendo así la aplicación del empleo del arma en el delito de lesiones para configurar el subtipo agravado del art. 148.1, podría vulnerar el principio non bis in idem.

A mayor abundamiento, partiendo de que si la lesión producida con el arma es objetivamente constitutiva de falta por no haber exigido tratamiento médico o quirúrgico, no se aplica el subtipo agravado de su acusación a través de alguno de los procedimientos agravados del art. 148 y se reputa falta. Hemos dicho en SSTs. 991/2013 de 18.12, y 180/2014 de 6.3, las lesiones a que se refiere el art. 147.1 pueden verse agravadas si concurren las circunstancias que prevé el art. 148 CP. Se trata de un tipo mixto alternativo de forma que para su apreciación bastará con que concorra alguna de las circunstancias que en el último termino, no hacen sino incrementar el resultado causado o riesgo producido.

En relación al art. 148.1, la jurisprudencia –STS. 1203/2005 de 19.10- ha expuesto que la utilización de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, es una hipótesis que obedece al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir.

En la STS. 906/2010 de 14.10, se recuerda que tal tipo agravado exige, como circunstancia objetiva delimitadora de su específica tipicidad, un determinado peligro para la vida o salud de la víctima, el inherente a la utilización de determinados instrumentos (armas, objetos o medios) o procedimientos (inéditos o formas) , en la agresión de resultado lesivo.

Por tanto, en principio y como regla general, el fundamento de la agravación del art. 148.1 no está en la relación causal entre el empleo de hechos, métodos o formas, y las materiales lesiones producidas, sino en el incremento del riesgo que para su integridad física representa su empleo, tanto si se traduce en una más grave lesión directamente derivada de su utilización, como si el riesgo se mantiene como mera potencialidad de un mayor daño físico que fundamente no se concreta en una lesión más grave (STS. 1991/2010 de 27.11) o como dice la STS. 1114/07 de 26.12- el fundamento

de la agravación reside en el aumento de la capacidad agresiva en el actuar del agente, y el mayor riesgo de causación de lesiones, lo que se traduce en una mayor perversidad criminal, teniendo naturaleza jurídica de peligro concreto, siendo su elemento objetivo la utilización en la acción de cualquiera de los instrumentos, medios, métodos o formas que se describen en el precepto, y el subjetivo, el dolo, en cuanto aprovechamiento de tales formas en la comisión delictiva para poner en concreto peligro la integridad o salud del lesionado, aceptando expresamente, o representándose la posibilidad, de causar tales mayores probabilidades de agresión del bien jurídico protegido.

Ahora bien, la aplicación penológica de este precepto no es imperativa, sino que es potestativa del juzgador, ya que se indica que “podrán ser castigadas”, ello debe conllevar que la agravación no dependa solo ni principalmente de sus características propias, que en cualquier caso han de ser capaces de causar daños graves, uno fundamentalmente de la forma en que han sido utilizados en el caso concreto. Se requiere así una doble valoración. De un lado, deben tenerse en cuenta la composición, la forma y demás características del arma, instrumento, objeto o medio empleado o las peculiaridades del método o forma de la agresión, que deben tener una capacidad lesiva relevante, y de otro, debe valorarse la forma en que tal objeto o instrumento ha sido utilizado, reveladora de su peligrosidad en el caso concreto. Dicho de otra manera es preciso que se trata de un arma, instrumento, objeto, medio, método o forma peligrosos objetivamente por su capacidad lesiva y que, además, hayan sido utilizados de forma concretamente peligrosas en el caso concreto. Naturalmente el dolo del autor debe abarcar el peligro creado con su acción, SSTs. 104/2004 de 30.1, 155/2005 de 15.2, 510/2007 de 11.6.

En definitiva –como dice la STS. 1267/2003 de 8.10- en cada caso se deberá tener en cuenta el mecanismo de producción utilizado, el riesgo de acusación de lesiones graves e incluso la antijuricidad objetiva de la acción. No podemos en nuestro sistema prescindir de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, que son necesarios para llegar a una solución ajustada según los casos, a la gravedad intrínseca del objeto empleado en la acusación de la lesión. Por ello la peligrosidad del instrumento agresivo se determina por una doble valoración de carácter objetivo, que se deriva de la naturaleza, forma y composición del instrumento de que se vale el agresor; y de carácter subjetivo, que se construye a partir de la intención, intencionalidad y dirección dada a los golpes propinados a la víctima (STS. 832/98 de 17.6, 544/99 de 8.4).

En el caso presente las únicas lesiones que pudieron ser producidas por el uso del cuchillo que portaba el acusado Antonio, serían “el corte superficial en la mejilla derecha”, único a que se refiere el informe forense de 16.2.2009 (folio 162) “herida inciso cortante en zona malar derecha”, herida tan superficial que no dejó cicatriz alguna –en el parte de sanidad se hace constar la inexistencia de secuelas- y que no requirió el tratamiento médico descrito en el factum (farmacológico, ortopédico, rehabilitador y reposo) aplicable a la luxación en el hombro izquierdo y a las polierosiones, causadas, no por el uso del cuchillo sino por abogar a la víctima al suelo, ponerse encima de ella un acusado y golpearla ambos en cara y cuerpo.

Por tanto la forma de utilización del cuchillo como la escasa entidad del resultado lesivo producido constitutivo de simple falta, impediría la aplicación del subtipo agravado del art. 148.1, debiendo reconducirse por el resto de las lesiones al tipo básico del art. 147.

5.3 COMUNICABILIDAD DEL USO DE ARMAS A LOS PARTICIPES

Sentencia N°: 454/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10746/2014

Fecha Sentencia: 10/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En el caso presente el arma, en las dos ocasiones que se detallan en el factum siempre es utilizada por el mismo coacusado, López Lamas, el conocimiento de su porte e incluso de su uso intimidatorio, por los demás acusados presentes, genera que la agravación prevista en el art. 242.3, les sea aplicable, pero inferir de ello que todos tenían la plena disponibilidad de la pistola y podían usarla indistintamente, es una inferencia excesivamente abierta, ante la ausencia de un razonamiento lógico y con base probatoria de cómo y por qué queda acreditado ese uso indistinto y disponibilidad del arma que sólo utilizaba uno de los acusados, y si bien este recurrente tuvo que conocer tal uso en el robo cometido en la vivienda de Amrani y se aprovechó para cometer el atraco con mayor facilidad, tal conocimiento justifica el que al no poseedor puede serle aplicada la agravación específica del apartado 3 art. 242 CP, prevista para el caso de robo con armas u otros instrumentos peligrosos, pero no el que pueda ser considerado coautor en el delito de tenencia ilícita de armas.

5.4 ROBO EN CASA HABITADA

Sentencia N°: 852/2014

RECURSO CASACION N°:1068/2014

Fecha Sentencia: 11/12/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

TERCERO.- Formaliza el Ministerio Fiscal un único motivo en el que, al amparo del artículo 849.1° de la LECrim, denuncia la infracción por inaplicación indebida del artículo 202.1 del Código Penal, pues entiende que los hechos son también constitutivos de un delito de allanamiento de morada. Argumenta el Ministerio Fiscal que la vivienda donde ocurren los hechos no estaba deshabitada y que la estancia del denunciante no era accidental y que la protección del derecho a la intimidad y al desarrollo del ámbito privado se extiende al tiempo que el morador pasaba en la referida vivienda.

1. En la STS de 14 de junio de 1995 ya se advertía que “*el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o*

donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad”.

En sentido similar, esta Sala ha afirmado en la STS nº 1231/2009, de 25 de noviembre, que *“el delito de allanamiento de morada tutela derechos personalísimos como la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública”.* Y añadía más adelante que el derecho de las personas a la intimidad es *“la clave con que debe ser interpretado el art. 202, de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse que concurre siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada”.*

Y también recordaba la STS 731/2013, de 7 de octubre que *“el Tribunal Constitucional, ha identificado el domicilio con un «espacio apto para desarrollar vida privada» (STC 94/1999, 31 de mayo, F. 4), un espacio que «entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad», «el reducto último de su intimidad personal y familiar» (STC 22/1984, STC 60/1991 y 50/1995, STC 69/1999, 26 de abril y STC núm. 283/2000, 27 de noviembre)”. Y que “Esta Sala, entre otras en la STS 1108/1999, 6 de septiembre, ha afirmado que «el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental» (SSTS 24-10-1992, 19-7-1993 y 11-7-1996)”.*

Por lo tanto, el concepto de domicilio es más amplio que el que se deriva de una mera constatación administrativa o tributaria relativa al lugar donde se fija la residencia a esos efectos, para constituir el lugar cerrado que una persona dedica al desarrollo de todos o de algunos aspectos de su privacidad, que, por esa razón, debe quedar protegido de la presencia indeseada de terceros y, especialmente, de las autoridades públicas, salvo los supuestos excepcionales previstos en la ley.

El delito de allanamiento de morada se orienta a la protección de ese derecho a la intimidad en relación con el concepto de domicilio, por lo que la invasión de ese lugar por parte de un particular sin la debida autorización, constituirá ese delito.

2. En el caso, se declara en los hechos probados que el acusado se presentó junto con otro no identificado en la vivienda que Antonio tenía alquilada en la dirección que especifica. Y aprovechando que éste había dejado la puerta abierta porque estaba esperando al fontanero, tras entrar en la planta baja, le espetaron que se tirara al suelo, lo maniataron y se apoderaron de diversos objetos.

En atención a los hechos probados, puede afirmarse, pues, que se trataba de una vivienda, y de la fundamentación jurídica no resulta que careciese de las características propias de la misma, constando además que el denunciante acudía allí a pasar algunos ratos. En esas circunstancias no es relevante que el lugar constituyera su primera o segunda vivienda, sino si, cuando se encontraba en el lugar, aunque fuera ocasionalmente, utilizaba la vivienda con arreglo a su naturaleza, es decir, como un espacio en el que desarrollaba aspectos de su privacidad.

En consecuencia, el motivo se estima.

5.5 ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO

La reforma operada por la LO 1/2015 ha introducido como tipo agravado que el hecho se cometa en local abierto al público, que tiene su correlativo con la figura agravada del robo con fuerza en las cosas, que incluye tras la reforma la realización del hecho fuera de las horas de apertura, superándose así los problemas concursales que desde la publicación del Código se habían producido entre la figura del robo y del allanamiento de local abierto al público, y que exponía con acierto, entre otras muchas, la añeja sentencia n^o 1634/2001, de 7 de noviembre, pronunciándose en los siguientes términos:

A) Porque las sentencias de esta Sala invocadas en apoyo del recurso, la 244/2000 de 15.2 y 375/2000 de 11.3, se refieren a la incompatibilidad del delito de robo y del de allanamiento de local abierto al público, previsto en el art 203 del CP., entendiendo que esta última figura debe quedar absorbida en la de robo, y que el ánimo de lucro inherente al robo debe prevalecer sobre el propósito de invasión de la privacidad, anejo al tipo de allanamiento.

B) Porque, en cambio, la jurisprudencia de esta Sala, manifestada en las sentencias 591/97 de 16.6, 741/98 de 28.4, 728/99 de 6.5 y 858/99 de 26.5, ha considerado compatibles el delito de robo con violencia e intimidación y el de allanamiento de morada tipificado en el art. 202 del CP., atendiendo a lo distintos bienes jurídicos que una y otra figura delictiva protegen -el patrimonio y la integridad física en el robo, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio en el allanamiento- y ponderando el "plus" de antijuricidad y de peligrosidad que comporta la ejecución del robo violento en la morada del expoliado, y valorada también la desigualdad que supone que la agravante de casa habitada se ha previsto en el CP. de 1995, para el robo con fuerza en las cosas, en el art. 241, y no para el robo con violencia e intimidación.

6. TIPO ATENUADO

6.1 REQUISITOS

Sentencia N^o: 609/2013

RECURSO CASACION (P) N^o:10018/2013 P

Fecha Sentencia: 28/06/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

CUARTO.- En el motivo tercero, formalizado también al amparo de lo autorizado en el art. 849-1^o de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se interesa la aplicación de la cláusula de menor entidad de la violencia o intimidación, como tipo atenuado del robo.

Siguiendo a la Sentencia de esta Sala de 18 de abril de 2000, podemos decir que esta norma constituye una interesante novedad del CP 1995 que viene a permitir unas mejores posibilidades de adaptación de la pena a las circunstancias

concretas del caso, una más adecuada proporcionalidad en definitiva, a fin de solucionar aquellos supuestos que, mereciendo la cualificación de robos, y no de hurtos, por existir realmente una violencia o intimidación, sin embargo, por la poca importancia del elemento coaccionante contra la víctima, resultaban con una pena desproporcionada. Como ya ha dicho esta Sala, tales robos con violencias o intimidaciones de orden menor no deberían estar sancionados con la misma pena que los atracos hechos con armas de fuego, por ejemplo.

Al respecto hemos de hacer las consideraciones siguientes:

A) En primer lugar insistir en algo que esta Sala ya ha dicho repetidamente (SS. de 21-11-1997 y 30-4-1998): que esta rebaja de la pena del art. 242.3 viene determinada por la menor antijuridicidad del hecho, no por consideraciones relativas a una culpabilidad disminuida, como claramente se deduce de su propia redacción -«entidad de la violencia o intimidación» y «circunstancias del hecho»-, en unos términos que nos conducen al suceso acaecido en su dimensión objetiva.

Pero hemos de añadir aquí que tal dimensión objetiva, referida a la existencia de una menor antijuridicidad, ha de limitarse al hecho en sí mismo considerado. Lo que deducimos de esos mismos términos concretos que utiliza esta norma penal. Entendemos que tal forma de expresarse hace posible la aplicación de este art. 242.3 en los casos en que concurre la circunstancia agravante de reincidencia, 8ª del art. 22.

B) Veamos ahora cuáles son los criterios a seguir para dilucidar si ha de aplicarse o no este art. 242.3.

Como ya se ha dicho, la propia norma nos conduce al hecho en su objetividad (no en la culpabilidad) y en sí mismo considerado a través de los siguientes términos:

1º «Menor entidad de la violencia o intimidación», criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión «además» que encabeza la referencia al otro criterio, y que, por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2º «Además las restantes circunstancias del hecho», elemento de menor importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindibles para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

a) El lugar donde se roba.

b) Con relación al sujeto activo, habrá de considerar si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.

c) Asimismo podrá considerarse el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.

d) La experiencia nos dice que de todas estas «restantes circunstancias del hecho», la que con mayor frecuencia se nos presenta para valorar si se aplica o no esta

norma jurídica, es el valor de lo substraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuridicidad.

Todos estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242.1º o la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3. No olvidemos que, como antes se ha dicho, la razón de ser del precepto es la de dar al Juzgador unas mejores posibilidades de adaptación de la pena al caso concreto, evitando el que sea forzoso imponer una determinada sanción cuando la menor gravedad del hecho aconseje otra de menor entidad.

En el caso enjuiciado, es claro que la inusitada violencia ejercida sobre las tres personas que se encontraban en el vivienda (un varón y dos mujeres), junto al empleo de porras, armas, bridas para maniar a las víctimas, lesiones inflingidas, junto a la mecánica comisiva con simulación de funciones públicas, impiden cualquier posibilidad de aplicar el tipo privilegiado reclamado por el recurrente.

6.2 SUPUESTOS

Sentencia N°: 127/2014

RECURSO CASACION (P) N°:11082/2013 P

Fecha Sentencia: 25/02/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

2. Esta previsión legal ha sido interpretada en el sentido de que, del propio texto de la ley, se desprende, de un lado, que la atenuación debe basarse en aspectos relativos a la antijuridicidad del hecho y no a las condiciones relativas a la culpabilidad del autor, que encuentran otras vías para su análisis y reconocimiento de efectos (STS n° 610/1998, de 30 abril); y de otro lado, que el criterio principal y de examen prioritario es el relativo a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas, que se constituye así en presupuesto de la aplicación de la norma, aunque hayan de valorarse “*además*” las restantes circunstancias del hecho.

Una vez que se ha considerado compatible el uso de armas o instrumentos peligrosos con una menor entidad de la violencia o intimidación, como ya hemos señalado, esta Sala ha excluido la aplicación de la atenuación en aquellos casos en los que el autor utilizando un arma blanca o un instrumento similar, superando la mera exhibición, considerada jurisprudencialmente como uso (STS n° 355/2000, de 28 febrero), llega a colocarla sobre el cuerpo de la víctima, incrementando de manera notable el riesgo para los bienes jurídicos protegidos por la previsión legal que contempla el uso de armas como supuesto de agravación. (Colocar un cuchillo en el

abdomen, STS 341/2011, de 5 de mayo; o colocar una navaja a la altura del cuello, STS nº 659/2008, de 24 septiembre).

Por otro lado, la jurisprudencia (STS nº 458/2009, de 13 abril) ha rechazado que las manifestaciones del autor advirtiendo a la víctima de la no causación de males físicos si obedece sus indicaciones, puedan considerarse fundamento de la menor entidad de la intimidación, en tanto que, precisamente, suponen la amenaza de utilización inmediata del arma o instrumento peligroso que se coloca sobre el cuerpo del amenazado.

3. En el caso, se declara probado que el autor, abordó a la empleada del establecimiento DIA, y tras ponerle unas tijeras en el costado, le conminó a que le abriera el cajón, apoderándose de 190 euros en efectivo y abandonando posteriormente el lugar. En la fundamentación jurídica se recoge que luego de conseguir que la empleada le abriera la caja del dinero, lo toma y viendo que no hay nadie en el establecimiento, permite que la cajera se desprende de él y se vaya al interior del supermercado.

De los hechos probados se desprende que el autor utilizó unas tijeras que el Tribunal, sin discusión alguna, ha considerado instrumento peligroso, (en este sentido STS nº 861/2001) y que no solo las exhibió con intención intimidatoria, sino que las colocó en un costado de la empleada, amenazando, pues, su integridad física de forma directa e inmediata, al tiempo que le decía, según se recoge en la fundamentación jurídica que no le ocurriría nada si abría el cajón, lo que hizo la cajera. Es claro, pues, que el instrumento peligroso no solo se exhibe, sino que se utiliza en la forma descrita aumentando el peligro para el bien jurídico, vida o integridad física, de la víctima; que la realización concreta del peligro se hace depender de la reacción de la persona intimidada; y que solo cesa la intimidación cuando la empleada amenazada ha accedido a sus pretensiones. La menor entidad solo podría referirse, pues, al momento en que la intimidación ya ha permitido alcanzar el propósito del autor, es decir, la desaparición de la resistencia de la víctima y su colaboración, por lo que ya resulta irrelevante a los efectos de valoración jurídico penal de la conducta intimidatoria.

En consecuencia, el primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal se estima, sin que sea preciso el examen de los demás, formalizados con carácter subsidiario para el caso de desestimación.

Sentencia N°: 393/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10639/2014 P

Fecha Sentencia: 12/06/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Es evidente la razón que le asiste al Fiscal, también en este supuesto, habida cuenta de que calificar los hechos relatados como un delito de robo con violencia del apartado 3 del artículo 242, subtipo atenuado en razón a la menor entidad de la violencia ejercida, pues, al margen del uso abusivo de una falsa condición, la de

funcionario policial, constitutivo por su parte de otro delito de usurpación de funciones del artículo 402 del Código Penal, la conducta de Ricardo, que no se limitó a intimidar a Mohammed con esa falsa atribución de la condición de policía, sino se produjo con zarandeos, inmovilización y puesta contra la pared, antes de arrebatarle la no pequeña cantidad de dinero que portaba, acción llevada a cabo con superioridad numérica, en modo alguno puede ser calificada como de violencia menor.

Pensemos en cualquier otro supuesto de robo en el que su autor realice sobre la víctima las mismas acciones, acompañado además de otros dos agresores, y comprenderemos fácilmente como no merecería ese supuesto ser calificado como un robo con violencia atenuado.

Sentencia N°: 739/2014

RECURSO CASACION (P) N°:10268/2014 P

Fecha Sentencia: 10/11/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Por fin tampoco concurren los elementos y circunstancias exigibles para la rebaja penológica que habilita el art. 242.4 CP. No hay cuestión sobre la compatibilidad de tal norma con el art. 242.3, clara ya a partir de la reforma de 2010 y que ya desde fechas bien tempranas fue afirmada por la jurisprudencia. La potencialidad lesiva del medio exhibido (un cuchillo: vid. SSTS 743/1999, de 10 de mayo, 999/1999, de 16 de junio, 92/2002, de 1 de febrero), la mecánica intimidatoria (colocación en el cuello), y la inexistencia de elementos que apunten en otra dirección y contrarresten esa "objetiva" gravedad, convierten en razonable y ajustada a la legalidad la exclusión de esa facultad atenuatoria que se reivindica sin una argumentación específica clara.

Sentencia N°: 1115/2010

RECURSO CASACION (P) N°:10604/2010 P

Fecha Sentencia: 16/12/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

I- La tesis de calificar los tres atracos a las entidades bancarias como robos privilegiados de acuerdo con el art. 242-3º Cpenal no puede ser admisible dado el respeto a los hechos probados.

En ellos se narra la entrada de los dos recurrentes con pistolas semejantes a las de verdad, y tras la inmovilización de las personas que se encontraban en el interior de las sucursales bancarias, para lo que habían esperado la hora en la que menos gente había --en los tres casos sobre las 14 horas-- procedieron a inmovilizar a los que estaban en su interior, y tras obtener el botín, y después de volverlos a atar y asegurar su inmovilidad para evitar el posible auxilio, se ausentaron, obteniendo el botín antes repetido.

Estas acciones no tienen encaje en el tipo privilegiado del art. 242-3º Cpenal pues en ese párrafo se describe una "*menor entidad de la violencia o intimidación*", así como el resto de las circunstancias del hecho.

Ciertamente la jurisprudencia de esta Sala ha delimitado el ámbito de aplicación de este tipo que sin perjuicio de su posible aplicación a los supuestos de robo con armas u otros instrumentos peligrosos --Pleno no Jurisdiccional de 27 de Febrero de 1998-- admitió su aplicación solo en casos de una menor antijuridicidad del hecho y menor entidad de la intimidación, y así lo ha aplicado a supuestos tales como cuando el arrebatamiento del dinero tiene menos entidad --quitarle el bolso o monedero-- SSTS 664/1999 de 21 de Mayo, 21 de Junio y 2 de Octubre de 1999, 255/2001. Se trata de casos puntuales en los que se ha tratado de establecer una proporcionalidad entre la antijuridicidad del acto y la respuesta punitiva.

7. UNIDAD DE ACCIÓN

Sentencia N°: 663/2014

RECURSO CASACION (P) N°:10996/2013 P

Fecha Sentencia: 15/10/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Granados Pérez

Ciertamente, son correctos los razonamientos que se dejan expresados por el Ministerio Fiscal al ser acordes con la jurisprudencia de esta Sala. Así, en la Sentencia 461/2011, de 25 de mayo, se declara que constituye un único delito de robo, aunque sean varios los sujetos pasivos, el apoderamiento que se efectúa aprovechando la intimidación ejercida en el mismo acto sobre distintas personas con finalidad depredatoria de sus bienes muebles, conclusión que se alcanza sobre la base de la doctrina de la unidad natural de acción, que "...existe cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador imparcial han de ser considerados como una unidad. Son acciones separables pero del mismo tipo y repetidas en un corto espacio de tiempo, en cuyo caso la lesión delictiva sólo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario en respuesta a una también misma motivación" (STS n° 659/1996). Fuera de esos casos, el ataque a distintos patrimonios

en diferentes lugares, aunque sean próximos, con sujetos pasivos diversos, dará lugar a la apreciación de varios delitos de robo.

Y esas circunstancias que permiten apreciar un único delito de robo, acorde con la jurisprudencia de esta Sala, concurren en el presente caso, por lo que debe estimarse el motivo con el alcance de eliminar uno de los robos, estimación que debe extenderse a los otros acusados condenados igualmente por dos delitos de robo en la sentencia recurrida.

8. DELITO CONTINUADO

Sentencia N°: 898/2012

RECURSO CASACION (P) N°:10232/2012 P

Fecha Sentencia: 15/11/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

10.- El Fiscal formaliza un motivo único, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 74 del CP.

La sentencia recurrida –se razona- ha condenado a dos de los acusados, entre otros delitos, por un delito continuado de robo con violencia o intimidación del art. 242.1 del CP, en relación con el art. 74 del CP. El Fiscal, sin embargo, considera que en el delito complejo de robo con violencia o intimidación no es posible apreciar la continuidad delictiva, al implicar el delito un ataque a bienes jurídicos de carácter personal. En consecuencia, procedería haber castigado de forma autónoma y separada los dos hechos delictivos que la Audiencia ha englobado en un único delito continuado.

Tiene razón el Fiscal y el motivo ha de ser estimado.

En el desarrollo del motivo, el Ministerio Público se hace eco de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que, tratándose de delitos de robo con intimidación, descarta la continuidad delictiva a que se refiere el art. 74 del CP. En efecto, la excepcionalidad de aplicación del delito continuado –STS 1143/2011, 28 de octubre- forma parte del enunciado mismo del art. 74 del CP, en cuyo apartado 3 se precisa que “...*quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*”.

El ATS 2331/2011, 22 diciembre, abordaba un supuesto con ciertas similitudes al que hoy centra nuestra atención: “...*la parte recurrente solicita se aprecie la continuidad delictiva respecto de los delitos de robo con violencia o intimidación.*”

Alega que todos los hechos delictivos contra el patrimonio se cometieron en apenas veinticuatro horas en una zona céntrica de Barcelona con una técnica comisiva idéntica y que la pena sin apreciar la continuidad delictiva resulta exacerbada. [...] La doctrina de esta Sala ha excluido de manera reiterada de la figura de la continuidad delictiva los casos de pluralidad de robos con violencia, -pese a su cercanía en el tiempo- con base en el artículo 74.3º del Código Penal. Conforme a este precepto, quedan exceptuadas de las reglas generales de la continuidad delictiva, las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En tal sentido, y respecto del delito de robo con violencia e intimidación, ha dicho esta Sala que <los delitos de robo con violencia o intimidación contienen en su estructura típica una pluralidad de bienes jurídicos atacados que se encarnan en el derecho a la propiedad y en el derecho a la vida y a la integridad física y moral, bienes éstos, eminentemente personales que vetan la aplicación del delito continuado aunque ello suponga una agravación de la entidad punitiva que corresponde a cada uno de los delitos penados separadamente>. (Así por todas, STS 78/2000, de 21 de enero). Es evidente que es esa la consideración que merece el delito de robo con violencia e intimidación, en cuanto que, aunque la finalidad sea eminentemente patrimonial (apoderarse mediante medio o violencia de una cosa ajena), la utilización de esos medios afecta a bienes de naturaleza obviamente personal como lo son la integridad física y psíquica de las personas”.

Este entendimiento jurisprudencial está generalizado en otros muchos precedentes. Así hemos dicho que “...*el delito de robo con violencia o intimidación en cuanto atenta a la vez al patrimonio y a la libertad de las personas, daño típico de ofensa a bienes evidentemente personales que adquiere una significación especial y que impide apreciar la continuidad delictiva, tanto entre distintos robos con violencia o intimidación, como entre robo con violencia y robo con fuerza en las cosas o hurto*” (STS 97/2010, 10 de febrero, confirmando la tesis proclamada, entre otras muchas, en las SSTS 782/1998, 5 de junio; 1677/1999, 24 de noviembre; 78/2000, 31 de enero; 1564/2002, 7 de octubre y 1572/2003, 25 de noviembre).

Argumenta el Fiscal que en la sentencia que se recurre consta que los hechos realizados por los acusados, que han sido calificados como constitutivos de delitos de robo con violencia o intimidación, fueron llevados a cabo en días y lugares distintos y contra personas diferentes, por lo que, aunque las acciones respondieran a un plan preconcebido y se cometieran por los mismos sujetos activos en un espacio temporal y geográfico muy próximo, no pueden englobarse en el concepto de unidad de acción – que requeriría una intimidación unitaria-, ni considerarse constitutivos de un delito continuado –al ser de aplicación al delito imputado la excepción prevista en el art. 74.3 del CP-. Por lo tanto, de conformidad con el criterio jurisprudencial expuesto, procedería la punición por separado de cada uno de los hechos constitutivos de los dos delitos de robo con violencia o intimidación imputados a los acusados.

Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso, con las consecuencias punitivas que se expresan en nuestra segunda sentencia.

9. GRADO DE EJECUCIÓN

9.1 CONSUMACIÓN

Sentencia N°: 353/2014

RECURSO CASACION N°:1234/2013

Fecha Sentencia: 08/05/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

-En cuanto a la disponibilidad de lo sustraído, según reiterada jurisprudencia cabe distinguir sucesivamente; a) La "contrectatio" que supone el contacto o tocamiento de la cosa; b) La "aprehensio", o aprehensión de la cosa; c) La "ablatio", que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla; y la "illatio", que significa el traslado de la "res furtiva" a un lugar que permite la disponibilidad de la misma (SSTS. 2530/2001 de 18.4.2002, 1502/2003 de 14.11). Pues bien no se consuma el robo con la mera aprehensión de la cosa (contrectatio) ni con el hecho de separarla de la posesión material del ofendido (ablatio), sino cuando el sujeto agente obtiene la disponibilidad de la cosa, siquiera sea potencialmente, aunque no se llegue a disponer de ella de manera efectiva (illatio) porque así obtiene la facultad esencial del dominio, siquiera sea durante un lapso temporal breve (SSTS. 212/2002 de 15.2, 1122/2003 de 8.9, 213/2007 de 15.3).

En el caso concreto los acusados salieron de la vivienda y huyeron en su vehículo siendo perdidos de vista hasta que poco después fueron localizados y detenidos, por lo que tuvieron plena disponibilidad del dinero, no afecta a la consumación al pertenecer a la fase de agotamiento del delito.

9.2 CONSPIRACIÓN Y TENTATIVA

Sentencia N°: 454/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10746/2014

Fecha Sentencia: 10/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

OCTAVO: El motivo séptimo por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 269 CP, en relación con el art.

242.2 CP, e indebida inaplicación de un delito de robo con intimidación en grado de tentativa inacabada.

Se señala en el motivo que la sentencia considera que la secuencia consistente en coger un vehículo en Barcelona, desplazarse hasta la localidad de Llinars, llevar cada uno de los acusados efectos e instrumentos idóneos para cometer un delito de robo con intimidación y similares a los utilizados en el anterior robo, aparcar en frente del domicilio objetivo del robo, apearse del vehículo y dirigirse a la puerta del mismo, siendo detenidos en este momento, no constituye el inicio de la ejecución, sino que tan sólo dan pie para fundamentar la conspiración, al concurrir sus dos elementos fundamentales: el "pactum scaeleris" o concierto previo entre los procesados para realizar el delito de robo en el domicilio de Jaime Saladrigas; y la resolución firme de ejecutar el hecho. El recurrente discrepa de tal interpretación entendiéndolo que los hechos probados describen un inicio de la ejecución, lo que determina que sean subsumibles en el delito de robo en grado de tentativa inacabada y debe rebajarse la pena en dos grados.

El motivo deviene improsperable.

Los arts. 17 y 18 CP, contemplan lo que doctrinalmente se ha venido llamando resoluciones manifestadas de voluntad, que tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios. Tanto respecto a los actos preparatorios como a las resoluciones manifestadas, rige la norma general de su no punición. Solo excepcionalmente se castigarían éstas últimas cuando de forma expresa los prevea la Ley (SSTS. 440/2006 de 7.4, 841/2006 de 22.9, 1145/2006 de 23.5).

En cuanto a la conspiración es una conducta delictiva de pura intención que existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas. Ya se trata de una fase del "iter criminis" anterior a la ejecución –entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas, ya se considera una especie de coautoría anticipada, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, en todo caso es incompatible con la iniciativa ejecutiva material del delito, que supondría la presencia en grado de coautores o cómplices de un delito intentado o consumado (SSTS. 556/2006 de 31.5, 872/2006 de 11.9, 77/2007 de 7.2, 689/2014 de 21.10).

La STS. 886/2007 de 2.11, destaca "los elementos que la doctrina científica y jurisprudencial ha venido estableciendo para que pueda hablarse de conspiración":

- a) ha de mediar un concierto de voluntades entre dos o más personas.
- b) orientación de todas esas voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo, cuyo castigo ha de estar previsto en la ley de forma expresa (art. 17-3 C.P.).
- c) decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, plasmada en un plan concreto y determinado.
- d) actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.
- e) viabilidad del proyecto delictivo".

Por tanto existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, pero tal infracción desaparece y se disipa como forma punible sancionable cuando el hecho concertado pasa a vías ulteriores de realización cualquiera que estas sean, ya que entonces esas ejecuciones absorben por completo los conciertos e ideaciones anteriores al ser estos puestos en marcha (SSTS 543/2003, de 20-5, 120/2009, de 9-2).

Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de "dinámica propia", no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "dependiente" de otro que podemos llamar "principal", o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "mediato" y no "inmediato", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro (STS. 1129/2002 de 18.6).

Por ello, la independencia topológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la "ejecución de un delito" y, de otro, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz"), en este caso concreto, al tratarse de delito de robo, art. 269 CP, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél.

En definitiva, la STS. 1129/2002 de 28.6, recuerda que es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. En este sentido han de considerarse actos ejecutivos aquellos que imponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalística con ella (SSTS. 357/2004 de 19.3, 1479/2012/ de 16.9).

En el caso presente podrá discutirse si nos encontramos ante un caso de conspiración o un caso de tentativa inacabada, pero lo que no resulta de recibo es que al preverse tanto en el art. 269 como en el art. 62 la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado y constituyendo la tentativa en plus de ejecución respecto de la conspiración, si la Sala de instancia califica los hechos como de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada y considera imposible la pena inferior en un grado "visto lo avanzado de la preparación del delito a punto de iniciarse la fase de ejecución cuando se frustra el plan", se pretende calificando los hechos como de tentativa inacabada la rebaja en dos grados de la pena, olvidando que la rebaja en uno o dos grados no depende de manera automática a que la tentativa sea acabada o inacabada, rebajando respectivamente uno o dos grados, sino que hay que atender a dos criterios legales: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado. Por tanto aquel criterio no es de aplicación sistemática ni mecánica, y el Tribunal sentenciador, al abordar el hecho enjuiciado, puede separarse de aquél y aplicar la degradación penológica en la extensión que considere ajustada a las pautas legalmente establecidas, pero en tal supuesto habrá de justificar su decisión consignando en la sentencia los argumentos y razones que fundamenten esa resolución restrictiva (SSTS. 592/2002 de 27.3, 280/2003 de 28.2), pero lo que no puede aceptarse, como pretende el recurrente, que por tratarse de tentativa inacabada, necesariamente debe rebajarse la pena en dos grados, pues el legislador no lo ha establecido así y no cabe, por esta vía jurisprudencial, resucitar la distinción entre tentativa y frustración, con unos efectos punitivos que ni siquiera se establecían en el Código Penal anterior, ya que en éste la tentativa (equivalente a la actualmente denominada tentativa inacabada) permitía rebajar la pena en dos grados pero no lo imponía (STS. 714/2002 de 26.4). El motivo en consecuencia se desestima.

9.3 TENTATIVA

Sentencia N°: 671/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10719/2014 P

Fecha Sentencia: 22/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Granados Pérez

SEPTIMO.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1° del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 242.1.3 del Código Penal.

Se alega que el intento de sustracción de la droga no es punible ya que Jorge Solas no la llevaba consigo y que estamos ante una tentativa inidónea.

Esta argumentación de los recurrentes sobre la tentativa inidónea aparece enfrentada a reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que es exponente la Sentencia 899/2012, de 2 de noviembre, en la que se declara que el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al artículo 52.2° del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales. Esta posición doctrinal no puede compartirse, porque el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado"). Objetivamente quiere decir, en la interpretación consolidada de esta Sala, avalada también por un destacado sector doctrinal, que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta. Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa -aún cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada- es decir aquellos en que los

medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción incardinada en la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría prácticamente a la despenalización de la tentativa, opción, expresamente rechazada por el legislador de 1995, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error del autor sobre la idoneidad de su acción. En todos los supuestos de tentativa, vistos "a posteriori", concurre algún factor ajeno a la voluntad del actor que ha impedido el resultado, es decir que ha hecho inidónea la acción, aunque objetivamente y desde una perspectiva abstracta y general, la acción era apta para producir el resultado deseado. Esta doctrina sobre la punición de la tentativa inidónea, iniciada en sentencias como las de 21 de junio de 1999 y 5 de diciembre de 2000, núm. 1866/2000, entre otras, ha sido recientemente ratificada por el Pleno de esta Sala de 25 de abril de 2012, que ha acordado que "El art 16 no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados, valorados *ex ante*, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.

En el caso que examinamos, los acusados practicaron todos los actos que eran necesarios, según el plan proyectado, para apoderarse de la importante cantidad de cocaína cuya venta iba a gestionar Jorge Solas. Se practicaron todos los actos que "objetivamente" deberían conducir al fin planeado. Si no llegó a materializarse el apoderamiento de la cocaína fue debido a que la víctima, sin seguir el plan acordado, había dejado la cocaína en el domicilio y no la llevaba en el interior de la bolsa de que era portador. pero ello no priva objetivamente de idoneidad al conjunto de la operación tal y como estaba inicialmente planeada, siendo bien evidente que la intervención penal se justifica plenamente porque los autores han decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción incardinada en la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo fueron en el caso concreto.

10. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

10.1 INDUCCIÓN

Sentencia N°: 155/2015

RECURSO CASACION N°:1589/2014

Fecha Sentencia: 16/03/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

Trabajador que contrata a terceras personas para que le den "un susto" a su empleadora, que lo despidió del trabajo de transportista por utilizar

indebidamente la tarjeta de la empresa para suministro de combustible en las gasolineras. El susto consistía en ejecutar un robo con violencia o intimidación en el garaje de la empresa. Los sujetos encargados de dar el susto le propinaron un golpe en la cabeza a la víctima y le ocasionaron una fractura de la base del cráneo con riesgo de muerte.

Según la doctrina, inductor es el que hace nacer en otro la voluntad de cometer un hecho delictivo, al ejercer un influjo psíquico sobre otra persona, que va a ser quien finalmente ejecute el hecho de manera responsable. Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala tiene establecido, siguiendo asentados criterios doctrinales, que la inducción constituye materialmente una forma de participación de singular relevancia que tiene como sustento el influjo psíquico, logrado de diversas formas posibles, que el inductor despliega sobre otras personas (autores materiales) al objeto de que ejecuten un delito concreto y en relación también con una víctima concreta, lo que la distingue de la provocación del artículo 18 C. Penal (SSTS 421/2003, de 10-4; 503/2008, de 17-7; y 1357/2009, de 30-12).

En cuanto al dolo del inductor, la doctrina ha remarcado que el dolo con que actúa el inductor es un dolo directo con respecto a la conducta delictiva cuya ejecución encomienda específicamente a un tercero. De modo que ha de apreciarse un dolo directo en lo referente a la conducta delictiva a que se incita o instiga al inducido. En cambio, sí opera de forma relevante el dolo eventual en los supuestos en que el autor material del hecho delictivo se desvía o excede de la encomienda delictiva que le hace el inductor, en cuyo caso, una vez que la incitación inductora determina causalmente el resultado y éste se encuadra también en el riesgo propio de la imputación objetiva de la inducción, habrá que ponderar si se le puede imputar subjetivamente al inductor por hallarse abarcado por un dolo eventual.

Esta es la cuestión crucial que se suscita en el supuesto que se juzga. El impugnante afirma que él solo encomendó a los autores inducidos que le dieran “un susto” a la víctima mediante el procedimiento de un robo con intimidación, pero éstos no habrían ajustado su conducta a los términos estipulados con el inductor, puesto que propinaron un golpe en la cabeza a la víctima de una forma que estuvieron a punto de matarla. La parte recurrente aduce que esta conducta se desvió de forma sustancial del encargo que se les hizo, por lo que no cabe que se le impute al inductor el exceso en que incurrieron el sujeto o los sujetos inducidos.

Así las cosas, y siendo claro que el recurrente actuó sin dolo directo con respecto a la tentativa de homicidio por la que ha sido condenado en su condición de inductor, la cuestión a dilucidar impone despejar el interrogante de si la acción homicida puede atribuírsele a título de dolo eventual.

TERCERO. Con respecto al **dolo y sus diferentes modalidades**, tiene dicho esta Sala en reiteradas sentencias que el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la

conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado lesivo.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos relevantes que el agente no tiene la seguridad de poder controlar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender y conocer que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se produzca, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado (SSTS 311/2014, de 16-4; y 759/2014, de 25-11).

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico"), ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal, pese a lo cual sigue adelante con la ejecución de su conducta.

Sin embargo, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero, ello no quiere decir que se excluya en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien debe entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo o aceptando ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el menoscabo que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo —sigue diciendo la sentencia 69/2010—, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil en la práctica procesal que, una vez que se acredita el elevado peligro concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o debilitada. A este elemento volitivo amortiguado se le asignan los nombres de “asentimiento”, “asunción”, “conformidad” y “aceptación”, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos de dolo eventual el elemento voluntativo.

Es preciso también advertir que si bien el elemento intelectual del dolo, y en concreto el conocimiento de la alta probabilidad del resultado, es el que prima en el ámbito probatorio y arrastra después consigo la constatación del debilitado elemento

volitivo del dolo eventual, ello obliga en cualquier caso a ser sumamente rigurosos a la hora de ponderar el grado de probabilidad del resultado cognoscible *ex ante*. De modo que no puede afirmarse que un resultado es altamente probable para el ciudadano medio situado en el lugar o la situación del autor cuando la probabilidad de que se produzca no sea realmente elevada, ya que es precisamente ese pronóstico probabilístico el que nos lleva a concluir que sí concurre el elemento volitivo del dolo, aunque sea bajo la modalidad atenuada o aligerada de la aceptación, de la asunción o de la conformidad con el resultado.

Una flexibilidad y laxitud excesivas a la hora de sopesar el grado de probabilidad exigible para apreciar el elemento intelectual cuestionaría la concurrencia del elemento volitivo en el caso concreto, abocando así a la calificación de doloso de un hecho realmente imprudente o atípico, al mismo tiempo que se impondría la responsabilidad objetiva o por el resultado en detrimento de la responsabilidad subjetiva y del principio de culpabilidad. Y es que una concepción excesivamente extensiva del dolo eventual y de su verificación en el ámbito procesal podría devolvernos a las anacrónicas y denostadas figuras delictivas preterintencionales y a los delitos cualificados por el resultado (STS 474/2013, de 24-5).

Por último, es importante también subrayar que tanto la doctrina como la jurisprudencia acostumbran a exigir para que concurra el dolo del inductor no solo que éste quiera instigar la resolución criminal en el autor material del delito, sino que el inductor también ha de querer que el inducido realice efectivamente el hecho punible a que le induce. Por ello, se habla de la exigencia de un doble dolo, que se pone en relación con el doble resultado que busca el inductor: el nacimiento de la resolución delictiva en el sujeto inducido o instigado y, conseguido esto, que la persona incitada y que aceptó la incitación lleve a cabo la acción delictiva.

La jurisprudencia, al tratar el dolo propio de los partícipes en general, tanto de los inductores como de los cooperadores necesarios, destaca que en la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. Sin embargo, la opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir, el de la doble referencia del dolo, el llamado "doble dolo", de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, el dolo del partícipe, como viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora. Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, el conocimiento de todas las particularidades del hecho principal, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder (258/2007, de 19-7; 503/2008, de 17-7; y 64/2014, de 11-2).

CUARTO. 1. La aplicación de los criterios del fundamento precedente al **caso concreto que ahora se juzga** impide imputar subjetivamente la tentativa de homicidio al ahora recurrente.

A tal conclusión se llega, en primer lugar, por el contenido del encargo que el acusado hizo al ejecutor o ejecutores del robo con violencia. Dice la sentencia al

respecto que, como reacción al despido, el recurrente contactó con uno o varios individuos desconocidos a quienes encargó que “*dieran un susto*” y robaran a M^a Dolores Martínez, a cuyo fin les facilitó la dirección de las oficinas de la empresa, les describió el coche en el que accedía al garaje de la finca y les indicó la situación de las oficinas, modo de acceso desde el garaje y otros datos.

El “*dar un susto*” significa en este caso generar miedo o pavor en una persona ya sea valiéndose de palabras amenazantes o de actos violentos. Al inducir el acusado a los autores a que asustaran a María Dolores perpetrando un robo, ha de inferirse que se trataba de un robo con violencia, por lo que entraba dentro de lo probable que los autores materiales de la acción ejecutaran algún acto de agresión física. Ello conllevaba también un probable resultado lesivo. Ahora bien, no constan datos objetivos en las actuaciones que permitan equiparar el “*dar un susto*” mediante un robo violento con lo que es ejecutar una acción homicida, aunque ésta quedara finalmente circunscrita a una tentativa acabada.

Aplicando ahora el concepto de dolo eventual que reseñamos supra, no puede afirmarse que el autor o los autores materiales hubieran sido incitados o instigados por el acusado a que ejecutaran una acción homicida, ya que ésta poco tiene que ver con dar un susto mediante un robo con violencia o intimidación. Para inferir que se trataba de un resultado probable y que el acusado lo asumió o aceptó tendrían que constatarse una serie de datos complementarios que permitieran incluir dentro del concepto de “*susto*” una acción homicida.

Sin embargo, aquí se ignora en qué condiciones hizo el encargo el acusado; de modo que no se conocen las características del sujeto o sujetos a los que se encomendó la acción conminatoria o represora. Desconocemos, pues, si eran personas peligrosas por sus antecedentes personales, profesionales o incluso delictivos. Igualmente se ignora si iban provistos de instrumentos de suma capacidad lesiva, pues ni siquiera se conoce el instrumento del delito con el que golpearon a la víctima en la cabeza. Lo cierto es que le dieron un solo golpe para que perdiera el sentido y fue de tal intensidad y consistencia que le produjeron una fractura de cráneo, pero los médicos forenses no pudieron especificar nada sobre el instrumento del delito. Tanto es así que en la condena por el delito de robo se excluyó la aplicación del subtipo agravado de uso de instrumento peligroso.

Así las cosas, se está ante una acción agresora que, cuando menos en lo que se refiere al resultado lesivo, va mucho más allá de lo que ha de entenderse por “*dar un susto*” a una persona. Debe hablarse, por tanto, de un salto cualitativo entre la magnitud del encargo que les hizo el acusado y la acción que realmente acabaron realizando. Pues, aunque la conducta de los autores materiales de la acción consistió en una agresión física, el grado de intensidad y la dimensión del resultado lesivo ocasionado nos llevan a estimar que concurre una desviación cualitativa entre lo encomendado y lo ejecutado, desviación que afecta tanto al aspecto naturalístico u ontológico de la acción incitada como al ámbito normativo correspondiente a la subsunción en el precepto penal.

Consiguientemente, se considera que, a tenor de las circunstancias que constan en el “*factum*” de la sentencia recurrida, la acción homicida no se hallaba comprendida o abarcada por el dolo eventual del recurrente, ya que no figuran en la sentencia datos

indicativos de que el mandato o encomienda del inductor conllevara una instigación a ejecutar una conducta que probablemente derivara en un resultado homicida. Y es que si bien no puede cuestionarse que la agresión homicida derivó causalmente de la inducción del acusado, y que dada la forma de actuar los ejecutores se trató de una instigación que acabó generando un riesgo ilícito insertable en el tipo penal del homicidio, lo cierto es que no puede acogerse como probado que ese riesgo tan grave fuera conocido y asumido por el acusado, ya que *ex ante* no se le presentaba como probable que la encomienda que hizo albergara un peligro concreto para la vida de la víctima.

2. Las conclusiones precedentes quedan refrendadas por la propia sentencia de esta Sala en que se fundamenta la condena dictada en la instancia.

En efecto, la Audiencia cita para apoyar la imputación objetiva y subjetiva de la tentativa de homicidio al impugnante la sentencia 1502/2004, de 27 de diciembre. En ella se juzgó un supuesto fáctico muy similar al presente, de ahí que la Audiencia acudiera a esa resolución. Se centraba en que un sujeto instigó a los autores materiales y directos para que dieran un susto a la víctima y le echaran ácido en sus genitales. Para ello agarraron al hombre en el garaje de su casa, ya de noche, y lo tumbaron en el suelo. Después lo sujetaron fuertemente con cintas adhesivas en las piernas, las manos y la boca, quedando totalmente inmovilizado y perdiendo el conocimiento la víctima, que tenía 79 años de edad. Y tras registrar las dependencias y armarios de la vivienda en busca de dinero o algún objeto de singular valor se ausentaron del lugar. Sin embargo, la víctima acabó falleciendo debido a que se asfixió al tragarse la dentadura cuando se encontraba inmovilizado por la cinta adhesiva.

En la sentencia se condena a los autores materiales y al inductor (al margen de por una detención ilegal por la inmovilización de la víctima) por un homicidio imprudente, argumentando esta Sala que el inductor determinó al autor material a la ejecución de un hecho que consistía en dar un susto y echar ácido a la víctima en sus genitales debió prever el resultado de su instigación, por lo que no cabe hablar siquiera de exceso en la inducción en la causación del delito de detención ilegal.

No se estimó, pues, que el hecho de darle “un susto” a la víctima pudiera generar un riesgo de causarle una muerte dolosa, a pesar de que tenían que sujetarla con cinta adhesiva y se trataba de una persona de 79 años de edad. Y la condena que recayó fue por una pena de dos años de prisión por la muerte del agredido. Y si bien el homicidio imprudente fue la calificación común para las conductas de los autores materiales y para el inductor, resulta necesario advertir que la Sala nunca ponderó que la conducta inductora del recurrente presentara las connotaciones de una acción homicida dolosa eventual, a pesar de la edad de la víctima y de taponarle la boca con una cinta adhesiva, por lo que ha de entenderse que las circunstancias en que se hizo el encargo (“dar un susto”) acabó repercutiendo en la calificación jurídica de todas las conductas delictivas que intervinieron en los hechos.

QUINTO. Lo argumentado en los fundamentos precedentes nos lleva a concluir que no concurren en la conducta del ahora recurrente **los elementos propios de la inducción** a una acción homicida, ya que la instigación del acusado con respecto a “dar un susto” a la víctima mediante la perpetración de un robo con violencia o intimidación no presentaba *ex ante* para el inductor un riesgo de muerte. Y ello porque, aun siendo cierto que a tenor del desarrollo de los acontecimientos sí existía ese riesgo,

toda vez que se dio el nexo causal y la relación de riesgo propia de la imputación objetiva entre la incitación y el peligro para la vida de la víctima, no consta probado, sin embargo, que el recurrente conociera las circunstancias objetivas de ese riesgo ni que fuera probable que su instigación generara un peligro concreto para la vida de la denunciante. Por todo lo cual, ha de excluirse en el inductor el dolo correspondiente a la imputación subjetiva de la tentativa de homicidio, exclusión que impide su responsabilidad penal en el exceso o desviación en que incurrieron el autor o los autores de la agresión.

Por el contrario, no puede decirse lo mismo con respecto al dolo eventual referente a un delito de lesiones en la modalidad prevista en el art. 147 del C. Penal, puesto que al acusado tenía que presentársele como muy probable que la acción de “dar un susto” mediante un robo con violencia o intimidación albergaba un riesgo elevado de que se le causara alguna lesión a la víctima de una entidad subsumible en el referido típico básico. Por lo cual, sí se aprecia el dolo eventual en lo que atañe a ese tipo de lesiones. Sin que sea preciso entrar a examinar la hipótesis, no planteada por ninguna de las partes, de que la secuela consistente en la pérdida de olfato nos pueda llevar a aplicar las lesiones hiperagravadas del art. 149 del C. Penal. Pues ello conllevaría una pena superior a la tentativa de homicidio, y en todo caso —y esto es lo importante— habría que operar en lo referente a las lesiones agravadas con los mismos criterios excluyentes de la imputación subjetiva que se han utilizado en relación con el delito de homicidio.

A la luz de lo expuesto, procede sustituir la condena del recurrente como autor de un delito de tentativa de homicidio y condenarle como autor de un delito de lesiones del art. 147 del C. Penal. Si bien, tal como se razonará en la segunda sentencia, la pena se le impondrá en la mitad superior en virtud de las circunstancias específicas que convergen en el caso.

10.2 AUTORIA MEDIATA

Sentencia N°: 1.022/2012

*RECURSO CASACION (P) N°:*10615/2012 P

Fecha Sentencia: 19/12/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Autoría. Autor mediato. Autor detrás del autor. Responsabilidad de quien organiza y planifica aunque no intervenga directamente en la ejecución.

En la sentencia se declara probado, por el contrario, que, junto con Javier Fernández, decidieron apoderarse del dinero que creían que Francisco Padín escondía en su domicilio procedente del narcotráfico y que a ese efecto decidieron buscar a la gente

adecuada, ocupándose materialmente Javier de reclutarla. También se dice en el relato fáctico que Janek y Tsvetomir realizaron vigilancias durante varias semanas sobre Francisco Padín y su familia, siguiendo las instrucciones que les llegaban a través de Javier, sin que se establezca la participación de otra persona que no sea el recurrente. Igualmente se declara probado que cuando éstos reclamaron el pago por sus servicios, Javier los remitió al recurrente, el cual, después de diversas discusiones y tras reunirse con todos ellos, entregó a los ejecutores una determinada cantidad. De ello es racionalmente deducible que el recurrente encargó a los autores materiales, a través de Javier, la ejecución de los hechos.

5. Plantea el recurrente que no puede ser considerado autor, ya que su aportación no se produjo en la fase ejecutiva, sino en la de preparación.

El Código Penal define a los autores como aquellos que realizan el hecho, pareciendo optar por la teoría objetivo formal, según la cual sería autor el que ejecuta el verbo típico en cada caso. Sin embargo, no solo se refiere a quien lo realiza por sí solo, sino también a quien lo hace conjuntamente [con otro u otros] y al que lo hace por medio de otro del que se sirve como instrumento. Reconoce así, como modalidades de la autoría, la coautoría, (conjuntamente con otros), y la autoría mediata, (por medio de otro del que se sirve como instrumento). De esta forma, el Código está reconociendo que no solo es autor quien ejecuta el verbo típico, sino que también pueden serlo otros que intervienen en el hecho delictivo sin ejecutarlo. Pues el autor mediato no lo hace en ningún caso. Y la ausencia de ejecución personal del verbo típico no impide establecer la coautoría respecto de todos los que intervienen en determinadas condiciones en la ejecución del hecho.

Desde la perspectiva de la dominante teoría del dominio del hecho, es autor quien ostenta ese dominio, y se distingue el dominio formal del autor directo, el dominio de la voluntad del autor mediato y el codominio funcional, propio de la coautoría.

Además, el Código dispone que serán considerados autores (por lo tanto, que no lo son), los cooperadores necesarios y los inductores, para los que establece la misma pena que para los autores. Identifica a los primeros como los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, y a los segundos como los que cooperan a la ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Conviene recordar que la modificación del título no supone infracción del principio acusatorio si se mantienen sustancialmente los mismos hechos en la acusación y en la sentencia, pues tal como se decía en la STS nº 1260/2001, “...*ni el comportamiento declarado probado es distinto del imputado por la acusación, ni la diferencia en la calificación jurídica de ese comportamiento supone una mayor gravedad en la autoría o la participación criminal*”.

6. En los casos en los que, además de los ejecutores directos y materiales de los hechos, existe otra, u otras personas, que organizan el hecho delictivo pero no participan directamente en la ejecución, la doctrina y la jurisprudencia han buscado fórmulas que permitan establecer con nitidez su responsabilidad por el hecho ejecutado dentro de los planes elaborados, aunque las conclusiones no sean unánimes. La cuestión admite numerosos matices, pues pueden distinguirse básicamente los casos de organizaciones delictivas fuertemente jerarquizadas, (STS nº 708/2010) incluso dotadas de un sistema efectivo de represalias para el disidente; aquellos otros en los que uno o varios asumen la dirección que es aceptada por los demás; o aquellos otros en los que el acuerdo entre los distintos intervinientes discurre por otros cauces, como ocurre cuando uno o varios

proponen a otros la ejecución de un hecho, a cambio o no de una retribución; o cuando varios, al mismo nivel, sin subordinación entre ellos, acuerdan la ejecución de un hecho.

7. Inicialmente, quien hace surgir en otro la voluntad, hasta entonces inexistente, de realizar un concreto hecho delictivo, es un inductor. Así en la STS nº 503/2008 se recordaba que esta Sala ha entendido, “...(STS nº 421/2003, de 10 de abril) que la inducción constituye materialmente una forma de participación de singular relevancia que tiene como sustento el influjo psíquico, logrado de diversas formas posibles, que el inductor despliega sobre otras personas (autores materiales) al objeto de que ejecuten un delito concreto y en relación también con una víctima concreta, lo que la distingue de la provocación del artículo 18 CP. O bien, como se afirma en la STS nº 539/2003, de 30 de abril, “la inducción es una forma de participación en un delito ajeno, que consiste en suscitar en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible”, recordando más adelante que, siguiendo la constante jurisprudencia de esta Sala, “la inducción ha de ser: a) anterior al hecho punible puesto que es su causa, b) directa, es decir, ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito también determinado, c) eficaz o con entidad suficiente para mover la voluntad del inducido a la realización del hecho perseguido, d) dolosa en el doble sentido de que conscientemente se quiere tanto inducir como que se comete el delito a que se induce y e) productora de su específico resultado porque el inducido haya, por lo menos, dado comienzo a la ejecución del delito”.

En la STS nº 1111/2005 se afirmaba que “La inducción es un supuesto de complicidad psíquica que, por su intensidad, sirve para determinar la voluntad del autor o autores materiales en la ejecución del delito inducido”, aplicando el concepto a quienes habían planificado la ejecución del hecho, aceptando el supuesto de empleo del precio como sustento de dicho influjo psíquico en la STS nº 421/2003.

Es generalmente irrelevante si el inductor obtiene beneficios, o la clase de éstos, en su caso.

8. En otras sentencias, sin embargo, (STS nº 1179/1998), esta Sala entendió que “...el «cerebro» del golpe, es decir quien planifica, organiza, prepara, dirige a distancia, gestiona el aprovechamiento del botín y se beneficia de un atraco, no es un cómplice, sino un coautor”, argumentando previamente, y refiriéndose a la imputación como cómplice, que “...esta participación de naturaleza secundaria o inferior no puede atribuirse a quien es definido en la sentencia de instancia como «el auténtico cerebro del grupo», quien no solamente planea y organiza un atraco complejo, sino que participa de modo determinante en la selección de la víctima, así como del momento y lugar para su realización, interviene de modo activo en las necesarias labores previas de preparación y vigilancia, desempeña un papel principal en el establecimiento de las conexiones necesarias para el aprovechamiento posterior del botín y, en definitiva, se integra de modo decisivo en la organización, preparación y aprovechamiento de la acción delictiva conjuntamente planeada, interviniendo de modo relevante «en la conversión en dinero de lo robado, con el consiguiente beneficio», todo ello con independencia de que se haya acreditado o no su intervención material en los actos ejecutivos que integran el núcleo del tipo”. Y de la misma forma en la STS nº 2052/2001, en la que se afirmó que en las “...aportaciones que integran la coautoría deben ser incluidos determinados actos anteriores y coetáneos que no son por sí mismos típicos pero que forman parte de la cadena causal y tienen carácter decisivo, como los de quien planea la ejecución del delito y dirige a distancia su comisión”.

De forma que, cuando el influjo psíquico no es la única participación de sujeto, sino que además desempeña ese papel principal de dirección, en la preparación y en las particularidades de la ejecución, aunque no intervenga materialmente en ésta, su participación debe calificarse como la propia de un coautor. Pues, como se decía en la STS nº 52/1993, *“La inducción viene caracterizada porque el inductor hace surgir en otra u otras personas la idea de cometer un delito, pero con toda obviada quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque de lo contrario, como dice la doctrina científica, el inductor sería verdadero autor”*.

La jurisprudencia sobre la coautoría ha señalado, además, (STS nº 708/2010, FJ 15º), que *“Cuando existen varios intervinientes, la doctrina del dominio del hecho conduce a afirmar que solo son autores los que lo ostentan. De esta forma, las aportaciones esenciales realizadas en la fase de preparación darían lugar a una cooperación necesaria, pues desde el momento de la aportación el dominio del hecho corresponde a los ejecutores directos. Serán entonces coautores, o autores con otros, quienes aporten en la fase de ejecución algo esencial, de manera que si lo retiraran, la comisión del hecho resultaría imposible”*. Igualmente, se ha dicho (STS nº 1180/2010) que *“...la **coautoría por condominio funcional del hecho** requiere, en primer lugar, según un asentado criterio doctrinal, un mutuo acuerdo encauzado a la realización conjunta del hecho delictivo, ya sea en un momento previo a la ejecución o durante el curso de ésta (elemento subjetivo). A este requisito ha de sumarse otro imprescindible de carácter objetivo: la aportación de una parte esencial en la realización del plan durante la fase ejecutiva, sin que sea preciso que los actos realizados aparezcan descritos formalmente en el tipo penal”*.

Precisándose en la STS nº 809/2010, en este mismo sentido, que *“No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todos en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho”*.

Por lo tanto, para calificar como coautor, por condominio funcional, a quien planifica es preciso que, además, controle mediante su dirección o de alguna otra forma, la misma ejecución del hecho.

9. Sin embargo, estas teorías presentan el inconveniente de equiparar al organizador con el ejecutor, sin distinguir de una forma clara y suficiente a quien, en realidad, es el máximo responsable del hecho criminal, como dominador del hecho mediante el dominio de la voluntad del ejecutor directo, aun cuando sea un dominio aceptado por el propio ejecutor. Algún sector doctrinal entiende que caben distintos niveles o intensidades en el dominio del hecho, de forma que no solo lo tendría quien lo ejecuta materialmente, sino también el planificador que organiza y ordena, aunque en la ejecución propiamente dicha permanezca en la distancia, en la medida en que de alguna forma controla a los ejecutores y a sus actos pudiendo incluso evitarlos decretando su cese.

Cuando quien planifica, organiza y prepara el hecho criminal, controla su ejecución mediante el dominio de la voluntad del ejecutor material, la doctrina ha discutido si la calificación más correcta sería la de autoría mediata. Es cierto que tradicionalmente se ha admitido solo este dominio, propio de esa clase de autoría cuando la expresión del Código Penal (se sirven como instrumento) se pueda aplicar en todo su significado literal, es decir, en los casos de autor directo incapaz de

culpabilidad, cuando actúe con error, o cuando exista coacción sobre el mismo (STS nº 44/2008), excluyendo los casos de ejecutor responsable penalmente que decide la ejecución de forma voluntaria.

Pero doctrinalmente se han admitido al menos dos supuestos distintos. El caso del llamado hombre de atrás y los supuestos de aparatos organizados de poder. En el primero, quien planifica, organiza y ordena la ejecución tiene un dominio psíquico sobre la voluntad del ejecutor material, aunque exista en la medida en la que éste mismo lo acepta, determinándose a su través la forma y el momento de llevar a cabo el hecho, de modo que el ejecutor también responde penalmente, pues mantiene intactas sus capacidades de comprender la ilicitud del hecho o de ajustar su conducta a esa comprensión. Sería aplicable a los casos de organizaciones o grupos delictivos no dotados de normas rígidas y coactivas de organización interna, y con las necesarias precisiones también a los casos de organizaciones de tipo empresarial, y permitiría distinguir, sin perjuicio de su equiparación penológica, la posición de los que organizan, planifican, preparan y ordenan, pero no intervienen directamente en la ejecución, de aquellos otros que se limitan a ejecutar, aunque libre y voluntariamente, lo que los primeros han dispuesto. Podría incluso existir, según los casos, una cierta situación de coacción, pero solo traducida de forma que al ejecutor le resulte de mayor interés aceptar lo que se le manda que oponerse a ello, sin perder su libertad de decisión.

En el caso de los aparatos organizados de poder, la autoría mediata se traduce en el dominio de la organización, caracterizada por la fungibilidad de los ejecutores. Al tiempo, al menos teóricamente, en la existencia de normas de comportamiento que incluso prevén represalias contra quien no cumpla lo que se le ordena. En alguna ocasión se ha llegado a plantear si la orden de quien domina organizaciones de esta clase supone ya el principio de la ejecución, en la medida en que sin ella no sería posible concebir su comienzo (STS nº 708/2010).

10. De todo lo expuesto se desprende que, dados los hechos probados, la condena del recurrente como autor está justificada, sea cual fuere la tesis aceptada sobre las distintas clases de autoría y los casos a los que sería de aplicación. Pues en aquellos se declara probado que el recurrente decidió junto con el coacusado Javier Fernández, apoderarse del dinero que supuestamente tendría escondido en su domicilio Francisco Padín, en su creencia, procedente del narcotráfico; decidieron asimismo contratar a las personas que ejecutarían materialmente los hechos; les dieron instrucciones y procedieron a pagar sus servicios a los mencionados, a pesar del resultado negativo del asalto. De ello se desprende la posición del recurrente como organizador del hecho criminal junto con Javier Fernández, lo que, según la doctrina que se aplique, permitiría calificar su conducta como la propia de un inductor, de un coautor o de un autor mediato, con las mismas consecuencias penológicas establecidas en la sentencia impugnada.

Sin perjuicio de que se entienda que su actuación es la característica del hombre de atrás, del autor detrás del autor, que controla de alguna forma la ejecución de los hechos, mediante un dominio psíquico de la voluntad aceptado por el dominado, pudiendo ordenar su modalidad e incluso impidiendo que se llevara a cabo. Por lo tanto, se trataría de un caso de autoría mediata.

En consecuencia, el motivo se desestima.

10.3 COAUTORIA

Sentencia N°: 423/2015

*RECURSO CASACION N°:*2386/2014

Fecha Sentencia: 26/06/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Precisa la STS 20-7-2001 que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Desde el punto de vista objetivo, la actuación conjunta se traduce en el refuerzo o disposición a intervenir en caso necesario, incluso con actos de vigilancia ante la posible presencia de terceros que por el lugar pudieran contribuir a desbaratar la acción criminal con su actuación en defensa de la víctima, una especial disposición a reforzar también la voluntad delictiva de su compañero, e incluso su responsabilidad legal por haber favorecido el resultado por omisión. Es, por otro lado, doctrina harto consagrada que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les responsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida. Cuando aparece afirmada, la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (SSTS 21-2-1990, 9-10-1992, 17-10-1995).

«En apoyo de tal conclusión puede citarse la STS núm. 1525/2002 de 26 septiembre que descartó la existencia de actos de complicidad, calificando como cooperación eficaz y trascendente, propia de la autoría, un caso en el que alguno de los acusados hubiera decidido alterar –para agravarlo– el plan explícita o implícitamente convenido inicialmente entre ellos, los otros acusados habrían tenido el deber de tratar de impedir con su conducta activa que el mismo llevase a efecto sus propósitos, sin que podamos olvidar en este orden de cosas que partimos de la ejecución de un plan diseñado por Hongsheng Zhou. De semejante tenor STS núm. 628/2000 de 11 abril, recaída en un supuesto en que existió un concierto previo para perpetrar un robo con intimidación en el curso del cual uno de los acusados decidió atentar a la libertad deambulatoria de los perjudicados, considerándose como coautoría la conducta de quien, en otro vehículo, siguió el coche en el estaban retenidas las víctimas; y la STS núm. 59/2001 de 22 enero, en un caso en que se alegaba que no existió acuerdo para llevar a cabo una detención ilegal, señaló que si bien dicho ilícito se consuma en el

momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de alejarse del lugar donde se encuentra, se trata de un delito permanente en el que cabe una participación posterior a la consumación mientras subsista la lesión del bien jurídico protegido. Por su parte, la STS núm. 1147/1995 de 20 noviembre, calificó como cooperación necesaria la actuación de quienes, empleando vehículos móviles, trasladan en ellos a los que han de ejecutar directamente los actos encaminados a la sustracción de los efectos, permaneciendo avizores en función de vigilancia y poniendo a cubierto de cualquier intervención extraña, aguardándoles en lugares estratégicos para recogerles y emprender la huida una vez que los copartícipes lleven a término el planeado atentado a la propiedad, participando, incluso, en el botín; recordando que la doctrina jurisprudencial viene ordinariamente incardinando aquel proceder en el propio del cooperador necesario, en cuanto les condiciona el desplazamiento o acceso hasta el lugar del hecho, con su actitud expectante les previene de riesgos y peligros, haciéndoles sentirse más seguros en la efectivización del hecho, facilitando su evasión y puesta a buen recaudo del botín ocupado (SSTS de 20 abril 1982, 25 mayo 1983, 26 enero 1984, 21 mayo y 13 junio 1985, 28 noviembre 1986, 12 febrero 1988, 23 febrero 1989, 4 octubre 1990 y 8 octubre 1991)».

El acusado Hua Zhang que colabora en la forma descrita anteriormente en un plan detalladamente diseñado por Hongsheng en el que se provee de armas para lograr vencer la resistencia de los perjudicados y el disfraz para no ser identificados no oponiéndose además el mismo a la utilización de esos medios y modos de ejecución.

El motivo no puede prosperar.

10.4 COAUTORIA Y COMPLICIDAD

Sentencia N°: 454/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10746/2014

Fecha Sentencia: 10/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Por último que su papel fuera a ser meramente secundaria y auxiliar, considerándose como complicidad, como hemos dicho en recientes SSTS. 425/2014 de 28.5, 115/2014 de 25.2 con cita 821/2012 de 31.10, 561/2012 de 3.7, 960/2009 de 16.10, 120/2008 de 27.2, en la cooperación la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los

bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS. 89/2006 de 22.9).

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10).

En la STS. 699/2005 de 6.6 , se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia , la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

-La complicidad - dice la STS. 1216/2002 de 28.6 -, requiere el concierto previo o por adhesión («*pactum scaeleris*»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («*consciencia scaeleris*»), el denominado «*animus adiuuandi*» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados

con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000).

En el caso presente la actuación de este recurrente uniéndose al proyectado plan de realizar el robo en una vivienda, asumiendo lo ya realizado por los otros dos acusados, y acompañándolos hasta la vivienda, llevando consigo útiles aptos para la comisión de un delito de robo con violencia, no puede considerarse como una actuación secundaria o auxiliar.

Sentencia N°: 190/2014

*RECURSO CASACION (P) N°:*10936/2013 P.

Fecha Sentencia: 12/03/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Y en lo concerniente al grado de participación, desde hace tiempo esta Sala viene observando un criterio, según el cual, en los delitos de robo los actos de vigilancia o auxilio para facilitar la huida exceden de la mera complicidad y se insertan bien en la autoría conjunta o en la cooperación necesaria, lo que es indiferente a la vista de la idéntica punición que el Código les asigna.

10.5 DESVIACIONES DEL CURSO CAUSAL

A) Doctrina de la Sala sobre las desviaciones previsibles en los supuestos de coautoría.

Sentencia N°: 124/2016

*RECURSO CASACION (P) N°:*10567/2015 P

Fecha Sentencia: 22/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

El Tribunal sentenciador, en el f.jdco. segundo, hace referencia a la teoría de las desviaciones previsibles reiteradamente aceptada por esta Sala y cuyo campo de actuación, primordialmente se presenta en delitos contra la propiedad concurriendo violencia en su actuación, como es el caso.

Según tal teoría, el previo concierto para llevar a cabo un delito de robo con violencia --que es el caso más usual-- que no excluya a priori todo riesgo para la vida o integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa muerte o lesiones a la víctima o a otra persona, aunque tal acción concreta haya sido emprendida por solo uno de los ejecutores del delito de robo, y ello con el argumento de que todo partícipe en el acto de robo en la medida que prevé la posible y razonable oposición del sujeto pasivo que va a tratar de defender su patrimonio y la reacción violenta de los asaltantes para neutralizar aquella defensa, está asumiendo, al menos vía dolo eventual, pero dolo al fin y al cabo, las consecuencias lesivas o mortales derivadas de la acción de uno de los asaltantes para neutralizar aquella defensa.

Es cierto que tal doctrina no supone *sic et simpliciter* una extensión de la responsabilidad penal de manera cuasi objetiva, sino que se ha matizado la misma en el sentido de que tales desviaciones previsibles deben estar referidas al marco habitual y por tanto previsible de las circunstancias que concurran en el hecho concreto, de suerte que, en hipótesis, no deberían considerarse desviaciones previsibles aquellas que representan un salto cualitativo --un aliud-- distinto y más grave de lo que pudiera estimarse como previsible ante la reacción de la víctima y el empleo de la violencia para neutralizarla, en cuyo caso tal acción en solitario no podría ser extendida al resto de intervinientes.

La nueva definición de la autoría, que se contiene en el art. 28 del Cpenal de 1995, que considera como tal a todos aquellos que realizan conjuntamente el hecho, implica que todos los concertados para la ejecución del fin delictivo propuesto y que colaboran a su realización con aportes relevantes de manera objetiva y causal, deben ser estimados autores aunque no realicen todos y cada uno de los actos típicos integrantes del delito.

En tal sentido, se pueden citar las SSTS 438/2008, 809/2011, 1320/2011 y 12/2014 de 9 de Diciembre, que dice que el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo, que prevé y admite de modo más o menos implícito que en el iter depredatorio puede llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, si bien la STS de 21 de Diciembre de 1995 exige que tales desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, lo que implica, como recuerdan las SSTS 596/2002 y 92/2006, que todos deben tener conocimiento de la existencia del arma concernida, independientemente de quien la porte o haya uso de ella.

En el presente caso, no hay "*casus belli*" en relación al delito de robo con violencia y uso de medio peligroso, consta en el hecho probado que ambos condenados redujeron a la víctima, y le golpearon la cara y le clavaron el punzón en la parte posterior del muslo --sin concretar quien en concreto ejecutó tal acto--. Es obvio que se está en presencia de una acción conjunta de ambos condenados siendo indiferente quien de ellos le clavase el punzón. Es claro que se está en una acción conjunta que integra todos los elementos del tipo agravado de robo con uso de instrumentos peligrosos, por lo que con independencia de cual de los dos le golpease y le clavase el punzón, el tipo penal realizado es aplicable a todos.

El problema está en la utilización de la pistola que llevaba y disparó Pablo Piquero Sánchez y que causó la muerte de la víctima.

La decisión del Tribunal de instancia fue la de considerar al recurrente autor de un delito de homicidio --no de asesinato como se declara en relación al otro condenado--, por considerar que ambos llevaban instrumentos peligrosos que utilizaron --el estilete o punzón-- con el que se podía haber causado la muerte.

Retenemos el siguiente párrafo del f.jdco. segundo in fine:

"...En el presente caso no ha quedado acreditado que Lucio Altimasveres Riberas supiera que su compañero llevaba un revólver, habiéndose probado que la fue --sic-- de carácter sorpresivo, aunque conste que uno de ellos portaba al menos un punzón o estilete que igualmente podía haber usado para causar la muerte a Vicente Manuel....Es por ello que se estima procedente condenar a este último como autor responsable de un delito de homicidio previsto y penado en el art. 138 Cpenal, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad....".

Tal planteamiento no es aceptable ni asumible la decisión que de él se deriva.

El Tribunal de instancia reconoce con toda claridad que:

- a) La pistola la llevaba Pablo Piquero.
- b) Que no consta acreditado que Lucio supiera que la llevaba.
- c) Que la utilización del arma fue sorpresiva cuando intentaba huir la víctima, y
- d) En ese escenario, pero lógicamente antes del disparo, sitúa el arrebatamiento del teléfono por parte del recurrente.

Retenemos los siguientes fragmentos del hecho probado y de la fundamentación:

Hecho Probado: *"...En un momento no precisado, mientras ocurrían los hechos Lucio....logró arrebatar a la víctima su teléfono móvil de forma violenta....".*

F.Jdco. segundo:

"...Aunque la relación casi familiar que los acusados refirieron tener.... pueda hacer presumir que el arma que portaba Pablo Piquero Sánchez era conocida por Lucio....así como puede presumirse que fuera exhibida por Pablo....para amedrentar a Vicente....lo cierto es que la prueba practicada no ha corroborado tales extremos y debe concluirse que supo del uso del instrumento intimidatorio con que se llevó al efecto el delito de robo con violencia e intimidación con uso de arma, es decir, un punzón fino de importante longitud....lo que atribuye cualidad suficiente para causar lesión grave y la muerte....".

"...No consta acreditado, sin embargo, que Lucio....supiera que su compañero portaba un arma de eficacia mortífera con la que acabó con la vida de Vicente....".

"...En el presente caso no ha quedado acreditado que Lucio....supiera que su compañero llevaba un revólver, habiéndose probado que lo fue de carácter sorpresivo, aunque conste que uno de ellos portaba al menos un punzón....".

En definitiva, verificamos en este control casacional que se reconoce que el porte del arma de fuego por parte de Pablo no era conocido por Lucio, que la utilización

de este arma fue sorpresiva y con desconocimiento para Lucio, y finalmente que fue el disparo el que le causó la muerte a la víctima. En esta situación es claro que se está ante desviaciones en modo alguno previsibles y por tanto cualitativamente diferentes de lo que podría esperarse del plan previsto de robar y en su caso vencer la lógica resistencia de la víctima, neutralizándole con los instrumentos que llevaban --el punzón o estilete--, pero aparece claro que la decisión de efectuar el disparo no puede comunicarse a Lucio, por más que éste en el momento de iniciar la huida la víctima solo le arrebatase el teléfono, lo que patentiza una exclusión de compartir, ni siquiera vía dolo eventual el *animus necandi* propio del asesinato, lo que se reconoce en la sentencia, para seguidamente, deducir tal *animus necandi*, vía homicidio, de la utilización conocida y compartida del estilete que uno de los dos le clavó a la víctima en la parte trasera del muslo izquierdo.

Procede la estimación del motivo y absolución al recurrente del delito de homicidio del que ha sido condenado, lo que se efectuará en la segunda sentencia.

Ciertamente el Tribunal de instancia excluye la calificación de asesinato para el recurrente por estimar que no se le puede imputar la responsabilidad en el disparo, pero sin embargo, le condena como autor de un delito de homicidio, con el argumento de que el punzón o estilete, sí tenía aptitud para provocar la muerte y como se utilizó en la lesión que se le causó a la víctima, estima que es autor del delito de homicidio.

Tal argumentación carece del presupuesto indispensable de que pudiera deducirse un *animus necandi* de la utilización del estilete, pero este fue clavado en la parte posterior del muslo izquierdo, no constando dato alguno de que dicha lesión pudiera tener una capacidad de provocar la muerte, lo que incide en el *animus* o intención que pudiera explicar tal acción que obviamente exterioriza un *animus laedendi*, tan claro como excluyente del *animus necandi* y excluido este, carece de todo fundamento la calificación de homicidio por el que ha sido condenado el recurrente.

En conclusión, procede la absolución del recurrente por el delito de homicidio por el que ha sido condenado.

Ahora bien, la absolución por tal delito deja al descubierto el doble ataque efectuado por el recurrente: de un lado el apoderamiento vertebrador del delito de robo, y de otro la lesión a la integridad física de la víctima que fue golpeada y a la que se le clavó el estilete o punzón que ambos llevaban, siendo irrelevante el que ejecutara tal acción, pues la utilización de ese instrumento estaba prevista en el plan delictivo como medio para neutralizar la oposición de la víctima la que, obviamente, estaba legitimada para impedir el injusto despojo que se llevaba a cabo por ambos condenados.

Con independencia de la capacidad occisiva de tal estilete, visto de forma y lugar en la que fue clavado, es obvio que se patentiza un exclusivo *animus laedendi* por parte del recurrente independiente de su responsabilidad por el robo.

Fueron dos los bienes jurídicos atacados que han dado lugar a dos delitos en concurso real y por tanto a sancionar con independencia.

Esta calificación de delito de lesiones lesiona el principio acusatorio. Ciertamente no constaba en los escritos de acusación ni del Ministerio Fiscal ni de la Acusación Particular. Ambos acusaron al recurrente como autor de un delito de robo y otro de asesinato. La sentencia de instancia, condenó al recurrente como se ha dicho, como autor de un delito de robo y otro de homicidio.

Es obvio que esta calificación, como se ha dicho, no vulnera el principio acusatorio porque incide sobre los mismos hechos narrados en el *factum*, relativos a la lesión en la parte trasera del muslo izquierdo, existe una homogeneidad delictiva, entre el delito de lesiones y el homicidio, y por otra parte la pena a imponer es menos a la que le fue impuesta en la instancia.

Es decir concurren los elementos que vertebran la teoría de la pena justificada de la que ha hecho uso esta Sala, la identidad de hechos --homogeneidad delictiva-- y el beneficio para el condenado, y ambos se respetan con la calificación de lesiones con obvia ventaja desde el aspecto punitivo --SSTS 1319/2006; 611/2008; 474/2011; 465/2013 ó 403/2014--.

Por los razonamientos expuestos, la revisión casacional de la sentencia de instancia ha llevado 1) al mantenimiento del delito de robo, 2) a la eliminación del delito de homicidio y 3) a la nueva calificación de existir un delito de lesiones del art. 148-1º del Cpenal --utilización de armas, instrumentos u objetos peligrosos--, dentro de los cuales debe situarse el punzón o estilete utilizado.

Procede la estimación parcial del motivo con el alcance expuesto.

B) Desviaciones previsibles

Sentencia N°: 141/2016

RECURSO CASACION (P) N°:10752/2015

Fecha Sentencia: 25/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

En otro orden de argumentos considera que no es de aplicación la doctrina de las desviaciones previsibles y considera que al no resultar acreditado quien fuera el autor material del disparo, y que uno de los acusados se quedó fuera en el interior del coche, no hay prueba de que el empleo del arma y su utilización fuera asumida por los intervinientes.

Dijimos en la STS 603/2015, de 6 de octubre que esta Sala ha elaborado la doctrina de los actos no previsibles, de los excesos, para no incluir en la coautoría supuestos en los que uno de los autores se aparta de lo razonablemente previsible. Ese apartamiento evidencia una falta de tipicidad subjetiva y de responsabilidad por el hecho para quien no ha podido representarse una conducta típica realizada por otro de los intervinientes en el hecho, de manera que para quien no ha podido prever ese riesgo o el resultado no existe tipicidad subjetiva, porque no existe responsabilidad por el hecho.

Para resolver la cuestión de las desviaciones en el curso de una acción conjunta hemos declarado que el acuerdo de voluntades, el condominio funcional del hecho, entre los varios intervinientes en el actuar delictivo, no precisa que sea previo y expreso, pues es posible la existencia de un acuerdo tácito y sobrevenido. La responsabilidad conjunta de los coautores se basa en que el dolo de cada uno de ellos abarca el

resultado, el menos como dolo eventual, ejecutando su parte del hecho con conocimiento del peligro concreto que genera, junto con las aportaciones de los demás.

La doctrina habla en estos supuestos de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la «totalidad» de lo hecho en común. Sin embargo, como se recuerda en la STS nº 1139/2005, de 11 de octubre, "ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores «se excede» por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan; pues, en tal caso, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca". En sentido similar la STS nº 417/1998, de 24 de marzo y la STS nº 474/2005, de 17 de marzo, entre otras. En la STS 474/2013, de 24 de mayo, dijimos que la coautoría por condominio funcional del hecho requiere, en primer lugar, según un asentado criterio doctrinal, un mutuo acuerdo encauzado a la realización conjunta del hecho delictivo, ya sea en un momento previo a la ejecución o durante el curso de esta (elemento subjetivo). Además, otro de carácter objetivo: la aportación de una parte esencial en la realización del plan durante la fase ejecutiva, sin que sea preciso que los actos realizados aparezcan descritos formalmente en el tipo penal.

La jurisprudencia de esta Sala sobre la coautoría por condominio funcional del hecho puede sintetizarse, a tenor de las resoluciones dictadas (529/2005, de 27-4; 1315/2005, de 10-11; 497/2006, de 3-V; 1032/2006, de 25-10; 434/2007, de 16-5; 258/2007, de 19-7; 120/2008, de 27-2; 16/2009, de 27-1; 989/2009, de 29-9; 1028/2009, de 14-10; 338/2010, de 16-4; 383/2010, de 5-5; 708/2010, de 14-7; 1180/2010, de 22-12; 109/2012, de 14-2; 575/2012, de 3-7; y 729/2012, de 25-9, entre otras), en los siguientes apartados:

1) La coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y, de otra, un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el elemento objetivo. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

2) La existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a esta (coautoría adhesiva o sucesiva). Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

3) No es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum sceleris" y del co-dominio funcional del hecho cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución.

4) Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta

imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando este ya se haya consumado.

5) Según la teoría del dominio del hecho, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. A este respecto, se afirma que entre los coautores se produce un vínculo de solidaridad que conlleva la imputación recíproca de las distintas contribuciones parciales; esto es, cada coautor es responsable de la totalidad del suceso y no solo de la parte asumida en la ejecución del plan conforme a un criterio de la distribución de funciones.

6) La realización conjunta del hecho solo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción. Solo pueden ser dominados los hechos que se conocen.

7) Cuando uno de los coautores "se excede" por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca. De no entenderlo así se vulneraría el principio de responsabilidad subjetiva y el de culpabilidad por el hecho. No obstante, sí responderán los coautores de las desviaciones de uno de ellos que fueran previsibles y asumidas por los restantes, de suerte que en la conducta de estos concurren los elementos propios del dolo eventual.

En el caso de nuestra casación la prueba practicada ha llevado al tribunal a declarar probado que el acusado realiza parte del hecho aceptando el plan que le había sido propuesto, y reuniéndose con los otros acusados por la mañana hasta la tarde en que se dirigieron a la casa de los perjudicados portando las armas que emplearon, una pistola y una escopeta con los cañones recortados. La llevanza de esas armas en un plan de robo con intimidación hace razonablemente previsible su utilización en la finalidad propia para la que se portan las armas, el disparo, como efectivamente acaeció.

Sentencia N°: 435/2015

RECURSO CASACION N°:2413/2014

Fecha Sentencia: 09/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco

En la STS de 14 de Julio del 2010 resolviendo el recurso 10085/2010 ya habíamos asumido esas definiciones, aplicándolas al sujeto que, en virtud de tal acuerdo realiza funciones decisivas de espera y cobertura en el exterior del inmueble en el que el coautor lleva a cabo el hecho delictivo. Relacionábamos allí la aportación causal con la denominada teoría del dominio funcional del hecho, y el acuerdo entre los coautores con el elemento subjetivo soporte de la denominada por la doctrina *imputación recíproca* de

las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Consecuentemente, explicita la STS citada 10938/2011, en cuanto al alcance del elemento subjetivo, esa imputación recíproca justifica la extensión del concepto de autor a hipótesis en las que el comportamiento del otro sujeto era suficientemente previsible.

Decíamos en la Sentencia TS 1500/2002, de 18 de septiembre, con carácter general que, "aunque admitiéramos que el «pactum sceleris» entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001).

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 se indica que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

10.6 ENCUBRIMIENTO

Sentencia N°: 459/2014

RECURSO CASACION N°:2058/2013

Fecha Sentencia: 04/06/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

1. Se entiende que no se dan en los hechos probados los elementos propios de la receptación, consistiendo aquellos en que la Sra Mira acompañó a la Sra. Ribera Círcoles a tirar al mar una bolsa con objetos, joyas sustraídas el día 19-1-2009. Falta,

por tanto el elemento consistente en el aprovechamiento para sí de los efectos provenientes del robo, con ánimo de enriquecimiento propio. Lo efectuado solo podría ir dirigido para impedir el descubrimiento del delito precedente en el que no participó la recurrente; es decir sería constitutivo de un delito de encubrimiento del art 451.2 CP. Y en este caso concurre la excusa absolutoria del art 454 CP, por encubrir a su cónyuge Enrique Fonts Bordons del delito de robo por el que ha sido condenado.

2. La sentencia de instancia en sus hechos probados proclama que las acusadas Eva M^a Ribera Ciércoles y Olga Mira Vázquez, pareja sentimental de Enrique Fonts Bordons, teniendo pleno conocimiento de los hechos, y con ánimo de lucro, procedieron a esconder las joyas sustraídas, así como otros objetos para aprovecharse de los mismos, llegando finalmente a arrojarlos en la cala de los pinos sita en Vinarós para lo cual le ayudó la acusada Olga Mira Vázquez que era a su vez conocedora de la existencia de los mismos."

Y en su fundamento de derecho sexto, señala que los requisitos del delito "concurrían en la conducta de Eva M^a y Olga tal y como se desprende de las conversaciones telefónicas mantenidas por las mismas, y que fueron leídas en el acto del juicio a petición del Ministerio Fiscal; así mismo por la declaración prestada por Eva M^a tanto ante la guardia civil como ante el juez instructor, siendo un hecho acreditado que ambas conocían la perpetración del delito de robo cometido, así lo reconoció, y que procedieron a esconder los objetos procedentes del mismo, joyas y la máquina de fotos y la grabadora, comunicando posteriormente Eva M^a a la guardia civil, donde había depositado finalmente los mismos en la cala pino de la costa de Vinarós, donde fueron localizados, lo que hizo al tener conocimiento de los avances de la investigación policial y las detenciones que se habían practicado. Por otro lado en su declaración manifestó Eva M^a que su tío le dio 1500 euros, y Juan Carlos 500 euros. Declaro Eva M^a (folios del 353 al 357 y del 673 al 674) que su cuñada Olga la llamó por teléfono y le dijo que su marido Enrique quería que el marido de la manifestante Juan Carlos se deshiciera de todos los objetos que tenían en su casa; que su marido le dijo que tenían que irse a Barcelona, que una vez allí este le dijo que metiera unas bolsas con una cámara de vídeo y una de fotos en casa de su madre, que la manifestante no le pareció bien y le dijo a su madre esos objetos se los trajera de nuevo para Vinaroz. Que una vez en Vinaroz, la manifestante preguntó a su marido Juan Carlos que hacían con los objetos, que este le respondió que ya se tenían que haber desecho de ellos, que entonces la dicente y su cuñada Olga se dirigieron a una cala próxima a su domicilio y tiraron las bolsas al mar. Que ambas vieron que en el interior de una de ellas había un saquito con monedas, y en la otra bolsa había joyas de oro, que también tiraron una con una cámara de fotos y otra con una cámara de vídeo."

3. Siendo así tiene razón, al menos en parte, la recurrente. La redacción de los hechos probados, antes transcrita obrante al f^o 26 de la sentencia, revela unos términos referentes a la coacusada Eva María Ribera Ciércoles en singular (procedió, y no procedieron), en la labor de "esconder las joyas sustraídas y otros objetos para aprovecharse de los mismos" que excluye a la ahora recurrente Olga, a la que se atribuye exclusivamente su "ayuda" para arrojarlos finalmente en la cala de los pinos", y sin efectuar referencia a que la última tuviera ánimo de lucro, o aprovechamiento, a diferencia de la primera.

Y si alguna duda cupiera, la propia sala en el fundamento de derecho sexto -f^o 60- añade que "a Eva M^a le dio su tío 1500 euros, y Juan Carlos 500 euros"; sin que se

haga mención alguna a que recibiera cantidad alguna o se le prometiera a Olga, o esta la solicitara.

Siendo así, excluido *el lucro o aprovechamiento*, debemos estar, dado el favorecimiento real producido, ayudando a ocultar los efectos del delito, ante la figura de encubrimiento del art 451.2° CP.

Y el problema se plantea sobre la concurrencia de la excusa absolutoria del art 454 CP, por encubrir la recurrente a su cónyuge Enrique Fonts Bordons del delito de robo por el que ha sido condenado.

La Sala (Cfr SSTS 23/1/1991; 1609/1993 de 25 de junio; 2214/1994 de 16 de diciembre; 57/1995 de 27 de enero; 227/1999 de 20 de febrero; 1551/2000 de 11 de octubre; 620/2001 de 14 de abril y la 851/2004, de 24 de junio; esta última referida a un caso en el que la esposa arrojó por la ventana una bolsa con heroína; y 1/6/2007, n° 460/2007) la ha apreciado en STS 26-12-86, aunque por sus conexión con los hechos hubieren resultado favorecidos otros coautores situados fuera del círculo familiar.

No obstante esta Sala en otros supuestos (Cfr STS 15-3-2002, n° 475/2002), como aquél en el que los recurrentes se alzaron contra sentencia condenatoria por delitos de homicidio consumado, homicidio en grado de tentativa, tenencia ilícita de armas y encubrimiento, resultando desestimadas todas sus alegaciones, descartó la aplicación de la exención, precisando que reiterada jurisprudencia de esta Sala (Cfr SSTS de 26 diciembre 1986, 16 mayo 1989 y 25 enero 1993), había declarado que cuando la conducta se dirige a varias personas se debe rechazar la excusa absolutoria cuando concorra una situación psicológica movida y presidida por el deseo de ayudar a todos los miembros del grupo, por encima de la vinculación familiar a uno de ellos, que es lo que realmente ocurre en el caso que se examina, toda vez que el recurrente no consta, hiciese ninguna advertencia a tal fin, sino que ayudó a ocultarse a su hermano y al extraño, sin tomar en consideración solo el vínculo y afecto familiar, que es lo que ampara la exención postulada. La inexigibilidad de otra conducta, solo puede predicarse respecto del pariente, y no respecto al que no le une tal vínculo.

4. Siendo así no procedería la condena de Olga Mira Vázquez como penalmente responsable en concepto de autora de un delito de encubrimiento del art 298.1 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena impuesta de seis meses de prisión, sino por un delito de encubrimiento del art .451.1° CP, no obstante, puesto que la pena del primero esta comprendida entre los seis meses y los dos años, y la del segundo entre los seis meses y los tres años, habiéndose impuesto la pena mínima, habiéndose de recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo (SSTS 496/99, 765/04 de 11 de junio), apareciendo justificada la pena, el motivo ha de ser desestimado.

11. CONCURSOS

11.1 ROBO Y DETENCIÓN ILEGAL

A) Doctrina general.

Sentencia N°: 863/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10924/2014 P

Fecha Sentencia: 30/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

Numerosos precedentes jurisprudenciales, entre otras la STS 385/2010 de 29 de abril, han establecido que el delito de robo absorbe la pérdida transitoria de libertad cuando se realiza durante el episodio del hecho, y está pues comprendida dentro de la normal dinámica comisiva, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo según el "modus operandi" de que se trate. Por el contrario, el delito de detención ilegal adquiere autonomía propia respecto del robo cuando la privación de libertad es gratuita e innecesaria porque se prolonga más allá de lo que sería necesario para consumar el desapoderamiento.

En el primer caso nos encontraríamos ante un concurso de normas que se solucionarían según la regla 3ª del artículo 8º del Código Penal, absorbiendo el delito de robo el de detención ilegal según la técnica de la consunción. En el segundo caso, se produciría una situación de concurso real de delitos, en cuanto la detención ilegal quedaría fuera del ámbito del robo, adquiriendo autonomía propia e independiente del delito contra el patrimonio, debiendo sancionarse por separado cada una de las infracciones. Existe, no obstante, un tercer supuesto o variante, intermedio entre los mencionados, que tiene lugar cuando la privación de libertad de la víctima del robo no está completamente desvinculada del ilícito acto depredador (supuesto primero), ni se desarrolla durante el tiempo estrictamente imprescindible del episodio central del delito contra el patrimonio (supuesto segundo), sino que, aunque no pierda su relación con la actividad depredatoria, la privación de libertad de la víctima alcanza entidad propia y es penalmente reprochable por sí misma, aunque por el contexto en que se desarrolla ha de considerarse como un medio para alcanzar el objetivo pretendido por los autores, de suerte que deberá ser contemplada como un instrumento al servicio del proyecto de apoderamiento de los bienes ajenos. Dicho en otras palabras, se trataría de un delito cometido como medio necesario para cometer el principal perseguido por los autores, por lo que estaríamos ante un concurso medial o instrumental contemplado en el art. 77 C.P. De manera más amplia, pero en igual sentido, la sentencia 1706/2002 de 9 de octubre, establece: "Existe una doctrina muy abundante en esta Sala en relación a estos casos en que, junto al robo con intimidación o violencia en las personas (art 242 CP), aparece una privación de libertad de la víctima que podría encajar en el delito del art. 163. Podemos distinguir varios supuestos distintos para examinar cómo han de resolverse los problemas que se suscitan acerca de si hay un concurso de normas a resolver conforme al art. 8 CP o un concurso de delitos, real (art.73) o ideal (art. 77) según los casos.

La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario ante un concurso de delitos.

Veamos tres supuestos diferentes:

1º- El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí ese concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del nº 3º del art. 8 C.P., porque el precepto más amplio o complejo -el mencionado robo- consume en su seno aquel otro más simple -la detención ilegal-. En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forma parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción. En este grupo habría que incluir, en principio, los casos tan frecuentes de obtención de dinero con tarjetas de crédito mediante el traslado forzado de la víctima a un cajero automático.

2º.- Otro supuesto es aquel en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, encerrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al art. 73 CP. Véase en este sentido la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2001 que excluyó dos delitos de detención ilegal porque la liberación de los dos encerrados en el búnker del supermercado se produjo transcurridos unos cuarenta y cinco minutos. Los empleados del establecimiento tardaron ese tiempo en encontrar el mando a distancia con el que abrir la puerta, circunstancia no imputable a los acusados al no ser previsible para ellos.

3º.- Por último, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos, pues la detención se produce durante el episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado periodo de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal.

Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica, hay que decir en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se vienen pronunciando en los casos de

duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las sentencias de este tribunal de 8 de octubre de 98 , 3 de marzo de 1999 , 11 de septiembre de 2000 y 25 de enero de 2002. Las tres últimas contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos". Y en la de 12 de marzo de 2004, en un caso con ciertas semejanzas al presente, se aplica el concurso de delitos, no el de normas, a un caso en el que la duración del robo y de las detenciones ilegales duró 45 minutos, porque "ni el tipo de robo ni el de detención abarcaron por sí solos al contenido del injusto".

El concurso será el previsto en el artículo 77 del Código Penal, cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo o se produzca durante la dinámica comisiva del mismo. Así en los casos de detención para despojar a la víctima de sus cosas muebles o para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable (SSTS. 1008/98 de 11 de septiembre, 1620/2001 de 25 de septiembre, 1652/2002 de 9 de octubre).

A este respecto, debe recordarse que el TS ha apreciado el concurso ideal/medial de los delitos de detención ilegal y robo en supuestos en los que la privación de libertad ha durado 15 minutos (STS 1372/2011, de 21 de diciembre); 20 minutos (STS 809/2010, de 29 de septiembre); 20 minutos (STS 372/2010, de 29 de abril); 30 minutos (STS 609/2013, de 28 de junio); 50 minutos (STS 878/2009, de 7 de septiembre); y una hora (STS 50/2004, de 30 de junio).

Expuesto lo anterior, entendemos que la actuación de los acusados excedió de la privación de libertad imprescindible para cometer el delito de robo, de manera que la intensidad cuantitativa y cualitativa del ataque a la libertad ajena, supuso un plus de antijuridicidad, que no puede quedar absorbido en tal delito, al no consumirse el desvalor de una y otra figura delictiva entre sí. Además, aun cuando la voluntad última de los asaltantes fue la de apropiarse de aquello de valor que pudieran encontrar (droga o dinero), como así hicieron, ello no excluye el dolo respecto de las detenciones ilegales. En efecto, hubo un dolo directo de primer grado respecto del delito de robo, pero también dolo directo de segundo grado (o dolo de consecuencias necesarias) respecto de cada uno de los dos delitos de detención ilegal: los asaltantes conocieron y quisieron esas privaciones de libertad ambulatoria en cuanto de inexcusable realización habida cuenta de cómo realizaron los hechos en esa perspectiva final de apoderamiento de cosas muebles ajenas (STS 875/2004 de 29 de junio de 2004).

Concretamente, y con la lógica dificultad de determinarlo con precisión en una situación como la vivida por ella, Elia dijo que la duración de los hechos excedió de media hora (dijo que más de media hora seguro). En cualquier caso a esta duración excesiva se superponen, en el presente caso, las circunstancias de maltrato físico y psicológico infligido a los dos. Joaquín sufrió lesiones como consecuencia de los golpes propinados, fue maltratado física y psicológicamente poniéndole una pistola en la boca, simulando disparar y amenazándole con grave daños propios y ajenos (violar a Elia). Esta fue maltratada psíquicamente, intimidada y amenazada con causar un grave mal a Joaquín (cortarle los dedos de la mano). Pese a decirle que "con ella no iba la cosa " y "tranquila, tranquila" eso no era un rasgo de benevolencia o compasión

pues la obligaron a ir a una habitación estando todo el rato vigilada bien por Pedro, portando la pistola, bien por Guillermo. Luego la trasladaron a otra habitación donde la taparon sin dejar de vigilarla. No se podía marchar ni podía abandonar la casa, ni podía escaparse al estar vigilada. Desde la habitación oía los gritos de Joaquín cuando le agredían repetidamente, sintiendo lógicamente temor (pánico) y angustia. Antes de marcharse, le sustrajeron su móvil, los dejaron inmovilizados atados y maniatados, de pies y manos, tirando Pedro fuerte de las bridas para evitar que Elia pudiera liberarse son facilidad, asegurándose que quedaba bien sujeta.

En conclusión, la total significación antijurídica de la conducta examinada impide considerar los hechos como constitutivos de un único delito de robo con violencia en las personas, puesto que, de hacerlo así, quedarían sin castigo hechos más graves como lo son los dos delitos que llevaron consigo la privación de la libertad deambulatoria durante el tiempo y en las penosas circunstancias que hemos expuesto y que obviamente, son merecedoras de un reproche adicional. Por consiguiente, tanto por el tiempo de la detención como por la forma y las condiciones en que tuvo lugar la privación de la libertad ambulatoria, se considera que la aplicación del concurso ideal-medial previsto en el art. 77 del C. Penal se ajusta a derecho. En efecto, no cabe la absorción de la detención ilegal por el robo violento porque hay un exceso de detención, superior a la exigible para la comisión del delito de robo, ni hay apreciación de un concurso real, dos delitos independientes.

Así pues, nos hallamos ante un supuesto de concurso ideal entre la detención ilegal y el delito de robo con violencia e intimidación y uso de armas, encontrándonos ante una verdadera unidad de acción. Que el delito de detención ilegal fuese instrumento (medio) del delito de robo con intimidación, o la privación de libertad se produjese durante la dinámica comisiva del mismo para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable, es indiferente, puesto que siempre sería, concurso ideal medial, a tenor del inciso 2º del núm. 1 del artículo 77 del Código Penal”

B) Pluralidad de sujetos pasivos

Sentencia N°: 424/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10803/2014 P

Fecha Sentencia: 22/06/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Granados Pérez

No es posible apreciar la continuidad delictiva en el delito de robo con violencia o intimidación al tratarse de uno de los que están excluidos de su aplicación por afectar a bienes eminentemente personales, como la libertad o la seguridad, siendo reiterada la jurisprudencia de esta Sala que rechaza su aplicación en tales delitos.

El Tribunal de instancia apreció que el delito de robo cometido en el domicilio de Isidro Maldonado Espinosa (primera vivienda), con uso de armas, estaba en concurso

medial con seis delitos de detención ilegal; y los hechos cometidos en el domicilio de Marcos Marcelo Romero eran constitutivos de un delito de robo con intimidación y uso de armas.

La calificación jurídica efectuada por el Tribunal de instancia que se acaba de dejar expuesta no es plenamente coincidente con la jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, en relación al concurso de un delito de robo con detención ilegal, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 177/2014, de 28 de febrero, que pueden distinguirse distintas modalidades; a saber:

1º) Cuando la detención no es el medio comisivo para la ejecución del delito de robo. En tal caso es patente que se está ante un concurso real de delitos, y por tanto cada delito mantiene su propia autonomía y sustantividad. Se trata de supuestos en los que se perpetra la detención con posterioridad a la ejecución del robo, generalmente para facilitar su impunidad; o aquellos otros en los que la detención se dilata de forma muy ostensible en el tiempo, excediendo con mucho del tiempo necesario para ejecutar el acto depredatorio; y también, claro está, cuando la privación de libertad no es medio instrumental necesario para la ejecución del delito de robo, pues el Código exige para que se dé la relación concursal medial que la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso medial aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o a la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio meramente subjetivo, y que entre por tanto en el ámbito de lo imprescindible a tenor de la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes (ver sobre este último extremo STS 590/2004, de 6 de mayo). 2º) Cuando la detención ilegal, aun operando como medio para perpetrar el delito de robo, se excede en el tiempo y en la forma de la instrumentalidad que se considera inherente para ejecutar el delito contra la propiedad, se dará un concurso de delitos ideal/medial, también llamado por la doctrina como concurso ideal impropio, aunque sometido en cuanto a su penalidad a las reglas del concurso ideal propio, entendiéndose por tal cuando un hecho constituya dos o más infracciones. Técnicamente en el concurso medial/instrumental hay dos delitos: el principal y el que facilita la comisión de este, siendo de aplicación las reglas del concurso ideal propio (art. 77 del C. Penal). 3º) Por último, cuando la privación de libertad dura el tiempo necesario e imprescindible para cometer el delito principal el desvalor de la acción de detener queda absorbido e integrado en el desvalor del acto depredatorio, dándose pues un concurso de normas, con arreglo al cual el delito de detención ilegal quedaría consumido por el de robo (art. 8.3º C. Penal). Son aquellos casos en que la detención del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de la libertad ambulatoria de la víctima queda, pues, limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada. Se trata por tanto de privaciones de libertad de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los autores del delito, sin sustantividad que las haga acreedoras a una condena punitiva complementaria a la prevista para el comportamiento depredatorio.

En el caso que examinamos en el presente recurso, dado que las privaciones de libertad de seis víctimas duró varias horas, queda evidenciado que tales privaciones de

libertad no han quedado absorbida por el comportamiento delictivo contra la propiedad. En efecto, el periodo de tiempo de privación de libertad fue claramente superior al que era necesario para el acto depredatorio por lo que no puede considerarse que la privación de libertad quede embebida por esa conducta, toda vez que la necesidad del tiempo empleado con arreglo a la mecánica comisiva no puede dejarse al criterio de los asaltantes, de modo que la forma, el grado y la minuciosidad de la expoliación no puede justificarse a costa de la libertad de las víctimas, que en este caso fueron mantenidas maniatadas durante un largo periodo de tiempo que excedía con mucho del que normalmente se hubiese necesitado para apoderarse del dinero o determinados efectos que hubiese en la casa.

Por consiguiente, tanto por el tiempo de la detención como por la forma y las condiciones en que tuvo lugar la privación de la libertad de las víctimas se considera que la aplicación del concurso ideal-medial previsto en el art. 77 del C. Penal se ajusta a derecho.

Por otra parte, como se declara en la mencionada sentencia 177/2014, de 28 de febrero, cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial (SSTS 452/2003, de 18-3; 73/2005, de 31-1; 1588/2005, de 16-12; y 372/2010, de 29-4), siempre con el límite previsto en el art 76 del C. Penal.

Y como se expresa en la Sentencia de esta Sala 1790/2000, de 22 de noviembre, al conocer de un supuesto en el que la detención ilegal afectó a dos víctimas, cuando se atenta contra la libertad deambulatoria de más de una persona la ofensa se produce a un bien personalísimo e individualizado por lo que la privación de libertad a cada víctima integra un delito distinto.

En la misma línea se pronuncia la Sentencia 73/2005, de 31 de enero, en la que se expresa que fueron dos los sujetos pasivos afectados en un bien tan individual y personalísimo como es el de la libertad, de forma que cada ataque infligido a este derecho fundamental dará lugar a tantos delitos independientes y distintos como sean las personas afectadas (S.S.T.S., entre muchas 1846/02 o 452/03). Ahora bien, teniendo en cuenta que la determinación de si un delito es o no medio necesario para cometer otro no puede situarse en un plano abstracto sino concreto, es problemático en este caso sostener que tan sólo uno de los delitos de detención ilegal está en relación de concurso medial con el de robo con intimidación, mientras que el otro está desligado de dicha relación concursal y se recuerda que en la Sentencia 452/03, en un supuesto similar, entendió que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso "*lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los seis delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial*". En cualquier caso, podrán penarse siempre separadamente si ello fuese favorable para el acusado.

Y la Sentencia de esta Sala 816/2012, de 17 de octubre, se pronuncia claramente por la existencia de un concurso medial de un delito de robo con uno solo de detención ilegal y las demás detenciones ilegales se sancionan aisladamente y con independencia

de ese concurso. Así, se expresa que resulta más acertado, en estos casos, para evitar indeseadas vulneraciones del principio “non bis in idem” y consecuencias punitivas desproporcionadas, vincular el delito de robo, con ese carácter instrumental, tan sólo con una de las detenciones, siendo sancionada la otra aislada e independientemente, sin consideración a la existencia del robo.

En el caso que examinamos en el presente recurso, en los hechos acaecidos en la primera vivienda, al ser seis las personas que fueron privadas de libertad, el Tribunal de instancia ha apreciado seis delitos de robo violento en concurso con seis delitos de detención ilegal, concurriendo la agravante de disfraz e impone por cada uno de los seis delitos en concurso, la pena de seis años de prisión.

Acorde con la jurisprudencia de esta Sala que acaba de dejarse expuesta, en los hechos acaecidos en esa primera vivienda, el concurso medial se produce entre el delito de robo y uno de los delitos de detención ilegal, los otros cinco delitos de privación de libertad se penan con independencia, por lo que se comparte con el Tribunal de instancia que el concurso medial de un delito de robo con otro de detención ilegal, en el que concurre la agravante de disfraz, puede castigarse con la pena de seis años de prisión, como se ha hecho en la sentencia recurrida, pero limitado a una de las privaciones de libertad. Lo que sucede es que al tener en cuenta la regla penológica del artículo 76 del Código Penal, resulta más beneficioso para el acusado recurrente castigar por separado los delitos de robo y detención que integran el concurso, a los efectos de determinar la pena más grave.

De ese concurso medial, al aplicarse el artículo 77 del Código Penal, la pena más grave sería la correspondiente al delito de detención ilegal, en el que ha concurrido la agravante de disfraz, lo que determina que se imponga la pena de cuatro a seis años en su mitad superior, por lo que se considera adecuada una pena de cinco años de prisión.

Habrà de tenerse en cuenta lo que se dispone en el artículo 76 del Código Penal respecto a todos los delitos por los que ha sido condenado el acusado ahora recurrente, y el triplio de la más graves de las impuestas, que es de cinco años por el delito de detención ilegal, da un resultado de quince años de prisión, que constituye el límite máximo, pena en el que quedan comprendidas todas las condenas impuesta a este acusado en la causa que enjuiciamos, y que es inferior a los dieciocho años que se señaló como límite máximo en la sentencia recurrida.

Con este alcance el motivo debe ser parcialmente estimado.

Sentencia N°: 603/2015

RECURSO CASACION (P) N°: 10108/2015 P

Fecha Sentencia: 06/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

En el concurso de normas se parte de la idea de que todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas lleva consigo una privación de la libertad deambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Cuando esa detención se realice en coincidencia temporal con el robo, sea, más o menos instantánea o de mínima duración habrá concurso de normas, del art. 8.3º C.P. (SSTS. 333/1999, de 3-3; 1117/2001, de 12-6; 532/2002, de 4-3; 1146/2002, de 17-6). También se apreciará en los casos de breve duración de la detención, aunque la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor exija una determinada prolongación temporal, por ejemplo en el traslado de agresor y víctima hasta un cajero bancario (SSTS. 1456/1998, de 27-11; 1277/1999, de 20-; 337/2004, de 12-3); o cuando el autor, una vez consumado su propósito depredador, desiste de privar de libertad a la víctima (1124/1999, de 10-7); o si se privó de libertad al ocupante de la vivienda mientras los procesados la registraban en busca de lucro, porque no excedió la detención de la precisa para cometer el robo y por ello queda absorbida por éste (SSTS. 408/2000, de 13-3; 1634/2001, de 4-11); o cuando la detención duró quince o veinte minutos (STS 372/2003, de 14-3); en todo caso, a sensu contrario, cuando la detención no excedió del tiempo necesario para el apoderamiento (STS 1323/2009, de 30-12 y AATS 1711/2006, de 20-7 y 973/2010, de 20-5).

Por el contrario, habrá concurso de delitos cuando la detención ilegal tenga entidad propia y suficiente, distinta de la necesaria para el desapoderamiento. El concurso será ideal (art. 77 C.P.) cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo y se produzca durante la dinámica comisiva del mismo, siempre que la significación ilícita de la detención tenga tal relevancia que no quepa afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último. Así se viene pronunciando esta Sala en casos de duración de la detención claramente excesiva, aunque, como dice, haya que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del de concurso de normas. También en los supuestos en los que concurra una especial intensidad de la antijuridicidad de la privación de libertad, bien por la dinámica comisiva o por la crueldad e innecesariedad. No es posible proporcionar criterios claros de naturaleza temporal para afirmar la concurrencia, si de normas o de delitos, en los supuestos de detención y robo y habrá de acudir a cada supuesto concreto. En el caso de esta casación, la detención es prolongada, entre media hora y una hora, las víctimas permanecen atadas y esa detención se prolonga más allá del necesario para el registro y robo, siendo aprovechado para sustraer el coche de las víctimas.

El concurso de delitos será real (art. 73 C.P.) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS 1334/2002, de 12-7), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (SSTS 21-11-90 y 3-5-93); o si concluido el robo los autores realizan una acción para evitar libertad a la víctima (SSTS 1890/2002, de 13-11; 622/2006, de 9-6 y 292/2007, de 16-2); o cuando la privación de libertad aparezca como un agregado sobreabundante, como un elemento

adicional a la violencia ejercida por los autores, suficiente en sí misma para cometer el robo, como ocurrió en el robo cometido con armas, en el que además se ató y amordazó a las víctimas (STS 273/2003, de 28-2); o cuando la detención excede de la necesaria para el robo (SSTS 1329/2002, de 15-7; 1705/2002, de 15-10; 1539/2005, de 22-12; 882/2009, de 21-12; 1323/2009, de 30-12 y 383/2010, de 5-5); o cuando después del robo los autores se marchan de la vivienda pero dejan encerradas a las víctimas.

En el supuesto de la casación el tribunal ha declarado concurrente un concurso ideal entre la detención de los perjudicados y el robo, y otras dos en régimen de concurso real, pues el primero permite la concurrencia de acuerdo a la necesidad, en tanto que las otras dos detenciones ya no son medio necesario para el robo con intimidación. Y destaca que la privación de libertad excedió del tiempo necesario para el robo y fue ejecutada en términos de gran dureza para los perjudicados. Los perjudicados no sólo fueron atados, sino que su duración fue excesiva, llegando a ser golpeados y la misma se extendió más allá del tiempo del robo. Por lo tanto, la duración excesiva y la crueldad de su realización hace que la detención tenga autonomía respecto al robo con intimidación. La detención, por otra parte se prolongó más allá del tiempo del robo con intimidación al comunicar a los detenidos que no avisaran a nadie hasta transcurrir 20 minutos desde su marcha.

Por último, la afectación a bienes eminentemente personales, como es la libertad deambulatoria, impide una consideración conjunta de las detenciones y su relación concurrente con el robo con intimidación bajo las reglas del concurso ideal.

Sentencia N°: 177/2014

RECURSO CASACION (P) N°:10844/2013 P

Fecha Sentencia: 28/02/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

En efecto, el periodo de tiempo de privación de libertad claramente superior a una hora no puede considerarse embebido en la acción sustractora propia del art. 242 del C. Penal, toda vez que la necesidad del tiempo empleado con arreglo a la mecánica comisiva no puede dejarse al criterio de los asaltantes, de modo que la forma, el grado y la minuciosidad de la expoliación no puede justificarse a costa de la libertad de las víctimas.

A este respecto, debe recordarse que esta Sala ha apreciado el concurso ideal/medial de los delitos de detención ilegal y robo en supuestos en los que la privación de libertad ha durado 15 minutos (STS 1372/2011, de 21-12); 20 minutos (STS 809/2010, de 29-9); 20 minutos (STS 372/2010, de 29-4); 30 minutos (STS

609/2013, de 28-6); 50 minutos (STS 878/2009, de 7-9); y una hora (STS 50/2004, de 30-6).

Y es que en tales casos, y también en otros similares, se han sopesado las circunstancias específicas de cada supuesto, atendiendo no solo al tiempo de la detención, sino también a la forma en que esta se ejecutó, al momento concreto en que se inició y finalizó, y también al grado de intensidad con que se practicó la privación de libertad. Pues esta Sala tiene establecido que deberá apreciarse un delito de detención ilegal cuando la privación de la libertad de la víctima, por su duración o por sus especiales características, presente una entidad cuyo aspecto negativo en cuanto ataque al bien jurídico protegido no queda cubierto por la sanción del delito de robo. Tal ocurrirá cuando se prolongue por más tiempo del necesario para ejecutar el apoderamiento o cuando es desproporcionada en función del delito de robo concreto cometido. En definitiva, cuando objetivamente tenga mayor entidad el ataque a la libertad que el ataque al patrimonio, aun considerando la inevitable privación de libertad que el robo conlleva (SSTS. 479/2003, de 31-3; y 12/2005, de 20-1).

Y lo cierto es que en el presente caso algunas de las víctimas fueron sujetadas de pies y manos con cinta adhesiva ya desde el inicio del atraco, según se describe en los hechos probados, y a las restantes las sujetaron con la cinta de embalar al final del atraco, antes de marcharse, con el fin de asegurar la fuga.

A lo anterior ha de sumarse que algunas de las mujeres, en concreto cinco, fueron agredidas por los acusados, resultando con las lesiones leves que se especifican en el “factum”: herida incisa con cicatriz de tres centímetros; contusión dorsal; traumatismo craneal; contusión lumbar y occipital; y contusión facial.

Por consiguiente, tanto por el tiempo de la detención como por la forma y las condiciones en que tuvo lugar la privación de la libertad ambulatoria, se considera que la aplicación del concurso ideal-medial previsto en el art. 77 del C. Penal se ajusta a derecho.

Por lo demás, la parte recurrente no cuestiona la forma en que se aplicaron las penas en la sentencia recurrida, siguiendo el criterio ya consolidado por esta Sala de que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial (SSTS 452/2003, de 18-3; 73/2005, de 31-1; 1588/2005, de 16-12; y 372/2010, de 29-4), siempre con el límite previsto en el art 76 del C. Penal. En el presente caso la Audiencia penalizó todas las detenciones de forma autónoma con el fin de favorecer a los acusados al computar el límite del triple de la pena más alta impuesta en sentencia.

C) Penalidad

C.1 Concurso medial. Aplicación de la regla del artículo 77.3 del Código Penal.

Sentencia N°: 863/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10924/2014 P

Fecha Sentencia: 30/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

TRIGESIMOSEGUNDO.- La condena de los recurrentes como autores de un delito de detención ilegal en concurso medial con otro de robo impone la obligación de constatar si la modificación efectuada en esta modalidad concursal pudiese resultar más favorable para los condenados, a los efectos de su eventual aplicación retroactiva. Para ello se ha procedido a dar traslado a las partes, a fin de ser oídas al efecto.

La reforma penal de 2015 modifica el art 77 CP introduciendo un nuevo párrafo tercero que diferencia específicamente la penalidad del concurso ideal, en sentido propio, de la que corresponde al denominado concurso medial o instrumental. Con anterioridad a la reforma ambos estaban sancionados con la misma pena, por lo que esta modificación tiene el valor positivo de que obliga a una más depurada técnica en la definición del concurso, evitando la calificación genérica de concurso ideal que en ocasiones se utilizaba de forma confusa en ambos supuestos de aplicación del art 77. Pero también establece un marco punitivo complejo que puede generar dudas relevantes en su aplicación.

La exposición de motivos no explica el fundamento de esta reforma. En realidad procede de una modificación más relevante que se intentó y no llegó a consumarse: la reforma del delito continuado. La exposición de motivos del anteproyecto de 2012 incluía una argumentación que, refiriéndose a la supuesta desaparición del delito continuado en el Derecho Comparado, justificaba la reforma de esta figura con el fin de evitar arbitrariedades en casos de reiteración delictiva, sin ocultar una voluntad endurecedora del sistema (se trataba de evitar que, en ocasiones, la reiteración delictiva no tuviese reflejo en la agravación de la pena). Para ello se limitaba la continuidad delictiva en función de criterios de cercanía espacio-temporal, y se revisaba el sistema de determinación de las penas, para asegurar que en todo caso la reiteración delictiva supusiera un incremento de pena, aprovechando para excluir la aplicación de esta figura a los delitos contra la libertad sexual.

Una certera reflexión sobre el previsible efecto contraproducente de la reforma, pues la desmesura punitiva sin alternativas puede conducir a la impunidad, determinaron la supresión de esta modificación, que se produjo en el Informe de la Ponencia en el Congreso. Sin embargo, esta supresión no llegó a alcanzar a la ruptura del régimen punitivo unitario que siempre han tenido los supuestos de concurso ideal y medial, que se justificaba en el párrafo de la exposición de motivos que desapareció con la reforma del delito continuado, como aplicación al concurso medial de la misma regla prevista para asegurar que la reiteración delictiva tuviese reflejo en la agravación de la pena. Desaparecida la reforma principal, subsiste la que constituía un efecto colateral de la nueva fórmula diseñada para la punición del delito continuado, pero carente ahora de justificación expresa en la exposición de motivos al haberse suprimido el párrafo correspondiente de ésta.

En definitiva la supresión de la reforma del delito continuado dejó como efecto colateral, sin soporte explicativo alguno, el nuevo régimen punitivo del concurso medial, que ahora consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, con aplicación de las reglas del 66 y los límites del 76.

La fórmula incluida en el artículo 77.3 CP establece que cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro “Se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada delito. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.”

DETERMINACIÓN DE LA PENA CON EL NUEVO SISTEMA PUNITIVO DEL CONCURSO MEDIAL.

TRIGESIMOTERCERO.- Como hemos señalado el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo.

El límite mínimo no se refiere a la pena “superior en grado”, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena que correspondería tomando en consideración las circunstancias concurrentes e incluso los factores de individualización punitiva, se estima que correspondería, por ejemplo, la pena de cinco años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de cinco años y un día.

El límite máximo de la pena procedente por el concurso no podrá exceder de la “suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito”. Es preciso determinar, en consecuencia, la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes. Si, por ejemplo, dicha pena fuese de cuatro años, el marco punitivo del concurso irá de cinco años y un día como pena mínima, a nueve años (cinco del delito más grave, más cuatro del segundo delito) como pena máxima.

Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art 66 CP, debiendo tomarse en consideración, como señala acertadamente la Circular 4/2015 de la FGE, que sigue este mismo sistema, que en ese momento ya no debemos tener en cuenta las “reglas dosimétricas” del artículo 66 CP, que ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo por lo que, caso de hacerlo, se incurriría en un “bis in ídem” prohibido en el artículo 67 CP. Deben tomarse en cuenta los criterios generales del art 66, pero no las reglas específicas, que ya han incrementado, por ejemplo, el límite mínimo del concurso por la apreciación de una agravante, que no puede ser aplicada dos veces.

TRIGESIMOCUARTO.- En el caso actual nos encontramos ante un concurso de una detención ilegal con un delito de robo con violencia en casa habitada, utilizando medios peligrosos, y con la concurrencia en el robo, de dos agravantes. La

pena correspondiente, en concreto, teniendo en cuenta la pena de tres años y seis meses a cinco años prevista para esta modalidad de robo en el art 242 3º, que debe aplicarse en su mitad superior por el uso de medios violentos (art 242 4º), es decir de cuatro años y tres meses a cinco años, la concurrencia de dos agravantes y la brutalidad del hecho como factor de individualización, sería la de cinco años de prisión. La pena concreta del segundo delito sería la de cuatro años de prisión, que es la que el tribunal impone por la segunda detención ilegal, penada separadamente.

En consecuencia la pena del concurso iría desde cinco años y un día a nueve años, por lo que la pena realmente impuesta (seis años de prisión para cuatro recurrentes, y cinco para uno de ellos en quien concurren dos atenuantes, además de las agravantes) sería también imponible con el nuevo código, no resultando procedente su aplicación retroactiva.

C.2 Concurso real. Aplicación de la regla del artículo 77.2 del Código Penal.

Sentencia N°: 480/2015

*RECURSO CASACION N°:*2369/2014

Fecha Sentencia: 02/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

-Ya se estime la existencia de un concurso ideal o real entre el robo con violencia y la detención ilegal, a la hora de fijar la pena debe tenerse en cuenta la regla y limitaciones del art. 77-2º Cpenal que impone la pena correspondiente al delito más grave -en este caso detención- en su mitad superior hasta el límite que represente la punición separada de ambos delitos

En el presente caso coincidimos con el Tribunal sentenciador en el sentido de que la detención que sufrió el contable Sr. Alcaine excedió, y con mucho la detención meramente instrumental y necesaria para el apoderamiento de la recaudación, excedió tanto en el tiempo --más de 15 minutos con un recorrido de varios kilómetros--, como en la intensidad: amordazado y maniatado y dejado en el interior del vehículo cuando huyeron los otros condenados.

Ahora bien, desde el reconocimiento de que los supuestos de concurso ideal y de concurso real en la práctica son fronterizos es lo cierto que en relación a la punición, ya se trate de concurso real o de concurso ideal, en el art. 77 del Cpenal se establecen unas normas muy semejantes ya que en el caso de concurso real no obstante lo prevenido en el art. 73 del Cpenal, cumplimiento simultáneo si fuese posible, y obviamente, sucesivo en otro caso --art. 75 Cpenal--, para tal supuesto hay que atenerse a la regla del art. 77-2º Cpenal según el cual "*se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de lo que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente*".

En caso de concurso medial/instrumental se fija la misma regla.

El Tribunal de instancia no ha tenido en cuenta tal limitación.

En efecto, estimando que existe un concurso real de delitos entre el robo con violencia y el delito de detención, ha impuesto al recurrente por el primer delito de robo la pena de tres años y seis meses y un día de prisión, y por el segundo delito de detención ilegal cuatro años y tres meses de prisión (concurriendo en ambos la agravante de disfraz).

En total: siete años y nueve meses y un día de prisión.

De acuerdo con la regla citada del art. 77-2º Cpenal el límite máximo estaría representado por el criterio más beneficioso para el reo de la comparación del cómputo individual por cada delito --que arroja el resultado indicado--, o el que representaría la mitad superior del delito más grave, que es el de detención ilegal ya que esta tiene previsto en el art. 163 Cpenal la pena situada entre cuatro a seis años, siendo la mitad superior de cinco años y un día a seis años, que por el concurso de la agravante de disfraz que concurre en ambos delitos, puede suponer como máximo la pena de seis años de prisión por ambos delitos claramente más beneficioso que la penalización por separado de ambos delitos.

Por este razonamiento, y no por el de la absorción, procede la estimación del motivo con la consiguiente rectificación de pena a imponer, no solo al recurrente actual, sino también al resto, lo que se acordará en la segunda sentencia.

11.2 ROBO Y TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.

Sentencia N°: 454/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10746/2014

Fecha Sentencia: 10/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Como hemos dicho en reciente STS. 97/2015 de 24.2, la doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS. 1424/2005, de 5.12, 1182/2006, de 29.11, 1323/2009 de 30.12).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del

hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

En definitiva, como recuerda la STS. 342/2013 de 17.4, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

Pues bien en el caso sometido a nuestra consideración, una y otra figura delictiva (delito de robo con intimidación y uso de armas y delito de tenencia ilícita de armas) protegen bienes jurídicos distintos, el patrimonio y la integridad física en el caso de robo, y la seguridad general de la comunidad, puesta en peligro cuando son detentadas armas de fuego con posibilidad de uso por personas que no han sido objeto de controles y comprobaciones necesarias para tener licencia que les habilite para su utilización. Ponderando el plus de antijuridicidad y de peligrosidad que comporta en la ejecución del robo violento, el legislador ha querido atribuir una sanción mas intensa cuando medie el uso de arma, lo que no impide, en el caso que nos ocupa, la comisión del otro ilícito dado que la detentación del arma no fue momentánea con respecto al coacusado López Lamas.

La jurisprudencia especifica a la hora de considerar la plena compatibilidad entre los tipos de robo con intimidación y uso de arma y el delito de tenencia ilícita de armas, considerando que ambos se rigen por las normas del concurso real de delitos, SSTs. 29.1.2001, 30.1.2001, reconocen la aplicación en relación de concurso real de ambos tipos delictivos precisamente sobre la base de los diferentes bienes jurídicos en cada uno de los casos y el ATS. 8.9.2005, dice lo siguiente: "Naturalmente, entre el delito de tenencia ilícita de armas y el robo con violencia no existe una relación de especialidad, subsidiaridad o consecución, ni ninguna otra que permita apreciar un concurso (aparente) de leyes, por lo que difícilmente el primero puede quedar absorbido por el segundo, como lo pretende el recurrente, entre ambos hay, lisa y llanamente, un concurso de delitos, como correctamente ha apreciado el tribunal de instancia".

El motivo, por lo razonado, debe ser desestimado.

11.3 ROBO Y GRUPO CRIMINAL. DOCTRINA DE LA SALA SOBRE LA DISTINCION ENTRE ORGANIZACIÓN, GRUPO CRIMINAL Y

CODELINCUENCIA. FIGURA AGRAVADA CUANDO EL GRUPO DISPONGA DE ARMAS O MEDIOS PELIGROSOS.

Sentencia N°: 454/2015

*RECURSO CASACION (P) N°:*10746/2014

Fecha Sentencia: 10/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Como hemos dicho en SSTS. 337/2014 de 16.4 y 577/2014 de 12.7, que entre las novedades, introducidas por la reforma operada en el CP por la LO.5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el T. XXII del L. II, que comprende los arts .570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica “De las organizaciones y grupos criminales”, y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente “todas las formas de criminalidad organizada”, y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la UE. en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal. Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el “Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada”, que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba , en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. E igualmente la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Por ello en la Exposición de Motivos de la referida LO. 5/2010 de 5.6, como recuerda la STS. 271/2014 de 25.3- se expone, para justificar las innovaciones relativas a los nuevos tipos penales de organización que *“Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina **grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no***

encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes".

"La estructura de las nuevas infracciones —añade la exposición de motivos de la LO 5/2010— responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas".

Asimismo en recientes sentencias 513/2014 de 24.6, 371/2014 de 7.5, la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010, contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.

El art. 570 bis define a la organización criminal como: *"La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas".*

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como *"la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".*

Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.

Por tanto el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas —lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal.

La jurisprudencia se ha preocupado de la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal, entre ellas las SSTS. 309/2013 de 1.4, 855/2013 de 11.11, 950/2013 de 5.12, 1035/2013 de 9.1.2014.

En las STS nº 855/2013 y 950/2013, se señalaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles "1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis. 2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter". Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que hacían a las

respectivas conductas acreedoras a distinta gravedad en la sanción penal. No debe realizarse, por lo tanto, una interpretación extensa del concepto de organización, ya que conduciría a incluir en el mismo supuestos más propios, por su gravedad, del concepto de grupo criminal, con el riesgo de dejar a este prácticamente vacío de contenido.

Por ello la inclusión de determinadas conductas en el grupo criminal, prescindiendo de la figura de la organización criminal, tanto en relación a los artículos 570 bis y siguientes, como, concretamente, respecto del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal, se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan. (STS. 1035/2013). Por su parte el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente (STS. 950/2013).

Por su parte la STS. 309/2013 de 1.4, incide en la necesidad de distinguir, entonces, el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por “grupo delictivo organizado” [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por “grupo estructurado” [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

DECIMO:

En el presente caso, razona la sentencia suficientemente la existencia de grupo criminal no sólo por estar integrada por cuatro personas concertadas con una mínima organización, con reparto de tareas y proyectos de llevar a cabo atracos en viviendas, sino también por contar con medios para ejecutar los hechos delictivos y por tener capacidad para contratar a personas ajenas al grupo criminal para la ejecución del proyectado asalto.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

DECIMO SEGUNDO: El motivo décimo por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 570 ter 2 b del CP, por entender que los hechos probados no constituyen la figura agravada del grupo criminal con uso de arma, al encontrarse ausentes en el relato fáctico todos los elementos del tipo penal, no quedando, por ello, justificada la exasperación punitiva que obliga a imponer la pena en su mitad superior, cuando el grupo disponga de armas o instrumentos peligrosos.

El motivo deberá ser desestimado.

Es cierto que si al grupo criminal se le exige una cierta estabilidad o jerarquía como notas características, la aplicación del art. 570 ter 2 b debe interpretarse en el sentido de requerir que el uso de las armas o instrumentos peligrosos sea parte indiscutible del modus operando y constituya un uso reiterado en los delitos que se cometan, formando parte de la infraestructura que el grupo utilice para su cometido. Interpretación ésta la más respetuosa con el sentido literal y teleológico del tipo y la más beneficiosa para el reo.

En este sentido el recurrente insiste en que en el factum se considera probado que: Manuel Ángel López Lamas (...), Pedro Sánchez Domínguez (...), Carlos López Espuny(...), y Horacio Méndez González (...), formaron al menos durante los meses de octubre y noviembre de 2011 un grupo estable cuyo fin era la comisión de robos en casa habitada, manteniendo entre ellos contacto y reuniéndose en ocasiones para hacer seguimientos de sus posibles víctimas, aparte de llevar a cabo materialmente su comisión, teniendo entre ellos una posición preponderante Manuel Ángel López Lamas, que proveía de medios materiales al grupo, esto es no se recoge que el grupo criminal utilice o disponga de armas o instrumentos peligrosos.

Afirmación ésta que no resulta asumible por cuanto en el apartado segundo del factum se considera probado que los acusados López Lamas, Pedro Sánchez y Carlos Espuny entraron en casa del Sr. Amrani portando dos pistolas, una de ella la semiautomática marca Star 9 mm, nº serie 275117^a que llevaba el primero, y en el apartado cuarto en la composición para cometer el delito de robo violento en la casa del Sr. Saladriga, al ser detenidos López Lamas, Pedro Sánchez y HOSSEIN Bentarif, se le ocupó al primero la misma pistola semiautomática.

Por ello nos encontramos ante un grupo estable cuyo fin era la comisión de delitos de robo en casa habitada y al menos en dos de ellos, uno de los acusados portaba una pistola semiautomática con conocimiento por parte de todos ellos. Siendo así si entre los integrantes del grupo existía esa relación de asociación para la comisión de delitos de robo y todos los intervinientes se aprovechaban del porte y exhibición de la pistola, la concurrencia del tipo agravado del art. 570 ter 2 b) debe ser mantenida.

En efecto la pertenencia a una organización o a un grupo constituye lo que modernamente se denomina un *delito de status* y configura un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual del grupo. Dicho de otra manera: la calidad de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de una o de otro. Por ello, no es posible tener por acreditada la participación de este acusado en el grupo. “La pertenencia a grupo u organización” es una circunstancia subjetiva y personal no extensible ni comunicable a los meros partícipes, y lo que determina, a su vez, que toda persona que pertenece a una organización (o grupo) no puede ser en ningún caso cómplice, aunque la pena que se le imponga deba ser proporcionada a su posición dentro de la organización.

11.4 ROBO Y LESIONES

Sentencia N°: 366/2014

RECURSO CASACION (P) N°:10275/2013 P

Fecha Sentencia: 12/05/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Es el propio artículo 242.1 el que establece que "el culpable del robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizara".

Así pues se hallen o no individualizadas las violencias delictivas dirigidas al apoderamiento de las cosas (lo lógico es que así sea) merecen una punición autónoma y se penarían en concurso real (art. 73 C.P.).

Sentencia N°: 958/2010

RECURSO CASACION (P) N°:10686/2010 P

Fecha Sentencia: 10/11/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Y en cuanto a la compatibilidad del art. 242.1 CP con la falta de lesiones del art. 617.1 CP, ésta se deriva de la propia redacción del primer precepto que castiga el delito

de robo con violencia “sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase”, lo que supone que el delito de robo con violencia se configura como un tipo abierto a cualquier medio violento, si bien cuando este medio, por sí mismo, integre, además, un acto de violencia física sancionable penalmente, tal acto se penará conforme al tipo que corresponda en concurso real con el delito de robo violento, al estarse en presencia de infracciones distintas y autónomas (STS. 939/2004 de 12.7).

En efecto el delito de robo del art. 242.1 CP requiere el empleo de violencia pero no exige la acusación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud e integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra el patrimonio. Por ello la violencia del art. 242.1 CP solo absorbería las vías de hecho o el maltrato de obra sin causar lesión del art. 617.2 CP pero no la acusación de lesiones del art. 617.1 CP, que no pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del robo violento.

11.5 ROBO Y USURPACIÓN DE FUNCIONES

Sentencia N°: 393/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10639/2014 P

Fecha Sentencia: 12/06/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Es evidente la razón que le asiste al Fiscal, también en este supuesto, habida cuenta de que calificar los hechos relatados como un delito de robo con violencia del apartado 3 del artículo 242, subtipo atenuado en razón a la menor entidad de la violencia ejercida, pues, al margen del uso abusivo de una falsa condición, la de funcionario policial, constitutivo por su parte de otro delito de usurpación de funciones del artículo 402 del Código Penal, la conducta de Ricardo, que no se limitó a intimidar a Mohammed con esa falsa atribución de la condición de policía, sino se produjo con zarandeos, inmovilización y puesta contra la pared, antes de arrebatarle la no pequeña cantidad de dinero que portaba, acción llevada a cabo con superioridad numérica, en modo alguno puede ser calificada como de violencia menor.

Pensemos en cualquier otro supuesto de robo en el que su autor realice sobre la víctima las mismas acciones, acompañado además de otros dos agresores, y comprenderemos fácilmente como no merecería ese supuesto ser calificado como un robo con violencia atenuado.

Sentencia N°: 898/2012

RECURSO CASACION (P) N°:10232/2012 P

Fecha Sentencia: 15/11/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

B) El recurrente extiende también su desacuerdo a lo que considera inaplicación indebida del art. 77 del CP, al estimar que los delitos de usurpación de funciones y robo con violencia se encuentran en una relación de concurso ideal.

La existencia de dos infracciones penales con sustantividad propia y con eficacia lesiva para infringir bienes jurídicos de naturaleza heterogénea, pese al elemento de integración que proporciona la unitaria dinámica comisiva que inspira ambas acciones, dificulta sobremanera el análisis y, por tanto, la conclusión acerca de si estamos en presencia de un concurso real –tesis de la sentencia recurrida- o un concurso ideal – aspiración del recurrente-.

El art. 77 del CP –con no pocas críticas doctrinales- equipara al verdadero concurso ideal una relación instrumental que tendría mejor catalogación como modalidad o subforma del concurso real. De ahí la interpretación jurisprudencial que fija el alcance de esa relación medial, señalando que para que proceda la estimación del concurso ideal no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo y real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido, de no haber realizado previamente el o los que le hubieren precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual (SSTS 147/2009, 12 de febrero, 172/1998, 14 de febrero, 326/1998, 2 de marzo, 123/2003, 3 de febrero).

La jurisprudencia de esta Sala ha destacado en distintos pronunciamientos que *“...el llamado concurso «medial» es un supuesto de pluralidad de acciones y, consecuentemente un concurso real. Se trata, sin embargo de un concurso real en el que la pena única total del hecho excepcionalmente no se rige por el principio general de la acumulación, con los límites previsto en el art. 76, sino por la regla específica que establece el art. 77.1 CP. La justificación político criminal de este sistema es altamente dudosa, dado que no se explica por qué razón cometer un delito para favorecer la comisión de otro debe ser menos punible que cometer más de un delito sin conectarlos medialmente entre ellos, supuesto en el que es aplicable el art. 73 CP. Estas razones permiten pensar que, mientras la mencionadas normas del concurso real no se modifiquen, habría que interpretar el art. 77.1 CP de tal forma que garanticen un resultado más justo en su aplicación, que la automática consideración «medial»”* (STS 1646/2002, 22 de octubre). Se trata, por tanto, de una construcción legal criticada por un importante sector doctrinal. El fundamento de esa *“...asimilación punitiva de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello*

supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción” (STS 123/2003, 3 de febrero; 474/2004, 13 de abril y 590/2004, 6 de mayo). De ahí que “...La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes” (SSTS 919/2004, 12 de julio y 147/2007, 9 de marzo).

La solución al caso concreto que es objeto de análisis ha de ofrecerse, tanto desde los criterios hermenéuticos que ofrece la jurisprudencia dictada con carácter general para perfilar los límites del concurso medial de delitos, como atendiendo a precedentes que, aun estando referidos a hechos con singularidades propias, presentan en común el haber implicado la condena por un delito de usurpación de funciones públicas del art. 402 del CP. Así, por ejemplo, la STS 1670/2002, 18 de diciembre, no apreció la existencia de concurso medial, razonando que si lo necesario es lo ineludible para el autor, es claro que la simulación de ser una autoridad oficial (art. 402) para presionar a la víctima, de 14 años, consiguiendo así tener relación sexual con la misma, no es necesaria, sino una contingencia que dependía de la voluntad del autor y de su propia planificación del delito: “...la correcta calificación del concurso debería haber sido la de concurso real, dado que no existe en el caso ninguna razón que justifique que un hecho que no es necesario materialmente para la comisión del delito se excluya la aplicación del concurso real. En efecto, el art. 77 CP se refiere a medios necesarios, es decir ineludibles por parte del autor. La simulación de una autoridad oficial, no es necesaria, sino una contingencia que dependía de la voluntad del autor y de su propia planificación del delito”.

La STS 772/2007, 4 de octubre, enjuició el supuesto de dos acusados que haciéndose pasar por policías, apoyando sus palabras con la exhibición de un documento o placa con la bandera española, sustrajeron una importante cantidad de dinero a otras dos personas. La condena de ambos como autores de dos delitos en concurso real no fue siquiera cuestionada.

A la vista de lo expuesto, la Sala no puede aceptar -como pretende el motivo- que la comisión de un delito contra el patrimonio, ejecutado con intimidación (art. 242.1 CP), exija –en términos objetivos y más allá de la estratégica conveniencia de los acusados- la paralela ofensa de otro bien jurídico ligado a la integridad y legitimidad en el ejercicio de las funciones públicas (art. 402 CP). En el presente caso, además, el delito contra el patrimonio, si bien se mira, sólo habría tenido como víctima a Ramón Ortiz, dueño de los 100 gramos de marihuana que “...éste tenía para su consumo”. Sin embargo, la usurpación de funciones públicas se proyectó, incluso de forma más directa, hacia María Luisa Rosinach, hasta el punto que fue ésta la que franqueó el acceso a la vivienda compartida, no oponiéndose a la entrada y registro de los falsos agentes, desvaneciéndose así el significado instrumental que se atribuye al primero de los delitos.

No existió la infracción legal que los recurrentes atribuyen al Tribunal *a quo*, habiendo calificado con acierto la relación entre los delitos de usurpación de funciones y robo con intimidación como la que es propia de un concurso real de delitos.

11.6 ROBO Y DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL, DETENCIÓN ILEGAL Y LESIONES

Sentencia N°: 663/2014

*RECURSO CASACION (P) N°:*10996/2013 P

Fecha Sentencia: 15/10/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Granados Pérez

Se alega que esta figura de la integridad moral es residual del delito de coacciones o detención ilegal y que se ha violado el *non bis in idem* ya que se condena dos veces por la misma causa.

Este extremo del motivo tampoco puede ser estimado.

El Tribunal de instancia motiva la aplicación de dos delitos contra la integridad moral, tipificados en el artículo 173.1 del Código Penal, señalando que los actos de intimidación, menosprecio y amenazas en general que acompañaron a la privación de libertad, de forma continuada y planificada con el fin de vencer rápidamente su voluntad, constituyen acciones complementarias e innecesarias fruto del ensañamiento... Y esa calificación se sustenta en determinados extremos del relato fáctico en los que se expresa lo siguiente: *"propinándose golpes por todo el cuerpo manifestándoles que si no lo pagaban 300.000 euros les iban a matar. Les taparon alternativamente las cabezas con toallas y golpeaban al otro, de forma que el que estaba sin visibilidad escuchara ostensiblemente todo lo que pasaba (los golpes, las amenazas).... Al Sr. Rebenaque le metieron una pistola en la boca amenazando con matarle si no manifestaba donde habían estado la noche del domingo (en relación a la droga supuestamente sustraída) y donde se encontraba la droga. También le metieron un trapo en la boca con objeto de dificultarle la respiración y le pasaron por la cara un cuchillo de grandes dimensiones, aparentando rajarle la boca. Estas agresiones se reiteraron durante los días 22, 23 y 24 de octubre, días en que los acusados mantuvieron retenidos en contra de su voluntad en la vivienda a las dos víctimas, ocasionándoles quemaduras y cortes en los brazos y antebrazos, exigiéndoles el pago del dinero, turnándose en las agresiones Diego Andrés Murillo, Adán Rubén Alvarez, José Julio Palomino Abrante y Miguel Mauricio Vélez Vélez. Durante este tiempo no proporcionaron comida a los capturados y les racionaron el agua, con la intención de obtener información sobre el problema de la droga".*

También se declara probado lo siguiente: *"los que se habían marchado por la mañana (Adán Rubén Alvarez, Palomino Abrantes y Murillo Castaño) regresaron por la tarde con tijeras, cintas aislantes y plásticos para subir muebles, manifestando Adán Alvarez a Rangel que le iban a descuartizar y que no querían manchas el piso, continuando las agresiones y la amenazas de que pagaran y así les dejarían libres. Los acusados llegaron a forrar con plásticos la bañera y a meter en ella al Sr. Rangel manifestando que le iban a descuartizar dentro de la bañera. Al Sr. Rebenaque le desnudaron y le golpearon en la cara y en los testículos"*.

Dados los hechos que se declaran probados, la conducta del acusado ahora recurrente tiene entidad y autonomía propia para apreciar dos delitos de atentado a la integridad moral, tipificados en el artículo 173.1 del Código Penal, correctamente aplicados por el Tribunal de instancia, con separación de los otros delitos por los que también ha sido condenado.

No se puede olvidar que el artículo 177 del Código Penal dispone que si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley. Se trata de una regla concursal especial que excluye la aplicación de las normas generales del artículo 77 del Código Penal con la única excepción de que el atentado a la integridad moral esté expresamente previsto en el tipo delictivo de que se trate, supuesto en cuyo caso el conflicto se resolverá por el concurso de norma.

Pues bien, ninguna de las otras figuras delictivas apreciadas en la sentencia recurrida cubre el atentado a la integridad moral y sobre su autonomía se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Así, en la Sentencia 769/2003, de 31 de mayo se declara que el artículo 173 del Código Penal, castiga los ataques a la integridad moral de personas, llevados a cabo por medio de tratos degradantes que produzcan un menoscabo grave en la dignidad e integridad moral de la persona. Y se añade que la compatibilidad del ataque a la integridad moral e incluso las torturas con el resultado lesivo, se establece expresamente en el artículo 177 del Código Penal por lo que, su castigo como entidades delictivas independientes y con bienes jurídicos de distinta naturaleza permite, como se ha hecho por la sentencia recurrida, castigar por separado, ambos comportamientos delictivos.

En la Sentencia 331/2012, de 4 de mayo, se expresa con igual criterio señalando que no es aceptable que los tratos inhumanos recibidos en el caso de autos sean inherentes a la detención, pues es perfectamente posible que la privación de libertad dentro de un inmueble pueda producirse, respetando todos los demás derechos del acusado, menos el de la libertad. Se puede privar de libertad a una persona sin necesidad de someterle al trato que recibió.

Y en la Sentencia 629/2008, de 4 de mayo, se declara que la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas

manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP. configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP. establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

Por otra parte, la Sentencia de esta Sala 294/2003, de 16 de abril, se refiere a los requisitos o elementos que caracterizan al delito contra la integridad moral y señala los siguientes: a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo. b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico. c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima.

Y los hechos que se declaran probados en la sentencia ahora recurrida describen conductas de los acusados, entre ellos del ahora recurrente, que son especialmente denigrantes para las víctimas creándoles sentimientos de temor y de angustia con grave humillación y severos ataques a su dignidad, trato degradante que se prolongó durante el tiempo que se vieron privados de libertad.

No se ha producido, pues, la infracción legal que se denuncia.

11.7 ROBO Y ALLANAMIENTO DE MORADA

Sentencia N°: 353/2014

*RECURSO CASACION N°:*1234/2013

Fecha Sentencia: 08/05/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Por otra parte, nuestra doctrina es clara, reiterada y precisa al establecer la compatibilidad entre el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y el delito de allanamiento de morada, de suerte que en estos supuestos habrá un concurso entre uno y otro, que, si se da la relación de medio a fin exigida por el art. 77, deberá pensarse con arreglo a dicho precepto, que, justamente es lo que aparece en el caso presente (véanse SS.T.S. de 31 de marzo de 2.003 y 14 de junio de 2.000).

Por último en la STS. 666/2011 de 30.6, se precisa “que el bien jurídico protegido (intimidad de los moradores de la vivienda como reducto interno de la vida personal y lugar de desarrollo de la vida familiar con exclusión de terceros) no queda

protegido en los términos que le dispensa el art. 202 CP, con el castigo de robo con violencia e intimidación que ataca el patrimonio e indirectamente la libertad personal”.

Precisamente por ello la reforma operada por LO. 5/2010 de 22 junio en vigor desde el 23.12.2010 establece un nuevo subtipo agravado en el apartado 2 del art. 242 (“.. cuando el robo se cometa **en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias**, se impondrá la pena de tres años y seis meses a cinco años), esto es, con una penalidad, mitad superior del tipo básico –igual a la correspondiente al concurso medial de la anterior regulación entre el robo con violencia y el allanamiento de morada –art. 77.2 CP-.

11.8 ROBO Y EXTORSIÓN

Sentencia N°: 1022/2009

*RECURSO CASACION N°:*592/2009

Fecha Sentencia: 22/10/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Diego Ramos Gancedo

SEXTO.- El mismo motivo sostiene que los hechos probados no son susceptibles de integrar el delito de extorsión tipificado en el art. 243 C.P. porque no concurren los elementos que configuran esta figura delictiva: violencia o intimidación, ánimo de lucro, realización de un acto o negocio jurídico en perjuicio del patrimonio de la víctima, sea en beneficio propio o de tercero.

Según establece el "factum" cuando le fueron exigidos por los acusados y sus acompañantes las escrituras de la vivienda y la documentación de los vehículos, Antonio les dijo que las escrituras las tenía su abogado y que el vehículo de su mujer lo había vendido, por lo que no tenía documentación ni llaves. Sin embargo los acusados, al registrar los muebles, encontraron en un cajón las llaves del vehículo marca Smart con matrícula 1452-BSF, valorado en 5.500 euros, por lo que le preguntaron que dónde se encontraba el coche, y al indicarle Antonio que estaba en una casa de compra-venta de vehículos, le obligaron a llamar al citado establecimiento, "Concesionario Avilauto" de Chauchina (Granada), para decirle al responsable del mismo, que había vendido el turismo a dos personas y que éstas iban a pasar a recogerlo. Seguidamente, obligaron mediante amenazas a Antonio a subir en la parte trasera del otro turismo de su propiedad, Fiat Stilo, con matrícula 8207-DHL, valorado en 16.900 euros, montándose uno de los desconocidos detrás y siendo conducido por otro, lo llevaron hasta Granada, siendo seguidos en otro vehículo por los dos acusados; y tras dejar aparcados los vehículos en un parking cercano al Centro Comercial Neptuno, le obligaron a ir hasta la inmobiliaria "Remax", sita en la calle Neptuno, donde Antonio y los dos acusados comparecieron para redactar un contrato de compra-venta de la vivienda de Antonio; al decirles la empleada de la inmobiliaria de que ello no era posible, se marcharon, y entraron en una cafetería del Centro Comercial Neptuno, en donde Abraham confeccionó de forma manuscrita un documento que obligaron a firmar a Antonio, sin permitirle conocer su contenido, e igualmente le hicieron firmar en la parte posterior del

permiso de circulación de su vehículo Stilo matrícula 8207-DHL; también le arrebataron momentáneamente su documento nacional de identidad para realizarle varias fotocopias. Finalmente le dejaron marchar, apoderándose los acusados del vehículo Fiat Stilo de Antonio, y tras pasar por el Concesionario Avilauto de Chauchina, también se llevaron el vehículo Smart matrícula 1452-BSF así como la documentación del mismo.

De conformidad con la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala (por todas SS.T.S. de 18 de septiembre de 1.998 y 21 de octubre de 2.004), la conducta delictiva se integra por elementos de carácter subjetivo y objetivo y, dentro de estos últimos, por el contenido principal de esa conducta y los medios empleados en la mecánica comisiva para alcanzar aquél.

Así, a semejanza de tantos otros delitos contra el patrimonio, en concreto los denominados "de enriquecimiento", es necesario que la acción esté presidida por el ánimo de lucro de su autor, ánimo de provecho o de utilidad, es decir, por el deseo de obtención de un beneficio para sí mismo o para tercero.

Pero lo que constituye el núcleo mismo de la infracción es la finalidad perseguida de imponer al sujeto pasivo, contra su voluntad, la ejecución de un acto dispositivo sobre la totalidad o parte de su patrimonio, bien se trate de un simple acto informal o un negocio jurídico, de mayor complejidad y más elaborada confección ("conducta condicionada").

En cualquier caso, ese "acto" nunca podrá ser el de la mera entrega de la cosa pretendida por el autor del delito pues, en ese caso, nos hallaríamos ante un robo.

Además, es también requisito imprescindible para la existencia de la extorsión, que el acto al que se compele a la víctima pueda producir un perjuicio patrimonial para ella misma o para un tercero.

Pero no es preciso que ese perjuicio llegue a producirse, ni siquiera que llegue a ejecutarse el acto dispositivo, para considerar consumada la infracción, que alcanza esa consumación con el mero hecho de que el sujeto pasivo lleve a cabo el acto o negocio jurídico compelido. lo restante pertenecerá ya no a las fases de ejecución del ilícito sino a las de su agotamiento.

Junto a este elemento de la conducta delictiva que integra el núcleo y la finalidad esencial, como elemento instrumental para alcanzar ese objetivo, se encuentra el empleo de la violencia o intimidación ("conducta condicionante").

Alega el recurrente que, en cuanto al acto o negocio jurídico, no se llegó a efectuar la compraventa de la vivienda ni la transmisión de los vehículos, por lo que sostiene que se trataría una simple tentativa delictiva, pero ya hemos señalado que el tipo penal se consuma una vez ejercitadas la violencia o intimidación y logrado el fin perseguido, que es la realización u omisión por la víctima del acto o negocio jurídico (es decir, una acción con eficacia en el tráfico jurídico de cualquier naturaleza con significancia económica), como en el caso fueron las firmas de los documentos que se reseñan en la narración fáctica, y ello a diferencia de lo que ocurre en el robo, donde la

consumación del lucro pertenece a la propia acción típica, mientras que en la extorsión la obtención efectiva del lucro pertenece a la fase -penalmente irrelevante- del agotamiento y no a la de consumación delictiva.

Dice el recurrente que tampoco existe la violencia ni intimidación típicas, olvidando que todo el desarrollo de los hechos estuvo dominado de principio a fin por la nada sutil coerción psíquica ejercida sobre el acusado mediante la amenaza contra su madre y su hijo si no accedía a lo que los acusados le exigían.

Y alega también que no hubo ánimo de lucro ni efectivo perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo. En cuanto al "animus" con que actuaron los acusados ninguna duda cabe que fue el beneficio económico, conclusión plena de racionalidad y lógica a la que llega el Tribunal de instancia. Y, desde luego, debe insistirse en que la consumación del delito no exige que el perjuicio de la víctima llegue a materializarse efectivamente, pues -repítase- la infracción se consume con el simple hecho de que la víctima realice la acción o acto jurídico a que se le compete, correspondiendo las consecuencias de aquéllos a la fase de agotamiento del delito.

11.9 ROBO Y REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO.

Sentencia N°: 817/2009

RECURSO CASACION (P) N°:10382/2009 P

Fecha Sentencia: 29/06/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Delito de realización arbitraria del propio derecho: requisitos.
*** La diferencia con el delito de extorsión reside que, en éste, se requiere ánimo de lucro, elemento ausente en aquél.**

Como declaran las SSTS 1243/2003 y 501/2004, el delito de realización del propio derecho... ha sido modificado por el Código Penal de 1995, que ha extendido esta figura delictiva a la realización de *cualquier derecho*, suprimiendo la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y se admite que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas.

La jurisprudencia de esta Sala, ha analizado los requisitos de ésta figura delictiva:

a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito lícito, vencido y exigible (SS. de 30-5, 20-9 y 25-11-1985), y si la deuda no fuese exigible se concreta en robo (STS 3.2.1981). Con la nueva redacción dada al tipo de realización arbitraria del propio derecho en el art. 455 del CP de 1995, cabe aplicar éste respecto de derechos no crediticios u obligacionales,

como los derechos reales. Tampoco se exige rigurosamente que ese derecho propio tenga que encontrarse absolutamente liquidado, en cuanto a su cuantificación, pues basta con que se tenga un derecho propio, y para realizarlo se acuda a vías no legales. Es evidente que el vencimiento y exigibilidad se predica más bien de los créditos obligacionales, y vemos que ahora no es exactamente necesario. Y de otro lado, sería absurdo hacer depender tal consideración de la previa existencia y determinación en sentencia judicial, pues ésta ya supone haber acudido a los cauces legales. De modo que este “derecho propio” que exige el tipo, ha de ponerse en relación con su misma existencia jurídica, antes de ser reclamado, y la creencia errónea del mismo podría hacer entrar en juego la teoría del error.

b) En cuanto a la dinámica, en relación al tipo del art. 337 del CP de 1973, se admitió por la jurisprudencia, que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes (SSTS 14-11-1984, 15-3-1988, y 24-4-1992), pero se estimaban constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado (STS 3-2-1981). Con la nueva redacción, si se trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales, se acudirá a vías no legales, y ya no es necesaria la apropiación de bienes concretos. Ha habido sentencias que exigían el requerimiento previo directo y personal al presunto deudor (SSTS 12-2-1990 y 21-3-1991). Hoy, sin embargo, la dinámica comisiva requiere emplear violencia, intimidación o fuerza en las cosas, no exigiéndose para su consumación la efectiva realización del derecho que se considera lesionado por el agente.

c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia (SS. 3-2-8191 y 26-2-1982) ha entendido que no se exige ánimo de lucro, lo que marca la diferencia con el robo (y con la extorsión). La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el art. 455 del CP de 1995, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto.

Pues bien, este elemento básico en el delito tipificado en el art. 337 del CP de 1973 y del art. 455 del CP de 1995, requiere la existencia de una deuda –genéricamente considerada– a favor del acusado, como dice la reciente STS 650/2008, de 23 de octubre.

Esto es lo que ocurre también en el caso de autos, pues el derecho de Ming Hong Wei a percibir una indemnización por el accidente padecido está fuera de toda duda, y sin que, en consecuencia, pueda entenderse que su actuar fuera guiado por ánimo de lucro, más allá de contornos particulares del ejercicio de su acción, lo que aquí, naturalmente, no puede cuestionarse ni precisarse. Pero este requisito impide tener por existente el postulado delito de extorsión, que requiere indudablemente este elemento, como pone de manifiesto, entre otras, con toda claridad la STS 1174/2004, de 21 octubre.

Cierto es que los tipos penales definidos en el art. 455 y en el 243 del Código penal, no han sido deslindados siempre con demasiada nitidez en la jurisprudencia de esta Sala, pero el elemento del ánimo de lucro y el principio de especialidad, han de ser elementos esenciales en esta tarea.

Por consiguiente, teniendo en consideración la literalidad de los hechos probados, que señalan que “en todas las ocasiones en las que le exigieron el cobro de la indemnización, ambos acusados le manifestaron que si no pagaba *le matarían a él y a su familia, y le pondrían una bomba en su negocio*”, y correlativamente que no consta el ánimo de lucro en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, han de ser desestimados, ambos reproches casacionales.

11.10 ROBO Y AMENAZAS

Sentencia N°: 650/2008

RECURSO CASACION N°:1587/2007

Fecha Sentencia: 23/10/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En este extremo la doctrina tradicional de esta Sala, distinguió el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, en el que la intimidación consiste en amenazas, del delito de amenazas condicionales lucrativas conminan con el mal para un futuro más o menos próximo pero no inmediato. No obstante la jurisprudencia (SSTS. 25.10.91 y 17.5.91), ya matizó tal distinción señalando que han de diferenciarse dos momentos: uno, el de la entrega del objeto, y otro, aquel en que se ha de producir el mal con que se amenaza.

Para que haya un delito de robo con intimidación lo decisivo en ese primer momento, pues es preciso que la amenaza se haga para la entrega inmediata de la cosa. Sería delito de amenazas si la finalidad del acto fuera la entrega de esa cosa en el futuro, y no es obstáculo para el delito de robo el que la amenaza lo sea de un mal a realizar en un momento posterior (SSTS. 27.10.82, 27.6.85 y 16.1.91).

Por ello, ha de entenderse que para esta clase de robo vale tanto la amenaza de un mal presente (o coacción) como la amenaza de un mal futuro, con tal de que lo que se pretenda conseguir sea la entrega inmediata de la cosa mueble. En estos casos las amenazas, por regla general, quedan absorbidas por el mayor desvalor del otro delito (concurso de normas, art. 8.3 CP.) al constituir la amenaza un elemento adicional para la concurrencia de un tipo delictivo concreto, como es el caso del delito de robo (STS. 673/2007 de 19.7).

En el caso analizado en el factum se recoge que “ *Oscar Navarro Vidaña junto con el también acusado Carlos González Vera, ..., tras amenazar a Marc Castellvi con quemarle la furgoneta de su propiedad , le exigieron la entrega de 25000 pesetas , dinero con el que se dieron a la fuga y que no ha sido recuperado*”.

De dicho relato se desprende que la exigencia del dinero y la entrega del mismo por parte de la víctima fue casi inmediata, por cuanto la expresión “dinero con el que se

dieron a la fuga” permite sostener la permanencia de los acusados en el lugar hasta que el dinero le fue entregado, lo que permitiría la subsunción en el robo con intimidación.

12 . CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

12..1 .DISFRAZ

Sentencia N°: 141/2016

RECURSO CASACION (P) N°:10752/2015

Fecha Sentencia : 25/02/2016

La agravación de disfraz del art. 22.2 del Código penal es una circunstancia de agravación de la conducta que requiere un requisito objetivo, consistente en la utilización de un medio para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, aunque no requiere un éxito en la desfiguración, ni que fuera perfecto; un requisito subjetivo, consistente en el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o de evitar la identificación con el ánimo de alcanzar la impunidad y eludir las responsabilidades; por último, un requisito cronológico, consistente en que ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de virtualidad agravatoria si se emplea con posterioridad. Es una circunstancia de agravación caracterizada por su componente objetivo, extendiendo sus efectos a los partícipes que hayan conocido cuando es un medio para la ejecución del delito comúnmente planeado, como es el supuesto del relato fáctico que refiere el planteamiento conjunto y el empleo de pasamontañas de los que accedieron a la vivienda.

La falta de respeto al relato fáctico hace que el motivo sea desestimado.

Sentencia N°: 353/2014

RECURSO CASACION N°:1234/2013

Fecha Sentencia: 08/05/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SEPTIMO: Asimismo denuncia el apartado IV **la aplicación indebida de la agravante de disfraz** por cuanto la víctima en su primera declaración manifestó, contradiciendo todas sus declaraciones posteriores, que vió como entraban en su domicilio dos individuos y uno al verla se puso un pasamontañas lo que conlleva que ella vio a uno de los asaltantes sin disfraz alguno por lo que pudo ver su cara, si bien

durante un corto periodo de tiempo y ello es incompatible con los elementos del tipo del injusto de aplicación de la agravante de disfraz.

Impugnación inaceptable.

La jurisprudencia recuerda que son tres los requisitos para la estimación de esta agravante:

1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, aunque no sea de plena eficacia desfiguradora, sea parcialmente imperfecta o demasiado rudimentario, por lo que para apreciarlo será preciso que sea descrito en los hechos probados de la sentencia; 2) subjetivo o propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o de evitar su propia identificación para alcanzar la impunidad por su comisión y así eludir sus responsabilidades;

y 3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento (SSTS. 383/2010 de 5.5, 2113/2009 de 10.11, 179/2007 de 7.5, 144/2000 de 20.2 488/2002 de 18.3, 338/2010 de 16.4, 146/2013 de 11.2), lo consideran como un instrumento objetivamente apto para disfrazarse.

En efecto como hemos dicho STS. 144/2006 de 20.2, procederá la apreciación de la agravante «cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés» (STS 939/2004, de 12 de julio, y STS 618/2004, de 5 de mayo, citando ambas la de 17 de junio de 1999, número 1025/1999).

Por tanto no es preciso que se logre la finalidad de evitar el reconocimiento de su identidad porque, si así fuera, difícilmente se apreciaría esta consistencia al no poder ser juzgado y condenado quien se disfrazara con éxito, SSTS. 1254/98 de 20.10, 1333/98 de 4.11, 1285/99 de 15.9, 618/2004 de 5.5, 934/2004 de 12.7, 882/2009 de 21.12, que precisa que “tal circunstancia de agravación su razón de ser en el blindaje que su uso tiene para asegurar la impunidad de quien lo porta, y ello con independencia de que se consiga o no su propósito de no ser identificado, se trata de sancionar el plus de culpabilidad que su uso supone”.

En el caso presente la alegación de que la víctima pudo reconocer al recurrente antes de ponerse el pasamontañas, carece de base fáctica al no estar recogida en el hecho probado ni en la fundamentación jurídica en la que incluso se señala que la concurrencia de esta circunstancia no se ha discutido por los acusados-, por el contrario se destaca que la víctima identificó en el juicio al que llevaba el pasamontañas, por la forma del mentón, porque durante el forcejeo que mantuvo con ello, trató de quitarle la capucha y consiguió levantarla por la barbilla y verle esa parte del rostro.

DECIMO CUARTO: El motivo cuarto al amparo del art. 5.4 LOPJ, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al apreciar indebidamente la circunstancia agravante de disfraz, prevista en el art. 22.2 CP, al ser

una circunstancia de carácter eminentemente personal de quien lo utiliza e intransferible a quien no lo hace.

Como ya dijimos en el análisis del motivo C) apartado IV del recurso interpuesto por el anterior recurrente y en el que cuestionaba la concurrencia de la referida agravante, la jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que dicho supuesto agravatorio está integrado por un elemento objetivo y otro subjetivo, refiriéndose con ello, respectivamente, al uso de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona y el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad.

En los supuestos de concertación delictiva, cuando unos intervinientes usan el disfraz y otros no, la STS. 383/2010 de 5.5, cita la sentencia 838/2001 de 10.5, que hace un detallado análisis de las distintas alternativas en relación a la comunicabilidad de la agravante cuestionada; partiendo del propósito del culpable, se halla en directa relación con la "ratio" agravatoria de la circunstancia, integrada por el reproche que merece el sujeto activo que astutamente acude a argucias o artimañas, que le van a permitir el favorecimiento de la comisión del delito o el logro de la impunidad, y poniendo en relación los dos aspectos de la agravatoria, el objetivo (uso de medio, apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual) y el subjetivo (mayor facilidad de ejecución y mayor impunidad), con el art. 65 del C.Penal, podemos establecer los siguientes supuestos para el caso de que un delincuente, utilice el disfraz y otro no, como es el caso de autos:

A).- Que la utilización del disfraz forme parte del concierto criminal o proyecto delictivo. En este caso, podemos distinguir a su vez:

1) Que se utilice el disfraz para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, vistiéndose con traje de sacerdote o uniforme de policía, como mecanismos aptos para confiar, sorprender y confundir, a las posibles víctimas del delito. En este caso, debe alcanzar la agravación al que no lleva el disfraz, porque forma parte del proyecto criminal y se beneficia de su uso.

2) Que la utilización tenga por objeto ocultar la identidad, con miras a la impunidad. Este uso y finalidad será la más normal y frecuente, dentro de la sociología criminal. En este supuesto habremos de distinguir:

a) Que se beneficie el que no porta el disfraz. Por ejemplo, si queda uno de los partícipes dentro de un coche en funciones de vigilancia y presto a emprender la huida. También debe alcanzarle la agravación, pues el no identificar a un delincuente, favorece el anonimato del consorte delictivo. No lleva disfraz, pero no interviene en la materialización del delito, en contacto, con las víctimas y eventuales testigos, salvaguardando su identidad.

b) Que no se beneficie del disfraz el que no lo lleva. En este caso, si en la escena del delito, aparece uno con disfraz y otro sin él, no debe alcanzar la agravación a quien no lo lleva, si ambos tienen las mismas posibilidades de ser identificados. Cabría plantearse la hipótesis del beneficio indirecto del disfraz utilizado por otro, cuando el que está disfrazado es un conocido del lugar donde se comete el hecho, y su acompañante un forastero, En este excepcional supuesto podría alcanzarle la agravación.

3) Que tenga tanto la finalidad de facilitar la ejecución, como ocultar la identidad. En este supuesto, por el beneficio que le supondría por el primer aspecto, debería comunicarse la agravación.

B) Que el empleo de disfraz no forme parte del proyecto criminal, y el que no utiliza disfraz, ignore que se está utilizando por otro copartícipe. Sería el caso del que esperando a cierta distancia del lugar del delito, no pudo percatarse, que uno de los ejecutores sacaba del bolsillo, cualquier capucha y se la colocaba, por su iniciativa y en beneficio propio. Las agravantes, además de cumplirse en su aspecto objetivo, el sujeto, ha de tener conciencia de la concurrencia de las mismas. A nadie puede imputarse o reprocharse algo que no conoce, ni podía conocer, ni esperar que se produjera.

La STS. 207/2000 de 18.2, con cita de la sentencia 314/99 de 5.3, señala que la agravante de disfraz está integrada por un elemento objetivo (uso de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona) y otro subjetivo (el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad). Cuando se planea el delito concertando que uno o varios de los intervinientes utilicen disfraz, como medio necesario para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad, en beneficio de todos los partícipes, la circunstancia agravante se aplica a todos ellos, pues aún cuando no en todos concurra el elemento objetivo de la desfiguración -que como tal elemento objetivo es comunicable, bastando para ello que sea conocido (art. 65.2º C.P)- si concurre en todos el elemento subjetivo, es decir el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando en una estafa uno de los intervinientes utiliza una vestimenta de sacerdote o de militar para poder engañar mejor a la víctima (Sentencia de 7 de diciembre de 1990), o bien cuando en un atraco a una entidad bancaria aquél a quien en el reparto de papeles le ha correspondido esperar fuera del lugar del robo, al volante de un automóvil, no se disfraza por no ser necesario aunque conoce y acepta que los demás si lo harán en beneficio de todos (sentencia 11 de julio de 1991), o cuando se acuerda que utilice disfraz aquél de los autores de una agresión o un robo que puede ser reconocido por la víctima o bien el único agente que es conocido en el lugar del hecho (Sentencia 7 de diciembre de 1990) o, en fin, cuando se planea un hecho delictivo incluyendo en el proyecto la utilización de disfraz por parte de los ejecutores materiales, para facilitar la ejecución y mejorar las posibilidades de impunidad, en cuyo caso la agravación se extiende a los partícipes que diseñaron la operación, aún cuando no se disfracen por no participar en su ejecución material.

Ahora bien, como señala la Sentencia de 7 de diciembre de 1990, cuando alguno de los delincuentes utiliza este artificio por su exclusiva cuenta y para su particular provecho, a fin de no ser identificado el mismo, sin acuerdo con los demás copartícipes en este extremo, nos encontramos ante la necesidad de aplicar el párrafo 1º de dicho artículo 60, (hoy art. 65.1º del Código Penal 1995) porque el hecho en que se funda la agravación consiste en una precaución "personal" que sólo puede servir para agravar la responsabilidad penal de quien obró así por su propio interés, habiéndose pronunciado en tal sentido las Sentencias de esta Sala de 13 de abril de 1977, 17 de marzo de 1982, 7 de febrero de 1985, 27 de noviembre de 1987, 20 de septiembre de 1996 (nº 564/96) y 15 de febrero de 1997 (nº 183/97), entre otras.

En definitiva, exigiendo la apreciación de la agravante la concurrencia de los dos requisitos que la integran, lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 60 (hoy 65.2º), permite

extender el elemento objetivo (desfiguración utilizada por uno de ellos) a todos los que lo conocieran, pero el elemento subjetivo no es transmisible, por lo que la agravante únicamente puede aplicarse a aquellos en que pueda apreciarse el propósito de búsqueda de una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad, propósito que concurrirá en todos ellos cuando la acción se concierte de manera que el uso del disfraz beneficie a todos, -como en los casos anteriormente citados- pero no cuando es una mera precaución personal de alguno de los intervinientes. (Sentencia de 20 de septiembre de 1996, nº 564/96).

Esta doctrina ha sido reiterada en la más reciente STS. 1168/2010 de 28.12, que precisa que sin perjuicio de reconocer como regla general, que el disfraz, en la medida que supone un medio para lograr la impunidad del delito al obstaculizarse la identificación del autor, solo es la aplicación en aquella persona que lo utiliza, en su exclusivo beneficio, no siendo transmisible ni comunicable al que actúa a cara descubierta. Pero es lo cierto que esta regla quiebra cuando existe una estrategia conjunta entre los diversos autores, apareciendo como necesario que uno de ellos actúe a cara cubierta y otros con disfraz. En tal sentido se pronuncia la STS 1547/2001 de 31 de Julio, que en caso de concertación delictiva, entre varios, extendió la agravante de disfraz aquel coautor que no lo llevaba en virtud de la estrategia delictiva escogida que exigía facilitar el acceso al domicilio elegido y para ello fue preciso que uno de ellos actuase a cara descubierta para, tras serle franqueado el acceso, penetrar los otros coautores enmascarados. No existió una precaución personal y autónoma de uno de los concertados, que hubiera impedido la comunicabilidad de la agravante a aquéllos otros que no la adoptaron, sino un plan conjunto en el que era preciso que uno no llevase disfraz, pero sí los otros, por lo que se estimó la comunicabilidad de la agravante al que iba a cara descubierta porque el uso de disfraz por algunos lo era en beneficio de todos. Situación semejante a la contemplada en esa sentencia 1168/2010 en el que el uso de disfraz por los otros tres autores no fue algo espontáneo y autónomo, sino que fue debida a un plan previo que exigía que quien llamase al club fuera con la cara descubierta, pues de otro modo no se le hubiera franqueado la puerta, tras la que aguardaban los otros tres con pasamontañas. El uso por éstos del disfraz en este escenario es claro que debe ser transmisible al recurrente aunque actuara a cara descubierta pues ese era su “papel” en el plan previsto para facilitar la comisión del delito y su impunidad.

Situación que no es la del caso presente por cuanto en el factum se limita a considerar probado que el otro acusado llevaba puesto un pasamontañas para no ser reconocido, lo que constituye una precaución personal que ni concurre objetivamente en el recurrente ni aportaba al mismo una mayor facilidad en la ejecución o una más probable impunidad –al tener la cara descubierta, ni puede inferirse que estuviese concertada previamente- nada se recoge en el hecho probado –razones que impiden transmitir la agravación a este recurrente, con la consiguiente estimación del motivo.

Sentencia N°: 1.168/2010

RECURSO CASACION (P) N°:10121/2010 P

Fecha Sentencia: 28/12/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

X. El **segundo motivo**, por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicada al recurrente la agravante de disfraz, ya que él no usó artificio alguno para cubrir su rostro.

El motivo debe ser rechazado.

Sin perjuicio de reconocer como regla general, que el disfraz, en la medida que supone un medio para lograr la impunidad del delito al obstaculizarse la identificación del autor, solo es la aplicación en aquella persona que lo utiliza, en su exclusivo beneficio, no siendo transmisible ni comunicándolo al que actúa a cara descubierta --SSTS 314/99; 207/2000 ó 15 de Febrero de 1997--, es lo cierto que esta regla quiebra cuando existe una estrategia conjunta entre los diversos autores, apareciendo como necesario que uno de ellos actúe a cara cubierta. En tal sentido se pronuncia la STS de 31 de Julio de 2001 que en caso de concertación delictiva, entre varios, extendió la agravante de disfraz aquel coautor que no lo llevaba en virtud de la estrategia delictiva escogida que exigía facilitar el acceso al domicilio elegido y para ello fue preciso que uno de ellos actuase a cara descubierta para, tras serle franqueado el acceso, penetrar los otros coautores enmascarados. No existió una precaución personal y autónoma de uno de los concertados, que hubiera impedido la comunicabilidad de la agravante a aquéllos otros que no la adoptaron, sino un plan conjunto en el que era preciso que uno no llevase disfraz, pero sí los otros, por lo que se estimó la comunicabilidad de la agravante al que iba a cara descubierta porque el uso de disfraz por algunos lo era en beneficio de todos.

Esta es la situación que se contempla en el presente caso.

Volvamos al relato de hechos probados, intangible según el cauce casacional del motivo:

"...de tal forma que, en ejecución del plan preconcebido por los cuatro, Alex Manuel Tamayo Rivero no se cubría el rostro con pasamontañas para tocar el timbre y hacerse pasar por un cliente.... mientras los otros tres aguardaban fuera del ángulo de visión de la puerta, ocultando su rostro con un pasamontañas....".

De acuerdo con el *factum*, es claro que el uso de disfraz por los otros tres autores no fue algo espontáneo y autónomo, sino que fue debido a un plan previo que exigía que quien llamase al club fuera a cara descubierta pues de otro modo no se le hubiera franqueado la puerta, tras la que aguardaban los otros tres con pasamontañas. El uso por éstos del disfraz en este escenario es claro que debe ser transmisible al recurrente aunque actuara a cara descubierta pues ese era su "*papel*" en el plan previsto para facilitar la comisión del delito y su impunidad.

En idéntico sentido, SSTS de 31 de Julio de 2001; 9 de Junio de 2004 y 383/2010 de 5 de Mayo.

Procede la desestimación del motivo.

12.2 ABUSO DE CONFIANZA

Sentencia N°: 813/2014

*RECURSO CASACION (P) N°:*10308/2014 P

Fecha Sentencia: 03/12/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Robo con violencia en casa habitada. Concorre abuso de confianza en quien aporta información imprescindible para cometerlo, obtenida merced a una amistad íntima.

Segundo. También como infracción de ley, se objeta ahora, en concreto, la del art. 22,6^a Cpenal; por entender que la estimación de esta agravante no implicaría la doble toma en consideración de la relación de confianza de la que Peláez se habría valido para obtener la información relativa a la existencia del dinero y el lugar de su ocultación, en la casa.

El Fiscal, en este caso, ha prestado su apoyo al motivo, y hay que decir que con razón.

En efecto, pues en los hechos probados consta que Peláez sabía de la existencia del dinero y de su emplazamiento por razón de su amistad con los hijos de María Teresa Sola, en concreto con el titular del mismo, Félix, al que —según consta en el examen de la prueba por el tribunal— le unía una relación tal, que había apadrinado a uno de sus hijos. E incluso se sabe que fue Peláez quien sugirió a Félix la adquisición del mueble dotado de doble fondo, luego sustraído con su contenido. Y está, en fin, bien acreditado que Peláez trasladó ese conocimiento a los otros tres acusados, que se valieron de él para realizar la acción contra la propiedad por la que han sido condenados.

Pero ocurre que ese elemento de confianza basada en la amistad no es consustancial al delito de robo, y, por tanto, no ha sido utilizado por la sala de instancia para construir el supuesto típico, al que es estructuralmente ajeno. Por eso, su empleo como presupuesto de la circunstancia de agravación cuya aplicación se reclama no llevaría a incurrir en *bis in idem*.

En consecuencia, concurre en el caso la utilización abusiva, traicionando la amistad, de una relación de confianza a la que la misma había dado lugar; y tal es lo que sirvió para tomar conocimiento de la existencia del bien que luego, en otro contexto de acción, fue objeto de ilegítimo apoderamiento. Un apoderamiento que puede perfectamente construirse, como de hecho lo ha sido en la sentencia, al margen de aquella situación personal; que, por ello, debió haberse tomado en consideración en el sentido que reclama ahora el recurrente, a tenor de lo que dispone reiterada jurisprudencia, que, para la aplicación de la agravante reclama un modo de relación como el acreditado y una instrumentalización torcida del mismo para una finalidad criminal (SSTS 161/2004, de 9 de febrero y 371/2006, de 19 de junio, entre muchas).

Es por lo que el motivo tiene que acogerse.

Sentencia N°: 459/2014

RECURSO CASACION N°:2058/2013

Fallo/Acuervo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 04/06/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

VIGÉSIMOCUARTO.- Como tercer motivo, se formula el basado en **infracción de ley**, al amparo del art 849.1ºLECr, por aplicación indebida del art 22.6 CP.

1. La recurrente sostiene que no se le puede aplicar la agravante de *abuso de confianza* por haber facilitado cierta información, ya que no habiendo entrado en la vivienda, solo cometió una acción y no dos. Por otra parte, entiende que no hubo abuso de confianza, ya que cuando se produjo el hecho la relación entre ella y la víctima era inexistente, habiendo acabado de manera tempestuosa.

2. El abuso de confianza supone el quebrantamiento de un deber de lealtad y el atropello de la fidelidad que la víctima deposita en su agresor y que este traiciona (STS 24-4-02 ; ATS 19-4-2007, num. 719/2007).

Y esta Sala (Cfr STS num. 842/2005, de 28 de junio; STS 11 de diciembre de 2000 ha declarado que "el abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no la llevan implícita, como sucede en los apreciados en este caso (robo con violencia y lesiones)".

Y en STS de 22-1-2014, nº 8/2014, estimamos concurrente la agravante en la acusada que siendo sobrina de los asaltados cometió con otros un robo con intimidación en la vivienda de sus tíos valiéndose del conocimiento que tenía de su situación y costumbres por razón del parentesco.

Ello no obstante, la STS de 14-10-91 proclama que la agravante ha de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en que,

definida una especial relación entre agente y víctimas, se aprecie manifiestamente un atropello de la fidelidad con la que se contaba.

La STS 161/2004, de 9 de febrero destaca que el origen del deber de lealtad se viene entendiendo de modo que exista una relación de cierta estrechez como la intimidad.....o el simple vínculo humano que implique creencia en la honorabilidad que lleven a no recelar de la conducta del sujeto.

Ya esta Sala ha dicho también (Cfr. STS nº 1857/2001, de 16 de octubre que los requisitos de la agravación parten de una relación de confianza, que no puedan premiarse en virtud de una relación preexistente entre dos personas, sino que además de la relación debe producirse una firme esperanza entre ambos, una lealtad, fidelidad, tranquilidad, que fortalece una relación personal. Y el autor debe aprovecharse conscientemente de ello, para aumentar la indefensión del perjudicado.

3. Puesto que el motivo que se formula lo es por *error iuris* o infracción de ley, preciso es atender a lo proclamado en los hechos probados. El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia, de donde resulta que: “La acusada Rosa M^a García Izquiano, mayor de edad, había convivido durante dos años aproximadamente con Philibert Marti en la vivienda propiedad de este sita en la Partida Clotals 22, parcela 121 de Benicarló, siendo perfecta conocedora de los sistemas de seguridad instalados en la misma, tanto de acceso a la vivienda como los existentes en su interior referentes a la localización de la caja fuerte, así como las claves y la ubicación de las llaves que permiten su apertura y lugares donde su pareja guardaba dinero en efectivo, pues siempre disponía de dinero en metálico, a veces sumas importantes procedentes de sus actividades. Así mismo era conocedora de que Philibert guardaba joyas valiosas en la casa, y que era poseedor de dos armas; dichas armas consistían en una escopeta marca Remington, modelo Saut, calibre 12, número V2291132 y una pistola marca Beretta, modelo 950b, calibre 22, número D28096 aptas para ser disparadas y en buen estado de conversación, disponiendo a su vez Philibert de un total de 239 cartuchos, de los que carecía de las oportunas licencias administrativas. La relación de pareja entre ambos finalizó a mediados del años 2008.”

Y en su fundamento de derecho duodécimo , tras citar algunos precedentes jurisprudenciales, señaló que concurrían los requisitos para la apreciación de la agravante en la acusada “dada su relación de pareja durante dos años con Philibert con anterioridad a los hechos, tal y como quedó acreditado”.

4. Ello no obstante, los hechos probados recogen que la relación de pareja entre Philibert y Rosa María finalizó a mediados del año 2008, proporcionando la información a los demás acusados en fecha no determinada del mismo año. Pues bien, a pesar de lo que dice el tribunal "a quo"; ello debe considerarse obstáculo para la apreciación puesto que se difuminan los elementos propios de la agravante: la confianza basada en una serie de circunstancias nacida de la relación de convivencia, en cuanto habiendo cesado la misma, y del modo obrante y tempestuoso que se describe en autos, no es posible que se inhiba la sospecha o la desconfianza por parte de la víctima, tal como exige la jurisprudencia para la apreciación de la agravante.

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado, con los efectos penológicos que se determinarán en segunda sentencia.

12.3 ABUSO DE SUPERIORIDAD

Sentencia N°: 863/2015

RECURSO CASACION (P) N°: 10924/2014 P

Fecha Sentencia: 30/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

En relación con la agravante de abuso de superioridad, razona la sentencia de instancia, a la que nos remitimos, que *“Claramente concurre dicha circunstancia en el delito de robo, dado que resulta evidente que nos encontramos ante una superioridad manifiesta de fuerzas y número que, en su transcurso y en su desarrollo, evidencia una superioridad manifiesta de los agresores (cinco) sobre las víctimas (2) que disminuía su capacidad de defensa, lo que constituye la esencia de la agravante de abuso de superioridad. Ya hemos expresado que las víctimas -dos- se vieron sorprendidas a las 03,00 horas de la madrugada por cinco acusados, que irrumpieron violentamente en la vivienda (se trata de una casa unifamiliar de planta baja y jardín sita en una Urbanización) portando una pistola que esgrimieron frente a ellos, y la utilizaron -con saña- contra Joaquín, el cual fue amenazado, agredido y conminado por todos para que les entregara dinero o la cocaína, mientras Elia estaba retenida en una habitación con otro de los asaltantes. En esta tesitura difícilmente podían huir o defenderse, siendo evidente ese notorio desequilibrio de fuerzas, entre las situaciones de poder, conocido y aprovechado, por los asaltantes, quienes creían que Joaquín estaría solo en la casa, encontrando a Elia que casualmente se encontraba esa noche pernoctando en la casa. El abuso de superioridad viene justificado en el número de atacantes (5 contra 2) que, como es lógico, comporta por sí mismo una situación de desventaja para la víctimas, y también por el hecho de que el ataque se produce de modo súbito, inesperado y por la noche, lo que limitaba las posibilidades de defensa de los perjudicados. El Tribunal Supremo ha mantenido la concurrencia de dicha agravante en supuestos, como el presente, en el que las víctimas (dos) se hallan en notoria desproporción, desigualdad e inferioridad de fuerzas con sus agresores (cinco) que se aprovechan de la diferencia de corpulencia y número.*

En cuanto a la aplicación de la agravante de abuso de superioridad al delito de detención ilegal se ha pronunciado la jurisprudencia. Entre otras, la reciente STS 1221/2011, de 15 de Noviembre, que expresamente dispone: "En todo caso, respecto a los delitos de detención ilegal- hemos dicho en STS 372/2010 de 29 de abril- que lo usual es que dicho delito sea cometido mediante violencia e intimidación con lo que la existencia de una situación de desequilibrio a favor de los sujetos activos viene a ser una exigencia derivada de la propia dinámica comitiva, ello tiene por consecuencia que tal circunstancia de agravación pierde su propia sustantividad por lo que de acuerdo con el art. 67 CP no puede ser aplicada". Continúa la misma sentencia argumentando que, si bien en reiterados precedentes se ha declarado la posibilidad de aplicar la agravación a todos los delitos contra la personas, se ha destacado, también, la posible

incompatibilidad de esa agravación cuando los presupuestos de la misma son necesarios para la comisión del hecho delictivo o cuando la existencia de una superioridad es inherente en el delito si éste se quiere realizar con unas mínimas posibilidades de éxito. Añade la misma sentencia que la STS 447/2000 de 21-3 declaró: "...cierto es que el delito de detención ilegal puede cometerse sin el uso de la fuerza contra la persona agredida (por ejemplo, mediante engaño) pero esto es tan excepcional que no se debe tener en cuenta para la cuestión que estamos examinando. En un porcentaje elevadísimo de casos este delito se comete mediante el uso de la fuerza y para ello se busca deliberadamente una desproporción entre la situación del sujeto pasivo y la del agresor o agresores, desproporción que puede originarse por el uso de algún arma o instrumento semejante o por el número de las personas que intervienen como sujetos activos en el hecho. En esto consiste precisamente el abuso de superioridad. Por ello no cabe aplicarse en el caso presente esta agravante a este delito: es inherente al mismo conforme a lo dispuesto en el art. 67 CP, no porque la ley lo haya tenido en cuenta al describir la correspondiente figura delictiva, sino porque salvo supuestos muy excepcionales que para el caso son irrelevantes, sin tal abuso de superioridad el delito no puede cometerse".

No apreciamos que, en el presente supuesto, concorra alguno de los supuestos excepcionales descritos por la jurisprudencia que permita la aplicación de la citada circunstancia agravante al delito de detención ilegal. Además la apreciación de la agravante en el delito de robo impide la apreciación en los restantes delitos en concurso -detenciones ilegales en este caso-.

Por el contrario, entendemos que concurre el abuso de superioridad en el delito (y en la falta) de lesiones por cuanto que los acusados se pusieron de acuerdo para agredir a Joaquín, téngase en cuenta que días antes habían comentado (comentario que oyó Elia) que "le iban a dar un par de ostias al Tirantes") como así fue , en una situación de cuatro contra uno, lo que evidencia una superioridad física indudable que tendía a asegurar el resultado aminorando las posibilidades de defensa del agredido, conociendo que por las circunstancias concurrentes que la superioridad facilitaría la comisión como pudieron comprobar nada más acceder a la vivienda y percatarse de las personas que se encontraban en el interior (dos)" .

Esta argumentación de la sentencia de instancia es plenamente asumible, y no ha sido en absoluto desvirtuada por el recurrente, por lo que procede su ratificación, con desestimación de la alegación realizada.

En efecto, como recuerda nuestra STS núm. 922/2012, de 4 de diciembre, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 93/2012, de 16 de febrero, 1221/2011, de 15 de noviembre, 1236/2011 de 22 de noviembre y 1390/2011, de 27 de noviembre), la agravante de abuso de superioridad concurre cuando concurren los siguientes requisitos:

1) **Un requisito objetivo:** que haya una situación de superioridad, es decir, un importante **desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora** frente al agredido derivada de cualquier circunstancia. Bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurren una pluralidad de atacantes (superioridad personal), siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación.

2) **Un resultado:** que esta superioridad ha de producir **una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido**, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la doctrina jurisprudencial viene considerando a esta agravante como una alevosía menor o de segundo grado.

3) **Un requisito subjetivo:** consistente en que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ellas para más fácil realización del delito. Este elemento subjetivo supone la intencionalidad del abuso prepotente, es decir que **la superioridad tiene que haberse buscado de propósito o, al menos, aprovechado**, por lo que no concurre la agravante cuando la superioridad no ha sido buscada de propósito ni siquiera aprovechada, sino que simplemente surge en la dinámica comisiva.

4) **Un requisito excluyente:** que la superioridad de la que se abusa **no sea inherente al delito**, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

En el caso actual concurren todos los referidos requisitos, por lo que el motivo debe ser desestimado en este aspecto.

Sentencia N°: 456/2015

RECURSO CASACION (P) N°:10231/2015 P

Fecha Sentencia: 07/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

A) La Audiencia excluyó la consideración de la agravante de superioridad cuya base fáctica, a tenor de la literalidad del relato de hechos y teniendo en cuenta la agresiva actuación de ambos acusados respecto de la persona de la víctima de 72 años de edad en ese momento, al que se golpeó reiteradamente incluso cuando se hallaba tendido en el suelo, con el argumento de la vigencia del principio “*non bis in idem*” y toda vez que ya se produce la condena por un robo con violencia y de la falta correspondiente a las lesiones causadas, asistiendo plenamente la razón en cuanto a este primer motivo del Ministerio Público, habida cuenta de la falta de proporcionalidad que produce la condena tan sólo por la falta de lesiones, como respuesta a la agresión producida en el transcurso del acto expoliatorio, y la absorción de esa violencia dentro del delito de robo violento.

En efecto, siendo la compatibilidad entre el robo con violencia y la agravante de abuso de superioridad plenamente aceptable, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala (vid. por todas la STS de 28 de Junio de 2007) que supera ciertas dudas al respecto en pronunciamientos anteriores (por ej. la STS de 4 de Junio de 1998),

en el caso que nos ocupa, y con estricto respeto a la literalidad del “*factum*” de la Audiencia, en el que tres personas jóvenes golpean a la víctima, de 72 años, haciéndola caer al suelo donde siguen “*pateándole*”, la superioridad abusiva ejercida por los agresores, innecesaria por añadidura para alcanzar sus designios depredatorios, deviene evidente a la vista la concurrencia de todos los elementos que configuran la misma, y que son, de acuerdo con nuestra Jurisprudencia (STS de 18 de Mayo de 2007) los siguientes:

“Dicha cualificación conocida como "alevosía de segundo grado" o "alevosía menor" se fundamenta en una situación de desequilibrio de fuerzas o situaciones entre el sujeto o sujetos activos del delito y la víctima, porque sin privar a ésta de su capacidad de defensa, como ocurre en la conducta alevosa, se provoca una mengua o minoración de tal capacidad y se coloca así en situación de notoria ventaja a la parte agresora. Tal agravatoria exige como elementos constitutivos:

a) una situación objetiva de poder físico o anímico del agresor sobre la víctima que determina un desequilibrio de fuerzas a favor del primero.

b) que tal desequilibrio se utilice o aproveche por el agresor para la mejor realización delictiva y la mayor impunidad, de tal modo que pueda hablarse de un abuso de tal situación, requiriendo la conciencia de la superioridad y de las ventajas que ello comporta.

c) que el exceso no sea imprescindible para la comisión delictiva, ya por ser un elemento más del tipo, ya por ser la única forma de poder consumarlo.”

De forma que resulta, como queda dicho, incorrecto por inversamente desproporcionado considerar absorbido el desvalor objetivo de semejante circunstancia agravatoria en el tipo del robo con violencia y asumido el reproche de las lesiones que resultan de esa concreta forma de ejecución en la condena por una simple falta.

Razones por las que procede, sin más, la estimación parcial del Recurso y, en su consecuencia, el dictado de una nueva Sentencia que, sustituyendo a la recurrida, extraiga las consecuencias legales correspondientes a dicha estimación, incluida la exclusión de la falta de lesiones que, en esta ocasión y dada su menor entidad, habría de quedar incluida, como soporte de la misma, en la agravante cuya aplicación se acuerda.

Sentencia N°: 366/2014

RECURSO CASACION (P) N°:10275/2013 P

Fecha Sentencia: 12/05/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

*** Abuso de superioridad: non bis in idem. No constituye un elemento ínsito en el delito de detención ilegal (art. 163.1 C.P.), ni en el robo violento (art. 242.2 C.P.).**

CUARTO.- Con igual sede procesal que en el anterior motivo en el correlativo ordinal, considera indebidamente aplicada la agravante de abuso de superioridad (art. 22.2 L.E.Cr.) al delito de robo con violencia e intimidación en las personas.

1. El argumento es similar al del motivo anterior. Para fundamentar la tesis impugnativa acude a la sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2012 (sentencia nº 922/2012), en la que se establece que el número de partícipes debe considerarse incluido en el "auxilio de otras personas" a que se refiere el nº 2 del art. 22 C.P.

En dicha sentencia se admite la posibilidad de aplicarse el abuso de superioridad al delito de robo con violencia e intimidación, pero para la aplicación de la agravante exige que se trate de un supuesto singular o que la violencia utilizada para cometer el delito sea sobreabundante, pues de otro modo queda ínsita en el delito patrimonial. Asimismo no resultaría aplicable en los supuestos de estimación del subtipo agravado del art. 242.3º, uso de armas o instrumentos peligrosos; la aplicación del tipo básico no debe provocar un doble efecto en perjuicio del reo, por lo que quedará excluida cuando los actos de violencia física se sancionen separadamente con la aplicación de la agravante de abuso de superioridad, en evitación de la aplicación duplicada de tal agravación.

2. Al censurante no le asiste razón, pues aunque se admitieran los argumentos aducidos por éste, al aplicarse el art. 77 C.P. e imponerse la pena del delito del art. 163.1 -en su mitad superior-, por hallarse en concurso medial con el robo con violencia e intimidación, resulta indiferente que en el robo se aprecie o no el abuso de superioridad, lo que determinaría un arco penológico entre 5 y 6 años, como quiera que en el delito de detención ilegal, como hemos dicho en el motivo anterior, no es incompatible el abuso de superioridad o cuasi-alevosía, el segmento penológico resultante oscilaría entre los 5 años y 6 meses a los 6 años (art. 66.3 C.P.). Consiguientemente la estimación o no de la circunstancia, no influiría en la banda dosimétrica a considerar.

En orden a la no aplicación de la superioridad personal por hallarse prevista la agravación consistente en "servirse del auxilio de otras personas" es patente -como el mismo impugnante admite- que éste no es el caso y la superioridad personal a efectos del art. 22.2 C.P., no se refiere al número de coautores o partícipes directos en el delito. El auxilio de terceros, se refiere a personas ajenas a la comisión del delito.

Por lo que concierne a la incompatibilidad con la cualificativa del art. 242.3º (uso de armas o instrumentos peligrosos en el robo), es cierto que existiría, pero solo en relación a la superioridad medial, no a la personal.

El uso de armas e instrumentos peligrosos, como sabemos, puede facilitar la comisión del delito, pero la razón fundamental de agravar son los riesgos para la vida e integridad corporal que puedan derivarse de un delito de robo violento o intimidatorio en el que intervinieran armas.

La superioridad no siempre se consigue por estos medios, pues el autor de un robo -frente a tres víctimas-, en posesión de un cuchillo o una porra con la que amenaza, no garantiza o da mayores seguridades de éxito para la perfección del delito.

Ahora bien, si a ello se une la superioridad personal (5 ó 4 personas frente a una) y se busca conscientemente un lugar para la comisión del hecho apropiado que garantice la ejecución o facilite la impunidad (nocturnidad y despoblado), no podría excluirse la estimación de la cualificativa de abuso de superioridad en el robo violento, a pesar del uso del arma (en nuestro caso un cuchillo y una porra).

Por todo lo expuesto el motivo ha de rechazarse.

Sentencia N°: 311/2014

RECURSO CASACION (P) N°:10775/2013 P

Fecha Sentencia: 16/04/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Robo con violencia y uso de armas y agravante de superioridad. Distintos supuestos; en el caso concreto no se produce infracción non bis in idem.

PRIMERO: El motivo primero por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim, al haberse infringido normas penales de carácter sustantivo por entender no aplicable la agravante de uso de disfraz, art. 22.2 CP, en el delito de robo, así como la aplicación del art. 242.2 –uso de armas o medios peligrosos-, junto con la agravante de abuso de superioridad, al suponer violación del principio non bis in idem.

1º Con carácter previo y con respecto a todos los motivos articulados por la vía del art. 849.1 LECrim, debemos recordar la doctrina de esta Sala, contenida, entre otras muchas, la STS. 807/2011 de 19.7, transcrito por la acusación particular en su escrito de impugnación –que establece los requisitos de este motivo casacional-:

1) Respecto a los hechos probados.- la casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisorías del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil, cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial

efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal. Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación. Así lo expresa la STS121/2008, de 26 de febrero, "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim. El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

-En el caso presente el recurrente no respeta el hecho probado que recoge que los tres se dirigieron al domicilio de Gianluca Iacomini "con una media que les cubría su rostro, a fin de no ser reconocidos", pronunciamiento fáctico, que se complementa en el fundamento jurídico 5º, al razonar que "en el presente caso es incuestionable la concurrencia de la agravante de disfraz, ya que D. Gianluca Iacomini (víctima de los hechos) fue claro y preciso al señalar que todos los agresores tenían el rostro cubierto por una media de mujer de color carne".

Pues bien la jurisprudencia recuerda que son tres los requisitos para la estimación de esta agravante:

a) **objetivo** consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, aunque sea de plena eficacia

desfiguradora, no sea parcialmente imperfecta o demasiado rudimentario, por lo que para apreciarlo será preciso que sea descrito en los hechos probados de la sentencia.

b) **subjetivo** o propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito vitar su propia identificación para alcanzar la impunidad por su comisión y así eludir sus responsabilidades.

c) **cronológico** porque ha de usarse al tiempo de la comisión de un hecho delictivo, careciendo de aptitud cuando se utiliza antes o después de tal momento (SSTS. 383/2010 de 5.5, 1113/2009 de 10.11, 179/2007 de 7.3, 144/2006 de 20.2, 670/2005 de 27.5).

Siendo así la consideración de una media pegada al rostro como disfraz es admitida en SSTS. 28.8.89 y 939/2004 de 12.7 “aunque la víctima logró identificarlo porque en un momento dado se cubrió la media hasta la nariz”. En efecto como hemos dicho en STS. 144/2006 de 20.2, procederá la apreciación de la agravante «cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés» (STS 939/2004, de 12 de julio, y STS 618/2004, de 5 de mayo, citando ambas la de 17 de junio de 1999, número 1025/1999). Por tanto no es preciso que se logre la finalidad de evitar el reconocimiento de su identidad porque si así fuera, difícilmente se apreciaría esta circunstancia al no poder ser juzgado y condenado quien se disfrazara con éxito, SSTS. 1254/98 de 20.10, 1333/98 de 4.11, 1285/99 de 15.9, 618/2004 de 5.5, 934/2004 de 12.7, 882/2009 de 21.12, que precisa que “tal circunstancia de agravación encuentra su razón de ser en el blindaje que su uso tiene para asegurar la impunidad de quien lo porta, y ello con independencia de que se consiga o no su propósito de no ser identificado, se trata de sancionar el plus de culpabilidad que su uso supone”. Como aconteció en el caso que nos ocupa, en el que si bien el recurrente ocultó su rostro, la víctima se percató de que tenía su tatuaje en forma de araña en un brazo, lo que, en definitiva, constituyó un elemento trascendente para la ulterior identificación de Mohamed Ali.

2º En cuanto a la violación del principio “non bis in idem” por la aplicación simultánea del subtipo agravado del art. 242.2 relativo al robo con violencia con empleo de armas a la vez que la agravante de abuso de superioridad prevista en el art. 22.2 CP, citando en apoyo la STS. 1168/2010 de 28.12.

El uso de armas o medios peligrosos en el robo con violencia o intimidación no constituye una circunstancia agravante que pueda ser asimilada a las que se enuncian en el Libro I del CP, y que debe concurrir, en su caso, con cualquiera de ellas en el momento de la determinación de la pena, sino que da lugar a un tipo específico, cuya pena debe ser tomada como base para la aplicación de las reglas que rigen la dosimetría penal (SSTS. 435/2000 de 17.3, 1754/2001 de 2.10). Supone un aumento o protección del riesgo que corre la víctima en función de la mayor capacidad agresiva del autor y la correlativa ninguna defensiva de aquella (SSTS. 152/2000 de 11.2, 429/2000 de 17.3). Su fundamento por ello, se halla en el aumento de peligro para los bienes jurídicos de la

víctima, la vida o la integridad personal, que es consecuencia del uso de armas o medios peligrosos, no simplemente en la mayor capacidad coactiva o intimidante del autor.

Es cierto que no son abundantes los pronunciamientos sobre la existencia de esta agravante de abuso de superioridad en delitos violentos contra el patrimonio, sin embargo su compatibilidad no tiene que ofrecer cuestión alguna, ya que esta circunstancia agravante se puede afirmar en todas aquellas conductas delictivas que presupongan una agresión física a la vida, sin que exista razón alguna que limite su aplicación a los delitos contra la vida o integridad física (SSTS. 1630/2003 de 28.11, 842/2005 de 28.6, 1020/2007 de 29.11).

El criterio de demarcación entre unos y otros supuestos punible será cuestión de grado. En efecto, no cabe duda que el atentado violento contra la propiedad hace imprescindible su coeficiente de imposición, necesario para doblegar la voluntad o neutralizar la oposición del afectado, sin el que el mismo no podría darse. Ahora bien, cuando el desarrollado en concreto hubiese resultado manifiestamente innecesario por excesivo, para el fin del despojo, en términos de experiencia corriente y a tenor de las circunstancias personales y de la posición de los sujetos, esa violencia sobreabundante, que no debe quedar impune, pasaría a constituir la circunstancia de agravación (STS. 85/2009 de 6.2).

Es compatible con el robo con uso de arma, siendo necesario que el agente conozca y se aproveche de este desequilibrio medial a su favor, cosa que no ocurre cuando los tres los asaltantes de madrugada y portando un cuchillo (STS. 872/99 de 25.5).

El abuso de superioridad nace de una situación objetiva que existe entre los agresores y su víctima, conocida y aprovechada por todos los acusados que en número de tres se concertaron para sustraerle el dinero que portaba, aprovechándose sin duda de la casi imposible resistencia de una sola persona frente a tantos agresores (SSTS. 1630/2003 de 28.11, 842/2005 de 28.5, 1020/2007 de 29.11).

Es cierto que hay casos en que no puede ser apreciada en el delito de robo con violencia y uso de arma, pero es en los casos en que el empleo de ésta es lo que determina vía básicamente la superioridad de la que se abusaba (STS. 1771/2002 de 23.10), en efecto en el delito de robo con violencia el tipo del art. 242 prevé el uso de armas u otros medios peligrosos que llevara el delincuente constituyendo una agravación específica de forma que las mismas no pueden determinar la situación objetiva en que consiste el abuso de superioridad en la mayoría de los casos (STS. 335/2007 de 28.3), por cuanto puede observarse, tanto la superioridad --y consiguiente disminución de las posibilidades de defensa de la víctima-- que se derivan del empleo de armas o instrumentos peligrosos, y la derivada del abuso de superioridad, ofrecen, cuando menos, aspectos comunes, son, por decirlo así círculos con aspectos tangentes/coincidentes, y es que como se dice en la STS de 10 de Noviembre de 2006, la manifestación más clara del abuso de superioridad está constituida por el empleo de armas, que es la modalidad más usual de aquélla, por ello, cuando la superioridad objetiva del agresor sobre la víctima está constituida por la existencia de armas por parte del agresor, no procedería la utilización de esta agravante. Pero en el abuso de superioridad puede distinguirse la física y la instrumental, esto es requiere una situación de superioridad derivada de cualquier circunstancia bien referida a los medios

empleados (superioridad medial) bien el hecho de que concurra una pluralidad de atacantes (superioridad personal). Solo en el primer caso se produciría vulneración del principio non bis in idem, pero si la situación de superioridad en el robo se fundamenta en otra circunstancia que, incluso, excluido el uso de las armas, sería por sí sola suficiente, tal vulneración no se produce (ver STS. 1091/2003 de 25.7).

En definitiva tres serían las situaciones que podrían producirse:

1º varios acusados que intervienen en la intimidación o violencia hasta que se consuma el apoderamiento: robo con violencia, tipo básico del art. 242.1 con agravante genérica abuso superioridad, art. 22.2.

2º un solo acusado que hace uso de arma para cometer el robo: tipo agravado, art. 242.2.

3º varios acusados armados, todos o alguno de ellos, que ejecutan así el acto de apoderamiento: tipo agravado art. 242.2 con la agravante genérica de abuso de superioridad personal, art. 22.2.

Siendo este último supuesto el del caso presente el motivo se desestima.

Sentencia N°: 1.168/2010

RECURSO CASACION (P) N°: 10121/2010 P

Fecha Sentencia: 28/12/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

VII. Como punto de partida, hay que declarar que es pacífica la doctrina que estima que la agravante de abuso de superioridad, si bien despliega su natural eficacia en los delitos contra la vida e integridad personal en sentido estricto como los de homicidio o lesiones, también despliega su eficacia en relación a los delitos contra el patrimonio, del Título XIII que junto con el ataque al patrimonio constituyen un ataque contra las personas como son los delitos de robo con violencia o intimidación en los que cabe una forma alevosa de ejecución, y por tanto, también bajo la figura de la alevosía "*menor*" del abuso de superioridad. En tal sentido se pueden citar, entre otras, las SSTs:

a) STS 664/2002 de 11 de Abril que la aplicó en el caso de un robo con tirón a mujer de 75 años a la que se le arrebató el bolso, haciéndole caer.

b) STS 1057/2003 de 15 de Julio, víctima de 66 años y agresor de 30 años que penetra de madrugada en la casa del primero.

c) STS1630/2003 en caso de desproporción numérica en caso de robo con violencia.

d) ATS 626/2002 de 13 de Marzo de 2002 en ataque de dos personas a la víctima que se valía de unas muletas para robarle.

e) STS 295/2004 de 10 de Febrero en el caso de cinco agresores y una sola víctima.

f) STS 1438/2003, tres agresores que obligan a la víctima a introducirse en un coche y la llevan a varios cajeros automáticos.

De igual manera en favor de la extensión de esta agravante a los delitos de robo, se pueden citar, entre la jurisprudencia anterior a la citada, la 934/1997.

VIII. Cuestión diferente es la compatibilidad entre la agravante de abuso de superioridad y el delito de robo con empleo de armas.

En relación a esta situación la jurisprudencia no es tan uniforme, aunque hay que reconocer una tendencia mayoritaria a estimar la compatibilidad de esta agravante también en los delitos de robo con violencia y empleo de armas.

Dentro de esta tendencia, se pueden citar las SSTS 1091/2003, supuesto de tres agresores armados con distintos instrumentos frente a la víctima, la STS 1471/2003, treinta agresores armados con palos y armas blancas frente a cinco hombres y una mujer, todos ellos desarmados, la STS 355/2002 utilización de una navaja frente a una víctima indefensa sin medios para repeler el ataque y confiado en no tener nada.

Muy clara es al respecto la STS 872/1999 de 25 de Mayo en un supuesto de tres agresores con empleo de un cuchillo que asaltan a una víctima y le quitan el reloj. Se justificó la aplicación de la agravante al delito de robo con empleo de armas diciendo que "*....en relación al uso de armas, es obvio que constituye uno de los tipos más claros de superioridad medial, por lo que si concurre, debe aplicarse tal agravante, con independencia de la concurrencia del tipo correspondiente al empleo de armas....*".

En sentido contrario, más minoritario se pronuncia la sentencia 1771/2002 de 23 de Febrero con el argumento de que el empleo de armas es una modalidad, la más usual del abuso de superioridad, por lo que si concurre el subtipo agravado, no procedería, además, la aplicación de la agravante genérica.

"....Que efectivamente el abuso de superioridad no puede ser apreciado en el delito de robo con violencia y uso de armas.... ya que en él se tiene en cuenta el empleo de un cuchillo, que es lo que determinaría, básicamente, en este caso la superioridad de la que se abusaba...."

En igual sentido la STS de 4 de Julio de 1998 declara la inaplicabilidad del abuso de superioridad por ser inherente al robo con violencia, en un caso de robo con "*tirón*".

Ante este panorama jurisprudencial en el que no se constata una doctrina uniforme de esta Sala en relación a la compatibilidad de la agravante de abuso de superioridad en relación al delito de robo con violencia y con empleo de armas, conviene tener en cuenta las concretas acciones que concurrieron en este caso y que fueron las siguientes:

- a) -Agresión por parte de cinco personas con un bate de béisbol al portero del club con la intención de robar en el establecimiento.
- b) -Causación de diversas lesiones con fracturas que exigieron tratamiento hospitalario, curando a los 120 días.

La calificación de estas dos acciones, han sido en la sentencia sometida al presente control casacional las siguientes:

El hecho a) robo con violencia y empleo de armas con la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad --arts. 237 y 242-1º y 2º y art. 22-2º.

El hecho b) lesiones de los arts. 147 y 148-1º y 2º y art. 22-2º, es decir, el subtipo agravado de lesiones por la utilización de armas y, además, con la agravante del abuso de superioridad.

También se apreció en ambas la agravante de disfraz.

IX. Estimamos que esta doble aplicación de una misma agravante en los dos delitos de robo y lesiones que fueron consecutivos con el argumento del desequilibrio notorio y desproporcionado en favor de los agresores y por ello mayor riesgo para la vida e integridad personal de la víctima, viene a suponer una doble valoración punitiva de una misma situación que se proyecta en dos delitos distintos: el robo y las lesiones, pero unidos por el elemento común del ataque efectuado contra la vida e integridad de la víctima, y ello supone, en opinión de la Sala, una vulneración del principio *ne bis in idem*.

Por ello, por razones ciertamente distintas de las alegadas por el recurrente que se refería a la vulneración del principio acusatorio, procede la estimación de esta parte del motivo, eliminando la aplicación de la agravante de abuso de superioridad respecto del delito de robo con violencia y empleo de armas.

Procede la estimación parcial del motivo.

12.4 REINCIDENCIA

Sentencia N°: 1.920/2002

RECURSO DE CASACIÓN N°: 1333/2001

Fecha Sentencia: 21/11/2002

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Reincidencia: homogeneidad delictiva. Robo con fuerza y robo con violencia o intimidación. Aplicación del acuerdo del pleno no jurisdiccional de fecha 6 de octubre de 2000.

Recurso del Fiscal

Lo ha formulado por un único motivo, al amparo de lo que dispone el art. 849,1º Lecrim, por inaplicación en la sentencia de los arts. 22,8ª y 66,3 Cpenal. Ello debido a que a sala de instancia, pese a haber declarado probado que Gregorio Salguero Mortes, cuando realizó el hecho objeto de la causa, se hallaba condenado en sentencia de 31 de octubre de 1995, firme el 26 de marzo de 1996, por un delito de robo a pena de 4 meses de arresto mayor, no le aplicó la agravante de reincidencia, no obstante tratarse

también en este caso de un delito de robo con fuerza en las cosas realizado en la noche del 21 al 22 de agosto de 1997.

El argumento de la sala de instancia es que no existe constancia en la hoja de antecedentes ni en la sentencia del tipo de robo por el que se había producido la condena, y tampoco del grado de perfección del delito, lo que impide presumir que éste hubiera sido de robo con fuerza en las cosas.

A partir de este dato, el tribunal sentenciador, poniendo en relación el precepto del art. 22,8ª y la disposición transitoria Séptima del Cpenal 1995, encuentra un obstáculo de legalidad para la aplicación de la agravante, pues entiende que para determinar si el delito motivador de la condena antecedente es de “la misma naturaleza” (art. 22,8ª Cpenal) que el que motiva la actual, así como para verificar si, en ambos casos, la agresión se ha producido “del mismo modo a idéntico bien jurídico”, sería necesario conocer la modalidad concreta de aquélla.

El Fiscal reprocha a la Audiencia Provincial que no hubiera tomado en consideración la sentencia de esta sala, de 15 de junio de 2000, que mantenía un criterio opuesto al adoptado en la sentencia que se examina. Pero resulta que aquélla cita, precisamente, una sentencia, también de esta misma Sala Segunda, que sustenta un criterio opuesto, al que se ciñe con encomiable rigor argumental. Ahora bien, como asimismo pone de manifiesto el Fiscal, existe un acuerdo adoptado por este tribunal en pleno no jurisdiccional de 6 de octubre de 2000, que, finalmente, y resolviendo esa duplicidad de posiciones, se decantaba por la tesis de la equivalencia de que el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación son delitos que tienen la misma naturaleza. Es por lo que debe estimarse este motivo.