ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL DELITO DE ROBO PARA EL TRIBUNAL SUPREMO

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.
Licenciado en Derecho.
Licenciado en Criminología.
Detective Privado.
Máster en Prevención de Riesgos Laborales
Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER CONSTITUITUR

INDICE

ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL DELITO DE ROBO PARA EL TRIBUNAL SUPREMO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

   I. DERECHO ROMANO.

      i. DISTINCIÓN ENTRE DELITOS PUBLICOS Y DELITOS PRIVADOS.
      ii. EL FURTUM.
      iii. LA RAPIÑA.

2. EL DELITO DE ROBO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

   I. INTRODUCCIÓN.

   II. CLASIFICACIÓN.

   III. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS.
      i. INTRODUCCIÓN.
      ii. ESCALAMIENTO.
      iii. ROMPIMIENTO O FRACTURA.
      iv. USO DE LLAVES FALSAS.
      v. PENA.

   IV. ROBO EN CASA HABITADA.

   V. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS.
      i. INTRODUCCIÓN.

ii. **ALGUNOS SUPUESTOS.**
    1. **EXHIBICIÓN DE PLACA POLICIAL FALSA.**
    2. **CONTINUIDAD DELICTIVA.**

VI. **AUTORIA.**

VII. **TIPO SUBJETIVO.**

VIII. **SUPUESTOS AGRAVADOS DE ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN.**
    i. **En casa habitada.**
    ii. **Uso de armas u otros medios peligrosos.**

IX. **ACUERDO DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21/01/2000 (Uso de Pistolas detonadoras o de fogueo).**

X. **TIPO ATENUADO.**

XI. **SUBTIPO ATENUADO: MENOR ENTIDAD DEL HECHO.**

XII. **DIVERSOS SUPUESTOS CONCRETOS DEL TIPO DELICTIVO.**
    i. **Robo con escalo.**
    ii. **Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.**
    iii. **Fractura de armarios, arcas, u otra clase de muebles.**
    iv. **Uso de llaves falsas.**
    v. **Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.**

XIII. **LA EXTORSIÓN.**

XIV. **EL ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS A MOTOR.**

XV. **ITER CRIMINIS.**
    i. **DIFERENCIA ENTRE DESISTIMIENTO ACTIVO Y TENTATIVA.**
    ii. **ACUERDO DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO. PUNICIÓN DE LA TENTATIVA INIDONEA.**

XVI. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DIVERSOS SUPUESTOS.
- **i. DOCTRINA GENERAL.**
- **ii. DECLARACIÓN AUTOINCULPATORIA ANTE LA POLICIA.**
- **iii. DECLARACIÓN DE UN COIMPUTADO EN FASE SUMARIAL.**
- **iv. VALIDEZ DE LA LECTURA EN EL PLENARIO DE LA DECLARACIÓN DE UN TESTIGO EXTRANJERO. PRUEBA PRECONSTITUIDA IMPROPIA.**
- **v. VALORACIÓN DEL SILENCIO DEL ACUSADO.**
- **vi. VULNERACIÓN. DECLARACIÓN DE UN COIMPUTADO NO CORROBORADA.**
- **vii. LIMITES DEL CONTROL CASACIONAL.**

XVII. EL ANIMO DE LUCRO.

XVIII. DIFERENCIAS ENTRE EL HURTO Y EL ROBO.

XIX. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL.

XX. EL ROBO FAMÉLICO.
- **i. CONCEPTO.**
- **ii. JUSTIFICACIÓN.**
- **iii. ELEMENTOS TÍPICOS.**
- **iv. OBJETO MATERIAL.**
- **v. REGULACIÓN PENAL.**
- **vi. DIVERSOS SUPUESTOS.**
- **vii. JURISPRUDENCIA.**
  1. **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 13 DE JULIO DE 2009.**
  2. **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2010.**

XXI. CONCURSO.
- **i. DETENCIÓN ILEGAL.**
- **ii. USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS. CONCURSO REAL CON EL ROBO.**

XXII. ABIGEATO.

i. **CONCEPTO.**
ii. **ANTECEDENTES.**
iii. **CLASES DE GANADO.**
iv. **OBJETO MATERIAL.**
v. **OBJETO JURÍDICO.**
vi. **ABIGEATO CALIFICADO.**

XXIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

i. **ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995.**

1. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ENERO DE 1979 (Roj. STS 4966/1979).**
2. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ENERO DE 1979 (Roj. STS 4965/1979).**
3. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ENERO DE 1979.**
4. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 1979 (Roj. STS 5115/1979).**
5. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 1979 (Roj. STS 5210-1979).**
6. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 1979 (Roj. STS 5210-1979).**
7. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 5208/1979).**
8. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4877/1979).**
9. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4856/1979).**
10. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4946/1979).**
11. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4951/1979).**
12. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4911/1979).**
13. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE FREBRERO DE 1979 (Roj. STS 4906/1979).**
14. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 5108/1979).**
15. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4910/1979).**

16. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4931/1979).**
17. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4930/1979).**
18. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4867/1979).**
19. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4873/1979).**
20. **SENTENCIA DEL RIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. SS 5002/1979).**
21. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE MARZO DE 1979 (Roj. STS 5046/1979).**
22. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MARZO DE 1979 (Roj. STS 4978/1979).**

ii. POSTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995.

1. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2016 (Roj. STS 5254/2016).**
2. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4664/2016).**
3. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4571-2016).**
4. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4574/2016).**
5. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4432/2016).**
6. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4312/2016).**
7. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (Roj. STS 4161/2016).**
8. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2016 (Roj. STS 3523/2016).**
9. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE JULIO DE 2016 (Roj. STS 3166/2016).**
10. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 2016 (Roj. STS 3323/2016).**
11. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2016 (Roj. STS 3262/2016).**
12. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 2016 (Roj. STS 2580/2016).**

13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MAYO DE 2016 (Roj. STS 2264/2016).

XXIV. ANEXO.

i. DERECHO HISTÓRICO.

1. EL DELITO DE ROBO EN EL DERECHO HISTÓRICO HISPANO MUSULMAN.

XXV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Cometen robo quienes se apoderan de cosas muebles de terceros con ánimo de lucro, empleando en su conducta fuerza en las cosas (para acceder allí donde se encuentren) o violencia o intimidación en las personas.

El robo es un delito contra el patrimonio, consistente en el apoderamiento de un bien ajeno, empleando para ello el ejercicio de la fuerza sobre las cosas o violencia o

intimidación en las personas. Son precisamente estas dos modalidades de ejecución de la conducta las que la diferencia del hurto, que exige únicamente el acto de apoderamiento de la cosa. El robo, es un delito complejo o pluriofensivo. Se denomina así, a aquel delito que ataca a más de un bien jurídico protegible a la vez. Por ejemplo, un hurto es un delito que afecta únicamente a la propiedad, mientras que un robo, al existir la violencia, puede afectar también a la integridad física de las víctimas, su libertad personal, sus bienes, etc.

La fuerza en las cosas es un concepto genérico que engloba multitud de conductas: escalar, romper paredes o ventanas, destrozar armarios, cofres u otros muebles, forzar sus cerraduras, descubrir sus claves, utilizar llaves falsas o inutilizar los sistemas de alarma que pueda haber en el lugar del robo.

Por su parte, el robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de 2 a 5 años. Mientras que la violencia supone agresión física, la intimidación consiste en infundir miedo, de modo que la víctima se sienta amenazada y en peligro.

PALABRAS CLAVES

Delito contra el patrimonio, autoría, coautoría adhesiva y sucesiva, pactum scaleris, codominio funcional, núcleo del tipo, elemento subjetivo de la autoría, violencia e intimidación, arma, apoderamiento, fuerza en las cosas, llaves falsas, morada, robo y hurto famélico, ánimo de lucro, concurso, de normas, real, ideal, iter criminis, abigeato, furtum, rapiña.

ELEMENTOS CONFIGURADORES

DE DELITO DE ROBO

PARA EL TRIBUNAL SUPREMO

1. ANTECENDENTES HISTORICOS

I. DERECHO ROMANO

i. DISTINCIÓN ENTRE DELITOS PÚBLICOS Y DELITOS PRIVADOS

Los delitos públicos: crimina, son los que afectaban el orden social y eran perseguidos de oficio, además eran castigados con penal públicas, mientras que los delitos privados delicta, perseguidos a iniciativa de la parte ofendida, castigados con una multa privada a favor de la víctima y que ésta podía reclamar a través de un juicio ordinario.

Los delitos privados daban lugar a una relación de tipo obligacional en los que la víctima figuraba como acreedor (de la multa privada) y el delincuente como deudor.

Entre los delitos privados podemos encontrar:

a) Robo (furtum). Era todo acto que implicará un aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa misma, o su uso, o su posesión. Para que se configurara el delito de robo debían concurrir dos elementos, uno

de carácter objetivo (el aprovechamiento ilegal), y otro de carácter subjetivo (la intención dolosa).

El robo daba lugar a dos acciones: Una penal (Actio furti), por la cual la víctima lograba la multa privada, y otra de reipersecutoria, para recuperar al objeto robado.

b) Daño en Propiedad Ajena (damnum iniuria datum). Realizado por una persona con o sin intención y que ocasionará un perjuicio a otra, configuraba el delito de daño en propiedad ajena. La reparación del daño injustamente causado, a cosas ajenas, fue previsto por la Ley de las XII Tablas, pero la Lex Aquilia fue la que sistematizó las normas aplicables a los diferentes casos de daño en propiedad ajena. Producido el daño este era exigido mediante una acción especial de carácter penal, La actio Legis Aquliae.

c) Lesiones (iniuria). Se empleó la palabra injuria en dos sentidos: uno amplio para designar todo acto contrario a derecho; y otro restringido, que aludía a todo acto que implicará una lesión física o moral a la persona humana.

Las lesiones graves eran castigadas con la ley del talión, a menos que las partes acordaran una composición voluntaria. Las lesiones leves eran castigas como penas pecuniarias que variaban según la importancia de aquéllas.

Delitos privados del derecho honorario.

Rapiña. Era un robo cometido con violencia, se creó una acción especial por el Pretor Lucillo la actio vo bonorum raptorum, por la cual la víctima podía reclamar una indemnización privada del cuádruplo del valor del objeto.

Intimidación. Esta se manifiesta en actos de violencia, ya sea física o moral, que traerán como consecuencia que la persona sobre la que se ejerce no exprese libremente su voluntad.

Basado en esto, el pretor concedía la actio quod metus causa, lo cual traía como consecuencia que el negocio subsistiese pero pagando cuatro veces el valor del daño sufrido el culpable al intimidado. Si la amenaza iba dirigida contra un menor o mujer éstos podían alegar en su favor una in integrum restitutio, anulándose el negocio en su totalidad. También el pretor podía dictar una exceptio metus que paralizaba la acción mediante la cual el culpable le exigía a su víctima el cumplimiento de la promesa dada.

ii. EL FURTUM

La noción romana de furtum abarcaba figuras los actos de sustracción de los actuales hurto y robo, pero además aquellas situaciones que hoy día consideraríamos o

calificaríamos de abuso de confianza, como incumplimientos de contratos, estafas y lesiones a situaciones de posesión.

Según Paulo, importante jurista romano, el furtum, en su concepción latina, consistía en lo siguiente:

Furtum est, contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ibsius rei, vel etiam usus eius possessionisve.

Para Gayo se comete hurto, no sólo cuando alguien sustrae una cosa ajena para quedarse con ella, sino, en general, siempre que alguien emplea una cosa ajena contra la voluntad de su dueño.

Por contrectatio se entendía no solamente la sustracción de la cosa, sino una utilización abusiva de la misma, o una toma de posesión ilegal.

Cometen furtum el depositario que usa la cosa depositada, el comodatario que se sirve de ella de modo distinto a lo convenido en el contrato, el deudor dueño de la cosa pignorada que se posesiona de ésta sin que el acreedor pignoraticio haya sido pagado.

En derecho antiguo el hurto es un hecho material: sacar o trasladar la cosa, su castigo se atribuye a venganza privada. En la ley de las XII Tablas el ladrón sorprendido in franganti, o en el mismo acto del hurto (furtum manifestum) o no (furtum nec manifestum), en el primer caso se aplicaba la pena de flagelación y el magistrado concedía a la víctima el ladrón como esclavo. Si había condicciones agravantes, por ejemplo nocturnidad, la víctima podía matar al ladrón. El hurto no flagrante se castigaba con una pena equivalente al doble del valor. Entre la víctima y el ladrón podía pactarse una composición para entrar la pena.

En el derecho penal romano, en un sentido amplio de furtum, como apropiación de cosas ajenas, se pueden distinguir las siguientes clases:

Hurto en general y sobre todo, de bienes privados.

Hurto entre cónyuges.

Hurto de bienes pertenecientes a los dioses.

Hurto de cosechas.

Hurtos cualificados de la época imperial.

Hurto de herencia.

El hurto violento, sin quedar excluido del concepto general de furtum, se consideraba como un delito de coacción.

Los elementos del furtum eran:

La cosa, ésta debería ser mueble incluyéndose los objetos desprendibles de los inmuebles.

La contrectatio, el manejo, tocamiento o, en tiempos posteriores, la sustracción de la cosa. Cuando se hacia el manejo sobre la cosa de otro con ánimo de apropiación se cometía el furtum rei. Teniendo un derecho sobre la cosa se cometía un manejo que sobrepasaba ese derecho, sin ánimo de hacerse propietario, se cometía el furtum usus. Cuando el propietario violentaba derechos de otro, que había consentido sobre sus cosas, el manejo se llamaba furtum possessionis.

La defraudación, la apropiación debía ir encaminada al enriquecimiento ilegítimo del que la llevaba a cabo, tomándose la idea de enriquecimiento en un sentido amplio.

El perjuicio, la apropiación indebida no era punible sino cuando hubiese causado algún daño en las bienes de otro.

Como surge de la definición debía tratarse de una cosa mueble, por supuesto no propia, aunque una excepción la hallamos en el furtum pssessionis, al que luego nos referiremos; y que el dueño no haya consentido el apoderamiento. Así las fuentes nos cuentan el caso de quien quería apoderarse de un caballo de su vecino, y le pidió al eslavo de la víctima que se lo dejara a su alcance para poder tomarlo. El esclavo en lugar de acceder al pedido, le relató a su dueño el plan de su vecino, y el dueño del caballo, en connivencia con su esclavo, le siguieron el juego, dejándolo donde el vecino quería, para atraparlo en ese momento. Sin embargo, probados los hechos, se consideró que allí no había furtum pues era el propio dueño el que había dejado el caballo a disposición del vecino.

Fueron muy minuciosos los romanos al tratar el furtum, palabra que proviene de fraus, que significa “fraude” o furvus: “oscuro”, distinguiendo muchos casos de furtum, algunos que podían corresponder a la actual figura del hurto, pero otros casos que lo exceden con creces.

Otra clasificación del furtum es:

1.Furtum de día y furtum de noche: Legislado por la Ley de las XII Tablas, que permitía a la víctima en el segundo caso, matar al ladrón, siempre que alertara la presencia de testigos; el que se cometía de día solo permitía matar al ladrón si éste se hallara armado.

2.Furtum manifestum y nec manifestum: También legislado por la Ley de las XII Tablas. El primero consistía en encontrar al ladrón en el lugar del hecho o con la

cosa aún en su poder, o cuando se encontraba la cosa en poder del ladrón a través de una pesquisa ritual (derogada por la ley Aebutia); si lo hallaba luego sería no manifestum. En el primer caso se lo condenaba a azotes y se lo asignaba al ofendido como addictus o esclavo si era un hombre libre, y si a era esclavo, se lo condenaba a muerte despeñándolo de la roca Tarpeya. Estas penas fueron reemplazadas por el pretor, por un monto igual al cuádruplo del valor de la cosa hurtada. El furtum nec manifestum se condenaba con la pena del doble del valor de la cosa.

3.Furtum conceptum: De creación pretoriana. Castigaba el delito de encubrimiento, castigándose al tercero que tuviera en su poder la cosa hurtada por otro, luego de una pesquisa que se efectuaba con testigos. La pena era la del triple del valor de la cosa.

4.Furtum oblatum: Era el que cometía el ladrón contra el tercero de buena fe que había aceptado tener la cosa en su poder, ignorando su procedencia delictiva, con la intención del ladrón de imputarle el delito. La pena era del triple del valor de la cosa.

5.Furtum prohibitum: Incorporado por la jurisprudencia clásica. Ocurría cuando el supuesto ladrón se oponía a la pesquisa solemne y con testigos. Pena: cuádruplo del valor de la cosa.

6.Furtum non exhibitum (no presentado) cuando no entregara la cosa oculta en su casa al hacerse la pesquisa, y luego se encontrara por la búsqueda. También fue obra de los clásicos.

7.Furtum usus (jurisprudencia clásica) la cometida por quien le da a la cosa un uso distinto al convenido. Por ejemplo, me prestan un caballo para ir a dar un paseo y lo llevo a la guerra. Otro caso es el que comete quien tiene una cosa en su poder sin poder usarla, y la usa, como el acreedor prendario o el depositario.

8.El furtum possessionis lo cometía el propio dueño que por contrato había entregado la tenencia de su cosa, por ejemplo por un contrato de prenda, y luego molestaba o le quitaba la cosa al tenedor legítimo.

La víctima contaba con acciones reipersecutorias como la reivindicatio, la condictio furtiva y la actio ad exhibendum para recuperar la cosa, y con la actio furti, de carácter penal e infamante, para demandar las penas antes expuestas.

Aunque a lo largo de la evolución del derecho romano se consideró al furtum como delito privado, progresivamente surgen y se afianzan las penas públicas para reprimir las modalidades más graves. A fines de la República, la ley Comelia de sicariis castiga al ladrón armado; luego la ley Julia, al que sustrae cosas públicas o sagradas, y en fin, una serie de hurtos cualificados, caen pronto bajo la disciplina del procedimiento criminal.

iii. LA RAPIÑA

La rapiña era en Derecho romano la sustracción violenta de una cosa mueble, realizada dolosamente con ánimo de obtener un lucro.

Hacia la época de las guerras civiles, los hurtos y los actos de destrucción cometidos por las bandas armadas se habían hecho muy frecuentes, y los culpables, rara vez tomados en el hecho, no incurrían más que en la acción fruti nec manifesté al duplo, o la acción de la ley Aquilia. Para asegurar una represión más enérgica, el pretor peregrino, M. Lúculo, creo, en 78, la acción vi bonorum raptorum que tenía por objeto reprimir los saqueos de los bienes ajenos, llevados a cabo por bandas armadas o por una multitud desarmada (hominibus coactis). Esta acción, dirigida contra el furtum improbus (ladrón malvado), era infamante y se la podía ejercer por el cuadruplum si se la intentaba llevar a cabo en el curso del año en que le había ocurrido el hecho; en cambio, intentada después del año era por el solo valor de la cosa.

Durante el Imperio se amplía el concepto de este delito a los hechos cometidos por una sola persona cuando la misma se valiera de violencia, sin importar que fuera cometida con o sin armas. De esta manera la rapiña queda en adelante configurada como un furtum calificado. Creada primero para los delitos cometidos por bandas con o sin armas, fue extendida al robo y al daño con violencia, aunque proviniera de una sola persona. Este delito contenía los mismos elementos que el furtum o el damnum injuria datum, con la circunstancia agravante de la violencia, y la victima podía contentarse con las acciones nacidas del hurto o de la ley Aquilia.

La acción vi bonorum raptorum, ejercitada durante un año útil a partir del delito, acarreaba contra el culpable una condena al cuádruplo, bien que el culpable hubiera sido o no tomado en el hecho. Pero esta condena comprendía la reparación del perjuicio por una unidad y no era penal más que por las otras tres. La acción tenía el carácter de mixta porque la condena del cuádruplo no era dada en concepto de pena exclusivamente, pues una cuarta parte representaba la reparación del perjuicio que el delito hubiere causado al ofendido. En caso de que la actio vi bonorum raptorum no hubiera sido interpuesta dentro del año útil, su sanción se reducía a una indemnización simple solo equivalente a la reparación del daño.

2. EL DELITO DE ROBO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

I. INTRODUCCION

Los delitos contra el patrimonio tienen por objetivo, la protección de todos aquellos bienes corporales susceptibles de una valoración económica. Entre los delitos tipificados en este Títulos encontramos, además del robo, el hurto, la usurpación o las defraudaciones, entre otros.

La definición legal del robo se encuentra en el artículo 237, según el cual: "Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas."

De esta definición se desprenden las notas características de este delito. En primer lugar, el robo exige que el delincuente se apodere de una cosa mueble, es decir, un bien corporal susceptible de ser trasladado de un lugar a otro, con lo cual no cabe el robo de edificios o de derechos.

Por otra parte, se exige que quien roba lo haga para obtener un beneficio para sí, un lucro, por lo que no habrá robo cuando una persona haga uso de un bien con permiso del propietario.

Por último, el elemento característico del robo que lo diferencia del hurto, es el empleo de violencia o de fuerza para conseguir el bien. Mientras que en el caso del hurto, el delincuente se hace con el objeto sin producir mayor daño al propietario o a sus bienes, en el robo, el delincuente se emplea con mayor dureza. Es en esta característica en la que debemos detenernos por ser la que implica una pena más grave en el robo que en el hurto.

Como decimos, el robo exige que el delincuente emplee violencia o fuerza cuando lo comete. Hablamos de violencia o de fuerza en las cosas porque no han de entenderse como sinónimos pues dan lugar a tipos distinto de robo, tanto es así, que en otros países el robo con fuerza se encuadra dentro de las formas de hurto.

En cuanto al bien jurídico objeto de la tutela en la doctrina y legislación comparada se dan dos posiciones, la primera impuesta por el Código penal Francés de 1810, que señalaba que el bien jurídico era la propiedad y la segunda impuesta por el Código penal Italiano de 1889, que señalaba que el bien jurídico era el patrimonio.

II. CLASIFICACIÓN

Pasando a ocuparnos del delito de robo, el art. 237 CP dispone que son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se

encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren

El delito de robo es el apoderamiento de cosas muebles ajenas con intención de lucro ilícito utilizando algún tipo de fuerza en las cosas prevista en la ley, o utilizando violencia o intimidación en las personas. El delito de robo vendría a ser una especie de hurto agravado por concurrir esos medios de fuerza en la comisión de los hechos.

El delito de robo tiene dos modalidades que son el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación en las personas. El robo se regula en el Capítulo II, titulado "De los robos", dentro del Título XIII rubricado "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico", artículos 237 a 242, en cuyo primer artículo se ponen de manifiesto las dos clases de robo, el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación en las personas.

III. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

i. INTRODUCCIÓN

Esta primera modalidad de robo se encuentra regulada en los artículos 238 a 241 del Código Penal, y lo primero que es preciso destacar es que cuando el Código Penal castiga como robo emplear fuerza en las cosas para cometer la sustracción, este concepto de fuerza en las cosas es un concepto jurídico penal y no coincidente con el concepto común o vulgar de fuerza en las cosas. Es decir, no toda fuerza en las cosas para cometer una sustracción hace que los hechos sean robo, es necesario que la fuerza en las cosas sea típica, sea uno de los supuestos previstos en el Código Penal.

No todo empleo de fuerza dará lugar al delito de robo sino sólo aquéllos que el Código Penal contempla expresamente y siempre que sean el medio para lograr el apoderamiento y se utilicen para acceder al lugar donde la cosa se halle.

En este sentido, el art. 238 CP dispone que son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º. Escalamiento.

2º. Rompimiento de pared, techo o suelo o fractura de puerta o ventana.

3º. Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.

4º. Uso de llaves falsas.

5º. Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.

ii. ESCALAMIENTO

La jurisprudencia ha considerado tradicionalmente que no equivale a trepar, subir o ascender, sino que habrá escalamiento siempre que el culpable acceda al lugar donde la cosa se encuentra por una vía que no es la destinada al efecto.

El Código Penal de 1932 definía esta circunstancia como "la entrada en el lugar del robo por una vía que no fuera la destinada al efecto", definición que puede ser aceptable. No requiere fuerza física especial, sino sólo la necesaria, pero que suponga un cierto esfuerzo. Serían supuestos incluibles en esta circunstancia, saltar un muro de una finca de dos metros de alto, encaramarse a una ventana subiendo por un canalón, aprovechar una ventana abierta, pero que no esté a ras de suelo o que permita la entrada sin esfuerzo alguno.

iii. ROMPIMIENTO O FRACTURA

La doctrina ha distinguido tradicionalmente entre los supuestos de fractura exterior y fractura interior.

De este modo, se denomina fractura exterior a los supuestos de fractura de pared, techo, suelo, puerta o ventana, contemplados en el número 2º del art. 238. Por el contrario, se denomina fractura interior a los supuestos de fractura de armarios, arcas u objetos cerrados y sellados y forzamiento de cerraduras o descubrimiento de claves, que aparecen contemplados en el número 3º.

La doctrina denomina esta circunstancia como supuesto de fractura exterior o inmobiliaria. Igual que el escalamiento, exige la entrada del exterior al interior del lugar cerrado en el que está la cosa de la que se pretende apoderar el autor. Tampoco precisa una fuerza física especialmente intensa, basta la necesaria. Puede ser cualquier rompimiento para acceder al interior del lugar cerrado, que tanto es una casa, como un automóvil cerrado. Es preciso, eso sí, que la fractura sea medio para la sustracción. No será robo si esa fuerza es posterior al apoderamiento, por ejemplo para huir del lugar. Los daños producidos para el acceso y la sustracción quedan embebidos en el castigo del robo, no constituyen una infracción penal aparte.

Tampoco sería fuerza en las cosas típicas si la fuerza se hace en la cosa misma, como por ejemplo forzar o quebrantar el sistema de cierre de seguridad de la columna

de dirección de un automóvil, que se considera fuerza en la cosa y no fuerza hacia la cosa, por lo que sería hurto y no robo.

Fracturando muebles, objetos cerrados o sus cerraduras o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.

Llamada fractura interna por la doctrina, al igual que la anterior, exige que se violente una cosa mueble, susceptible de transporte, que contiene en su interior la cosa que se pretende sustraer. Es, por tanto, un acceso de un continente a un contenido, como es requisito común a este tipo de robo. No se considera fuerza en las cosas cuando esa fuerza es el medio de apertura natural del objeto. Por ejemplo, la rotura de un cerdito de barro para sustraer lo que hay en su interior que no tiene otro medio de apertura que esa rotura. No sería fuerza en las cosas típicas si la fuerza se hace en la cosa misma. Por ejemplo, romper el sistema de seguridad de cadena de una motocicleta es fuerza en la cosa misma y no hacia la cosa, por lo que sería hurto y no robo.

iv. USO DE LLAVES FALSAS

El concepto de llave falsa a efectos penales es funcional, es decir, es llave falsa todo artilugio que puede abrir un cierre mecánico o incluso electrónico, aunque no sea conceptualmente una llave. El propio Código Penal enumera en el artículo 239 CP supuestos que se consideran llave falsa por poder ser dudosos y sin una previsión específica podría plantear problemas su inclusión. Así establece que son llave falsa:

El art. 239 CP dispone que se consideraran llaves falsas:

1º. Las ganzúas u otros instrumentos análogos.

2º. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

3º. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.

Por otro lado, el mismo precepto dispone que a los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.

En particular, tratándose de tarjetas de crédito perdidas o sustraídas a su titular, la Consulta 2/1988 de la Fiscalía General del Estado declaró que existe delito de robo

con fuerza en las cosas cuando el uso se realiza a través de cajeros automáticos, y delito de estafa cuando se realiza en local comercial, con la connivencia de su dependiente.

En cuanto a la inutilización de sistemas de alarma o guarda, la Consulta 13/1997 de la Fiscalía General del Estado declaró que será necesario que dicha inutilización hubiere sido empleada con el fin de acceder al lugar donde las cosas se hallen. Por tanto, no existirá robo con fuerza sino hurto cuando el culpable sustrae artículos a la venta en centros comerciales después de inutilizar o desprender los dispositivos de alarma colocados en dichos artículos.

v. PENA

En el artículo 240 CP, la reforma de la LO 1/2015 introduce un nuevo apartado. En el número 1 mantiene la penalidad para el delito de robo con fuerza en las cosas de uno a tres años de prisión, pero introduce un número 2 al objeto de señalar la imposición de la pena de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 235 CP, agravaciones que son comunes al hurto y que antes se preveían en el art. 241, junto con el robo en casa habitada. Son:

1.º Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

2.º Cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento.

3.º Cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos.

4.º Cuando se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas.

5.º Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración.

6.º Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.

7.º Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.

8.º Cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito.

9.º Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza.

IV. ROBO EN CASA HABITADA

La razón de la agravación no solo radica en el riesgo para las personas sino también en cuanto supone un ataque a la inviolabilidad de domicilio, por lo que suele excluirse la agravación si la vivienda se encuentra deshabitada. Sin embargo, el TS tiene declarado que casa habitada no solo es la que está realmente y permanentemente ocupada por una persona o familia que en ella vive, sino la que sirve a dichos fines de habitación en épocas determinadas o inciertas, de ahí que se incluyan los supuestos de segunda residencia en épocas determinadas, y de las que pueden estar sus moradores ausentes accidentalmente, siendo irrelevante que los culpables se cercioren previamente si hay alguien o no.

Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar. Por dependencias de casa habitada se entienden sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física. Son los anejos que no sirven de habitación. Igualmente ha sido considerada casa habitada a los efectos del robo, las habitaciones de hoteles y apartamentos.

En cualquier caso el apartado 2 del art. 240 da una definición auténtica de casa habitada, y en el número 3 de sus dependencias.

En cuanto al robo en casa habitada, el art. 241 CP contiene las siguientes reglas:

1. El robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público, o en cualquiera de sus dependencias, se castigará con una pena de prisión de dos a cinco años.

Si los hechos se hubieran cometido en un establecimiento abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, fuera de las horas de apertura, se impondrá una pena de prisión de uno a cinco años.

2. Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.

3. Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física.

4. Se impondrá una pena de dos a seis años de prisión cuando los hechos a que se refieren los apartados anteriores revistan especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en todo caso, cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235.

En relación con este delito, la jurisprudencia ha declarado que el fundamento de la agravación no radica únicamente en el riesgo que el hecho entraña para la vida e integridad de las personas sino también en el mayor desvalor derivado del ataque a la inviolabilidad del domicilio. En este sentido, la misma jurisprudencia ha admitido la apreciación de la agravante cuando se trate de segundas viviendas habitadas en determinadas épocas del año.

En cuando al robo con fuerza en establecimiento abierto al público, la Consulta 11/1997 de la Fiscalía General del Estado ha considerado que el fundamento de la agravación se limita en este caso al riesgo que el hecho entraña para la vida e integridad de las personas que puedan hallarse en el local al tiempo de la ejecución del hecho. Así pues, la agravante sólo se apreciará cuando el robo haya tenido lugar en horas de apertura o cuando, pese a tratarse de horas de cierre, el culpable tuviera conocimiento de la existencia de personas en el interior.

Señala la STS núm. 1506/2001 de 20 julio, que por local o edificio abierto al público hay que entender aquel cuyo acceso no está limitado a determinadas personas sino que se encuentre libre para que pueda entrar quien lo desee.

Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física, como pueden ser garajes, trasteros, despensas, etc.

V. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

i. INTRODUCCIÓN

El artículo 237 CP en redacción dada por la LO 1/15 define el robo violento del siguiente modo: «Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando… violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren.». En la definición, se incluye novedosamente, en el tipo básico, la posibilidad de que la violencia o intimidación recaiga en personas distintas del perjudicado. Así, es pacífica en la doctrina y jurisprudencia la consideración de que el sujeto pasivo de la violencia no solo puede ser la víctima del delito patrimonial sino cualquier otra persona que se interponga activa o pasivamente en la comisión del delito o en la fuga del culpable, incluidas las que acuden en auxilio de la víctima o las que persiguieren al delincuente (STS de 29 de septiembre de 1991), siempre y cuando la violencia sea causa determinante del robo de tal manera que cuando la violencia no vaya dirigida al desapoderamiento, a vencer la voluntad contraria a la sustracción debe ser calificada de forma independiente a la sustracción (STS de 29 de enero de 2002).

La LO 1/15 de 30 de marzo, incluye además en el apartado 2 del art. 242 CP, como supuesto agravado, el robo con violencia cometido en establecimiento abierto al público, que anteriormente no existía.

El apartado 3 y el apartado 4 no sufren modificaciones.

Se estructura, por tanto en un delito básico, dos delitos agravados y un tipo atenuado.

En cuanto al robo con violencia o intimidación en las personas, el art. 242.1 CP castiga al culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

Delito básico de robo con violencia o intimidación

Se recoge en el art. 241.1 del CP y se castiga con una pena de 2 a 5 años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

En cuanto a sus elementos, la acción del delito de robo se integra por dos elementos específicos: la violencia o la intimidación en las personas, como medio de doblegar la voluntad de la víctima para que entregue la cosa o conseguir el apoderamiento.

De esta manera, la violencia o intimidación se emplean para superar los obstáculos que el propietario ofrece, también cuando sea para proteger la huida y durante la persecución, como precisa el precepto. Ahora bien la violencia no ejercitada

con el fin del desapoderamiento debe calificarse independientemente de la sustracción. Así en STS de 13 de junio 2000 se dice que, la violencia o intimidación típica es aquella instrumental al desapoderamiento, ordenada de medio a fin. El empleo de la misma debe ser la causa determinante del desapoderamiento.

En cuanto al concepto de violencia o intimidación, equivale la primera a la fuerza física, a la que se equipara el utilizar medio químico, narcótico o gas (STS 1332/2004 de 11 de noviembre), y la intimidación a la fuerza moral, y viene constituida por el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal, posible y que despierte o inspire al ofendido un sentimiento de miedo, desasosiego o angustia. La STS núm. 650/2008 de 23 octubre, con cita de la STS 956/2006 de 10 de octubre, define la intimidación como «el temor de un mal grave e inmediato». Señala que «la Sala 2.ª ha delimitado el concepto de intimidación típica, que debe ser aquella instrumental al desapoderamiento, ordenado de medio a fin. La intimidación viene constituida, conforme al art. 1267 y ss. CC por el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal, concreto y posible que despierte o inspire en el ofendido su mantenimiento 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 existentes (ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados, etc.) hay que reconocer la idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido (SSTS 535/2002 de 20.3, 1198/2000 de 28.6)».

En relación a la violencia, no será necesario el empleo de la vis física absoluta sino que bastará el empleo de cualquier medio físico capaz de doblegar la voluntad de la víctima pero siempre que dicha violencia se haya empleado para posibilitar o facilitar el apoderamiento y con independencia de que se aplique sobre la persona que sufre la sustracción y que se hayan producido lesiones. Por tanto, no habrá robo con violencia cuando ésta únicamente se haya empleado una vez consumado el delito.

Es ya un axioma jurisprudencial que la intimidación no ha de ser poco menos que invencible. Basta con que el anuncio de un mal inminente sea susceptible de inspirar en el receptor un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño real o imaginario. 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 y a su suficiencia e idoneidad instrumental como medio para el apoderamiento, sin pretender una subjetivación absoluta que dotaría de influencia penal a coacciones morales objetivamente insuficientes.

El concepto de intimidación, se entiende por tal la vis compulsiva o amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad contraria de la víctima con independencia de que se aplique sobre la misma persona que sufre la sustracción.

ii. ALGUNOS SUPUESTOS

1. EXHIBICIÓN DE PLACA POLICIAL FALSA Y ESPOSAS: NO ES ESTAFA

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 reivindica 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.

2.CONTINUIDAD DELICTIVA: NO SE APRECIA

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

VI. AUTORIA

La fuerza[1] y la violencia califican de robo al delito, y esa calificación se extiende a todos los partícipes, aun cuando por la división de tareas propia del delito, no todas las personas que intervienen hayan realizado la violencia directamente. Es decir, así como la violencia puede ser ejercida tanto contra el sujeto pasivo del delito como contra otra persona, quien ejerce materialmente la violencia puede ser diferente del que concreta el apoderamiento, y sus interrelaciones se rigen por las reglas de la coautoría y, en general, por las del concurso de personas en el delito

VII. TIPO SUBJETIVO

Se trata de un delito doloso[2], de manera que no existe el tipo culposo para el delito de robo, al igual que tanto la violencia como la fuerza deben ir dirigidas al apoderamiento; se entiende que la violencia también puede darse después del apoderamiento a los efectos de asegurar su impunidad.

Subjetivamente, entonces, la fuerza debe haber sido querida por el agente, como procedimiento relacionado con el apoderamiento. El daño meramente culposo de la cosa misma o de sus adherencias, no confiere tipicidad a la energía desplegada. Tampoco configura el robo la fuerza realizada con distinta motivación, como la de quien, habiéndose apoderado de la cosa, sigue destruyendo por espíritu vandálico.

También en el caso del robo con violencia en las personas, debe existir una relación con el apoderamiento, de modo tal que la violencia ejercitada en mera concomitancia, no alcanza a éste para transformarlo en un robo, siendo muy claro que el móvil debe ser precisamente el de lograr su impunidad. Si al ladrón lo impulsa cualquier otro motivo, la agravante no concurre, como, por ejemplo, si le pega una cachetada al dueño por puro espíritu de vejación.

VIII. SUPUESTOS AGRAVADOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN.

i. En casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias. (Art. 242.2 CP).

---

1 Alberto Donna Edgardo. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

2 Alberto Donna Edgardo. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

La pena en estos casos será de prisión de tres años y seis meses a cinco años.

En cuanto al tipo agravado, el art. 242.2 impone la pena en su mitad superior Cuando el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.

ii.Uso de armas u otros medios peligrosos (art. 242.3 CP)

a) Naturaleza y fundamento

El artículo 242.3 del Código Penal castiga el robo violento o intimidante con pena en su mitad superior (prisión de tres años y medio a cinco años) "cuando el delincuente hiciera uso de armas u otros medios peligrosos que llevare, bien para cometer el delito o proteger la huida, bien atacando a los que auxilien a la víctima o a los que le persiguieren".

Su fundamento está en el riesgo o peligro para la vida o la integridad física inherente al uso de las armas o instrumentos peligrosos.

Para la doctrina[3] y jurisprudencia la agravación de uso de armas o medios peligrosos responde al peligro que para la vida o integridad física de las personas supone la utilización de tales medios. El fundamento de la agravación estriba, por tanto, en el incremento de riesgo para los bienes personales de la víctima o de los que acuden en su auxilio. En base a este fundamento, el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de marzo de 1998 estima el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria que calificó los hechos conforme al artículo 242.2 del Código penal y dicta una segunda sentencia conforme al tipo básico del artículo 242.1 por considerar que el objeto punzante colocado en el costado derecho de la víctima no ha sido identificado por lo que “pudo ser un lápiz o incluso un dedo de su propia mano, lo que en ningún momento supuso un peligro grave para el intimidado”.

Por el contrario, en algunas ocasiones, el Tribunal Supremo ha considerado arma a los revólveres detonadores cuyo uso no entraña peligro alguno de lesión a la vida o a la integridad física, por lo que en rigor, si no hay riesgo para la vida, integridad física o la salud del sujeto pasivo o de terceros mal podría sostenerse esta agravación. Asimismo, existe una reiterada jurisprudencia que considera la posibilidad de incluir en el catálogo de instrumentos peligrosos, a los efectos del artículo 242.2 del Código penal, aquellas armas que aun careciendo de cargador o, por ser simuladas o de fogueo, pueden transformarse en un elemento agresivo y contundente con riesgo para las personas que

[3] De Vicente Martinez Rosario. El delito de Robo con Violencia o intimidación en las personas: Interpretación y aplicación jurisprudencial. Tirant lo Blanch. 1999.

sufren el hecho delictivo. El solo hecho de que la pistola haya sido calificada como de fogueo, pone de relieve, según la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1999, que tiene que estar construida con materiales sólidos y metálicos para posibilitar la deflagración. Con estas características es evidente según la jurisprudencia, que la pistola por su composición puede ser utilizada como elemento contundente, lo que la convierte en un instrumento peligroso. Asimismo, si el arma no podía ser disparada por el estado en que se encontraba, pero sí ofrecía la posibilidad de ser esgrimida como arma contundente e instrumento de agresión, capaz y adecuado para herir o golpear se ha considerado medio peligroso.

Es decir, ante el uso de un arma o de cualquier otro medio peligroso, el Juez o Tribunal deberá comprobar que, en efecto, su uso supone un peligro para la vida o integridad física de la víctima, si no es así, deberá de abstenerse de agravar la pena. No se puede aplicar de forma automática el apartado 2º.

Se plantea si en el caso de que ese peligro o riesgo se concrete en un resultado lesivo para la vida o la integridad física (por ejemplo muerte o lesiones graves), cabe aplicar este subtipo agravado. Parte de la doctrina mantiene que no podría ser aplicado pues ese peligro en el que el subtipo agravado se funda se habría materializado y por tanto al castigarse esa materialización (delito de homicidio, lesiones. etc.) no cabe ya castigar el peligro, lo que parece la solución más acertada.

b) Concepto de arma e instrumento peligroso

Arma. Se trata de cualquier tipo de arma, ya sea de fuego, blancas u otros medios igualmente peligrosos. Debe ser en todo caso un arma real y operante u operativa, y no armas inoperantes (simulada, de juguete, estropeada, sin munición, etc.). Si la utilización de este tipo de armas constituyese el subtipo agravado sería castigar dos veces la misma circunstancia pues se consideraría en su efecto intimidante para constituir el delito y además tal subtipo agravado sin existir ese peligro real que precisa el fundamento de la norma.

Instrumentos peligrosos son aquellos que son susceptibles de serlo -peligrosos- para la vida o integridad física de las personas (pinchos, barras de hierro, bates de beisbol, cadenas de hierro, piedras, sprays de defensa personal, una jeringuilla, una muleta, etc.). Atiende no a la finalidad o naturaleza propiadel objeto empleado (que puede ser de uso lícito y hasta doméstico) sino a su susceptibilidad de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor y crear un riesgo para el asaltado.

c) Sentido del término uso

Supone que en la realización de la sustracción, ya sea intimidando o lesionando, el sujeto se sirve de armas u objetos peligrosos. En consecuencia esas armas u objetos peligrosos han de ser efectivamente utilizados o usados, no bastando solamente el mero

porte o tenencia. Pero el uso no sólo es el disparo del arma de fuego o el clavar o pinchar el arma blanca sino cualquier otro como su exhibición (apuntando) u otra utilización no propia (un culatazo), que revele el peligro real que corren los sujetos pasivos de no acceder a las pretensiones de los delincuentes.

d) Relevancia del uso según el momento

Se considera como causa de agravación el uso realizado en tres momentos distintos:

— Empleando las armas para cometer el delito

Si el arma es exhibida una vez que los sujetos pasivos han sido, por ejemplo, ya amordazados o maniatados, ya no existe el plus de peligrosidad y de eficacia intimidatoria y no procede aplicar el subtipo agravado.

— Empleadas en la huida

Si la huida se produce después de haber dispuesto el autor de las cosas apoderadas y por tanto una vez consumado el delito, no estaríamos ante un robo con violencia o intimidación sino ante el delito contra la propiedad que fuese (hurto, robo con fuerza, o robo con intimidación o violencia, pero otro tipo de violencia distinta al uso del arma, en concurso real con el delito que constituya el uso del arma (amenazas por ejemplo). Si no ha existido disponibilidad estaríamos ante el tipo agravado.

— Ataque a terceros

Supone la intervención de terceras personas, anterior a la consumación del delito (disponibilidad). Pueden ser auxiliadores de las víctimas o seguidores del delincuente (por ejemplo, agentes de policía).

Si se produce por el uso del arma alguna lesión en la integridad física o vida de ese tercero se produciría un concurso de esta lesión (incluso el delito de homicidio, en su caso) con el tipo agravado de robo.

STS n.º 771/2008 de 26/11/2008, «...El subtipo agravado del art. 242.2 del Código Penal exige que el acusado lleve el arma desde un momento anterior al momento en que ejecuta el delito.

En los motivos tercero, cuarto y quinto combate la afirmación fáctica, y su consecuencia jurídica, relativa a que el recurrente "portaba" consigo un cuchillo antes de cometer los hechos de la sustracción violenta, de suerte que, excluida tal afirmación,

no debe estimarse que el delito de robo por el que se le condena revista la forma agravada del subtipo previsto en el nº 2º del art. 242 del CP.

La exclusión del dato de hecho se funda en dos afirmaciones, ambas de relevancia constitucional. La primera que no fue objeto de imputación por la acusación, por lo que la sentencia incumple la exigencia del principio acusatorio. La segunda que no existe prueba de cargo válida en juicio oral de la que pueda derivarse tal dato, por lo que la infracción es ahora de la garantía de presunción de inocencia.

El examen conjunto de estos tres motivos, de los cuales el Ministerio Fiscal apoya el de infracción de ley, se hace porque, en realidad, como éste último indica, la declaración de hechos probados no efectúa aquella afirmación, sobre la llevanza del arma blanca, de modo suficientemente descriptivo para que pueda darse por concurrente el presupuesto del subtipo agravado. Lo que hace irrelevante la impugnación contraída al discurso fáctico, dada la inanidad de éste para penar por dicho subtipo agravado.

Situados ya en el ámbito de la infracción de ley, hemos de recordar la doctrina de este Tribunal, reflejada, entre otras en las Sentencias núm. 472/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 24 mayo y núm. 1768/2003 (Sala de lo Penal), de 2 enero que establecen que, quedan fuera de tal subtipo agravado los supuestos de uso de un arma tomada in situ, por aplicación de la literalidad del precepto penal trascrito, pues requiere que el delincuente «lleve» el arma, es decir, se haya pertrechado del mismo, antes de cometer el delito, por la mayor potencialidad agresiva que determina su acción y, en consecuencia, la mayor antijuridicidad del comportamiento penal desplegado. Así se acordó en Junta General para la unificación de criterios, celebrada el día 9 de febrero de 2001, como recuerda, entre otras, la Sentencia de esta Sala 1279/2002, de 4 de julio.

Ciertamente la sentencia recurrida proclama como hecho probado que el acusado clavó un cuchillo en la rodilla a la víctima, en la primera agresión. Y dice que ese cuchillo "lo portaba" el acusado. Y bien pudiera pensarse que lo hacía desde antes de encontrase con la víctima ya que, dicen los hechos probados, que el acusado "lo sacó".

No obstante el Ministerio Fiscal, con invocación de aquella doctrina jurisprudencial, apoya el motivo. Y tal apoyo puede llegar a explicarse porque la sentencia no deja de provocar alguna duda al respecto. En efecto aquellas expresiones entrecomilladas siguen a un texto en el que dice la declaración de hechos probados que la víctima accedió a acompañar al recurrente dirigiéndose al 129 domicilio de aquélla. Y que no le consta al Tribunal si la inicial agresión se produce mientras van en coche a dicha casa, o una vez en ésta. Y por ello no excluye con la nitidez deseable que el cuchillo no fuese pertrecho del que se dotase el agresor ora dentro del vehículo, ora una vez en el domicilio, sin disponibilidad adquirida antes de encontrase en el escenario de los hechos y efectiva una vez en él.

Tampoco en la justificación de los hechos probados dedica la sentencia argumentación alguna a explicar por qué llega a la conclusión de que el arma la tenía el acusado dispuesta antes de acometer la agresión dirigida inicialmente a la sustracción por la que se le pena.

Tal situación de duda lleva a aceptar el apoyo del Ministerio Fiscal al recurso, el cual, por otra parte, llevó a que el recurrente no contraalegase sobre tal particular en el trámite procesal de contestación a la impugnación efectuada por el Ministerio Fiscal, en la tramitación de esta casación». (F. J. 3º)

IX. ACUERDO DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21/01/2000 (Uso de Pistolas detonadoras o de fogueo)

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que las pistolas de fogueo, 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 C Penal, 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.

X. TIPO ATENUADO

En cuanto al tipo atenuado, el art. 242.3 CP dispone que se podrá imponer la pena inferior en grado en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando las restantes circunstancias del hecho.

En relación con este delito, la jurisprudencia ha declarado que la atenuante podrá apreciarse tanto en relación con el primero como con el segundo apartado del art. 242 siempre que exista una menor antijuridicidad del hecho o una menor entidad de la violencia o intimidación aunque se hubieren empleado armas u otros medios igualmente peligrosos.

En todo caso, es una rebaja de pena facultativa para el Juez o Tribunal ("podrá imponérsele"). Se basa en "la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas" y atendidas "las restantes circunstancias del hecho". Se trata por tanto de una cláusula valorativa que no plantea especiales problemas en cuanto a la violencia, que habrá de existir pero de forma muy matizada, quedando el hecho a medio camino entre un hurto y un robo violento (en él encajarían la mayoría de los supuestos de tirón). Más problemas plantea en cuanto a la intimidación leve. Respecto a las restantes circunstancias del hecho (no del autor), hace referencia a datos como la cuantía de lo sustraído, el perjuicio patrimonial causado al sujeto pasivo, etc.

En cuanto al concurso con el allanamiento de morada, la Consulta 10/1997 de la Fiscalía General del Estado ha considerado que la supresión de la agravante de morada del ofendido en el Código Penal de 1995, unida a la limitación del robo en casa habitada a los supuestos de robo con fuerza, podrán dar lugar a la apreciación de un concurso ideal entre el allanamiento y el robo con violencia o intimidación.

XI. SUBTIPO ATENUADO: MENOR ENTIDAD DEL HECHO

El apartado 4º del vigente art. 242 C.P. contiene un tipo privilegiado que permite imponer la pena inferior en grado a la prevista en el párrafo primero en supuestos en los que la violencia ejercida sea de escasa entidad. El legislador considera que en tales casos debe declinar el rigor con que se castigan esta clase de infracciones, evitando la desproporcionalidad manifiesta entre el ilícito y la respuesta penológica, debiendo valorarse tanto la cuantía económica de lo sustraído como la magnitud de la violencia ejercida para el desapoderamiento para buscar el equilibrio entre la entidad o gravedad de la acción antijurídica y la sanción equitativa y proporcional al hecho. En el caso presente, y de acuerdo con el Hecho Probado, es claro que la violencia fue de escasa relevancia, prácticamente la propia del método de sustracción conocido como "el tirón",

sin amenazas, sin agresión y sin ningún daño físico en la víctima, que únicamente sufrió el despojo de su teléfono móvil. Por ello, el motivo debe ser estimado, casándose la sentencia impugnada y subsumiendo los hechos en los apartados 1 y 4 del citado art. 242 C.P., rebajando la pena en un grado y fijándola en un año y tres meses de prisión. En virtud de lo dispuesto en el art. 903 L.E.Cr., la nueva sentencia aprovechará también al coacusado no recurrente.

XII. DIVERSOS SUPUESTOS CONCRETOS DEL TIPO DELICTIVO

i. Robo con escalo (entrar por un lugar no destinado al efecto (no natural, insólita o desacostumbrada) siempre que ello exija una destreza o esfuerzo de alguna importancia para trepar o ascender a un determinado lugar).

Las STS de 20 febrero de 1998, de 30.04.02 y de 6.11.03; por escalamiento no solo se entiende subir, escalar o trepar sino que deber ser entendido como cualquier acto de subir, bajar, trepar o ascender en cuanto supone acceder a un lugar por un sitio no habitual o natural, por lo que cabría también el robo con fuerza en el acceso por alcantarillas (ST Audiencia Provincial Cádiz de 26-6-06)

Persona que entra por la ventana de una vivienda tras saltar una pared (STS 1811/2003 de 6-11). No lo será si se entra por una ventana de la planta baja sino se describe ningún esfuerzo o destreza o si la ventana está abierta y a nivel de la calle; si se apreció si la ventana estaba abierta pero a un metro y medio del suelo al entender el tribunal que el sujeto activo realizó un esfuerzo para acceder a ésta. Si la persona accede a un piso que se encuentra en la tercera planta del edificio aprovechando unos andamios de una obra que se encuentran próximos a ésta también será robo con fuerza con escalo. Si persona entra en una vivienda que está abierta para sustraer objetos y es sorprendida por la Policía y en ese momento sale por un ventana del piso y escala a otro para escapar no sería robo con fuerza sino delito de hurto. (ha de ser fuerza para acceder no para salir). Se ha apreciado robo con fuerza en el acceso por una alcantarilla para sustraer posteriormente distintos objetos de un establecimiento.(ST Audiencia Provincial Cádiz de 26-6-06).

ii.Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana

Fractura del cristal de un coche para sustraer un objeto, absorbiéndose los daños causados en el robo con fuerza. También se ha considerado fractura el desmontaje de los cristales de una puerta aunque no se rompieran o quitar los cristales de una ventana

para acceder al lugar y realizar el apoderamiento. Entrar por el agujero de una valla que está abierto es hurto y no robo con fuerza. Penetrar en una finca cortando el alambre para coger animales se ha entendido como hurto y no robo con fuerza, pues la Jurisprudencia ha entendido que cortar dicha alambrada no puede asimilarse por analogía (en derecho penal está prohibido) a rompimiento de pared. La alambrada, la misión o la función que tiene es la de evitar que los animales escapen (STS 2-2-82) y que la misma no está colocada para proteger ninguna "propiedad". Motocicleta o bicicleta candada en la vía pública y rompes el candado para sustraerla; en este caso la Jurisprudencia entiende que sería hurto, ya la fuerza empleada es sobre la cosa misma ("fuerza in re") no para acceder a nada ("fuerza ad rem"); si la moto está en un garaje y fuerzas la puerta de entrada y te llevas ésta en este caso si sería Robo con Fuerza. Robo con fuerza la fractura del tapón de la gasolina para acceder a la misma y su posterior sustracción (como se recoge en multitud de Sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales, Audiencia Provincial de Madrid el 29-4-2008). No sería dicho tipo delictivo si el tapón de la gasolina estuviera ya abierta y no se fuerza nada procediendo a continuación a sustraer la gasolina. (Delito de Hurto).

iii.Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.

Entrar en casa abierta y llevarse un armario cerrado y luego en un lugar apartado fracturo su puerta para coger lo que hay en su interior (robo con fuerza). Entrar en casa abierta y llevarse un armario cerrado y luego en un lugar apartado cuando ha trascurrido un hora de la sustracción sorprendido por la Policía intentando abrir el armario cerrado para coger lo que hay en su interior (robo con fuerza consumado) al haber tenido ya disponibilidad potencial o fugaz de la cosa (Consumación subjetiva anticipada) y se acredite como en éste caso su propósito ulterior de fractura del mismo como ha entendido la propia Jurisprudencia. Entrar en casa abierta y llevarse armario cerrado y al salir sorprendido por la policía (todavía no he tenido disponibilidad de la cosa, ni potencial ni fugaz) delito de hurto en tentativa más allanamiento de morada (STS 19-01-98). Romper una hucha para acceder al dinero que contenga (hurto) pues Jurisprudencia entiende que el mismo propietario tendría que romperla para acceder a lo que contenga. Si se entendería como supuestos de robo con fuerza (fuerza "ad rem" para acceder) la rotura o fractura de la caja que contiene un Cd para acceder y sustraer el mismo pues encaja perfectamente en el tipo penal; otra cosa distinta es que a efectos judiciales o de pena se castigue como tal atendiendo al valor en este caso del objeto sustraído.

iv.Uso de llaves falsas

Ha de ser su utilización para “acceder” al objeto o cosas muebles ajenas y sustraer estos; e implica el empleo de un medio que permita dicho acceso sin causar daños (STS 257/2000 de 18-2), no correspondiéndose su concepto con el usual o vulgar sino que se trata de un concepto funcional es decir, no siendo necesario que sea metálica, ser de cualquier clase o mecanismo pero que sirva para la apertura o cierre del mismo. Así se consideran las siguientes: Ganzúas («alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras»), u otro instrumento análogo (ej.: destornillador si cumple esta función, ST 257/2000, de 18 de febrero que considera instrumento análogo a la ganzúa, una moneda unida a un hilo muy fino y papel de celofán que permite liberar, abriéndolo, el mecanismo de una máquina expendedora de tabaco, obtener éste y la devolución del cambio, recuperando la moneda). Llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal (delito); se incluyen las simplemente extraviadas, las indebidamente apropiadas (Ej.: las poseía cuando trabajaba en el local pero al ser despedido no las devolvió), las retenidas indebidamente, las tomadas por la fuerza o violencia (robo) o con engaño (estafa), las olvidadas o escondidas (no las puestas en la cerradura o en lugar visible; STS 22-12-97) ni tampoco la utilizada por ej.; por el recepcionista del hotel pues estaba autorizado para uso pero no en el sentido que lo hizo: hurto con abuso de confianza. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura (podrían incluirse el duplicado de una llave genuina). Se incluyen las tarjetas (magnéticas o perforadas) y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.

Con la reforma de 2010 ya no se incluyen las tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje como robo con fuerza, sino como estafa por manipulación informática (art. 248 CP). El Tribunal Supremo se pronunció, antes de la reforma del Código Penal de 2010, en relación al tema de los cajeros y la utilización de las tarjetas de tarjetas de crédito con la STS 9-5-2007 y otras posteriores considerando la sustracción de dinero de los mismos mediante el uso o utilización de tarjetas de crédito no ya como robo con fuerza sino como estafa por manipulación informática, recogida en el apartado segundo del artículo 248 del vigente código penal.(ej.: Antonio se queda mirando a una persona que está sacando dinero y observa su número de pin; cuando éste se marcha le sigue y le sustrae la cartera al descuido y de inmediato va al cajero a sacar dinero pues sabe el pin de la tarjeta; en este caso cometería dos delitos uno de hurto y otro de estafa por manipulación informática y no robo. En dicha sentencia se cuestiona si el procedimiento denominado de la "siembra", que tiene por objeto conseguir el número PIN y la tarjeta de crédito de la víctima elegida, consistente en que una persona se sitúa a una distancia adecuada de quien se encuentra efectuando una operación en un cajero y así ver el número PIN, para a continuación distraerle de forma que pierda de vista la tarjeta cuando sale por la ranura del cajero, siendo sustraída y sustituida por otra tarjeta, de manera que la víctima luego no se apercibe del cambio de tarjeta hasta que va a

efectuar operaciones con la misma debe considerarse un Robo con Fuerza por el contrario se encuadraría como Estafa por manipulación informático del artículo 248.2, y en este caso se beneficiaría al reo o culpable pues la pena en este caso sería inferior al delito de robo con fuerza.

Así señala el TS en dicha sentencia, tras realizar un análisis minucioso de ambos tipos delictivos, algunas conclusiones, considera dicha conducta delictiva no como Robo con Fuerza sino como Estafa: "En efecto no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para "acceder al lugar donde éstas se encuentren", tal y como lo define legalmente el art. 237 CP. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede"… "Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero…". "El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v.gr.: la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto)…" "Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el art. 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v.gr.: se descubre la clave y se accede al interior de la caja fuerte). En nuestro supuesto no se accede al interior del cajero, es decir, al depósito donde se conserva el total del dinero de la máquina, sino que el aparato entrega por si una cantidad seleccionada de tal depósito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación…"."Debemos plantearnos si este supuesto puede ser reconducible al tipo del art. 248.2 del nuestro CP, creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas y que requiere valerse "de alguna manipulación informática o artificio semejante" para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, y que algunos autores rechazan argumentando que no es posible hablar en estos casos de manipulación, sin hacer perder a esta expresión su verdadero sentido, cuando la maquina es utilizada correctamente solo que por una persona no autorizada a intervenir en ella con la tarjeta de otro y ello porque manipular el sistema informático se considera por este sector doctrinal algo más que actuar en él, equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas, perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa, es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que no debe autorizarlo, no sería posible hablar de manipulación informática en el sentido del art. 248.2.". "Ahora bien, con independencia de que esa alteración de la persona supone un uso indebido de cajeros automáticos que podría ser subsumida en la alternativa típica

del "artificio semejante" del art. 248.2 CP en estos casos de conducta voluntaria -pues como hemos dicho, el Banco entrega voluntariamente a quien use regularmente la tarjeta- pero no consentida, en el sentido de que el Banco no consiente que un sujeto obtenga el dinero sin autorización, lo cierto es que tanto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales como en parte de la doctrina se va asentando la posibilidad de aplicar el tipo penal del art. 248.2 CP.". Por tanto y atendiendo a lo expuesto en dicha sentencia y otras posteriores dictadas en el mismo sentido, dicha conducta debería ser calificada como Estafa al concurrir los elementos de la misma (en este caso ánimo de lucro, con independencia de que luego se alcance o no, una manipulación informática o artificio semejante como recoge el tipo que en este caso sustituye al engaño, un acto de disposición patrimonial, un perjuicio patrimonial en este caso tanto al titular del dinero de esa cuenta como al banco que entrega dicho dinero y que posteriormente tendrá que responder de forma subsidiaria y error bastante e idóneo. (Este elemento ha sido discutido en algunas sentencias al entender que el error ha de producirse en la persona, en el sujeto pasivo, y por tanto al tratarse de máquinas, éstas no cometen errores en el sentido de una representación falsa de la realidad, y por tanto no podría aplicarse dicho tipo delictivo. Si bien el TS, al igual que otras sentencias se han pronunciado en el sentido de que con dicho tipo penal se pretender cubrir vacíos legales que no alcanzaban con el concepto tradicional de Estafa, teniendo la figura del apartado segundo del artículo 248 la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error.

Algunos supuestos;

1-Si sustraigo la cartera a una persona y con la tarjeta de crédito saco dinero; hurto y estafa (a diferencia del caso anterior si se considerase robo que en este caso por continuidad delictiva absorbería el hurto) y si no lo consiguiera sería hurto y tentativa de estafa.

2-Si sólo sustraigo la tarjeta de crédito sin más pero no la utilizó para nada; conducta atípica (no hurto) al entender (así lo hace la Jurisprudencia) que la misma carece de valor por sí mismo salvo que se utilice posteriormente en este caso para sacar dinero; si aparte de sustraerla la utilizó cometería en este caso una estafa (consumada o en tentativa si no consigo sacar dinero) sin más.

3-Si sustraigo una cartera al descuido me voy a sacar dinero a continuación a un cajero pero no puedo al no tener el pin y a continuación vuelvo a donde se encontraba dicha persona y le intimido o amenazo para que me proporcione el número del pin dándomelo éste y a continuación saco dinero del cajero podría cometer los siguientes ilícitos penales: un delito de hurto (al sustraer la cartera) Consumado (al haber existido además de apoderamiento disponibilidad de la misma) una tentativa de estafa (al no

poder sacar dinero), un delito de Coacciones o Robo con Violencia (sería discutible éste último supuesto; sería robo con violencia e intimidación si le quito toda la cartera y si luego saco dinero con esa tarjeta, entraría en concurso con un delito de estafa, si bien habría que ver posteriormente si dicho concurso es de delitos o de normas; pero si yo sólo le intimido para que me dé sólo el pin (yo no quiero la cartera entera) como los tribunales entienden, ya en sentencias dictadas desde el año 2003 hasta nuestros días, que la tarjeta de crédito no tiene un valor económico en sí misma, y que sólo sería delictivo si dicha tarjeta se utiliza posteriormente para cometer un ilícito penal, en este caso una estafa, estaríamos no ante un robo violento sino ante unas coacciones) y un posterior delito de Estafa consumado al haber ya obtenido una suma dineraria.

4-Lo explicado hace referencia a los cajeros; si descubro de manera ilícita la clave secreta de un local o banco para acceder al mismo cometeré un robo con fuerza; si lo que hago es coger a una persona por la calle y le obligo con violencia o intimidación a que vaya sacando dinero de los cajeros cometeré un robo con violencia (aparte podría haber un ilícito de detención ilegal)

v.Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda

Esta ha de ser para acceder no para salir. Sustracción de objetos en un centro comercial los cuales llevan incorporados diversos sistemas de alarma, procediendo a quitar o arrancar éstos se considerará hurto (fuerza "in re" sobre la cosa) y no Robo con Fuerza. Inutilización de una alarma de un banco para acceder a éste y sustraer el dinero (robo con fuerza); si dicha inutilización es para salir con el fin de que no me oigan (hurto). Perro que vigila una finca la cual se encuentra abierta y yo con un spray duermo al perro y a continuación sustraigo varios objetos del interior de la misma (hurto, no se incluyen en dicha circunstancia como así lo recoge la Jurisprudencia como sistema de alarma a los perros); con independencia de que cometa un delito de daños si mato al perro, art. 263, o se aplique el artículo 337.

Si en el mismo supuesto anterior, con un perro en la finca para proteger ésta, la persona fractura la puerta de entrada y sustrae del interior varios objetos en este caso cometería un robo pero por la fractura de dicha puerta (fractura externa).

XIII. LA EXTORSIÓN

Pasando a ocuparnos del delito de extorsión, el art. 243 CP castiga a el que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, sin perjuicio de las penas que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados.

XIV. EL ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS A MOTOR

Pasando a ocuparnos de los delitos de robo y hurto de uso de vehículos a motor, el art. 244 CP (red. 2015) contiene las siguientes reglas:

1º. El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de dos a doce meses, si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo..

2º. Se imponen las mismas penas a el que, en el plazo de un año, realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.

1º. Se imponen las penas en su mitad superior si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas.

2º. De no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos.

3º. Se imponen las penas del art. 242 si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas.

En relación con este delito, hay que señalar que el Código Penal de 1995 describe la conducta típica mediante los verbos sustraer y utilizar por lo que será punible tanto la conducta de quienes sustraen el vehículo como de quienes se limitan a utilizar sin sustraerlo como en el caso de quien recibe el vehículo para su reparación o custodia.

Por otro lado, la restitución del vehículo podrá ser directa o indirecta como sucede cuando el culpable sitúa el vehículo en un lugar de fácil localización para su titular. Sin embargo, no bastará que el vehículo sea abandonado en la vía pública o en lugar totalmente ignorado por su titular.

En cuanto a la falta de hurto de uso de vehículos y ciclomotores, el art. 623.3º castiga a los que sustraigan o utilicen sin la debida autorización sin ánimo de apropiárselo, un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, si el valor del vehículo utilizado no excediera de cuatrocientos euros. Si el hecho se ejecutase empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior. Si se realizara con violencia o intimidación en las personas, se penará conforme a lo dispuesto en el artículo 244.

XV. ITER CRIMINIS

i.DIFERENCIA ENTRE DESISTIMIENTO ACTIVO Y TENTATIVA

«..Los Jueces a quibus consideraron que, en esta ocasión y hasta donde ha sido posible acreditar con la debida suficiencia lo acontecido, nos hallamos ante un supuesto de desistimiento activo con consecuencias de impunidad, descrito en el apartado 2 del artículo 16 del Código Penal, en tanto que quien recurre afirma que el aplicable, en este supuesto, es el apartado 1 de dicho artículo 16 y, por ende, que la conducta del acusado se hace merecedora de la correspondiente sanción como tentativa.

Por consiguiente, la primera cuestión a dilucidar, antes de pasar a decidir sobre la corrección de la aplicación o inaplicación de la norma por el Tribunal, a quo a los hechos declarados como probados, y aquí intangibles dado el cauce casacional utilizado, es la verdadera diferencia entre las hipótesis contempladas por nuestro Código en esos dos apartados, 1 y 2, del artículo 16, es decir, entre los actos que han de contemplarse como tentativa de delito y aquellos otros que integran, tan sólo, la figura del , desistimiento activo con efectos absolutorios.

Distinción que, como ha tenido ocasión de decir ya esta Sala (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 15 de Febrero de 2002, por ejemplo), estriba en razones de estricta política criminal, como opción legislativa, tendente a favorecer las actitudes de evitación de la lesión efectiva del bien jurídico por la voluntaria renuncia y decisión de desistimiento del autor mismo de la conducta ilícita cuya ejecución ha dado comienzo.

De este modo la semejanza entre uno y otro supuesto, la forma imperfecta de ejecución del delito y el desestimiento impune tan sólo sancionable respecto de la responsabilidad que al autor le incumba en relación con los actos ya ejecutados en sí mismos constitutivos de un delito o falta, estriba en la realización de hechos integrables en la fase externa del delito tanto como en la ausencia final del resultado no alcanzado.

Mientras que la diferencia entre ambas figuras consiste en la razón causal de esa ausencia de producción del resultado que, mientras que en la tentativa se encuentra

"…en causas independientes de la voluntad del autor", en el desestimiento responde a la voluntaria evitación de la consumación del delito.

Evitación que, según la literalidad del precepto, puede producirse "…bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado…" y, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, que le interpreta y sirve de complemento, "tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando él mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen" (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 15 de Febrero de 2002).

En estos casos nos encontraríamos, desde el fundamento dogmático de la solución de impunidad, ante una causa de exclusión de la tipicidad de la tentativa (SsTS de 9 de Junio de 1992 y 24 de Febrero de 2005) o una excusa absolutoria incompleta (según el Acuerdo del Pleno que se acaba de citar), justificada en la desaparición de la situación de peligro y el cese de la intranquilidad social, en la pérdida de la intensidad en la voluntad delictiva o en el voluntario retorno del autor al orden jurídico.

Y, evidentemente, esa decisión de desistir no debe ser consecuencia de la aparición de obstáculos insuperables para la ejecución del ilícito, que eliminarían el carácter voluntario de la misma (STS de 24 de Febrero de 2005), aunque por otro lado resulta irrelevante su motivación (STS de 17 de Febrero de 2001).

ii. ACUERDO DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO. PUNICIÓN DE LA TENTATIVA INIDONEA

El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º 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.

hora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa -aun 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, aun 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 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. (F. J. 5º)

En el caso actual el recurrente dio principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con el remitente de un importante alijo de droga valorado en más de 30.000 euros, que se había enviado desde Bolivia, para recogerla del lugar donde se había

recibido en España y hacérsela llegar posteriormente a sus destinatarios finales, con el fin de que éstos pudiesen distribuirla en nuestro país.

Con ello practicó parte de los actos que "objetivamente" deberían conducir al fin planeado, enviando a un delegado suyo a recoger la droga, y prestándose así a participar en una operación de tráfico internacional de cocaína. Si no llegó a realizar la recogida y la entrega a los distribuidores finales de la droga en nuestro país, fue por causas independientes de su voluntad, pues la droga ya había sido controlada por las autoridades policiales, pero ello no priva objetivamente de idoneidad al conjunto de la operación tal y como estaba inicialmente planeada. Por lo tanto el hecho debe ser sancionado como tentativa. Procede, en consecuencia, estimar el motivo de recurso interpuesto.

XVI. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DIVERSOS SUPUESTOS

i. DOCTRINA GENERAL

Respecto al contenido y alcance de la garantía constitucional tenemos dicho en nuestra reciente Sentencia núm. 784/09 de 14 de julio, y reiterando lo dicho en las núms. 776/09 de 7 de julio, 714/09 de 17 de junio, 690/09 de 25 de junio, 622/09 de 10 de junio, 489/09 de 14 de mayo, 449/09 de 6 de mayo, 440/09 de 30 de abril, 331/2008 de 9 de junio, 625/2008 de 21 de octubre, 797/2008, de 27 de noviembre, 900/2008 de 10 de diciembre, 65/2009 de 5 de febrero, 225/2009 de 2 de marzo, 248/2009 de 11 de marzo y 242/2009 de 12 de marzo, para determinar si esa garantía ha sido desconocida, lo que ha de constatarse en primer lugar son las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena Esto exige que se examine si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad.

En segundo lugar, como también indicábamos en aquellas resoluciones, y como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

Para constatar el cumplimiento de este específico presupuesto de enervación de la presunción constitucionalmente garantizada han de verificarse dos exclusiones:

La primera que la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- no parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

El vacío habrá sido colmado cuando, más allá del convencimiento subjetivo que el Juez, al valorar los medios de prueba, adquiera sobre la veracidad de la acusación, pueda estimarse, en trance de revisión, que no sustitución, de la valoración del Juez, que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación o, si se quiere, a excluir la mendacidad de la acusación.

La segunda la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.

Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.

Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una duda objetiva debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

ii. DECLARACIÓN AUTOINCULPATORIO ANTE LA POLICÍA

El tribunal Constitucional, y la Sala Segunda, han declarado la habilidad de las declaraciones autoinculpatorias vertidas ante los órganos encargados de la investigación de hechos delictivos, como puede ser la policía judicial, siempre que esas declaraciones hayan sido vertidas en condiciones de legalidad constitucional y ordinaria. En este sentido, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo declaró que "las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia" y, en este sentido, esas declaraciones autoinculpatorias de la acusada fueron introducidas en el juicio oral a través de dos vías, la lectura de su contenido y la declaración del funcionario policial que intervino en la diligencia. Esta doctrina es recogida en la STS 1215/2006, de 4 de diciembre, y a ella ha de estarse, en virtud de la colegiación de este órgano jurisdiccional y la finalidad esencial del recurso de casación de unificación en la interpretación del derecho. Esta Sentencia acoge otras del Tribunal Constitucional, por todas STC 80/91, de 15 de enero (haciendo referencia a otras sentencias suyas como las 80/86, 82/88, 201/89, 217/89 y 161/90, entre otras muchas), con relación a un supuesto similar al actual en el que la recurrente presta declaración inicialmente en dependencias policiales, reconociendo su participación en los hechos enjuiciados, participación que no obstante niega en la que se afirma ante el Juez instructor y en el acto del juicio: en la que se afirma "si a las declaraciones prestadas en las dependencias policiales por los recurrentes -sin duda incriminatorias para los mismos en cuanto se admitió en ellas la comisión de los hechos delictivos- ha de otorgarse o no alguna eficacia probatoria, la conclusión, en aplicación del anterior criterio constitucional, no puede ser sino afirmativa, puesto que de la lectura del acta del juicio se desprende que aquellas declaraciones iniciales fueron reproducidas en ese acto en condiciones que permitieron a la defensa de los acusados no sólo su exacto conocimiento sino también su contradicción efectiva... porque la Sala no se limitó a la simple reproducción genérica y formularia de lo declarado inicialmente, sino que el acta que documenta tal acto pone de manifiesto que se interrogó a cada uno de los encausados sobre el contenido concreto y detallado de las declaraciones policiales; oportunidad que éstos utilizaron negando sus manifestaciones iniciales y alegando que las referidas declaraciones fueron prestadas en su día bajo presiones y tortura". Sentado lo anterior, ha de concluirse pues, que las declaraciones prestadas por los acusados en las dependencias policiales se efectuaron con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas.

iii. DECLARACIÓN DE COIMPUTADO EN FASE SUMARIAL

Entre la actividad probatoria a desarrollar, esta Sala ha declarado la habilidad, para enervar el derecho que invoca en la impugnación, de la declaración del coimputado correspondiendo al tribunal de instancia su valoración desde la inmediación. Las pautas de valoración que, en ocasiones, ha suministrado esta Sala, como la ausencia de una motivación espúrea etc., no integran reglas de estricta observancia para los tribunales, sino criterios para fundamentar la convicción pues la única regla que la Ley procesal impone es la de la conciencia expresada en términos de racionalidad en la motivación de la sentencia (art. 741, 717 de la Ley procesal y 120.3 de la Constitución). Presupuesto de la valoración de la inmediación, pues sólo el tribunal que ha percibido la prueba directamente está en condiciones de valorarla atento no sólo al contenido de lo que en el juicio se dice sino también a su propio desarrollo, la credibilidad que transmite, las reacciones que provoca etc... Por ello, se ha repetido insistentemente desde esta Sala, no puede ser objeto de la censura casacional, la credibilidad del testigo encausado, aunque si la valoración racional del testimonio, precisamente porque no ha percibido la prueba. En el supuesto de retractaciones con relación a lo manifestado en anteriores declaraciones, hemos declarado que son hábiles para fundamentar un pronunciamiento condenatorio cuando el tribunal haya comparado y comprobado la existencia de una retractación en la declaración y estima más creíble una anterior, siempre que la que se toma en consideración tenga capacidad de acreditar un extremo fáctico por su realización ante un órgano jurisdiccional, es decir con posibilidad de producir prueba, y que se proceda con arreglo a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley procesal, es decir, poniendo de manifiesto el contenido de una declaración retractada e indagar sobre el motivo de la retractación. De esta manera el tribunal ha percibido directamente el contenido de una prueba del procedimiento, que ha sido incorporada al juicio oral a través de su lectura e indagación de su contenido.

Una consolidada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha declarado la aptitud de la declaración del coimputado para enervar el derecho fundamental que se denuncia como vulnerado en la impugnación. Su consideración como prueba de cargo exige, con carácter positivo, que la declaración del coimputado aparezca corroborada por otras pruebas. En términos de la SSTC 153/97 y 49/98, la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia como prueba de cargo cuando siendo única, no resulta mínimamente corroborada.

El tradicional criterio de la ausencia de intereses bastardos en la incriminación se complementa en la moderna jurisprudencia por de la corroboración externa de la declaración incriminatoria.

Además, y como requisito negativo, la ausencia de móviles o motivos que permite valorar esa incriminación restándole capacidad probatoria, o que el coimputado haya realizado la incriminación por móviles espurios, como odio personal, venganza,

obediencia a terceras personas, sobornos o resentimientos o por intereses procesales buscando su exculpación.

Como hemos señalado reiteradamente, cumplidos estos requisitos, el tribunal de instancia, órgano encargado de la valoración de la prueba, podrá obtener la convicción necesaria basada en la credibilidad del testimonio sobre los que deberá realizar un análisis racional. (Por todas STS 1830/99, de 16 de febrero).

No se opone a lo anterior el que el tribunal valore las declaraciones del sumario cuando concurren los requisitos excepcionales del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero tratándose de declaraciones es necesario que esa declaración incriminatoria contra otros coimputados se vierta en condiciones procesales y constitucionales inobjetables, lo que exige el cumplimiento de la contradicción (STS 279/2000, de 3 de noviembre).

A través de esas declaraciones, las propias del acusado y las del coimputado que han sido corroboradas por elementos de prueba ajenos a esas declaraciones, el tribunal forma una convicción que expresa en la fundamentación de la sentencia con argumentos de lógica y racionalidad que enervan el derecho fundamental que alegan en la impugnación».

iv. VALIDEZ DE LECTURA EN PLENARIO DE DECLARACIÓN TESTIGO EXTRANJERO. PRUEBA PRECONSTITUIDA IMPROPIA.

Respecto a la tacha de invalidez del testimonio de las testigos italianas hemos de recordar asimismo la jurisprudencia que establece las condiciones en que tales testimonios, depuestos antes del juicio oral, pueden contribuir válidamente a enervar la presunción de inocencia.

Es bien conocida la doctrina, también proclamada por el Tribunal Constitucional, y que recordábamos en nuestra Sentencia 882/2008 de 17 de diciembre, conforme a la cual en principio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas (STC de 18 de junio de 2.001 y SS.T.S. de 20 de septiembre y 5 de noviembre de 1.996, 4 de febrero, 18 de marzo y 30 de mayo de 1.997, 23 de junio y 26 de julio de 1.999 y 3 de noviembre de 2.000, entre otras), que vinculen al Tribunal encargado de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal sentenciador. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 L.E.Cr.) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues

su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

Tal regla general conoce excepciones a las que se denomina con terminología no siempre de general aceptación. En la Sentencia de 30 de junio de 2.008, resumíamos la doctrina que el Tribunal Constitucional enunciaba en la Sentencia de 18 de junio de 2.001 en la que se concretaban los requisitos que han de concurrir para valorar como prueba las diligencias practicadas en fase de instrucción: a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

también se advertía que este criterio afecta especialmente a las declaraciones testificales de los testigos de cargo, puesto que el derecho a interrogar a éste forma parte esencial del derecho de defensa según el art. 6.3.d) del Convenio de Roma de 1.950 y el art. 14.3.e) del Pacto de Nueva York de 1.966, que conceden a todo acusado, como mínimo y entre otros, "el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaran contra él" (véanse SS.T.S. de 18 de marzo de 1.997, ya citada, de 17 de diciembre de 1.998, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre de 1.993 recaída en el caso "Saïdi/Francia"). Por esta razón, la doctrina jurisprudencial exige como requisito necesario para elevar a la categoría de prueba la diligencia de contenido incriminatorio practicada en fase de instrucción, que se garantice la contradicción, siempre que sea factible, es decir, que la defensa del acusado pueda intervenir eficazmente en la práctica de dicha diligencia ejerciendo su derecho a la contradicción interrogando al testigo cuando se trata de declaraciones testificales (SSTEDH de 20 de noviembre de 1.989, asunto Kostovski; de 27 de septiembre de 1.990, asunto Windisch; 19 de diciembre de 1.990, asunto Delta; 19 de febrero de 1.991, asunto Isgró; 26 de abril de 1.991, asunto Asch; 28 de agosto de 1.992, asunto

Artner; 20 de septiembre de 1.993, asunto Saïdi, ya mencionado). Todavía más: los Tribunales no pueden valerse de las actas del sumario referentes a personas que podrían haber declarado en el juicio oral, permitiéndose la utilización del art. 730 L.E.Cr. con riguroso carácter de excepción cuando realmente la presencia del testigo sea imposible o de muy difícil y verificada asistencia, y así se ha admitido cuando el testigo haya muerto, o sea imposible de localizar por encontrarse en ignorado paradero, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal "y no sea factible lograr su comparecencia", debiendo quedar acreditado que por el órgano jurisdiccional se han agotado razonablemente las posibilidades para su localización y citación.

En nuestras recientes Sentencias de 24 de febrero de 2009 y 10 de marzo de 2009, diferenciábamos los diversos supuestos en que actúa la citada excepción especificando los requisitos de las diligencias para su asunción en cada uno de esos supuestos.

a) La denominada "prueba preconstituída" -que no constituye verdadera prueba- que se refiere a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible.

b) La llamada prueba anticipada en sentido propio. Se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657 punto tercero , que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". Norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781-1 punto tercero, y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En todos estos supuestos la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior al comienzo de la vista del Juicio Oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1 de la LECr).

c) La denominada prueba preconstituida, apostillada de "impropia" para diferenciarla de la anterior y que se refiere a las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se preven como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el procedimiento abreviado, por el art. 777 de la LECr , disponiendo que cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer

razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la inmediación, el precepto garantiza al menos una cierta inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien -previendo quizá la secular falta de medios- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: a) En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península"; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio "para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo"; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449 - y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

d) Y, finalmente, los casos en que no siendo posible como en los anteriores prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de ellos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito dispone el art. 730 de la LECr que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral.

En el caso que juzgamos, por lo que concierne a las testigos italianas, se trataba de un supuesto de evidente posibilidad de ulterior dificultad en la disponibilidad. Se trata pues del supuesto del apartado c) que cabe denominar de prueba preconstituida

impropia. Concurre el cumplimiento de los requisitos indicados. En esa fecha -27 de julio de 2007- de la fase anterior a la del juicio, el procedimiento se seguía como diligencias previas. Examinada la causa al amparo del artículo 899, hemos comprobado que estuvo presente el Letrado que asumía en tal acto la defensa del imputado. Éste realizó las preguntas que estimó oportunas a la testigo

Ciertamente el Letrado que actuó en tal diligencia de instrucción, no era el mismo que intervino inicialmente, cuyo nombre también se hizo constar en el acta (folios 85 y ss). Pero no consta ninguna mención de la que derive la improcedencia de la sustitución. La permanencia en sus funciones por parte del Letrado designado de oficio (artículo 31 de la ley 1/1996 de asistencia jurídica) se establece como "un deber profesional" del Letrado. No es, necesariamente, concebida como un derecho del asistido. Ni, por ello, se menciona en la vigente regulación del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sucesor del invocado artículo 788 precedente. Para esta garantía lo relevante será la efectividad de la asistencia. Por lo que si la sustitución del designado no se traduce en una merma constatable de las posibilidades de defensa, en nada viciará la diligencia en que intervenga el sustituido.

Es decir que concurría el presupuesto de la razonablemente previsible ausencia por domicilio en el extranjero, la inmediación del Juez de Instrucción, la asistencia de Letrado del imputado, la de intérprete, y, en fin, la intervención de dicho Letrado en el interrogatorio. Como dijimos en la citada Sentencia 96/2009 de 10 de marzo, la presencia del imputado en esa diligencia no es exigible, cuando el procedimiento sigue el cauce de las denominadas diligencias previas, por aplicación del artículo 777.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De lo anterior deriva la validez de tal medio de prueba como utilizable para enervar la presunción de inocencia. No solamente porque, una vez designado Letrado por personal encargo del acusado, nada propuso al respecto de dicha diligencia, sino porque, en el juicio oral, ante la corroborada imposibilidad de disponer de las testigos, se leyó su declaración, dando cumplimiento al artículo 777.2 citado y, también al 730, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

v. VALORACIÓN DEL SILENCIO DEL ACUSADO

Por lo que hace a la denuncia de haberse valorado como prueba de cargo el silencio del procesado, que enlaza con el derecho a no declarar contra si mismo, tutela judicial, defensa y proceso con todas las garantías (artículo 24.1 y 2 C.E.), efectivamente el Tribunal de instancia con cita expresa de la jurisprudencia de esta Sala, se refiere a "la valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está acreditado". Por lo tanto, aun prescindiendo de cualquier valoración sobre dicho

silencio, el resultado probatorio permanecería invariable. Por otra parte, la Audiencia no ha hecho otra cosa que recoger en este apartado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es claro por ser incompatible con el derecho a no declarar contra si mismo que la condena no puede basarse en la falta de explicación del acusado sobre los hechos que se le imputan, pero cuestión distinta es que excepcionalmente pueda tener un significado corroborador respecto de hechos acreditados por otros medios (en este sentido la reciente S.T.S. 945/08, con cita de nuestros precedentes, S.S.T.C. y S.S.T.D.H, casos Murray y Landrove.

vi. VULNERACIÓN. DECLARACIÓN DE COIMPUTADO NO CORROBORADA

Conviene recordar por ello que la jurisprudencia constitucional acerca del significado incriminatorio de la declaración de un coimputado ha experimentado una evolución –perfectamente descrita en las SSTC 152/2004, 20 de septiembre y 207/2002, de 11 de noviembre- encaminada a restringir su valor como exclusivo fundamento para la formulación del juicio de autoría. Así, como señala la STC 68/2001, de 17 de marzo (FJ 5), "las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido, destacando la citada Sentencia que no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por la exigible ‗corroboración mínima', más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando, por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso" (STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3) (FJ 2; cfr., igualmente, STC 233/2002, de 9 de diciembre).

La STS 53/2006, 30 de enero apunta, en primer lugar, ―que no constituye corroboración la coincidencia de dos o más coimputados en la misma versión inculpatoria (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, F. 5; ó 152/2004, de 20 de septiembre, F. 3). En segundo lugar, que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, F. 3; 118/2004, de 12 de julio, F. 2; ó 147/2004, de 13 de septiembre, F. 2). En tercer lugar, que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no

de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración (las mismas sentencias antes citadas). Y en cuarto lugar, que los elementos corroboradores que pueden ser tenidos en cuenta al revisar la decisión del Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, F. 4; 65/2003, de 7 de abril, F. 6). Aspecto este último que, si bien aparece en las referidas sentencias como aplicable al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, resulta igualmente de aplicación al recurso de casación, ante la imposibilidad de establecer de otra forma si el Tribunal de instancia tuvo o no como probados determinados aspectos fácticos en función de las pruebas de las que dispuso.

Conforme a la idea expuesta, no estamos ante un problema de credibilidad de la declaración del coimputado, sino de insuficiencia como prueba de cargo. El Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, realiza un valioso esfuerzo argumental para ofrecer como elemento de corroboración el contenido de la declaración de los propios coimputados, que refirieron la existencia del encuentro entre los tres acusados y el ofrecimiento de una tarea no especificada. Sin embargo, la debilidad del argumento incriminatorio empleado por la Sala de instancia no desaparece por el añadido que ahora ofrece la acusación pública, pues se trata de una declaración imprecisa y que no proporciona detalles definitivos desde el punto de vista de la autoría. Con independencia de ello, es incuestionable que los elementos de corroboración deben obtenerse de la sentencia condenatoria y del andamiaje argumental con el que el órgano jurisdiccional ha ponderado la suficiencia probatoria. Y en la fundamentación jurídica de la resolución combatida, no existe referencia valorativa alguna respecto del testimonio de los otros dos acusados.

En definitiva, la Sala de instancia no ha destacado la suficiencia de verdadera prueba de cargo. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia –decíamos en nuestra STS 209/2008, 28 de abril- autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal.

Y, en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior,

de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta Sala, en fin, sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes».

vii. LIMITES DEL CONTROL CASACIONAL

En efecto, el control casacional, bajo tal motivo, respecto a la garantía constitucional de la presunción de inocencia, como dijimos en nuestra Sentencia nº 331/2008, de 9 de junio y reiteramos en las nº 625/2008, de 21 de octubre, en la 797/2008, de 27 de noviembre, y en la 900/2008 de 10 de diciembre, ha de partir de que, para determinar si esa garantía ha sido desconocida, lo que ha de constatarse es: a) las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena y b) la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.

Por razón de a) deberá examinarse si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad.

Por razón de b) deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

Lo que no ocurrirá si la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

Pero, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestran ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.

Bastará, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad».

XVII. EL ANIMO DE LUCRO

El ánimo de lucro es un elemento subjetivo del injusto que prevé el CP para que se vea colmado el tipo de diversos delitos, todos ellos de carácter patrimonial o que atentan contra el orden socioeconómico (hurto, robo, extorsión, estafa, receptación). En este sentido, la STS de 22 de febrero de 2000 ha definido el ánimo de lucro la intención del sujeto de obtener una ventaja patrimonial mediante la incorporación a su patrimonio de una cosa ajena. Constituye un elemento esencial en los delitos contra el patrimonio que nos permite deslindar las figuras típicas de apoderamiento* y defraudaciones previstas en el Código Penal de otras sustracciones con finalidad distinta. Así también, el "ánimo de lucro" como elemento subjetivo del injusto específico del delito de receptación (art. 298), permite distinguir -al menos en la letra del precepto- el delito de otros casos, como el del delito de encubrimiento (art. 451.1). Y en tal delito sólo cabe la conducta dolosa, y ni siquiera el dolo eventual. Supone en definitiva, la intención de "tomar la cosa como propia", pudiendo respecto a ella, ejercitar las facultades que son características del propietario

El ánimo de lucro es un elemento subjetivo psicológico que forma parte del injusto. Puede entenderse como la intención que guía a una persona cuando realiza un comportamiento, que supone perseguir la obtención de una ventaja patrimonial o cualquier otro provecho ilícito. La jurisprudencia ha ido flexibilizando sensiblemente y de forma progresiva el concepto de manera que en la actualidad alcanza a cualquier aprovechamiento o satisfacción aunque no tenga significado económico. En este sentido ha entendido que hay ánimo de lucro cuando la utilidad es de carácter recreativo o de mero placer, de índole espiritual, política o social, fines meramente contemplativos, benéficos o de vanagloria o incluso la realización de un derecho propio o de obtener un pago debido que no es exigible por ninguna vía legal.

Se trata de un elemento subjetivo pero integrante del tipo, el cual, por tanto, contiene un elemento intencional que no tiene alcance objetivo ya que los delitos que

exigen en la descripción típica el ánimo de lucro no requieren que se logre la efectividad del lucro para que el delito se consume. El hurto, como el robo se consuman con el tomar la cosa o el apoderamiento con ese animus específico, pero es indiferente que el lucro propuesto llegue o no a alcanzarse. Tratándose de un elemento subjetivo del injusto, generalmente se ha venido refiriendo a la culpabilidad considerándolo como dolo específico junto al genérico de sustracción (capiendi, furandi). No obstante, algunos autores entienden que el dolo se agota -típicamente- con la sustracción de la cosa (verbo núcleo del tipo: tomar, apoderarse...) y prefieren situar el ánimo de lucro en la antijuricidad, pese a su naturaleza subjetiva.

Hay delitos en los que el ánimo de lucro no forma parte del tipo pero puede concurrir, incluso puede ser usual. El delito se comete con independencia de que confluya esa circunstancia concurrente o no. Así ocurre en el delito de tráfico de drogas en que el elemento subjetivo consiste en la intención de cultivar, elaborar o destinar al tráfico de drogas, o promover o facilitar el consumo de drogas, sin necesidad de que concurra el ánimo de lucro aunque, sin embargo, lo habitual es que este elemento esté presente. Asimismo puede acompañar dicho animus a la presentación de documentos falsos en juicio, al delito de amenazas condicionales y al delito de cohecho, entre otros.

También puede ser un elemento excluyente del tipo como ocurre en el delito de encubrimiento en el que se castiga al que "con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución...auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

La jurisprudencia entiende que la intención que guía al autor puede ser la obtención de lucro propio o de un tercero. Bien entendido, como matiza Martínez Galindo, que cada sujeto será responsable de su propia intervención. De este modo, si una persona ha participado en el delito en cualquiera de las formas de autoría o participación tendrá responsabilidad penal en atención a su actividad, aunque no se beneficie directamente del lucro; si su intervención ha sido con posterioridad al delito responderá a título de encubrimiento; y si no ha participado ni antes ni después pero ha obtenido un lucro, tendría responsabilidad en materia de responsabilidad civil como partícipe lucrativo.

La exigencia de ánimo de lucro es incompatible con la comisión imprudente del delito. Desde el momento en que se trata de un elemento consciente y directamente intencional, ha de vincularse a la voluntad, sin que quepa apreciarlo en una conducta imprudente. Por tanto, en los delitos en los que el animus lucrandi forma parte del tipo, queda descartada la forma de comisión culposa.

El ánimo de lucro es característico de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico lo cual es consecuencia de la dimensión de aprovechamiento y disposición que tiene el bien jurídico protegido en estos delitos. Así es inherente a los delitos de apoderamiento, como son el hurto, el robo, la extorsión, y también, aunque no se requiera expresamente en el hurto y robo de uso de vehículos de motor y en la usurpación. También ha de concurrir en las defraudaciones (estafa, apropiación indebida y demás defraudaciones). Y respecto a los delitos contra el orden socioeconómico, en los delitos relativos a la propiedad intelectual, en los delitos relativos a los servicios de radiodifusión e interactivos, en el delito societario de imposición de acuerdos abusivos, y en los delitos de receptación.

XVIII. ENTRE EL HURTO Y EL ROBO

Para comprender el delito de hurto en el código penal, la clave fundamental radica en el propio análisis etimológico y comparación de ambos términos, hurto y robo.

La palabra hurto tiene su origen en el término en latín hurtum y, de acuerdo con este principio, el propio Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) lo define en su acepción jurídica como "el delito consistente en tomar con ánimo de lucro cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, sin que concurran las circunstancias que caracterizan el delito de robo".

En contraposición, la misma RAE define jurídicamente el robo como "el delito que se comete apoderándose con ánimo de lucro de una cosa mueble ajena, empleándose violencia o intimidación sobre las personas, o fuerza en las cosas".

Así, la principal distinción entre el delito de hurto en el Código Penal y el delito de robo radica en el uso y empleo, o no, de la intimidación o la violencia contra las personas, o la fuerza sobre las cosas.

Esta explicación lingüística de los términos robo y hurto nos ayudan a comprender la regulación del delito de hurto en el Código Penal español el cual también establece una distinción entre ambos conceptos, aunque con un pequeño gran matiz.

Son muchos los puntos en común, hurto y robo coinciden en muchos aspectos y en la práctica también se diferencian en varios:

En el hurto y en el robo el bien jurídico protegido es el de propiedad.

1. En el hurto y en el robo el sujeto activo es indiferenciado; cualquiera, en principio puede cometer un robo o un hurto.

2. En el hurto y en el robo el sujeto pasivo es, el titular del bien de la cosa mueble sobre la cual recae la acción. Por tanto también en el sujeto pasivo es coincidente, no hay ninguna diferencia.

3. En el hurto y en el robo el objeto material es el mismo, "una cosa mueble ajena dotada de valor económico".

4. En el hurto y en el robo es necesario que concurra un elemento subjetivo del injusto que es el ánimo de lucro.

5. En el hurto y en el robo el núcleo de la acción es la misma; lo que se castiga es el apoderamiento de una cosa mueble ajena.

6. En el hurto y en el robo es esencial que el apoderamiento se produzca sin el consentimiento del titular de la cosa.

En realidad, la diferencia entre el hurto y en el robo se encuentra en la propia acción ejecutiva (no en la núcleo de la acción porque en ambos es el apoderamiento de la cosa mueble ajena), es decir, en la forma en que esa acción se ejecuta.

En el robo la acción de apoderamiento ha de realizarse mediante violencia, intimidación o fuerza en las cosas.

En el delito de hurto no ha de haber ninguna de esas formas ejecutivas; ni ha de haber violencia, ni ha de haber intimidación, ni ha de haber esa fuerza en las cosas (porque siempre que se den estaremos ante un delito de robo).

Como se apuntaba anteriormente, el bien jurídico protegido es el mismo en ambos delitos, es el derecho de propiedad, de la propiedad de una persona sobre determinada cosa mueble. Es la propiedad por una razón elemental, porque el consentimiento del titular determina la atipicidad de la conducta de apoderamiento. Cuando el titular renuncia a ese derecho, la conducta de apoderamiento resulta completamente atípica, no hay ahí un derecho lesionado.

Como el bien jurídico protegido es el derecho de propiedad, esto determina que el titular de la cosa mueble no puede cometer este delito pero puede cometer otro; el propietario que sustrae una cosa propia, que esta legítimamente en manos de un tercero, puede cometer un hecho delictivo (que no será un delito de hurto porque si eres el titular de la propiedad sobre esa cosa, lo que hace es incorporar la cosa a su patrimonio y por ello su derecho de propiedad no se ve perjudicado), podría haber un delito del artículo 236 del Código Penal donde se castiga al que:

Artículo 236.

Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero.

Pero en este tipo penal (236 CP) no es la propiedad lo que está en juego sino que es otro tipo de derecho el que resulta perjudicado, el que resulta lesionado, en este caso la legitima posesión, y por eso, en este delito el titular del bien jurídico y sujeto pasivo no es el propietario de la cosa mueble sino la persona que la posee legítimamente. Por tanto, en los supuestos en que tal cosa suceda, viene de aplicación el artículo

236 CP, pero también puede venir en aplicación otro precepto que es el 455 del Código Penal:

Artículo 455.

1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.

En este precepto también puede tener cabida una conducta de este signo cuando una persona para realizar un derecho propio, actúa fuera de las vías legales mediante violencia, mediante intimidación o fuerza en las cosas ejercitando un derecho ya que se puede dar el caso que el propietario de una cosa, queriendo recuperarla empleara violencia e intimidación y entonces se estaría dentro del ámbito de aplicación del artículo 455 CP. Si falta el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, puede incurrir en el delito del artículo 236 CP, anteriormente citado.

En cualquier caso el propietario de la cosa no puede cometer ni hurto ni robo.

Hay que tener en cuenta cuando se habla de los sujetos y del bien jurídico protegido que no siempre se distingue con suficiente precisión entre sujeto pasivo y sujeto de la acción. No es infrecuente que los bienes de una persona estén en manos de otra, por ejemplo porque sea su administrador o porque sea la persona encargada de llevarla de un lugar a otro. Por lo tanto, una cosa es el sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico protegido (y si el bien jurídico protegido es la propiedad, el sujeto pasivo será el titular de esos bienes sustraídos, el titular del derecho de propiedad) y otra cosa es que aquellas personas a las cuales se les efectúa la sustracción, porque son las que transportan el dinero o las que lo tienen en depósito o en administración, serán sujetos de la acción, y puede haber otra persona que no sea ni la una ni la otra que resulte perjudicada (pero el perjudicado y sujeto pasivo de la acción no son sujetos coincidentes). Es frecuente, que a su vez, el sujeto pasivo sea el perjudicado y

frecuentemente que sea el sujeto de la acción. En síntesis, bien jurídico es el mismo en robo y hurto, sujetos activo y pasivo exactamente igual y respecto de la conducta central exactamente igual; en delito de hurto se habla de sustraer una cosa mueble ajena y en el delito de robo se habla de apoderarse de una cosa mueble ajena pero sustraer o apoderarse son términos equivalentes, lo característico es que tanto en el hurto como en el robo alguien se apodera de una cosa mueble ajena con el propósito de incorporarlo al propio patrimonio. Hay una cuestión que merece se tratada y la relativa a cuando esa acción de apoderamiento se entiende consumada. La doctrina y la jurisprudencia a la hora de determinar cuándo ha de entenderse consumado el delito de hurto o el delito de robo y se entiende que la consumación se produce en el momento en el cual la persona que ha ejecutado esa acción de apoderamiento, ha podido disponer, ha tenido alguna disponibilidad sobre la cosa mueble en cuestión, de manera que mientras no haya tenido oportunidad de disponer de la cosa mueble como si fuera suya el delito no está del todo consumado, hay de momento sólo una tentativa de hurto o en su caso de robo.

La acción de apoderamiento ha de recaer sobre una cosa mueble ajena y ante esto hay que determinar:

Qué es cosa mueble en derecho penal.

Qué es ajena.

Cosa mueble en Derecho Penal no es algo sustancialmente distinto de cosa mueble en Derecho Civil pero si presenta algún rasgo diferenciador; el artículo 335 del Código Civil define “cosa mueble” en el ámbito civil:

Artículo 335 CC.

Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.

En los delitos de robo y hurto se consideran cosas muebles toda aquella cosa que puede ser tomada y trasladada de un lugar a otro aun cuando forme parte de un inmueble. Esta cosa mueble tiene que ser ajena, la ajenidad significa que no es una cosa de aquel que se apodera de misma y que tiene un titular que puede ser perfectamente desconocido (incluso tan desconocido que él mismo puede ignorar que tiene una cosa que le ha sido sustraída). Lo importante es que la cosa sea ajena, es decir, que no pertenezca a aquel que la toma para sí, siempre que tenga un titular desconocido, determinado, determinable (si la cosa esta abandonada no tiene titular (no pertenece a nadie) y si el titular la ha perdido en ese caso sigue habiendo titular).

El otro elemento esencial para que pueda haber robo o hurto y también es un elemento compartido en estas dos figuras penales es la del ánimo de lucro: es un

elemento subjetivo del injusto que ha de concurrir imperativamente porque si no hay ánimo de lucro no hay robo o hurto. El ánimo de lucro puede decirse que se da cuando una persona al tomar una cosa mueble ajena lo hace para incorporarla a su patrimonio y para decidir sobre esa cosa, para disponer de esa cosa como si fuera suya, por tanto en un acto de incorporación al propio patrimonio, es hacer suya esa cosa, a partir de ese momento se puede hablar de ánimo de lucro. Por tanto, diríamos que el ánimo de lucro se da cuando alguien de forma definitiva pretende incorporar a su patrimonio una cosa.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando alguien decide apoderarse de una cosa ajena pero no para incorporarla con carácter definitivo a su patrimonio sino para usarla? El apoderamiento de un derecho de propio uso no constituye robo ni hurto pero puede constituir un delito específico en referencia a determinados artefactos como son los vehículos a motor y los ciclomotores. De manera así como el hurto de uso de un ordenador, o de un libro o de un bolígrafo no son punibles, el hurto de uso de un vehículo a motor o de un ciclomotor si que es delictivo y ahí se castiga no el apoderamiento, porque justamente en esos delitos no hay ánimo de lucro, no hay deseo de incorporarlo al propio patrimonio, sino que se trata de utilizarlo durante un tiempo y es por ello que esa utilización de vehículos a motor y de ciclomotores se castiga expresamente. Se plantea una dificultad añadida porque como en el robo y en hurto está integrado un elemento subjetivo, que además debe ser imperativo, no basta con acreditar que una persona a tomado una cosa mueble ajena sino que ha de demostrarse que la mueble cosa ajena se tomó con ánimo de lucro, es decir, ese elemento subjetivo ha de probarse exactamente igual que la acción física de apoderamiento de la cosa en cuestión y ello puede plantear una dificultad añadida, lo que pasa que puede deducirse racionalmente a la vista del comportamiento que el sujeto ha tenido.

El otro elemento que también es común al robo y al hurto es la falta del consentimiento del dueño, y la falta de consentimiento se cita expresamente en el artículo 234 del Código Penal:

Artículo 234.

El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto.

Artículo 237.

Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas.

Sin embargo, aunque no haga referencia a la ausencia del consentimiento, se entiende que tanto en el robo como en el hurto ha de existir una falta de consentimiento del dueño. Y no se menciona expresamente en el artículo 237 del Código Penal el

consentimiento porque se considera inútil, sería una redundancia porque si el robo requiere violencia e intimidación o fuerzaen las cosas, es obvio que se está actuando sin el consentimiento del dueño. De aquí deducimos que cuando existe consentimiento, convierte el hecho en atípico, lo que significa que el legislador considera el derecho de propiedad un derecho sobre el que titular tiene plena y absoluta disponibilidad (cosa que no sucedía así por ejemplo en el derecho a la vida o respecto de la propia integridad o salud donde las lesiones consentidas eran punibles aunque atenuadas, también en los delitos de agresiones sexuales respecto de menores y de determinadas personas, es decir, hay bienes para los que el Derecho no les concede plena disponibilidad y otros sobre los que sí y en este caso que estamos analizando con respecto al patrimonio, a ese derecho de propiedad sí). Hay una excepción que se encuentra en el artículo 289 del Código Penal:

Artículo 289.

El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

En este artículo, se refleja el hecho de que sobre determinados bienes, el consentimiento no evita la tipicidad de la conducta por el valor social o cultural o histórico que se le atribuye a determinados bienes que hace que su titular no tenga una total y absoluta disponibilidad porque no puede destruirlos.

El artículo 74 del Código Penal donde se regula el delito continuado.

Artículo 74.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. 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.

XIX. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 268 del Código Penal de 1995 establece:

"1.Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

3. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito."

Permite la exclusión de la responsabilidad criminal para el autor de un delito de carácter patrimonial que ostente una determinada relación de parentesco con las víctimas del mismo, siempre y cuando la infracción se haya llevado a cabo sin violencia ni intimidación. Ante determinadas situaciones, el texto legal nos ofrece una misma solución jurídica: la exención de la responsabilidad criminal para los sujetos.

Los argumentos más tradicionales basan la exención de la responsabilidad en la existencia de una "confusión de patrimonios". Se arguye que en el seno de la familia –sobre todo si tenemos en cuenta que se está pensando en la familia de principios de siglo que normalmente convive en un mismo hogar- se produce una especie de copropiedad familiar en que todo es de todos y por eso, a veces, es difícil saber con certeza de quién es exactamente la propiedad de una determinada cosa. De ahí que pueda producirse una especie de "error" en el autor de la apropiación, ya que hasta cierto punto, desconocería, o al menos habría una cierta confusión, sobre la ajenidad de una cosa objeto de apropiación. También hay quien acude a razones político criminales, en las que se alude a la conveniencia social de no sancionar determinados conductas delictivas que se producen en el seno de la familia ya que es necesario preservar su unidad, considerándose contraproducente la intromisión del Derecho penal en ella. La intromisión del Derecho penal en el seno familiar no haría más que ahondar y agravar

las posibles diferencias y problemas existentes en ella. Aludiendo también a los vínculos familiares pero con un matiz distinto, hay quien mantiene que “en el seno de relaciones familiares tan estrechas como las que el precepto describe parece inadecuado el recurso a la pena criminal, cuando se trata de meras lesiones patrimoniales. Esta inadecuación no se basa en un único motivo determinante, sino que obedece a consideraciones de diversa índole: el menor reproche social que puedan merecer estas conductas, el respeto a la familia y el reconocimiento de que la unidad familiar es, muchas veces, capaz de reaccionar por si ante hechos de la índole descritos en la norma, la probabilidad de perdón etc.”. O bien, como pone de manifiesto González Rus,14 “el menor reproche social que merecen este tipo de comportamientos y el convencimiento de que la intervención penal en el ámbito familiar debe ser lo más restringida posible”.

La fundamentación de esta excusa absolutoria la podemos encontrar por otro lado en la STS de 5 de marzo de 2003 en la que se señala que “La excusa absolutoria tiene su fundamento en incontestables parámetros de política criminal que desaconsejan la utilización de normas penales en las relaciones interfamiliares”. Continúa la Sentencia diciendo: "Recordemos que la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente Código Penal, equivalente al art. 564 del anterior Código Penal, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema penal dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad”.

Aplicable a todos los delitos contra el patrimonio, sin embargo, por su ubicación en el Capítulo X “Disposiciones comunes a los artículos anteriores” podemos entender que se aplica a los capítulos anteriores del Título XIII: hurtos, robos (sin violencia o intimidación), robos y hurtos de uso de vehículos, estafas, apropiaciones indebidas, en las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas cuando se defraude a un familiar, insolvencias punibles, daños, alzamiento de bienes. No será aplicable a la extorsión ni usurpación que requieran violencia o intimidación, tampoco a la alteración de precios en concursos y subastas públicas dado que la naturaleza del delito es totalmente diferente a la de la excusa, no coincidiendo sus presupuestos, ni tampoco a los daños con peligro o

en instalaciones militares, en los concursos fraudulentos o en la presentación de balance falso en un concursos.

XX. EL ROBO FAMÉLICO

i. Concepto

El robo de famélico se presenta cuando un individuo sin emplear los medios de violencia física o moral, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. Esta figura tiene su origen en la desigualdad social existente en muchos de las países pero no todas las legislaciones contemplan esta figura como un estado de necesidad.

ii.Justificación

La justificación jurídica de este principio es que el legislador entendió que la libertad (su pérdida si correspondiere) es un bien jurídico más importante que el protegido por el delito de robo o hurto. Evidentemente, se trata de un precepto sensato, pues si alguien debe responder de que existan hechos de este tipo es el Estado que, en su afán de salvaguardar la estructura económica-política sobre la cual descansan sus principios, olvida el reparto de la riqueza, lo que solo puede acarrear pobreza.

iii. Elementos típicos de este robo son:

Conducta típica. Apoderamiento.

Modo de ejecución. Sin violencia ni engaño.

Que sea por una sola vez.

En este punto consideramos que aun cuando no exista penalidad, procesalmente deberá de existir la denuncia para que llegado el caso, se establezca si vuelve a robar el activo por la misma causa de necesidad, exista ya el antecedente y consecuentemente no existirá el estado de necesidad.

iv.Objeto material

Debe ser un mueble, en algunas legislaciones deberá ser alimento, no así para otros, que no especifican que sea para alimentación, por lo que puede ser medicinas, agua, dinero, cobijas y ropas, inclusive alimentos.

v.Regulación Penal

Se regula en el Art. 20.5° del Código Penal español. Este precepto señala que está exento de responsabilidad criminal [lo que no excluye la correspondiente responsabilidad civil (Arts. 118 y 119 CP): El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. En la jurisprudencia española, este concepto del robo famélico sólo aparece en dos únicas resoluciones de todo nuestro amplio repertorio.

vi. Diveros supuestos

La primera fue la sentencia 7276/2009, de 13 de julio, de la Audiencia Provincial de Valencia. En este caso, el acusado, que se encontraba en libertad provisional al haber sido condenado anteriormente por un delito con fuerza en las cosas, rompió la reja de la ventana de una casa de Alcira para entrar en la vivienda y sacar del frigorífico diversos alimentos, con intención de hacerlos suyos, pero tuvo que dejarlos en la ventana porque, cuando se disponía a apoderarse de ellos, entró en la casa su propietaria. El abogado del ladrón trató de encuadrar aquel hecho en el "robo famélico o necesario", pero el tribunal consideró que aun admitiendo su posibilidad con carácter excepcional, de ningún modo puede admitirse ni que fuera necesario el apalancamiento y fuerza sobre el acceso de la vivienda para conseguir alimentos imprescindibles, ni desde luego que lo que intentaba sustraer y tenía preparado para llevarse supere con creces las necesidades inmediatas de la persona que realiza la acción típica, todo lo cual está impidiendo igualmente la estimación del motivo del recurso, aunque se haya planteado con carácter subsidiario.

En el segundo supuesto, la acusada entró a robar en un almacén de Cáritas anexo a la iglesia de Nuestra Señora de Fátima, en Cáceres; donde sustrajo –según la sentencia 903/2010, de 10 de noviembre, de la Audiencia Provincial cacereña– ocho cartones de leche entera Central Lechera Asturiana, un paquete de cereales, cuatro cartones de natillas, una caja de cerillas, trece paquetes de dos magdalenas cada uno, once sobres de Nescafé, veintiún sobres de azúcar de 10 gramos y cuatro botes de leche de continuación, de 900 gramos, cada uno. Efectos que terminó recuperando la Policía.

Durante el posterior juicio, su defensa planteó de forma subsidiaria la aplicación de la eximente de robo famélico, argumentando la naturaleza de los bienes objeto del delito (leche, cereales, etc.) pero la Audiencia señaló que la jurisprudencia no es proclive a aplicar el estado de necesidad a los delitos de robo y sí únicamente a hurtos que se cometen sin fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas. En todo caso se trataba de alimentos pertenecientes a Cáritas y a la apelante le hubiera bastado, en caso de ser cierta su situación de necesidad, con acudir a dicha organización para haber sido atendida (quizás con los mismos productos que sustrajo) sin necesidad de cometer delito alguno.

El Juzgado de lo Penal número 5 de Almería condenó a nueve meses de prisión a un hombre de 37 años y natural de Senegal por un delito de robo con intimidación en grado de tentativa después de que entrara en un corral y matara con una navaja a una gallina, según él, para comérsela; momento en el que fue sorprendido por el hijo del dueño a quien apuntó con el arma antes de huir del lugar sin llevarse el animal.

Los hechos. Según indica la sentencia, los hechos tuvieron lugar en Vícar, cuando el acusado saltó una valla para acceder al corral donde se encontraban las aves. Una vez dentro, cogió una gallina y la mató con una navaja, si bien fue sorprendido por el hijo del propietario, quien le recriminó su acción.

En este sentido, el acusado "señaló" con la navaja a la víctima, quien esgrimió un palo para defenderse ante un posible ataque del invasor, quien finalmente soltó el pollo y huyó de allí por el mismo lugar por el que había llegado.

La víctima declaró en sala que vio como el hombre entró el corral, cogió una gallina y se agachó para ocultarse, de forma que en el momento en el que le reclamó el animal al acusado, éste le señaló con la navaja y solo le dijo "mía". Así, tras coger un palo e instarle a que depusiera su actitud, el acusado dejó la gallina ya muerta y se fue.

El hombre, que fue arrestado posteriormente por la Policía Local de Vícar y estuvo dos días detenido por estos hechos, no compareció en el juicio, aunque sí declaró ante el juez instructor que se introdujo en la finca y mató a la gallina "para comer", a la vez que negó haber amenazado a la víctima con el arma.

Escasa intimidación ejercida. No obstante, el juez destaca la versión "creíble" y "persistente" del perjudicado en cuanto a que el acusado le señaló con la navaja, que fue hallada en posesión del mismo cuando fue detenido por el agente de policía, para calificar los hechos como de un robo con intimidación en grado de tentativa.

Aunque el magistrado la pena inicial de un año y tres meses solicitada por la Fiscalía por la "escasa intimidación ejercida" por el acusado, no aprecia la eximente de estado de necesidad que argumentó la defensa al ver insuficiente la versión prestada en

la fase de instrucción, que no pudo ratificarse durante la vista oral ya que el acusado no se presentó.

El juez condena también al acusado al pago de 12 euros por el valor del animal y de otros 70 euros más por los daños ocasionados en la valla que atravesó para llegar al corral.

Dicho estado de necesidad ha sido definido por la doctrina como un estado de peligro actual para los intereses legítimos que solo puede ser conjurado mediante la lesión de intereses legítimos de otro. Necesidad que ha de estar presidida por los principios de "necesidad, proporcionalidad o idoneidad y subsidiariedad".

El llamado “hurto o robo famélico”, se produce cuando el autor del hecho punible actúa impulsado por un estado de necesidad, pues el CP le exime de responsabilidad criminal en su art. 20.5, siempre que el mal causado no sea mayor del que se trata evitar (proporcionalidad), que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación, y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos y refiriéndose a las situaciones de estrechez económica la jurisprudencia viene exigiendo “no sólo acreditar cumplidamente la situación de necesidad sino justificar que se ha acudido a las instituciones de protección social y que no existe otro modo menos lesivo para hacer frente a una situación de necesidad angustiosa” (AP de Madrid, Sección 1ª, Sentencia 440/2015 de 5 Nov. 2015, Rec. 1237/2015).

Que no se trate de mera estrechez económica, más o menos agobiante; que se prevé que se han agotado todos los recursos que la esfera personal, profesional y familiar podido utilizar (AP de Madrid, Sección 2ª, Sentencia 466/2015 de 27 May. 2015, Rec. 615/2015)

Con ese mismo argumento, no agotar todas las vías o medidas sociales previstas, rechaza también la AP de Madrid (Sección 23ª, Sentencia 697/2015 de 20 Oct. 2015, Rec. 1489/2015) la apreciación de la eximente en un supuesto ocupación de inmueble y de defraudación de fluido eléctrico por una familia con cuatro hijos que no tienen dónde vivir y que aportan un informe de los Servicios Sociales, que intervienen porque no tienen ingresos para poder sobrevivir.

Argumenta la AP en la sentencia: «No existe ninguna prueba documental de este hecho, sino que, al parecer, los acusados junto con sus hijos menores se instalaron en la finca para poder vivir en la misma, sin la autorización correspondiente del dueño y, como decimos, sin que hubiera agotado anteriormente todas las posibilidades de conseguir una vivienda por los cauces legales adecuados para ello, de tal forma que no podemos afirmar que se hubiera llegado a la existencia de un verdadero conflicto de

intereses, en el que ciertamente podría caber la posibilidad de que el mismo se resolviera en favor de una determinada conducta, incluso de carácter delictivo. Simplemente, los acusados tomaron la iniciativa desde el primer momento de ocupar ilegalmente la finca sin pedir permiso a su dueño y eso constituye el delito previsto y penado en el artículo 245.2 del Código Penal».

vii. Jurisprudencia

1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de Julio de 2009.

El día 14 de septiembre de 2006 antes de las 22:18 horas el acusado, Isidro, mayor de edad, con ánimo de ilícito enriquecimiento a costa de lo ajeno, tras romper la reja de una de las ventanas, accedió a la casa sita en la DIRECCION000 nº NUM000 de Alcira, propiedad de Bernarda, y sacó del frigorífico que había en la vivienda diversos alimentos que, con la intención de hacerlos suyos, dejó junto a la ventana. El acusado no logró su propósito ya que, cuando se disponía a apoderarse de los objetos antes reseñados, la propietaria de la casa entró en ella. La titular de la vivienda, que no llegó a ver al acusado, reclama por los daños causados en la reja de la vivienda, que fueron tasados pericialmente en la suma de 248,70 euros.

La sentencia recurrida de fecha 21 de mayo de 2009, condenaba a "Isidro, como autor penalmente responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa, previsto y penado en los arts. 237, 238.2, 241, 16 y 62 del C.P., con la concurrencia de la circunstancia agravante del art. 22.8 del C.P., a la pena de una año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, con imposición del pago de las costas procesales causadas.

Frente a la sentencia dictada en este procedimiento por la Sra. Magistrada Juez de lo Penal nº 15 de Valencia con sede en Alzira, en la que condena a Isidro, como responsable en concepto de autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa y con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, se interpone recurso de apelación, en representación de Isidro, argumentando que se ha producido un doble motivo que justificaría la revocación, como es la infracción de la presunción de inocencia y subsidiariamente la concurrencia de un calificado robo famélico o necesario, que con carácter subsidiario permitiría rebajar la pena en dos grados.

El primero de los argumentos del recurso, que se sustenta en la insuficiencia del informe dactiloscópico para desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza el recurrente, quien decidió no comparecer al acto del juicio oral por su exclusiva

voluntad, se sustenta en la falta de contradicción del informe pericial, de lo que deriva la dirección letrada del recurrente una deficiente actividad probatoria incapaz por sí misma de producir el efecto de convicción que la juzgadora de instancia pone en la sentencia recurrida.

No puede desconocerse que el propio acusado en fase de instrucción reconoció sustancialmente los hechos y que decidió no comparecer al acto del juicio para el que estaba correctamente citado, lo cual no puede significar que aquél reconocimiento sea inválido, sino sencillamente que no ha encontrado justificación alguna para comparecer al juicio, pudiendo la juzgadora de instancia, como ha hecho, evaluar en conjunto y en conciencia las pruebas practicadas, entre las que sin duda se encuentra la declaración sumarial del imputado, así como la validez del informe dactiloscópico, que le atribuye sin ningún género de dudas la autoría de la huella en el vaso aparecido en la cocina de la víctima.

No puede denunciarse la indebida valoración de la prueba pericial unida a las actuaciones por razones de orden procesal y material: las primeras, en tanto que no ha sido impugnado el referido informe y se extendió la juzgadora de instancia en justificar el valor que se le quería otorgar a aquél, habiéndose cumplido con la contradicción exigida en el acto del juicio de manera simbólica, en tanto que, como actividad inicial primigenia, adquiere el valor de prueba plena cuando el afectado ha tenido la posibilidad de contraste o contradicción, si bien no ha tenido a bien ni examinar, ni analizar, ni contradecir su contenido, siempre que se haya emitido de acuerdo con las previsiones del art. 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es, por tanto, prueba plenamente válida, que completa el reconocimiento de hechos efectuado por el propio acusado. Al objeto de evitar cualquier reiteración debe asumirse en su totalidad el contenido del párrafo tercero del fundamento jurídico primero de la sentencia combatida, en la que expone el valor probatorio y un informe de tal clase, así como la trascripción que el Ministerio Público realiza del resumen jurisprudencial y doctrinal, sobre la base de la interpretación efectuada en la sentencia del Tribunal Supremo del 23 de febrero de 1989.

En punto a la subsidiaria pretensión de considerar que el hecho pudiera encuadrarse en el mal llamado "robo famélico o necesario", aun admitiendo su posibilidad con carácter excepcional, de ningún modo puede admitirse ni que fuera necesario el apalancamiento y fuerza sobre el acceso de la vivienda para conseguir alimentos imprescindibles, ni desde luego que lo que intentaba sustraer y tenía preparado para llevarse supere con creces las necesidades inmediatas de la persona que realiza la acción típica, todo lo cual está impidiendo igualmente la estimación del motivo del recurso, aunque se haya planteado con carácter subsidiario. La Sala decide desestimar el recurso formulado.

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 10 de Noviembre de 2010.

La acusada, Teresa , mayor de edad, en compañía de una persona que no ha podido ser identificada, puestos previamente de acuerdo y con el fin de obtener un lucro ilícito, accedieron a las dependencias de la Iglesia de nuestra Señora de Fátima, sita en la C/ DIRECCION000, no NUM000, de Cáceres, concretamente a un almacén anexo a la Iglesia que la entidad "Cáritas" posee en dicho lugar; el modo de acceso a dicho inmueble fue mediante escala hasta un tejado adyacente y desde aquí hasta un patio de luz interno para, una vez en su interior, por medio de una ventana, acceder a las dependencias. Una vez en su interior y guiados de ese mismo ánimo ilícito franquearon varias puertas que se encontraban cerradas y sustrajeron los siguientes efectos: Ocho cartones de leche entera (Marca Central Lechera Asturiana); Un paquete de cereales; Cuatro cartones de natillas; Una caja de cerillas; Trece paquetes de dos magdalenas cada uno; Once sobres de Nescafé; Veintiún sobres de azúcar de 10 gramos y Cuatro botes de leche de continuación, de 900 gramos, cada uno. II Todos estos efectos han sido recuperados por la Policía Nacional actuante y han sido entregados a su legítimo propietario. Fruto de los anteriores hechos se produjeron daños leves en el inmueble, si bien su propietario ha renunciado a la posible indemnización que pudiera corresponderle por los mismos. En el momento de ser sorprendida por la fuerza actuante, la acusada se encontraba fuera de las dependencias de "Cáritas" y en posesión de los anteriores efectos, de tal modo que cuando advierte la presencia policial, trata rápidamente de esconderse en un rincón oscuro junto a la puerta de la Iglesia. Fallo: debo condenar y condeno a la acusada Teresa como autor responsable en los términos del art. 28 del Código Penal, de un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa, ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 del mismo cuerpo legal, a la pena de nueve meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. No se hace pronunciamiento en materia de responsabilidad civil. De conformidad con lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal, se imponen las costas del procedimiento la acusada.

Aunque los hechos que nos ocupan están muy próximos a la flagrancia delictiva (de hecho la intervención policial frustró la consumación del delito), en realidad no hay una prueba directa de la sustracción por parte de la denunciada de los diversos alimentos que se detallan en la sentencia, ya que nadie vio cómo se perpetraba materialmente la sustracción (la intervención policial tuvo lugar por activarse la alarma del templo). No obstante esa ausencia de prueba directa, la condena de la apelante se ha basado en prueba indiciaria, sobre cuya validez y su aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia se ha pronunciado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional (sentencias nº 174 y 175 de 1.985, doctrina reiterada en las posteriores SS. 228/88, 107/89, 384/93,

206/94, 24/97, etc.) como también el Tribunal Supremo (SS 7/10/86, 10/1/92, 31/5/94,...). Los requisitos exigidos, sobradamente conocidos, son la plena acreditación de una serie de hechos (indicios) que han de ser plurales, si bien excepcionalmente se admite uno solo muy cualificado, y entre ellos y el elemento del tipo que se pretende acreditar ha de existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Por tanto, analizaremos la rectitud con la que el juzgador de instancia ha aplicado esta modalidad probatoria.

Los hechos acreditados o indicios en los que se basa la sentencia de instancia son los siguientes:

a) El hallazgo por parte de la Policía, junto a la entonces detenida, de los alimentos que se habían sustraído del almacén de Cáritas.

b) Tal hallazgo es inmediato a la sustracción, pues tiene lugar cuando la Policía llega al lugar tras haber recibido el aviso de que la alarma se había activado.

c) La reacción que entonces tuvo la apelante al ver llegar a la Policía fue la de huir y tratar de esconderse.

Si tenemos en cuenta que tales indicios son plenamente compatibles con lo que en la sentencia se declara probado y que la acusada no ha ofrecido una explicación razonable de los mismos, limitándose a decir que no sabe nada de los hechos y que ella estaba durmiendo cuando llegó la Policía (algo que desmienten los agentes), no podemos sino concluir que los razonamientos que el juzgador de instancia plasma en su sentencia no pueden calificarse de ilógicos, arbitrarios o contrarios a los principios de la experiencia y, por tanto, que las reglas de la prueba indiciaria han sido aplicadas con total rectitud, debiendo mantenerse el relato de hechos probados que condujo a la condena de la apelante.

La cuestión relativa a la exención de responsabilidad que se plantea de forma subsidiaria (la aplicación de la "eximente de robo famélico") es novedosa de la apelación, no habiendo sido propuesta por la defensa en sus conclusiones, y se argumenta exclusivamente sobre la naturaleza de los bienes objeto del delito, ya que se trataba de leche, cereales, natillas, cerillas, magdalenas, café soluble, azúcar o leche infantil de continuación. Partiendo de la afirmación de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar tan acreditadas como el hecho típico de que dependen, afirmación que es reiterada jurisprudencia (SS.T.S. 15/9/98, 17/9/98, 19/12/98, 29/11/99, 23/4./2001, 2/2/2002, 21/1/2002, 2/7/2002, 4/11/2002 ó 20/5/2003, añadiendo estas últimas que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio "in dubio pro reo") no cabe sino constatar la insuficiencia, a tales efectos, de la prueba practicada a instancias de la acusada, pues únicamente se sustenta la pretendida situación de necesidad de la apelante en sus propias palabras, lo cual resulta

ciertamente insuficiente, a lo que cabría añadir que la jurisprudencia no es proclive a aplicar el estado de necesidad a los delitos de robo y sí únicamente a hurtos que se cometen sin fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas. En todo caso se trataba de alimentos pertenecientes a Cáritas y a la apelante le hubiera bastado, en caso de ser cierta su situación de necesidad, con acudir a dicha organización para haber sido atendida (quizás con los mismos productos que sustrajo) sin necesidad de cometer delito alguno. La Sala desestima el recurso de apelación interpuesto.

XXI. CONCURSO

i. DETENCIÓN ILEGAL. CONCURSO CON EL ROBO

La cuestión, reiteradamente estudiada por la jurisprudencia de la relación concursal entre los delitos de robo con violencia o intimidación y el delito de detención ilegal.

Numerosos precedentes jurisprudenciales, entre otras SSTS. 385/2010 de 29.4, 424/2015 de 22.6, 863/2015 de 30.12, 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 solucionaría 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 necesaria 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).

ii. USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS. CONCURSO REAL CON ROBO

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.

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.

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.

XXII. ABIGEATO

i. CONCEPTO

Es el delito consistente en el robo de animales de cría, o cuatrerismo, que sucede generalmente, aunque no en forma excluyente (ya que puede ser mientras es transportado) en las zonas de campo, afectando a los productores ganaderos. Dentro de estos animales se distingue el ganado mayor, que comprende el ganado bovino mular y equino; y el menor, que es el porcino, caprino u ovino. El hurto de bípedos, como gallinas, no es abigeato.

ii.ANTECEDENTES

Según Carrara, etimológicamente, abigeato proviene de las palabras latinas ab y agere, que significan echar por delante, arrear o aguijar, diferenciando la consumación del delito de abigeato con el hurto o robo, ya que el primero se concreta cuando se arrea el ganado, sin necesidad de aprehenderlo o tomarlo con las manos o cargarlo, como en otros hurtos.

Los romanos consideraron importante legislar el abigeato como hurto agravado por la protección que merecían estos animales tan importantes para las actividades del campo, fuente de sus riquezas, consideradas res mancipi, que requerían incluso, para la transmisión del dominio, formalidades especiales, a través de la mancipatio (cinco testigos y un libripens que sostenía la balanza). El abigeato acarreaba durísimas penas, como condenar a sus autores a las bestias, a trabajos forzados en las minas o a la muerte, siendo causa de divorcio.

En España, las Partidas, y las costumbres en Francia, sancionaban este delito con la muerte.

El ladrón de ganado recibe el nombre de cuatrero o abigeo. Este delito aún se da en las áreas ganaderas de todo el mundo, en especial si aumenta el precio de la carne.

iii. CLASES DE GANADO

Ganado mayor:

Bovinos

Equinos

Mular

Asnal

Otras especies mayores domesticas

Ganado menor:

Caprinos

Ovinos

Porcinos

Aves

Conejos

Abejas

Otras especies menores domésticas.

iv.OBJETO MATERIAL

Es el ganado. Debe entenderse por "ganado", como un término genérico con el cual se hace referencia a determinadas especies de animales mansos, particularmente útiles para el hombre como factores de producción o como instrumentos de trabajo.

v.OBJETO JURÍDICO

Es el patrimonio. Puede ser el de una persona física o una persona moral.

La severidad de las penas impuestas al abigeato han sido en muchos casos tildadas de irrazonables comparadas con las penas impuestas a otros delitos, esto se presenta en legislaciones de estados donde la ganadería representa una de la principales fuentes de ingresos, por lo que es pilar en su economía.

vi.ABIGEATO CALIFICADO

El delito de abigeato se considera calificado, cuando:

Se cometa valiéndose de la nocturnidad;

Se cometa aprovechando alguna relación de trabajo, confianza o parentesco del activo con el pasivo;

Sea perpetrado por ganaderos inscritos como tales en cualquier unión o asociación ganadera;

Se cometa por cuatro o más sujetos;

El abigeato se desarrolle en diferentes entidades federativas;

Se ejecute con violencia física o moral en las personas ya sea al perpetrarse el hecho o después de consumado para lograr la fuga o defender el producto;

El responsable sea, o simule ser, miembro de algún cuerpo de seguridad pública o alguna otra autoridad; y

El responsable lleve algún arma, aun cuando no haga uso de ella.

El Código Penal argentino trata del abigeato en el Capítulo 2 bis, que fue incorporado en el año 2004 por el artículo 3 de la Ley 25.890. El artículo 167 (ter, quater y quinque) dispone las penas para este delito que se configura por el apoderamiento ilegítimo de ganado mayor o menor, que se halle dentro de establecimientos rurales, o durante el transporte de ese ganado, desde la carga hasta el destino, incluyendo las escalas. Los animales deben ser ajenos ya sea en forma total o parcial (si el que comete abigeato es condómino). Si es de una o más cabezas, la pena será entre 2 y 6 años de prisión. Si son cinco o más cabezas, y para transportarlas se usa un medio motorizado, la pena se agrava a entre 3 y 8 años de prisión.

Si se ejerció fuerza o violencia (robo) se establece la pena de reclusión o prisión de cuatro a diez años, al igual que si se adulteraran las marcas de señalización del animal o si hubo falsificación de documentación para consumar el delito, ya sean certificados de adquisición o cualquier otra documentación falsa. Se aplicará la misma pena si quien cometió el ilícito es alguien que se dedica a la cría, faena, comercio o transporte de ganado o de productos de origen animal, o si participare en el hecho un funcionario público, que además recibirá inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena, o si el delito es efectuado por al menos tres personas. A todas estas penas se les agrega una multa de 2 a 10 veces el monto de lo sustraído.

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de dos a diez del valor del ganado sustraído.

XXIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

i. ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ENERO DE 1979(Roj. STS 4966/1979)

DOCTRINA: Robo. En edificio destinado al culto.

Afirma el recurso que la capilla de San Blas carece de la consideración de objeto destinado al culto (y en la misma se encontraba la imagen de la que se apoderó el inculpado, de propiedad privada), por no celebrarse en ella de manera continua y

permanente oficios religiosos; manifestaciones que sin embargo aun siendo ciertas, procede rechazar porque si por edificio destinado al culto se entiende todo aquel cualquiera que sea su titularidad dominical (pública o privada) y su denominación (templo, iglesia, capilla, oratorio, etc.) que se encuentra adscrito al menester de celebrar ceremonias religiosas con independencia de su periodicidad por tal ha de tenerse el lugar en que se realizó el hecho.

Resultando probado, y así se declara, que en fecha no exactamente determinada, pero comprendida en la primera quincena del mes de marzo de 1975, el procesado Bartolomé, también conocido como Pablo Bartolomé, nacido el 17 de octubre de 1950, de buena conducta, sin antecedentes penales, en unión de otra persona que ahora no se juzga, se dirigió desde Gijón a la capilla de DIRECCION000, sita en Vega de Ouria, del Concejo de Boal, propiedad de Inés , y tras forzar con una palanqueta la puerta de dicha capilla se apoderó en su interior de una imagen venerada bajo la advocación de la "Santina de Ouria", que vendió posteriormente a un anticuario de León, y cuya imagen no ha sido recuperada, estimándose su valor en 40.000 pesetas, causando daños en la puerta de la capilla, tasados pericialmente en 75 pesetas. La capilla en cuestión está abierta al culto, durante tres días al año, en los meses de febrero y marzo.

En la expresada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados en el primer resultando de esta resolución constituyen un delito de robo con fuerza en las cosas, en cuantía de 40.000 pesetas, previsto y penado en los artículos 500, 504, número segundo, 505, número segundo, y 506, número segundo, del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor el procesado.

Según la circunstancia específica segunda del artículo 506 del Código Penal, se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la Ley al delito de robo en cada caso, si se verificare en edificio destinado al culto.

El único motivo del recurso de casación interpuesto por la representación del procesado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que le condenó como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas cometido en edificio destinado al culto, pretende la modificación de la resolución combatida en base, precisamente, a que el hecho sancionado se realizó en edificio no destinado al culto, ya que, según se afirma, carece de tal consideración la capilla de San Blas en la que se encontraba la imagen de la "Santina de Ouria", de la que se apoderó el inculpado, dado su carácter de propiedad privada y de no celebrarse en ella, de manera continua y permanente, oficios religiosos; manifestaciones que sin embargo, aún siendo ciertas, procede, desde luego, rechazar, porque, a más de incurrir el motivo en la causa de inadmisión tercera del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no acatar la cantidad del hecho probado que dice expresamente lo contrario -lo que la convierte en este trámite en causa

de desestimación, conforme a constante doctrina de esta Sala-, si por edificio destinado al culto se entiende todo aquél, cualquiera que sea su titularidad dominical (pública o privada) y su denominación (templo, iglesia, capilla, oratorio, etc.), que se encuentra adscrito al menester de celebrar ceremonias religiosas con independencia de su periodicidad, por tal ha de tenerse al local en que se realizó el hecho que en la presente causa se enjuicia al no poderse dar otra distinta significación que esa a las palabras empleadas por el propio Tribunal sentenciador en el "factum" de la resolución recurrida, y si bien se consignan en él las frases de que el edificio era "propiedad de Inés ", y de que "la capilla en cuestión está abierta al culto, durante tres días al año, en los meses de febrero y marzo", ninguna trascendencia puede derivarse de ellas a los fines punitivos agravatorios del número segundo del artículo 506 del Código Penal , porque, aparte de no ser exigencias de la Lev es claro que ni la titularidad dominical pública o privada del inmueble, ni la mayor o menor frecuencia de los actos de culto que en él se celebren, ni el que haya sido consagrado o no, lo desvinculan de su finalidad de prestar homenaje de amor y devoción a la Divinidad cuándo a dicho menester se adscribe, único requisito, por otra parte, que en el precepto de referencia se impone. Por lo expuesto, se evidencia que la Sala de Instancia no cometió las infracciones que en el recurso se invocan, por lo que procede su desestimación.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ENERO DE 1979 (Roj. STS 4965/1979)

DOCTRINA: Robo. Reincidencia. Retroactividad.

El delito de robo no es susceptible de convertirse en falta por su propia naturaleza. En el delito de estafa la retroactividad de la Ley Penal no tiene aplicación por tratarse de sentencia dictada en el año 1975 y ejecutada que para ser modificada por razón de la cuantía, solamente está bajo el ámbito de la Ley de 8 de mayo de 1979, y ésta prohíbe la rectificación de las sentencias ejecutadas a efectos de antecedentes penales en su disposición transitoria.

Resultando probado, y así se declara, que los procesados de común acuerdo y en acción conjunta, con ánimo de beneficio propio, el día 2 de junio de 1977, procedieron a penetrar por una ventana de aireación situada a dos metros del suelo en el interior del colegio denominado "Peter Pan", sito en la localidad de Godella, del que es legal representante Irene, y una vez en su interior sustrajeron dos transistores, un cenicero, doce botellas de aceite, un frasco de nocilla, un cassette "Grunding", una máquina de escribir marca "Olimpia", un despertador y un reloj de pared y un sobre conteniendo

130 pesetas, todo ello por valor de 20.000 pesetas. Sin nada (sic) haya sido recuperado, por haberlo vendido los procesados repartiéndose su importe.

En la citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas en cuantía de 20.000 pesetas, comprendido en los artículos 500, 504, primero, y 505, segundo, del Código Penal, del que son responsables los procesados.

La sentencia objeto del presente recurso ha sido impugnada por el recurrente, porque entiende que no se le debe aplicar la doble reincidencia conforme ordena la regla sexta del artículo 61 del Código Penal, de elevar la pena que corresponde al delito cometido en un grado y fundamenta su impugnación: Primero. En que la descripción de los hechos declarados como probados, no comprende la cuantía o valor económico de los objetos apropiados en los dos delitos de robo y uno de estafa; que sirven de base para la determinación de su carácter de multirreincidente, ya que podían verse afectados por las modificaciones económicas que transforman los tipos de las infracciones penales contra la propiedad. Y segundo. En que no se determina si anteriormente- fue declarado reincidente, con lo que al faltar una primera reincidencia no se puede apreciar la segunda o doble reincidencia. Estas dos fundamentaciones dan lugar a que la decisión del recurso se concreta; a si es necesario o no, por una parte, la determinación del valor de lo apropiado; y por otra, a si es preciso que conste o no, en el "factum" de la sentencia, la primera reincidencia. Si bien es cierto, que, en determinados supuestos, se requiere el que conste la cuantía o valor económico de lo que es objeto de las infracciones contra la propiedad para apreciar la reincidencia, debido a la posibilidad de convertirse ciertos delitos en faltas, en virtud del carácter retroactivo de la Ley Penal acogido en el artículo 24 del Código Penal, también hay que reconocer que otros casos no requieren esta determinación económica, como es el que se contempla o enjuicia en este recurso, en cuanto que el delito de robo no es susceptible de transformarse en falta por razón de su propia naturaleza, y porque en el delito de estafa, la retroactividad de la Ley Penal no tiene aplicación por tratarse de sentencia dictada en el año 1975 y ejecutada, que para ser modificada, por razón de la cuantía solamente está bajo el ámbito de la Ley de 8 de mayo de 1978, y ésta prohíbe la rectificación de las sentencias ejecutadas a efectos de antecedentes penales, en su disposición transitoria.

El criterio del recurrente de que para apreciar la doble reincidencia es necesario que haya sido primeramente condenado como reincidente, fue existente entre lo social y lo jurídico, y que se siguen manteniendo, no con un carácter eminentemente formal sino más bien material, en los supuestos de la agravación de las multirreincidencias específicas, pero en el momento actual legislativo no se puede sostener cuando se trate de la aplicación de la reincidencia genérica número quince del artículo 10 del Código Penal, bajo cuyo ámbito está la sentencia que se enjuicia, corrió se pretende, porque el párrafo segundo de este número quince se modificó por Ley de 28 de noviembre de

1974, en el sentido de hacer constar que existe la doble reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en una o en varias sentencias, dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título del Código. Que de acuerdo con las argumentaciones que quedan expuestas en los anteriores considerandos segundo y tercero, es procedente la desestimación del único motivo del recurso.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ENERO DE 1979

DOCTRINA: Robo. Consumación.

Si una posición doctrinal, siguiendo un criterio formal estima perfeccionada la infracción contra la propiedad tan pronto concurre la "contrectatio" o "aprehessio", es decir, cuando se ase, toma o aprehende el objeto, una segunda opinión sitúa el momento consumativo en la "ablatio", esto es en el instante en que las cosas o cosa mueble cambiando de lugar, se separan de la posesión material del ofendido, mientras que un último criterio fiel a la posición material exige la "illatio", o sea, que el infractor haya tenido la libre disponibilidad de la cosa mueble, de que se trate, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración. En las últimas décadas ha predominado con óptimo criterio la última posición. Si las botellas de whisky fueron sustraídas en Madrid y recuperadas en las proximidades de Valencia, el delito queda consumado.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado previamente concertado con otro individuo no enjuiciado, en la noche buscada de propósito del 3 al 4 de junio de 1976, penetró, sin utilizar medios violentos, en el almacén situado en las calles Nuestra Señora de Valverde, 3, e Isla Fuerteventura, 6, de Madrid, propiedad de don Bernardo y una vez en su interior, se apoderó, en su particular beneficio de 37 cajas, de 12 botellas cada una, más 100 botellas, en total 554 botellas de whiskky de tres cuartos de litro, marca "Bells", tasadas pericialmente en la cantidad de 120.000 pesetas, todas las cuales fueron recuperadas en Picaña-Patrai, Valencia, donde fueron transportadas para su venta, y entregadas en depósito a su propietario.

En la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran constitutivos de un delito de hurto, comprendido en los artículos 514, número primero, y 515, número segundo, del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor el procesado.

El Código Penal español, en su artículo tercero, define la tentativa y la frustración, pero se abstiene de dar un concepto de delito consumado, y ante esta laguna no bastan, de ordinario, las aportaciones doctrinales para despejar toda incógnita toda vez que muchas infracciones ofrecen serias dudas sobre el momento de su perfección, encontrándose, entre dichos delitos, los de hurto y robo con fuerza en las cosas, respecto de los cuales tradicionalmente se ha controvertido en torno al referido momento

consumativo, pues si una primera posición, siguiendo un criterio formal, estima perfeccionada la infracción contra la propiedad tan pronto concurre la "contrectatio" o "aprehessio", es decir, cuando se ase, toma o aprehende el objeto del delito, una segunda opinión, sitúa el momento consumativo en la "abíatio", esto es, en el instante en que las cosas o cosa mueble, cambiando de lugar, se separan de la posesión material del ofendido, mientras que un último criterio, fiel a una posición material, exige la "illatio" o, lo que es lo mismo, que el infractor haya tenido la libre disponibilidad -facultad propia y característica del dominio' que se trata de adquirir- de la cosa mueble de que se trate, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración. Que estas diferentes posiciones doctrinales han sido acogidas, en una u otra época, por este Tribunal, el cual no siempre ha seguido una línea interpretativa inalterable, pero en las últimas décadas, en sus sentencias, ha predominado, con óptimo criterio, la última posición enunciada, la cual, además e responder, desde el punto de vista civil, a una técnica más depurada, es más favorable al reo merced a su mayor exigencia a la hora de estimar culminado el "iter criminis". En el presente caso, sustraídas en Madrid, las botellas de whisky de autos, fueron recuperadas en la carretera Picaña-Patraix, en las proximidades de Valencia, lugar a donde las había transportado el agente para su venta, sosteniendo dicho agente, a través del único motivo de su recurso, que desde el momento en que no llegó a enajenar las susodichas botellas ni a obtener de ellas lucro alguno, su comportamiento debió subsumirse en el párrafo segundo del artículo tercero del Código Penal. Empero, esta tesis, confunde el delito consumado con el agotado, el cual es concepto distinto que requiere que, el delincuente, obtenga la plena satisfacción de la finalidad concreta que pretendía lograr con la perpetración del hecho punible de que se trate; y, en el caso ahora enjuiciado, si bien el delito de hurto no se agotó, sí que se consumó o perfeccionó puesto que, el procesado, no sólo tomó o se apoderó de las botellas de whisky ajenas sino que las separó del lugar donde se hallaban, privando de su posesión al titular de las mismas y transportándolas hasta las proximidades de Valencia, ciudad distante de Madrid, según es notorio, unos 350 kilómetros, teniendo, por lo tanto, la disponibilidad de las citadas botellas al menos durante las horas que tuvo que invertir en el recorrido; procediendo, en consecuencia, desestimar el único motivo del recurso amparado en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del párrafo segundo del artículo tercero del Código Penal.

4.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 1979 (Roj. STS 5115/1979)

DOCTRINA: Robo. Frustración.

Aparece en los hechos íntegramente recorrido el "iter criminis" propuesto y habiendo en principio logrado el apoderamiento del metálico mediante robo con fuerza y escalo, con la singularidad de que cuando habiendo realizado todos los actos necesarios para consumar la sustracción por fuerza, al disponerse a abandonar por la misma vía de acceso el lugar de autos fue sorprendido y habiéndose rodeado el edificio público donde el robo tuvo lugar fue detenido y recuperado en su totalidad lo depredado, sin que durante un solo instante lo hubiera tenido a su libre disponibilidad. El grado del robo es de frustración.

Resultando probado, y así se declara, que el día 30 de octubre de 1975, el procesado Diego, mayor de edad, ejecutoriamente condenado por sentencia de 5 de febrero de 1973, por dos delitos de robo y uno de hurto, entró en la Casa Sindical de Villanueva y Geltrú, mediante el procedimiento de subir por la escalera del inmueble, alcanzar la terraza del mismo y desde ésta, penetrar en el interior de dicha Casa por una ventana, y una vez allí, recorrió sus dependencias usando un destornillador para hacer saltar la cerradura de algunos cajones cerrados, apoderándose así con ánimo de lucro de la cantidad de 11.032 pesetas en metálico, pero al pretender marcharse por el sitio por donde entró fue descubierto por algún vecino que avisó a la fuerza pública, que rodeó el edificio, apercibido de lo cual el procesado se ocultó en uno de los tejados donde fue detenido, recuperándose la totalidad de lo sustraído.

La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas.

De entero acuerdo con la tesis del Ministerio Fiscal, articulando el presente recurso en favor del reo, ante el criterio de indefensión de los Letrados designados en turno de oficio, debe prosperar el recurso interpuesto, pues ateniéndose en un todo a la resultancia de hechos probados aparece íntegramente recorrido el "iter criminis" de la acción delictiva propuesta y habiendo en principio logrado el apoderamiento del metálico mediante maniobras que encuadran los hechos en la tipicidad delictiva del robo con fuerza y escalo, pero con la singularidad de que cuando habiendo realizado todos los actos necesarios para consumar la sustracción por fuerza, al disponerse a abandonar por la misma vía de acceso el lugar de autos fue sorprendido y habiéndose rodeado el edificio público donde el robo tuvo lugar, fue detenido y recuperado la totalidad de lo patrimonialmente depredado, sin que durante un solo instante lo hubiera tenido a su libre disponibilidad, de tal forma que pudiera incorporarlo a su personal patrimonio, ni utilizar el numerario robo. Es por consiguiente correcta la calificación que el Tribunal Provincial dio a los hechos enjuiciados como incluibles en los artículos 500 y 504 , 505, segundo, y 506, segundo, del Código Penal , pero fue errónea y equivocada la calificación del grado de ejecución, que no supera la de la frustración, porque según el segundo párrafo del artículo tercero "hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y, sin

embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente"; ya que como antes se ha puntualizado se practicaron todos los actos de ejecución, pero no se logran los resultados de apoderamiento definitivo y a su libre disposición de lo robado por causas independientes a la voluntad del agente, ya que no puede llegar a disponer, usar, y disfrutar del dinero ilegalmente apropiado y como quiera que ha sido sancionado como autor de un delito consumado debe estimarse el recurso, casar y anular la sentencia controvertida, y, en segunda sentencia, condenarle sólo por robo frustrado con la agravante genérica de multirreincidencia y la específica de casa habitada del artículo 506, segundo, por tratarse de un edificio público.

5.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 1979 (Roj. STS 5210-1979)

DOCTRINA: Robo con homicidio. Frustración.

Habrá robo homicida en grado de frustración siempre naturalmente que se acredite el dolo de muerte, ya en su forma de dolo directo, ya en la modalidad de dolo eventual; solución que sólo debe ceder en los supuestos en que la punición del grado ejecutivo del delito contra las personas sea más grave, pues entonces tal pena debe servir de medida a la responsabilidad criminal.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado concibió la idea de atracar a su antiguo patrono Humberto, con el que había estado trabajando durante dos años, hasta el 14 de febrero de 1977, y a este fin el día 22 de octubre de 1977 se proveyó de un cuchillo de monte de unos seis centímetros de largo de hoja y de un gorro de lana al que preparó para que le tapase el cuello y parte inferior del rostro, y así sobre las 22,30 horas del mismo día, se dirigió al edificio de la calle Michelena esquina a General Mola, en cuyo sótano-garaje sabía que el señor Humberto guardaba su coche, y después de conseguir que un vecino le abriera, la puerta del portal, llamándolo por el portero automático, por la escalera interior se introdujo en el garaje, donde después de apagar la luz permaneció a la espera. Cerca de media hora después se presentó el señor Humberto con su coche, quien después de aparcarlo utilizando las luces del mismo, se dirigió a encender las luces del garaje, pero antes de llegar a las llaves fue sorprendido por el procesado que por detrás le echó un brazo al cuello al tiempo que le amenazaba y le decía que era del Grapo, cuya amenaza hizo con un cuchillo, obligándole a que volviera a subir al coche y exigiéndole que lo llevara a las afueras de Pontevedra; pero como en el forcejeo el señor Humberto perdió las llaves del coche se bajaron y una vez recuperadas volvieron a subir, entablándose entonces una Conversación en la que el

procesado le aseguró que no tenía intención de hacerle daño y que lo único que quería era dinero, a lo que el señor Humberto le manifestó que no lo tenía. Fue en este momento cuando el señor Humberto reconoció al procesado por la mirada y parte del rostro visible y por una aparente deficiencia en el brazo y mano derecha. Entonces el procesado, ante la negativa del señor Humberto para trasladarse a las afueras, decidió que se bajasen del coche haciéndolo él primero y aun cuando el señor Humberto amagó la salida e intentó salir con el coche, el procesado se lo impidió obligándole a salir, momento en que inició la huida por lo que el procesado le dio una puñalada en el costado izquierdo con fractura costal y sección pulmonar, dándole un empellón que lo derribó, y aunque también cayó él logró incorporarse y salir huyendo por la rampa de acceso y al llegar a la calle torcer a la derecha, mientras que el procesado que salía inmediatamente detrás de él lo hizo hacia la izquierda hasta el Puente de La Barca, en donde arrojó al río el cuchillo y el gorro de lana El señor Humberto fue conducido inmediatamente al Hospital donde fue intervenido quirúrgicamente con toda urgencia dado su estado de suma gravedad; fue dado de alta a los sesenta días, pero le quedó una pleuritis residual de la que aún no se encuentra completamente curado, si bien no le impide hacer vida normal. Se le ocasionaron gastos sanatoriales por valor de 55.214 pesetas.

La expresada sentencia estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de robo con homicidio, previsto y penado en los artículos 500 y 501, número primero y párrafo último, del Código Penal, en grado de frustración.

El delito de robo con homicidio es un complejo delictivo en el que el Legislador ha reunido el robo por un lado y el homicidio por otro, castigando tal conjunción con pena más severa que si se contemplasen separadamente ambos factores de criminalidad, haciéndose con ello eco de una realidad criminológica insoslayable, tan antigua como el nombre de latrocinio con que se la reconoce de antiguo y caracterizada por él hecho de planearse el robo con la posibilidad de matar; razón teleológica de severidad que explica, a su vez, que en este delito complejo, como en los demás de robo con resultado lesivo, el artículo 512 del Código Penal haya establecido una regla de consumación anticipada, una vez que se haya producido el atentado para la vida o integridad física, aunque no se haya perfeccionado el delito patrimonial.

La misma «mens legis» debe estar presente, para el caso inverso de que se lograra el propósito lucrativo y se frustrara el violento, concretamente el homicidio, si de este complejo delictivo se trata, o de que se frustraran tanto la muerte como el apoderamiento, en cuyos supuestos, siguiendo igual técnica de severidad debe mantenerse el complejo, de modo que habrá robo homicida en grado de frustración, siempre, naturalmente, que se acredite el dolo de muerte, ya en su forma de dolo directo, ya en la modalidad de dolo eventual, tan típica en estos casos de complejidad;

solución que sólo debe ceder en los supuestos en que la punición del grado ejecutivo del delito contra las personas sea más grave, pues entonces, tal pena debe servir de medida a la responsabilidad criminal, tal como tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de 15 de enero de 1934 y había ya aceptado el Código Penal de 1870 (artículo 519), al señalar pena propia para el delito con homicidio, en grado de tentativa o frustración, con la salvedad de que el homicidio perpetrado la mereciera mayor; criterio el expuesto que no es en modo alguno arbitrario sino que es el propio del Código vigente, no sólo por la exégesis antes aludida del artículo 512, sino también por virtud del artículo 68 que obliga a preferir en caso de concurso de normas la alternativa de mayor rango punitivo, de suerte que entrando en conflicto las normas de frustración del complejo o la de sus elementos componentes se aplicaran unas u otras de acuerdo con tales preceptos.

A la vista de la anterior doctrina es preciso examinar el motivo único del recurso cuando combate el grado de frustración aplicado en la instancia al robo con homicidio de que se hace responsable el recurrente; grado de ejecución del complejo que es preciso aceptar porque, impuesta la pena de reclusión menor en el límite mínimo de su grado máximo, es esta la inmediata inferior a la que se prevé para el robo con homicidio consumado por el artículo 501, número primero, del Código Penal , pena que es por ello la correcta, sin que por haberse frustrado tanto el homicidio como el robo, pueda pretenderse la disolución del complejo, cuya punición separada es visto que sería notablemente inferior, tanto más que el robo lo sería en grado de tentativa, lo que iría derechamente contra la doctrina antes expuesta; y, en segundo lugar, y aquí se centra el argumento del recurrente, porque aplicada igualmente la doctrina clásica de reconocer en el homicidio frustrado el «animus necandi» en contraste con el resultado no mortal, es preciso concluir que el procesado iba dispuesto a matar si, por acaso ello era necesario para conseguir sus propósitos lucrativos, idea propia del dolo eventual que se conecta perfectamente a la locución legal; «cuando con motivo o con ocasión de robo, resultare homicidio»; y que en el caso «sub judice» es fácil deducir del arma empleada, un cuchillo de monte del que se proveyó previamente el procesado, así como de la región vital de la víctima alcanzada por el arma y que no fue otra que el costado izquierdo, golpe dado con tal violencia que produjo fractura costal y sección pulmonar, hasta el punto de ser calificado el estado del herido de suma gravedad, del que indudablemente se libró al ser conducido inmediatamente al Hospital en donde fue intervenido con toda urgencia, quedándole no obstante, tras sesenta días de curación, una pleuritis residual; ante cuyo cúmulo de datos anteriores, coetáneos y posteriores a la agresión, no cabe impugnar el dolo homicida que animaba al procesado en el momento de realizarla, aun cuando momentos antes declarara a su antiguo patrón «que no tenía intención de hacerle daño y que lo único que quería era el dinero», pues salvo que se busque a ultranza la muerte de la víctima, esto es lo que ocurre normalmente en los casos de robo violento en el que los delincuentes prefieren que el violentado acceda a sus pretensiones depredatorias sin necesidad de causarle la muerte; situación que, como

se ha reiterado, es típica del dolo eventual, no sólo incluido en el apartado número primero del artículo 501, sino que viene a ser su musa inspiradora por lo dicho anteriormente; razones todas que obligan a desestimar el motivo y, con él, el recurso interpuesto.

6.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 1979

DOCTRINA: Robo. Predeterminación del fallo.

La frase «tras quebrantar el cierre de la puerta de acceso al comercio sito...» es usual y corriente y no precisa de conocimientos jurídicos, por lo que no es concepto jurídico predeterminante.

Resultando probado, y así se declara que los procesados puestos de acuerdo y obrando con unidad de propósito y acción y designio de beneficiarse, en hora no suficientemente concretada, pero anteriores a la 9 horas del día 7 de octubre de 1976, tras quebrar el cierre de la puerta de acceso del comercio, de electrodomésticos sito en la calle Calderón de la Barca, número 96, de Badalona, propia de don Luis Andrés, causando daños justipreciados en 2.000 pesetas, se apoderaron con el expresado designio de numerosos objetos de radio, radio- cassettes, tocadiscos, máquinas de afeitar, cafeteras y demás que aquí se expendían por un importe valorado en 560.265 pesetas, de cuyos objetos sustraídos se han recuperado y restituido a su legítimo propietario por valor de 133.500 pesetas.

La citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas definido y sancionado en los artículos 500 y 504, número segundo , 505, número tercero, todos del Código Penal.

El único motivo de este recurso de casación, articulado por quebrantamiento de forma al amparo del número primero del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo fundamenta el recurrente en que los hechos declarados probados de la sentencia recurrida se consignan conceptos que, por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo, al decirse que «tras quebrantar el cierre de la puerta de acceso al comercio sito...»; frase está, usual y corriente en el lenguaje vulgar, que no precisa de convencimientos jurídicos algunos para su comprensión y que tan sólo relata claramente hechos de los que deduce el Tribunal de instancia la comisión de un acto

delictivo, sin constituir por sí misma la calificación anticipada del caso, por lo que procede desestimar el motivo y con él el recurso.

7.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 5208/1979)

DOCTRINA: Robo. Cuantías. Efectos inflación.

Dentro del ordenamiento jurídico es insostenible el punto de vista del recurrente que sostiene que el importe de lo robado ascendió a 9.000 pesetas, que ante la imposibilidad de que el Código Penal se modifique constantemente por la depreciación sufrida por la moneda deben hacerlo los Tribunales, ya que éstos si lo hicieran incurrirían en responsabilidad penal, ya que la modificación de cuantías corresponde al Legislador y no a los Jueces.

Resultando que los procesados puestos de acuerdo, sobre la hora de la una y media de la madrugada elegida de propósito del día 29 de abril de 1977 al pasar por las obras en construcción de una casa sita en la calle Santa Luisa de Marillac, de esta capital y propiedad de Juan Alberto, con el fin de coger alguna herramienta sin el propósito de apropiársela sino tan sólo de utilizarla para forzar la entrada de algún establecimiento y en él apoderarse del dinero que hubiere en el mismo, tras romper la cerradura de una puerta de madera entraron en una habitación de ladrillos de donde tomaron una barra de uña y un puntero de hierro valorados en 650 pesetas, que, recuperados, fueron devueltos provisionalmente a su mencionado dueño, causando daños en citada puerta tasados en 200 pesetas. A continuación llevando en su poder mencionadas herramientas, al pasar por la calle en que está sita la cafetería «La Lonja», de esta capital, propiedad de Domingo, valiéndose de la utilización de las mismas y mediante el empleo de fuerza contra la puerta de acceso, lograron abrirla y penetrar en su interior donde tras violentar también la caja registradora y otra de caudales, se apoderaron de las cantidades del dinero que contenían en billetes y en monedas que sumando una totalidad de 9.000 pesetas fueron repartidas por terceras partes entre ellos y recuperadas en su poder posteriormente al ser detenidos, de las que se hizo entrega provisional a su citado dueño; habiendo también consumido bebidas por importe de 60 pesetas y causando daños tasados en 12.481 pesetas. Hechos que se declaran probados.

La expresada sentencia se estimó que los hechos probados constituían un delito de robo de los artículos 500, 504, números segundo y tercero, y 505, número segundo, del Código Penal.

Que condenados los procesados por un delito de robo del artículo 500, en relación con el 504, número segundo, y 505, número segundo, se impugna la sentencia mediante el único motivo de casación interpuesto al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender el recurrente no que la Sala haya cometido error al encajar el hecho en el precitado número segundo del artículo 505, dado que el importe de lo robado ascendió a la cantidad de 9.000 pesetas, sino por opinar que dada la depreciación sufrida por la moneda y ante la imposibilidad de que el Código se modifique constantemente para adaptar las penas al valor real del dinero, deben hacerlo los Tribunales de Justicia, tesis que sea cual fuere el valor que quiera atribuírsele desde el punto de vista de «lege ferenda», como es obvio, es insostenible desde el punto de vista de «lege data», ya que dentro del ordenamiento jurídico vigente, los Tribunales de Justicia no podrían hacer lo que pretende el recurrente sin incurrir en responsabilidad penal ya que la modificación de cuantías únicamente corresponde al Legislador y no a los Jueces, por lo que procede desestimar el recurso.

8.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4877/1979)

DOCTRINA: Robo. Autoría y complicidad.

A quien estuvo presente activamente desde que germina la idea criminal hasta el agotamiento del delito mediante el reparto o distribución del botín pasando por la proposición a otros, por el concierto de voluntades, por la confección cuidadosa del plan de ejecución por la realización de tareas exploratorias y preparatorias por la facilitación del local donde repetidamente se reunieron los consortes delictivos y por la aportación de automóviles con los que trasladarse al lugar de autos, es errónea y descabellado atribuir la condición de mero cómplice.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Gerardo, de 30 años de edad, conocedor de que en un chalet, propiedad de Luis, situado en Gandía, en la partida Rincón DIRECCION000, de Marchuquera Baja, en determinados días se reunían un grupo de personas, para jugar a las cartas, por lo que llevaban fuertes cantidades de dinero, lo comentó con su convecino, también procesado, Lázaro, de 38 años, pensando ambos que, por ser un lugar aislado, era posible sorprender a los citados juzgadores y despojarles del dinero que llevaran, concibiendo la idea de realizar tal hecho, para lo que se pusieron de acuerdo con los también procesados Humberto, de 36 años de edad, sin ante cedentes penales, y Hugo, de 27 años de edad. Que para preparar el golpe que pensaban dar, un día no determinado del mes de agosto, Gerardo llevó en un coche a los demás para explorar el lugar y conocer el terreno. Que ya puestos de acuerdo los citados y contando con dos pistolas, una de ellas marca "FN." de 9 milímetros y otra marca

"Bolumburu" de 7,65 milímetros, la primera de las cuales fue facilitada a Hugo y Humberto por el también procesado Juan, de 38 años de edad. Ambas armas estaban dotadas de sus respectivos cargadores, con munición y en buen estado de funcionamiento. Que en un par de reuniones celebradas en un apartamento propiedad de Gerardo, sito en Nueva Denia, a las que concurrieron todos menos Juan, concretaron los detalles del plan a realizar, todos de acuerdo, con único de provecho, y distribuirse lo que cogieran. Que como sabían, que en el chalet no había nadie por la noche, el día 31 de agosto del mismo año 1976, sobre las 21 ó 22 horas, se trasladaron en un coche "Dodge Dart", que Gerardo había pedido prestado, y conduciéndolo éste hasta las proximidades del mismo, forzando una puerta penetraron en él Lázaro, Fidel, Hugo y Humberto, marchándose Gerardo con el coche y quedando en que volvería a recogerlos al día siguiente, a una hora en que calcularon que habrían realizado el hecho. Que a la mañana del día primero de septiembre, sobre las once horas, cuando llegaron varias personas, como tardaran en entrar, los cuatro procesados citados, ocultando sus rostros con medias y máscaras, salieron al jardín, empuñando sendas pistolas Humberto y Fidel y Hugo con un cuchillo y Lázaro con un garrote, con cuyas armas amenazaron y obligaron a entrar en la casa a los otros, que, asustados, no ofrecieron resistencia, y, una vez dentro, desnudarse y dejarse atar con cuerdas y esparadrapos que llevaban preparados los procesados, únicamente no fue atado Casimiro, al que por ser de avanzada edad, y sentirse enfermo, le dejaron sentarse en una silla, tapándole la cabeza con una camisa y advirtiéndoles a todos que si no ofrecían resistencia no les harían daño, que sólo querían el dinero, y que se hicieran cuenta de que habían perdido todos en el juego, Que registradas las ropas de cada uno se apoderaron de 130.000 pesetas de Alonso , 38.300 pesetas de Juan Luis , 58.900 pesetas de Casimiro ; 100.000 pesetas de Luis Carlos; 6.300 pesetas de Carlos María; 73.000 pesetas de Jose Ramón, al que también quitaron un reloj de oro, que ha sido recuperado; 51.600 pesetas de Tomás; y 38.300 pesetas de Víctor. Que una vez recogido el dinero, y aunque el plan, que llevaban era estar allí alguna hora más, esperando a otras personas que fueran a jugar, pues creían que iba a ir un tal Pedro Antonio, con unos 2.000.000 de pesetas, viendo al citado Casimiro que parecía que le daba un desmayo o ataque, temiendo complicaciones se marcharon del chalet, en el coche matrícula B-267.046 propiedad de Alonso, que tenía las llaves puestas, con el que se trasladaron al puerto de Gandía, donde el día antes habían dejado estacionado un automóvil de Hugo. Que el coche de Alonso ha sido recuperado. Que en el de propiedad de Hugo se trasladaron los cuatro al apartamento antes citado de Gerardo, sito en Nueva Denia, donde se repartieron el dinero a razón de unas 100.000 pesetas cada uno de los cuatro participantes directos y de unas 35.000 pesetas para Gerardo. Al procesado Hugo se le ocuparon 27.000 pesetas, única cantidad recuperada, puesto que el resto del dinero se lo han gastado en atender sus necesidades.

La citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de robo con violencia e intimidación en las

personas, comprendido en los artículos 500 y 501, número quinto y párrafo último, del Código Penal.

La distinción entre autoría y complicidad no es nimia ni meramente especulativa, puesto que, en el sistema punitivo español, se castiga con mayor rigor a los autores del artículo 14 del Código Penal que a los cómplices del artículo 16 del mismo Cuerpo legal; y, abstracción hecha de las exageraciones de la teoría subjetiva según la cual es el especial "animus" que matiza la actuación de los agentes el trascendente y determinante a la hora de distinguir ambas figuras, de tal modo que si obran con "animus autoris" se les reputará, autores, y cómplices si actúan con "animus socu", acudiendo a la teoría objetiva, que es generalmente la prevalente, la complicidad, a tenor del concepto que de ella da el citado artículo 16, se distingue del encubrimiento porque la intervención del cómplice es anterior o coetánea a la de los autores, mientras que el encubridor actúa "a posteriori", de la autoría del número primero del artículo 14, porque el autor directo y material realiza actos de ejecución -aunque no es preciso que efectúe todos los que integran la dinámica comisiva- constitutivos del comportamiento típico, y, por tanto, nucleares, fundamentales, capitales, decisivos o esenciales, mientras que los del cómplice son puramente periféricos e integrantes de cooperación, ayuda o auxilio respecto a acciones típicas perpetradas por otros, de la inducción -artículo 14, número segundo -, gracias a tratarse de una colaboración material y positiva, y no meramente moral, formal o psicológica, y, finalmente, de la cooperación necesaria - artículo 14, número tercero -, porque en ésta el agente contribuye a la perpetración del delito de un modo "sine qua non", es decir, con actos imprescindibles e indispensables y absolutamente necesarios, sin los cuales el delito no se hubiera cometido, mientras que la aportación del cómplice al esfuerzo común es secundaria o accesoria y no imprescindible para la perpetración del hecho punible, el cual, con la partición del mismo o sin ella, se hubiera llevado a cabo igualmente.

En la narración histórica de la sentencia de instancia se lee, entre otras frases también relevantes, que: "el procesado Gerardo..., conocedor de que en un chalet..., situado en Gandía..., en determinados días, se reunían un grupo de personas para jugar a las cartas, por lo que llevaban fuertes cantidades de dinero, lo comentó con su convecino, también procesado, Lázaro ..., pensando ambos que, por ser un lugar aislado, era posible sorprender a los citados juzgadores y despojarles del dinero que llevaran, concibiendo la idea de realizar tal hecho, para lo que se pusieron de acuerdo con los también procesados.. Que para preparar el golpe que pensaban dar, un día no determinado del mes de agosto, Peret llevó en un coche a los demás para explorar el lugar y conocer el terreno. Que ya puestos de acuerdo los citados y contando con dos pistolas..., que en un par de reuniones celebradas en un departamento propiedad de Gerardo, sito en "Nueva Denia", a las que concurrieron todos..., concretaron los detalles del plan a realizar, todos de acuerdo, con ánimo de provecho, y distribuirse lo que cogieran..., el día 31 de agosto del año 1976, sobre las 21 ó 22 horas, se trasladaron en

un coche "Dodge Dart" que Gerardo había pedido prestado, y conduciéndolo éste hasta las proximidades del mismo..., y quedando en que volvería a recogerlos al día siguiente.., que en el de propiedad de Hugo se trasladaron los cuatro al apartamento antes citado de Gerardo, sito en "Nueva Denia", donde se repartieron el dinero"; de todo lo cual se infiere que la actuación del procesado recurrente, siempre estelar bascula u oscila entre la inducción, el auxilio necesario y la autoría material, y hasta podría decirse que se halla inmersa, de un modo u otro, en los tres conceptos; pero que a quien estuvo presente activamente desde que germina la idea criminal hasta el agotamiento del delito mediante el reparto o distribución del botín, pasando por la proposición a otros, por el concierto de voluntades, por la confección cuidadosa del plan de ejecución, por la realización de tareas exploratorias y preparatorias, por la facilitación del local donde repetidamente se reunieron los consortes delictivos, y por la aportación de automóviles con los que trasladarse al lugar de autos, es erróneo y descabellado atribuirle la condición de mero cómplice, pese a que fue el cerebro rector y el anulador de voluntades, pues su aportación, anterior y coetánea, presenta siempre los caracteres de directa, indispensable y realizadora de actos ejecutivos siquiera no participara en la integridad de ellos gracias al reparto de tareas que caracteriza a la codelincuencia y que atribuye, a cada uno de los partícipes, distintos cometidos coadyuvantes todos a un fin común. Procediendo, por tanto, desestimar el único motivo del recurso, fundamentado en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en los artículos 500, 501, número, 16 y 14 del Código Penal , no sin antes destacar que la agravación específica establecida en el último párrafo del artículo 501 citado, tiene que afectar necesariamente a Gerardo , el que "ab initio" conocía que se iba a perpetrar un delito de robo con violencia o intimidación en las personas valiéndose de dos pistolas como instrumento conminatorio, comunicándose a él la mentada agravación gracias a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 60 del Código Penal.

9.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4856/1979)

DOCTRINA: Robo. Con abuso de confianza.

La agravante de abuso de confianza nace a la vida cuando concurren los-vínculos de fidelidad o buena fe, entre las partes, bien nacidos de relaciones de amistad, contractuales de dependencia o subordinación, profesionales, convivencia, familiaridad y demás que supongan una base de comportamiento ético mínimo en el desarrollo de las mismas; un quebrantamiento de tales vínculos o rompimiento traicionero de la normal y ética conducta derivada de los mismos, ni debida ni esperada, lo que implica un plus de perversidad en la acción desarrollada; una mayor facilidad comisiva, en cuanto la parte

perjudicada u ofendida descansa en esa confianza otorgada que le releva de una mayor vigilancia, alerta o preocupación sobre los hechos del receptor de la misma, viviendo relajado, y confiado en el proceder de quien atropella tantas barreras, morales, psicológicas, sociales y actúa contra derecho.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Juan María, mayor de dieciocho años, sin antecedentes penales, individuo que posee un coeficiente intelectual I. Q., de 72, equivalente a débil mental, de escasa capacidad de previsión de sus actos, en lo que influye su disminución física derivada de la implantación de una válvula mitral, lo que le exige controles continuos, al servicio, como vigilante nocturno, de la empresa comercial "Carsa" en el matadero de ayes que ésta posee en la carretera de Torres de la Alameda en el término municipal de Valverde, de Alcalá -Madrid-, aprovechando la facilidad que su cargo le ofrecía y las horas de la noche en las que lo desempeñaba, en la madrugada del día 28 de agosto de 1976, en que se encontraba de servicio en dicha factoría, decidió apoderarse, con finalidad lucrativa, de los fondos que pudieran encontrarse en la caja fuerte metálica empotrada en las oficinas de dicha empresa, para lo que, proveyéndose de un pico, un maza de hierro, un cortafríos, un martillo, unas tijeras, una sierra de hierro, un destornillador y una piqueta que encontró entre los enseres existentes en la sala de máquinas, muelle de carga y sala de calderas procedió con los mismos a desempotrar aquella caja de 40 kilogramos de pesa y 38 centímetros de altura, 45 de anchura y 28 de profundidad, arrancándola de la pared y rompiéndola; extrajo la cantidad de 75.973 pesetas, de las que abandonó en el lugar del hecho 73 pesetas en moneda fraccionada, ingresando 46.000 pesetas en su cuenta corriente del Banco Popular Español y 20.000 pesetas en una cartilla de ahorro a su nombre en la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, conservando en su domicilio 9.900 pesetas, todo lo cual fue recuperado y entregado en depósito al representante legal de aquella empresa, habiendo producido daños en la caja y dependencia donde se encontraba, justipreciados en la cantidad de 16.000 pesetas.

La referida sentencia, estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas, comprendido en los artículos 500, 504, tercero, 505, tercero, del Código Penal.

El primer motivo del recurso considera infringido el artículo 59, segundo, del Código Penal, en cuanto que según razonamiento del recurrente, las dos agravantes apreciadas en la sentencia, ejecutar el hecho de noche y abuso de confianza, son inherentes al delito cometido y, por tanto, no deben producir el efecto de aumentar la pena. El precepto supuestamente infringido es una derivación del principio "non bis in idem", que impide derivar de un mismo hecho, una doble sanción punitiva; una a título principal, como delito; otra a título agravatorio, como circunstancia de esta índole. En

tales supuestos bien por el principio de la absorción, bien por el de subsidiariedad, impone el desplazamiento de la circunstancia agravatoria, por el elemento esencial, bien sea éste el constitutivo "per se" del delito, o ya sea tenido en cuenta en la descripción de la infracción. Pero en todo es preciso para que entre en juego el precepto del artículo 59 que esa circunstancia sea esencial al hecho punible y elemento constituyente del mismo. Por tanto sólo son inherentes al delito las circunstancias consustanciales e integrantes del tipo (sentencias de 6 de diciembre de 1972 y 28 de junio de 1973). A guisa de ejemplo no podría apreciarse el parentesco en el parricidio, el desprecio del sexo en el estupro y otras semejantes. Que examinado a la luz de dicha doctrina el primer motivo del recurso, debe decaer, en cuanto que ni la noche, ni el abuso de confianza son inherentes al delito y lo claro, por el contrario que sin ellas se puede cometer el robo al concurrir con ellas y no ser consustanciales al mismo deben apreciarse, como se hizo, en función de circunstancias agravantes del delito cometido. Inherente al robo es la violencia o intimidación en las personas o la fuerza en las cosas, únicamente, más no ninguna de las circunstancias antes expresadas. El segundo motivo del recurso combate la aplicación por el Tribunal de Instancia de la agravante número trece del artículo 10 del Código Penal , ejecutar el hecho de noche, en cuanto que, según lo alegado no se dice que sea buscada de propósito. La noche precisa, como circunstancia agravante, según reiterada doctrina de esta Sala, el elemento objetivo de la presencia de aquélla, ausencia de luz natural, y el elemento subjetivo, que acusa la mayor malicia del agente, que sea buscada o aprovechada de propósito por el mismo, por la mayor facilidad para la comisión del hecho punible, su mayor impunidad, la dificultad de identificación del autor, la indefensión de la víctima o de su vigilancia efectiva sobre su morada, bienes o patrimonio. Y así enfocada la agravante si en los hechos probados se dice literalmente "aprovechando las horas de la noche" en que desempeñaba el cargo de vigilante nocturno, "en la madrugada del día 28 de agosto de 1976", decidió apoderarse y lo hizo de la caja de caudales de la empresa a cuyo servicio estaba, es claro que estamos en las horas de la noche, aprovechadas por el recurrente, con lo que fue correcta la aplicación de la agravante indicada y ello determina la desestimación del motivo del recurso. El motivo tercero, se combate por aplicación indebida el número noveno del artículo 10 del Código Penal, abuso de confianza, ya que siendo débil mental el recurrente, con escasa capacidad para tener conciencia del alcance de sus actos, no se reúnen los requisitos exigidos por dicho artículo y apartado, para que surja la agravante indicada. Más lo cierto es que la agravante de abuso de confianza nace a la vida del derecho cuando concurran los vínculos de fidelidad o buena fe, entre las partes bien nacidos de relaciones de amistad, contractuales, de dependencia o subordinación, profesionales, convivencia, familiaridad, y demás que supongan una base de comportamiento ético mínimo en el desarrollo de las mismas; un quebrantamiento de tales vínculos o rompimiento traicionero de la normal y ética conducta derivada de los mismos, ni debida, ni esperada, lo que implica un plus de perversidad en la acción desarrollada; una mayor facilidad comisiva, en cuanto la parte perjudicada u ofendida descansa en esa

confianza "otorgada, que le releva de una mayor vigilancia, alerta o preocupación sobre los hechos del receptor de la misma, viviendo relajado y confiado en el proceder de quien atropella tantas barreras morales, psicológicas o sociales, y actúa contra derecho. Examinado así el tercer motivo del recurso elegido el recurrente, como vigilante nocturno de la empresa comercial "Carsa", en su matadero de aves, es claro que le otorga una confianza absoluta, deja a su cuidado todo el matadero durante la noche, descansa en su vigilancia y en su buen hacer al respecto. Y si aprovecha estas condiciones para apoderarse de la caja fuerte de la empresa, como lo hizo, "aprovechando la facilidad de su cargo", con toda evidencia surge la agravante que inútilmente combate el recurrente y ello conduce a la desestimación del motivo estudiado. El motivo cuarto, se cuestiona la aplicación de las penas impuestas al recurrente, con infracción del artículo 66 del Código Penal . Más se advierte lo infundado del motivo, puesto que el delito cometido, en la fecha de su consumación, lleva impuesta la pena de presidio mayor por ser robo superior a 50.000 pesetas (artículo 505, número tercero). Al concurrir una eximente incompleta de trastorno mental transitorio el Tribunal puede bajar en uno o dos grados la señalada al delito, bajándola en un grado, en uso de un arbitrio del Tribunal, no combatible en casación, bajándola a presidio menor. Dentro de esta pena la puede imponer en el grado que estime conveniente. Al concurrir dos agravantes la impuso en el grado máximo, más aunque así no fuera se movía dentro de la autorización del Código "en el grado que estime conveniente", viniendo de nuevo al campo de lo discrecional, donde nada puede hacer la casación. Razones que conducen a su desestimación.

10. DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4946/1979)

DOCTRINA: Robo. Con escalamiento. Ley penal. Derecho intertemporal.

Siempre que se penetra en el sitio por el modo que no se destina normalmente a tal fin, sin respetar los medios que denotan la protección de los objetos de apoderamiento, se debe apreciar la existencia de escalamiento que determina la existencia de robo. Las normas durante el período de "vacatio legis" no son más que disposiciones de futura legalidad que no pueden ser aplicadas.

Resultando probado, y así se declara: A) Que en la madrugada del día 24 de noviembre de 1977, del vehículo matrícula N-.....-N, que su propietario Tomás, había dejado aparcado en las últimas horas del día anterior, en la avenida de Guatemala, de esta ciudad, fueron apropiados un radiocasete con el mueble soporte del mismo y de diez a quince cintas cassettes, sin que haya podido acreditarse quién o quiénes fueran el

autor o autores del hecho. B) En la madrugada del día 26 de noviembre de 1976, el acusado Diego, del vehículo matrícula K-.....-K, que su propietario Cosme, había dejado aparcado, sin cerrar, en la plaza Houston, en esta ciudad, se apoderó con intención de haberlos como propios de un radiocasete "Phillips", con su mueble, cinco cintas cassettes, la batería, dos juegos de llaves, dos destornilladores, un alicate, una llave de bujía, el documento nacional de identidad y del permiso de conducir, efectos que fueron, valorados en la cantidad de 8.040 pesetas, de los que se recuperaron varios, por importe de 5.750 pesetas; la radio fue entregada por Diego al también acusado Juan, amigo suyo y dueño de un taller de reparación de vehículos donde había trabajado aquél, para que lo vendiera, lo que así hizo, conociendo su ilícita procedencia, a un empleado de su taller, Santiago, quien ignorando tal origen, la adquirió en 4.500 pesetas, entregando a cuenta la de 3.000 pesetas, que Juan entregó después a Diego . C) En la madrugada del día 28 del mes y año anteriormente indicados, el acusado Diego, introduciendo un palo por entre las lunas del escaparate de la camisería "Fidalgo", y rompiendo una de ellas, se apropió con intención de haberlas como propias de diversas prendas vaqueras, por un importe de 9.795 pesetas, recuperándose varias de ellas valoradas en 4.475 pesetas; el establecimiento es propiedad de Pedro Antonio y está situado en esta ciudad, calle Calvo Sotelo, número 7, habiendo sido valorados los daños en la cantidad de 4.000 pesetas. D) También de madrugada, en la fecha del apartado anterior, el acusado Diego, separando con un palo las lunas del escaparate de la "Meca de los Pantalones", y sin romper las mismas, se apoderó con ánimo de haberlos como propios, de dos pantalones que sacó a través del hueco, valorados en 1.100 pesetas, que después fueron recuperados. E) En la madrugada del día 30 de dicho mes y año, Diego y el también acusado Mariano, hallándose en Punta Umbría, a donde se habían trasladado desde esta ciudad, mientras Mariano vigilaba, Diego, trepando por un pino, y rompiendo después un cristal, se introdujo en un pasillo del colegio "Santo Cristo del Mar", bajando después descolgándose por una tubería a un patio, para pasar después al despacho del Director, donde se apropió, con intención de haberlos como propios de los dos, de la cantidad de 20.000 pesetas, y otros objetos valorados en 2.800 pesetas, que fueron recuperados, junto con 100 pesetas, causándose daños valorados en 200 pesetas. F) En la misma madrugada, Diego y Mariano, haciendo palanca con una barra de hierro y haciendo saltar uno de los barrotes de una ventana del, chalet que Juan Antonio tiene en la calle DIRECCION000, de Punta Umbría, se introdujeron en el mismo, consumiendo bebidas y alimentos por importe de 660 pesetas, y apropiándose con ánimo de haberlos como propios de diversos objetos valorados en 3.890 pesetas; y causando daños tasados en 5.250 pesetas, habiéndose recuperado objetos por importe de 1.250 pesetas. G) En la misma madrugada, Diego y Mariano, momentos después, mientras el segundo vigilaba, el primero saltando por una ventana penetró en el hostal "Ayamontino", propiedad de Isidro , apropiándose con ánimo de haberlas como propias de la cantidad de 800 pesetas y otros objetos valorados en 3.325 pesetas, habiéndose recuperado dos de ellos, valorados en 2.200 pesetas. H) El día 2 de diciembre de dicho

año, el acusado Diego, rompiendo un cristal de una ventana, penetró en el bar "Suizo", sito en la calle General Francisco de esta ciudad, propiedad de Jose Augusto, apropiándose con ánimo de haberla como propia de la cantidad de 17.000 pesetas que se hallaban en una caja de puros, y de otros efectos que fueron valorados en 19.950 pesetas, independientemente de las monedas, y causando daños en cantidad de 375 pesetas; alguno de dichos objetos consistentes en diversos billetes de moneda extranjera, fueron entregados por Diego a Juan , quien, conociendo su ilícita procedencia los guardó, hasta tanto cumpliendo encargo que le había hecho Diego , averiguaba el valor de los mismos, recuperándose objetos sustraídos valorados en 1.800 pesetas. I) El día 3 de diciembre de dicho año, los acusados Diego y Juan; de un turismo marca "Seat", modelo 127, no identificado, que se hallaba estacionado en una calle de la Barriada de La Orden, introduciendo Diego una mano por el hueco que dejaba el cristal de la puerta, que se hallaba semicerrado y abriendo la puerta, se apoderaron con ánimo de haberlos como propios de un radiocasete y una batería, que fueron valorados en 6.000 pesetas. J) El mismo día, sobre las 3,30 horas, los acusados Diego y Juan, fueron sorprendidos por la Policía, cuando se hallaban en el interior del bar "Góndola", propiedad de Manuel, sito en la Avenida de Diego Morón, habiéndose apropiado, con intención de haberlos como propios de un reloj "Dogma" y un abridor de botellas, valorados en 550 pesetas, para penetrar rompieron el cristal de una ventana con una piedra caliza; los daños fueron valorados en 5.200 pesetas.

La citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos: los descritos en el apartado A), de un delito de hurto previsto en el artículo 514, número primero, y penado en el artículo 515, número tercero, que no consta quién fue el autor de los mismos, y, por tanto, no cabe imputar al acusado Diego; los del B), de un delito de hurto previsto en el artículo 514, número primero, y penado en el artículo 515, número tercero; los del C), de un delito de robo con fuerza en las cosas, previsto en el artículo 504, número segundo, en relación con el artículo 500, y penado en el artículo 505, número segundo; los del D), de un delito de hurto, previsto en el artículo 514, número primero, y penado en el artículo 515, número cuarto; los del E), de un delito de robo con fuerza en las cosas previsto en el artículo 505, número segundo; los del F), de un delito de robo con fuerza en las cosas, previsto en el artículo 504, número segundo, en relación con el 500, y penado en él artículo 505, número primero; los del G), de un delito de robo con fuerza en las cosas, previsto en el artículo 504, número primero, en relación con el 500, y penado en el artículo 505, número primero; los del H),de un delito de robo con fuerza en las cosas, previsto en el artículo 504, número segundo, en relación con el 500, y penado en el artículo 505, número segundo; los del I), de un delito de hurto, previsto en el artículo 514, número primero, y penado en el artículo 515, número tercero; los del J), de un delito de robo, en grado de frustración, previsto en el artículo 504, número primer o, en relación con el artículo 501; de dichos delitos son responsables en concepto de autores el acusado Diego, de los

delitos del apartado I) y J), también en concepto de autor el acusado Juan de los delitos de los apartados B) y H) y es responsable en concepto de autor el acusado Mariano, en el delito del apartado F) y en concepto de cómplice,

El delito de robo con fuerza en las cosas viene caracterizado por las circunstancias que se tipifican en el artículo 504 del Código Penal, como significativas de actividades operativas en la ejecución del hecho para llevar a efecto la sustracción burlando los obstáculos protectores de la propiedad, y que entre ellas se encuentra, en su número primero, de escalamiento, como significativo de entrada al lugar por vía no destinada al efecto, significación que, aunque suprimida de los Cuerpos legislativos -a partir del Código de 1932, viene informando a la doctrina jurisprudencial, como lo evidencia, entre otras, las sentencias de esta Sala de 15 de febrero y 10 de mayo de 1978, por lo que siempre que se penetra en el sitio por el modo que no se destina normalmente a tal fin, sin respetar los medios que denotan la protección de los objetos de apoderamiento, se debe de apreciar la existencia de esta circunstancia, que determina la existencia del delito de robo. Y teniendo en cuenta que en el apartado G) de los hechos que se relatan cómo probados se manifiesta que el procesado-recurrente penetró en el hotel "saltando por la ventana" y se apoderó una vez dentro de las cosas sustraídas, es evidente que concurre la circunstancia que permite calificar los hechos como constitutivos de un delito de robo, y con ello esta Sala se ve obligada a desestimar el primer motivo del recurso, en cuanto que se fundamenta en que a los hechos del apartado G) se ha aplicado indebidamente la circunstancia de escalamiento, prevista en el número primero del artículo 504 del Código Penal. El motivo segundo del recurso descansa en que se estima el haberse aplicado indebidamente la circunstancia quince del artículo 10, en relación con la regla sexta del artículo 61, del Código Penal, es decir, la multirreincidencia, en los hechos que declaran como probados en los apartados C), E), F), G) y J), por no constar que el recurrente tenga el carácter de reincidente primaria, como exige la jurisprudencia para poderse aplicar, ya que los dos delitos de robo, por los que fue ejecutoriamente condenado con anterioridad, lo fueron en la misma sentencia de 10 de agosto de 1971. Motivo que debe igualmente desestimarse, porque, según ha declarado esta Sala, de forma reiterada, la doctrina en que se basa después de la reforma de la reincidencia por la Ley de 28 de noviembre de 197 4 no tiene aplicación más que cuándo la multirreincidencia venga aplicada por un precepto específico del Código Penal, como son los supuestos del número tercero del artículo 51 6 y del artículo 530, ambos del Código Pena l, de hurto y estafa, pero no cuando se trate del delito de robo, y como los apartados que se citan por el recurrente para fundamentar el motivo fueron considerados como constitutivos de un delito de robo, está bien aplicada la agravante de reincidencia en su carácter de multirreincidente, de acuerdo con el párrafo segundo de la circunstancia quince del citado artículo 10, tal como queda redactado por la Le y también citada anteriormente. Que sobre el momento de empezarse a aplicar la Ley Penal, nuestra legislación sigue el sistema que requiere entre

la publicación y la aplicación del período denominado "vacatio legis" según se desprende del número primero del artículo 2 del Código Civil, al expresar que "las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el "Boletín Oficial del Estado", si en ellas no se dispusiere otra cosa", lo que implica que las normas, en este período, no son más que disposiciones de futura legalidad, que no pueden ser aplicadas, como dice la sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 1967, y se desprende de las de 14 de julio de 1969 y 30 de marzo de 1971, y teniendo en cuenta que el tercer motivo del recurso está articulado porque el recurrente considera como infracción de ley la no aplicación de la disposición legal de 8 de mayo de 197 8, modificadora de las cuantías que se recogen dentro de los tipos delictivos, que fue publicado en el "Boletín Oficial" del día siguiente, con lo que no entró en vigor hasta que pasaron los veinte días desde esta fecha, y como la sentencia que se recurre fue dictada el 13 del mismo mes y año, es evidente que la sentencia recurrida, al no aplicarla, es la dictada correctamente, porque no había transcurrido el plazo que marca la ley para su aplicación, y ello obliga a esta Sala a desestimar el tercer o y último motivo del recurso.

11.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4951/1979)

DOCTRINA: Robo. Con fuerza en las cosas.

Se estima existente robo del artículo 501, segundo, del Código Penal, cuando para introducirse en lugar cerrado media el rompimiento, la violencia del quebranto realizado con instrumentos idóneos con tal que signifiquen o supongan un mínimo de fuerza que haga inútil el normal funcionamiento del cierre del local por la pared o puerta forzada, sin que lo cuantitativo del esfuerzo o vigor personal empleado resulte trascendente, pues lo que indudablemente interesa para la calificación del robo es el rompimiento que convierta en inocuo el signo defensivo de la propiedad, lo que lleva consigo que la apropiación de cosas así lograda se entiende y tenga por realizada contra la voluntad de su titular.

Resultando probado, y así se declara, que el procesado Jose Francisco -mayor de edad-, en la creencia, sin el menor fundamento, ni la más elemental base, de que el industrial chatarrero de esta ciudad, Jose Pablo le había sustraído 370 kilos aproximadamente de «cochinilla», que le habían desaparecido, hacía unos tres años, de su almacén, donde los tenía depositados, se puso en contacto con el otro procesado, Juan Enrique -mayor de edad y sin antecedentes penales, ex empleado suyo-, para explicarle el caso y pedirle ayuda en su propósito de recuperar la citada mercancía, que decía se encontraba en el depósito que el señor Jose Pablo tiene en la Avenida Tres de Mayo de esta capital, la cual iba a ser embarcada el 26 de julio de 1976 (domingo), para su exportación, y para ello el sábado anterior, sobre las 9 de la noche fue a la sala de

baile «Nivariá» -sita en la Barriada de Taco- a buscar al antiguo empleado, hallándolo, se puso de acuerdo con él para realizar el plan aquella misma noche; tanto uno como otro se encontraban algo embriagados y el Juan Enrique, suponiendo que su ex patrono decía verdad pero sin cerciorarse de ello, accedió a realizarlo con el propósito, tanto uno como otro, de beneficiarse de lo que iban a apoderarse, trasladándose primeramente en un «Seat 127», propiedad del Jose Francisco, a la altura de los Pabellones Militares de la calle PÍ y Margall, donde cambiaron el «Seat» por un «Lan Rover» de la misma propiedad, en el cual se dirigieron a su taller de Los Rodeos, donde el Juan Enrique tomó una «mandarria» de hierro, dirigiéndose a continuación al domicilio de éste donde se duchó, cambió de ropa y después se dirigieron al almacén del señor Jose Pablo , estacionando el vehículo frente a la puerta del mismo y mientras Juan Enrique con el instrumento de hierro practicaba un boquete en la pared, al lado derecho de la puerta de entrada penetrando a través del mismo en el interior, el otro se colocaba al otro lado de la vía junto al edificio «Rascacielos», para vigilar; y de esta forma el Juan Enrique abría más tarde la puerta, cargando y sacando nueve sacos de «cochinilla», dejando otros ocho más, los cuales fueron cargados en el «Land Rover», llevándolos a Los Cristianos, depositándolos en un chalet y al cabo de una semana el Jose Francisco los trasladó a casa de Jose María -« Nota »-, conocido suyo, que ignoraba el origen ilícito de la mercancía, y donde fueron hallados los sacos por la policía, concretamente cuatro sacos y medio, que fueron tasados en 336.000 pesetas; siendo de 675.000 pesetas el valor de lo sustraído.

La citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de robo, previsto y penado en los artículos 500, 504, segundo, y 505, tercero, del Código Penal.

Si bien el artículo 500 del Código Penal concibe y define el robo por el apoderamiento de las cosas muebles ajenas, con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas, mediando ánimo de lucro, tal concepción es enteramente genérica y abstracta por cuanto en ambos casos se requiere además que concurran bien alguna de las condiciones que se especifican en el artículo 501, cuando la violencia o intimidación personal ejercitada sobre el sujeto pasivo es el medio utilizado, que al lesionar otros bienes jurídicos, juntamente con los que protegen la propiedad, determinan un delito completo, o bien cuando la fuerza real o presunta en las diversas modalidades establecidas en el artículo 504 han sido las circunstancias puestas en juego por el agente para conseguir su propósito delictivo, cuya fuerza es la que se precisa, como ordinariamente bastante y suficiente para hacer ineficaz las defensas con las que el propietario o poseedor trata de proteger sus cosas o bienes muebles a fin de impedir, dificultar o cohibir los ataques ajenos a los mismos, y solo cuando tales medios protectores son vulnerados para conseguir la sustracción y apoderamiento, el hecho se reputa de robo con fuerza en las cosas, si la actuación desarrollada con tal finalidad por el sujeto activo, encaja en alguno de los expresivos y taxativos apartados que enumera

este último precepto punitivo citado, entre los que el número segundo comprende y señala específicamente el rompimiento de pared o la fractura de puerta, estimándose que existe, cuando para introducirse en lugar cerrado media el rompimiento, la violencia, el quebranto de aquéllos, realizado con instrumentos idóneos, con tal que signifiquen o supongan un mínimo de fuerza que haga inútil el normal funcionamiento del cierre del local por la pared o puerta forzada, sin que lo cuantitativo del esfuerzo o vigor personal empleado resulte trascendente, pues lo que indudablemente interesa para la calificación del robo, es el rompimiento que convierta en inocuo el signo defensivo de la propiedad, lo que lleva consigo que la apropiación de cosas así lograda se entienda y tenga por realizada contra la voluntad de su titular, y siendo así que los hechos probados de la sentencia impugnada, sustancialmente acreditan, que sobre las 9 de la noche del domingo 25 de julio de 1976, en Santa Cruz de Tenerife, el procesado Jose Francisco, que abrigaba la creencia sin fundamento alguno, que el industrial chatarrero de dicha capital Jose Pablo , hacía unos tres años, que le había sustraído unos 370 kilogramos del producto denominado «cochinilla», puesto de acuerdo con el también procesado Juan Enrique, se dirigieron en un coche «Land Rover», propiedad de aquél, al almacén explotado por el citado chatarrero, estacionando el vehículo frente a la puerta de entrada del mismo y mientras el Juan Enrique con un instrumento adecuado de hierro practicaba un boquete en la pared junto a la puerta de entrada al almacén, penetrando a través del mismo en su interior, el Jose Francisco -se situaba al otro lado de la vía pública en función de vigilancia, con propósito ambos inculpados de beneficiarse de lo que iban a apoderarse; y de esta forma el Juan Enrique abría la puerta metálica de acceso al local, violentando un candado que le cerraba por dentro, para seguidamente de un depósito existente de sacos de «cochinilla», separar nueve de éstos de unos 50 kilogramos cada uno, que cargó sobre sí y los fue sacando al exterior situándolos en el «Land Rover» allí aparcado, y una vez cargados en el mismo, ambos procesados los trasladaron al barrio o lugar de Los Cristianos, descargándolos y depositándolos en el sótano de un chalet de la familia del Jose Francisco, de cuyo lugar y transcurridos ocho o diez días, este último los trasladó a la casa de su amigo Jose Francisco, que ignoraba, el origen ilícito de tal mercancía, de donde fue sacando parte de ésta para su venta, y en cuyo lugar al ser descubierto el hecho, la Policía gubernativa encontró cuatro sacos y medio, pericialmente valorados en 336.000 pesetas que fueron intervenidos y depositados provisionalmente en poder de su propietario, importando el total de los nueve sacos 675.000 pesetas; de cuya transcripción se desprende inequívocamente la concurrencia de cuantos elementos integran el delito de robo con fuerza en las cosas esencialmente consistente: a) en el apoderamiento de cosas muebles ajenas con valor real, cierto precisado; b) que siendo delito de resultado material, hubo perjuicio patrimonial determinado para el dueño desposeído con correlativo beneficio de los coautores inculpados; c) el ánimo de lucro de los inculpados, supuesto en esta clase de delitos y expresamente puesto de relieve en el «factum» probatorio; y, d) haber conseguido la consumación del delito calificado tras la apertura de un boquete en la pared para

penetrar en el interior del almacén y el forzamiento del candado que cerraba la puerta metálica de acceso al exterior por donde se sacaron y situaron los sacos sustraídos en el vehículo preparado para su transporte, siendo evidente la «vis in re» empleado para la consecución del proyecto delictivo ideado y puesto en práctica por la acción conjunta de los dos procesados. La precedente calificación y estimación delictiva no aparece desvirtuada por la alegación defensiva esgrimida en el recurso interpuesto conjuntamente por la representación de los procesados, esencialmente, consistente en que la conducta descrita en el relato fáctico con relación al procesado Jose Francisco no era constitutiva del delito de robo al aparecer que obró en la creencia, aunque fuera errónea, de que los sacos de cochinilla sacados del almacén del denunciante era de su propiedad, habiendo actuado en la forma que lo hizo movido por el ánimo de recuperar dicha mercancía que consideraba propia, por lo que faltaba el dolo preciso para reprochar la infracción criminal, conforme se había reconocido en la doctrina jurisprudencial en las sentencias de 30 de octubre y 9 de noviembre de 1976 , y por lo que afectaba al también procesado Juan Enrique, al acreditarse que obró en la creencia que su ex patrono, el anterior recurrente, le decía la verdad cuando le explicó el caso y solicitó su colaboración para recuperar la mercancía de su propiedad que le había sido sustraída años antes, alegaciones puramente subjetivas, parciales, sin justificación fáctica y legal, y movidas con fines defensivos a ultranza, habida cuenta: a) que el relato probatorio, con criterio independiente y tras objetiva valoración reflexiva de los elementos de juicio aportados a los autos y directa apreciación de las pruebas practicadas ante el Tribunal «a quo» sienta la expresa y terminante afirmación de que la creencia errónea invocada «carecía del menor fundamento y de la más elemental base, apostillada con la aseveración del primer considerando de no haberse justificado el supuesto error en los factores intelectivo y volitivo respecto al tipo delictivo, cuya convicción jurisdiccional no cabe ser enervada en este trámite casacional por la simple alegación en contrario, meramente postulada sin aditamento suasorio de hecho o de derecho en que sustentarla; b) que el ánimo de lucro viene asimismo expresamente afirmado en el «factum» al relatar que ambos procesados decidieron realizar el delito «con el propósito, tanto en uno como en otro, de beneficiarse de lo que iban a apoderarse», igualmente ratificado en el citado considerando con la apreciación aseverativa de que los recurrentes «pensaron y decidieron tomar las cosas ajenas contra la voluntad de su dueño, lucrándose en consecuencia, con ello»; c) que habiéndose alegado y debatido en las actuaciones y en el juicio oral que en todo caso el, apoderamiento de lo sustraído no respondía al ánimo de lucro típico del robo, sino al de tomar la cosa del deudor para hacerse pago con ella, o sea, el de realización arbitraria del propio derecho, y ser correctamente desechada, al no existir en el caso ni acreedor, ni deudor, y aun cuando en ambos supuestos exista de común elemento, el «animus capiendi», no se da en el segundo el lucro propio del robo, al quedar desplazado totalmente por el de procurarse el pago fuera de las vías legales, de suerte que en una y otra infracción los respectivos y opuestos «animi» funcionan como definidores de un

tipo de injusto diferente, particular no suscitado en el recurso, por lo que toda la actuación de los inculpados se considera atípica e impune, lo que conlleva al absurdo legal y lógico que una actuación claramente reconocida como antijurídica y culpable, se fuerce a reputarla de irrelevante e inocua en el ámbito penal; d) que del examen de los autos realizado por esta Sala al amparo de lo dispuesto en el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la mejor comprensión de los hechos y por el propio contenido del recurso, se llega a la misma calificación delictiva estimada por el Tribunal de Instancia, puesto que el antecedente de la sustracción realizada al recurrente tuvo lugar a comienzos de diciembre de 1974, hallándose el perjudicado ausente de Tenerife, formulándose la denuncia por un pariente de aquél, habiéndose seguido las actuaciones correspondientes que no arrojaron indicios de culpabilidad contra persona alguna, no obstante haberse indicado por el ahora procesado Jose Francisco el nombre concreto del señor Jose Pablo, juntamente con el de algún otro exportador de tal mercancía sustraída, que por estar depositada en lugar deficientemente custodiado, no dio lugar a indemnización, a pesar de estar asegurada, sin que dadas las circunstancias en que fue sustraída, a la entera carencia de indicios o sospechas contra persona determinada y el lapso de tiempo transcurrido desde aquella fecha al momento de comisión del hecho ahora enjuiciado, pueda sostenerse la creencia errónea invocada como justificadora de la actuación enjuiciada y de la inexistencia del dolo penal apreciado, máxime teniendo en cuenta las cautelas adoptadas para realizar los hechos en el momento más idóneo para su impunidad y el trasiego de los sacos de cochinilla para su depósito en recinto adecuado a su fácil disposición y dificultosa localización por sus investigadores; y e) que finalmente las dos sentencias citadas de octubre y noviembre de 1976, sobre error en la ajeneidad de la cosa hurtada y robada respectivamente, son absolutamente extrañas y discordantes con el supuesto ahora enjuiciado, al referirse la primera a la fundada creencia de existir un consentimiento tácito del dueño de la cosa o el abandono de la misma dado el silencio e inactividad de su titular ante los expresos requerimientos del inculpado, como inquilino de la finca para retirar los escombros del edificio incendiado, y al tratar la segunda del apoderamiento de varias cosas muebles de naturaleza ganancial, por la mujer inculpada, insolvente y separada de hecho de su marido, teniendo varios hijos comunes bajo su cuidado y sostenimiento, razones que consecuentemente conllevan a rechazar por su manifiesta improcedencia los dos motivos del recurso examinado, acogidos al número primero del artículo 849 de la Ley procesal citada, alegando infringidos por aplicación indebida los artículos 500, 504, número segundo, y 505, número-tercero, del Código Penal, que apareciendo correcta y acertadamente estimados por la Audiencia Provincial juzgadora, procede mantener y confirmar.

12. DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4911/1979)

DOCTRINA: Robo.

En la abstracta definición del artículo 500 del Código Penal se comprenden dos concepciones heterogéneas que referidas al apoderamiento con ánimo de lucro de cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, puede llevarse a efecto bien mediante el empleo de fuerza en aquéllas, siendo en éste caso una lesión puramente patrimonial o por la violencia o intimidación sobre las personas, en donde conjuntamente con el ataque al derecho de propiedad pueden serlo también otros derechos o bienes jurídicos como el de la libertad, integridad personal, etc.

Resultando probado, y así se declara, que a las dos horas del día 11 de octubre de 1975 el procesado Oscar estuvo en el bar «Bugatti», sito en el Paseo de la Marina, 182, de Castelldefels, hasta que se cerró el bar, metiéndose en el coche del encargado del establecimiento Ángel, forzando el cristal del automóvil, provisto de un martillo para golpear a dicho encargado y hacerse con la recaudación del día que ascendía a la cantidad de 25.000 pesetas que aquél portaba, lo que no consiguió pese a golpear al encargado, al que produjo, con dos golpes de martillo, lesiones en frente y temporal occipital izquierdo que curaron el 17 de octubre siguiente, quedándole dos cicatrices de las que curó en seis días, huyendo, previo apoderarse de un cojín valorado en 500 pesetas y causando daños en el coche que fueron tasados en 1.200 pesetas. El procesado que estuvo bebiendo con anterioridad a los hechos no consta llegara a la embriaguez total en el momento de la comisión de los hechos, sin que consiguiera apoderarse del dinero de la recaudación y dándose a la fuga en el coche propiedad de la víctima que fue más tarde recuperado.

En la citada sentencia se estimó que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de robo con violencia en las personas del artículo 500 del Código Penal, usando un martillo para ello, por lo que está comprendido en el apartado último del artículo 500, así como el número quinto del mismo artículo, del que es responsable el procesado.

El primero de los motivos del recurso interpuesto por la representación del procesado, acogido al número primero del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega infringidas las formalidades legales prescritas, en relación con el artículo 746, número de la precitada Le , por cuanto el Tribunal de Instancia no accedió a la suspensión del acto del juicio oral, pese a la incomparecencia del testigo don Ángel, que era el único de los de cargo propuesto nominalmente tanto por tal medio de prueba pertinente por auto del Tribunal referido de 2 de noviembre de 1977, habiéndose formulado la oportuna protesta a efectos del recurso y toda vez que a juicio de la defensa la no comparecencia de dicho testigo implicaba indefensión para el procesado, al no, poder contradecir o aclarar las declaraciones del mismo, siendo denunciante de

los hechos, con lo que éstos no pudieron reflejarse con la suficiente claridad, toda vez que el procesado había negado la gravedad e intencionalidad de los hechos imputados, alegación inacogible a los fines casacionales postulados de decretar la nulidad de actuaciones, con la consiguiente nueva celebración del juicio y dictado de nueva sentencia, puesto que de una parte, es sobradamente conocida que la potestad de suspensión o continuación del juicio oral por la causa invocada es facultad discrecional del Tribunal de Instancia, supeditada a que éste considere o no necesaria la declaración testifical del incomparecido, conforme al número tercero del artículo 746 citado, cuya determinación encuentra su natural y jurídico, límite en la importancia de la declaración dejada de prestar, evitando de un lado cualquier posible indefensión y de otro el que las partes entorpezcan y demoren el proceso, provocando suspensiones por motivaciones escasamente relevantes, y, en consecuencia, con ponderada y diligente reflexión el Tribunal decide la continuación o interrupción del expresado acto, según se sienta o no debidamente informado con los elementos de juicio y prueba aportados a los autos, siendo tal cuestión primordial, puesto que de aquéllos tiene que deducir en conciencia el juicio cognoscitivo exigido por el artículo 741, como fundamento fáctico de la calificación jurídica que conduce al fallo objetivo, cierto y justo esencialmente perseguido, y en el caso concreto enjuiciado el Tribunal hizo constar expresamente en el acta levantada de dicho juicio; «que se consideraba suficientemente instruido en cuanto a las declaraciones prestadas por Ángel, que obraban en autos», declaración con la que estuvo conforme el Ministerio Fiscal y que por tanto reputó aceptada, no obstante ser el único de los testigos que había propuesto, mientras la defensa pudo interrogar a otros varios propuestos también por la misma, circunstancia que casacionalmente se estima correcta al aunar lo anteriormente expresado, con lo ordenado en el párrafo tercero del artículo 801 de la repetida Ley adjetiva que literalmente dispone, «que no se suspenderá el juicio por la incomparecencia de testigos cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el Tribunal se considere debidamente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos», y de otra parte, que examinados los autos por esta Sala, tanto en razón a la naturaleza del motivo contemplado, como para la mayor y mejor comprensión de los hechos enjuiciados, a tenor de la facultad otorgada por el artículo 899 de la propia Le y, queda claramente acreditado que el denunciante y testigo referido, hizo ya una relación de lo ocurrido al personarse el día 13 de octubre de 1975, o sea, después de transcurridas más de veinticuatro horas de la agresión injusta de que había sido objeto, tras la curación recibida de las leves lesiones padecidas, con recuperación del vehículo utilizado por el procesado en su huida y con ánimo objetivo, lúcido y frío, ante la Comandancia del Puesto de la Guardia Civil de Castelldefels, que posteriormente ratificó en la comparecencia realizada ante el Juzgado de Paz de esta última localidad, y sobre todo en la amplia y circunstanciada manifestación prestada el 17 del propio mes, es decir cuatro días posteriores a aquéllas, ante el Juzgado de Instrucción de Hospitalet, donde precisó cuántos datos le constaban y eran precisos para perseguir, sin posteriores rectificaciones, ni variaciones, lo que sustancialmente ha

servido de base a la acusación y calificación delictiva apreciada con lo que difícilmente cabía afirmar que tal testigo aportase nuevos extremos, o particulares, ni que su falta de comparecencia (sancionable disciplinariamente por el Tribunal de ser inmotivada), podía conducir a confusión o imprecisión en el juicio cognoscitivo reflejado en el «factum» probatorio, ni a la posibilidad de que éste pudiera forjarse correcta y cabalmente con las pruebas existentes, lo que en consecuencia determina la desestimación del motivo examinado por su carencia de justificación. El segundo de los motivos del recurso, también de forma, y amparado en el inciso inicial del numera primero del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega infringidas las formalidades legales exigidas, por cuanto en el resultando de hechos probados existía una falta de claridad y precisión acerca de qué hechos se dan por probados a fines de poderlos calificar como constitutivos de uno u otro delito en su caso, o de una u otra falta, por resultar equívoco y confuso si el hecho realizado por el procesado obedecía a una reacción anómala dimanante de su estado de embriaguez no habitual, sin ánimo de lucro alguno, o por el contrario lo que realizó se encontraba impregnado de un verdadero y censurable interés de lucro, es decir, que el relato fáctico no aclaraba si la finalidad del recurrente fue la de lucrarse con la cantidad que portaba el agredido procedente de la recaudación del bar «Bugatti», o, fue una reacción derivada de un anómalo estado bajo la influencia de su intoxicación etílica, por ser obvio que sin ánimo de lucro no podía configurarse el delito de robo del artículo 500 y portante los hechos quedaban reducidos a la simple falta de lesiones leves del artículo 582 del Código Pena l, alegación que ha de correr igual suerte desestimatoria que la procedente examinada, habida cuenta: a) que como esta Sala tiene reiteradamente declarado, el defecto o vicio «in procedendo» invocado no radica en la omisión de datos o particulares que a las partes puedan convenir o interesar en apoyo de las tesis que sustentan, ni en las deducciones más o menos atinadas o hábiles que las mismas puedan hacer sobre el contexto o contenido general del «factum» probatorio analizado y criticado, sino que como la dicción del texto procesal tutelador consigna, el defecto reside en que la redacción de aquél aparezca confusa, ambigua o dubitativa de forma que no permita conocer con claridad y exactitud el supuesto enjuiciado, bastando la atenta lectura del relato fáctico para comprender sin vacilación, ni imprecisión, cuál fue propiamente la actuación y conducta del recurrente, acomodándose dicho relato a lo ordenado en la regla segunda del artículo 142 en relación con el 741 de la Le y procesal al reflejar de forma llana, directa e, inteligible, idiomática y lógicamente la convicción psicológica obtenida por el Tribunal de Instancia del resultado y valoración de los elementos de juicio y prueba aportados a las actuaciones, forjando su estado de conciencia, que fue expresado en la redacción que arrojó el resultando probatorio inicial, a fin de servir de soporte fáctico a la subsiguiente calificación jurídica, que es la conclusión a que se destina aquél en el Complejo procesal de la sentencia a la que se destina, como parte esencial de la misma; b) que en toda infracción criminal dolosa, se dan elementos subjetivos que pertenecen al arcano de la conciencia e intención del agente, y otros

externos y dinámicos a través de los cuales el Juzgador penal puede, con reflexión, atención y lógica, deducir, dentro de la circunstancialidad y limitación humana, cuáles eran los móviles y fines perseguidos por el sujeto activo, y en el supuesto ahora contemplado a través de los elementos de juicio aportados, se imputa al recurrente, dada la conducta desarrollada por el mismo, su propósito de cometer un robo, actuación que recogen los hechos probados, que no es preciso sean minuciosamente detallados, sino bastantes al consignar los elementos tipificadores del delito calificado, en los que literalmente sé consigna que el recurrente «provisto de un martillo para golpear a dicho encargado (el del bar) y hacerse con la recaudación del día que ascendía a la cantidad de 25.000 pesetas, que aquél portaba, lo que no consiguió pese a golpear al encargado», agregándose más; adelante, que si bien el recurrente estuvo bebiendo con anterioridad al suceso, «no consta llegara a la embriaguez total en el momento de la comisión de los hechos, sin que consiguiera apoderarse del dinero de la recaudación», con lo que claramente se afirma por el Tribunal los requisitos básicos del delito de robo con violencia descrito en los artículos 500 y 501, número quinto, del Código Penal, sin que pueda desprenderse de tal redacción la falta de claridad invocada sobre si los hechos iban encaminados a un delito de robo, a una falta de lesiones leves o a una reacción imprevista y anormal producida por una embriaguez fortuita, que no privaba de inteligencia y voluntad al procesado, aunque mermara parcialmente dichas facultades anímicas, circunstancia asimismo recogida y estimada como atenuatoria de responsabilidad; y c) que la cuestión primordial de la existencia o no del ánimo de lucro, sobre la que se basa la falta de claridad postulada, viene rebatida por la afirmada finalidad del procesado de hacerse con la recaudación del día, lo que no pudo conseguir, pese a la violencia ejercida sobre el perjudicado, apostillada con la aseveración de que no consiguió apoderarse del dinero de la recaudación, que correctamente sirve de fundamento a la calificación consignada en el primero de los considerandos, sin que el Tribunal hubiera de emplear explícitamente la locución de concurrir el ánimo de lucro, porque esta terminante expresión utilizada por el legislador en la definición del delito estimado cabía y podía dar lugar a la impugnación formal de la sentencia por uso de conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo, razones que conllevan a desestimar el motivo contemplado por su manifiesta improcedencia. En la abstracta definición legal del robo contenida en el artículo 500 del Código Penal, se comprenden dos concepciones heterogéneas que referidas al apoderamiento con ánimo de lucro de cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, puede llevarse a efecto, bien mediante el empleo de fuerza en aquéllas, siendo en este caso una lesión puramente patrimonial, o por la violencia o intimidación sobre las personas, en donde conjuntamente con el ataque al derecho de propiedad pueden serlo también otros derechos o bienes jurídicos como el de la libertad, integridad personal, etc., originando un delito complejo tipificado en los diversos apartados previstos en el artículo 501, del que el señalado en el número quinto representa el tipo básico, por cuanto comprende las conductas violentas minimizadas, deducidas por exclusión de las cuatro antecedentes

cualificadas por la mayor gravedad en su resultado, pero siendo denominador común de todas ellas, que la violencia física o moral haya sido el medio empleado para la apropiación de los bienes muebles ajenos finalísticamente perseguida por el agente, y siendo así que los hechos probados de la sentencia impugnada acreditan sustancialmente que el procesado había estado en el bar «Bugatti» de la localidad de Castelldefels, hasta que el mismo fue cerrado sobre las dos horas del día 11 de octubre de 1975, dirigiéndose entonces al automóvil del encargado de tal establecimiento Ángel, en el que se metió forzando un cristal del mismo, provisto de un martillo para golpear a dicho encargado y «hacerse con la recaudación del día ascendente a unas 25.000 pesetas que aquél portaba», lo que no consiguió, pese a darle dos golpes en la cabeza, originándole lesiones leves de las que curó a los seis días, huyendo seguidamente en el coche expresado tras apoderarse de un cojín valorado en 500 pesetas y originar daños en el vehículo tasados en 1.200 pesetas, agregando que el procesado estuvo bebiendo con anterioridad a los hechos sin que llegara a la embriaguez total cuando los realizó, «sin conseguir apoderarse del dinero de la recaudación», dándose a la fuga en el mencionado vehículo que fue recuperado algunas horas después, de cuya transcripción se desprende la concurrencia del requisito esencial del «animus capiendi», o intención de apoderamiento del dinero ajeno, con empleo de violencia y con ánimo de lucro, hecho motivador de la calificación establecida por el Tribunal de Instancia del robo del artículo 501, número quinto, citado en relación con el artículo 512 del Código Penal, calificación impugnada en el tercer o de los motivos del recurso, al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando infringidos dichos preceptos punitivos por aplicación indebida, por cuanto del relato fáctico no se desprendía que el procesado obrara con ánimo de lucro, teniendo en cuenta de una parte, la anómala situación de embriaguez en que se encontraba, que condicionaba su conducta, viciando su voluntad y haciendo comprensible que no obraba con la debida normalidad y sí dando una apariencia distinta a lo que persiguiera en aquellos momentos, y, de otra parte, que no cabía sobreentender el ánimo de lucro por la afirmación fáctica de «hacerse» con la recaudación, del día que portaba el agredido, dada la anormalidad psíquica concurrente en el procesado, lo dispuesto en el artículo primero del Código Penal y darse mayor transcendencia «a la material realización de la acción, que a la voluntad de lo que se realiza y lo que se persigue», alegación en el fondo coincidente con lo ya expuesto en el motivo precedente de quebrantamiento de forma por falta de claridad y precisión de los hechos probados, y cuya argumentación de fondo aparece asimismo inacogible en cuanto son perfectamente compatibles el ánimo de lucro y la circunstancia atenuante consignada de embriaguez no habitual ni preordenada al delito, número segundo del artículo noven o, asimismo aplicada al recurrente, al constituir ésta una mera disminución, no anulación u obnubilación de las facultades intelectivas y volitivas, indicando los vocablos «hacerse» y «apoderarse» del dinero de la recaudación utilizados en el «factum» probatorio una intención finalista de apropiarse sin razón moral o legal que lo justifique de un bien mueble ajeno, resultante

del comportamiento externo del procesado, sin título alguno para ello, ni otro móvil que el de beneficiarse a costa del patrimonio ajeno, equivalente al ánimo de lucro, que no es indispensable o necesario hacerlo constar expresamente como requisito integrante del delito de robo en los hechos probados, al presumirse su existencia en todo indebido o intentado apoderamiento, cuya presunción sólo desaparece por la certera acreditada en contrario de haber sido otro y no el propósito lucrativo el que guió al inculpado a realizar los actos que el Tribunal «a quo» aseveró en la premisa narrativa, lo que no aparece del contexto general de las actuaciones examinadas, ni ha sido desvirtuado por las alegaciones defensivas expuestas, a fines de destipificación de la conducta imputada, para lo que era necesario impugnar el relato fáctico con base en el número segundo del artículo 849 citado, única vía procesal que permite en este trámite casacional adicionar, rectificar y alterar la vinculación e intangibilidad de aquel relato, razones que conducen a rechazar el motivo examinado por su carencia de justificación fáctica y legal.

13.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE FREBRERO DE 1979 (Roj. STS 4906/1979)

DOCTRINA: Robo. En casa habitada.

El artículo 508 del Código Penal ya cuida con singular acierto de subrayar que la casa habitada no pierde su privilegiado carácter aunque sus ocupantes estuvieran accidentalmente ausentes de ella cuando el hecho tuviere lugar.

Resultando probado, y así se declara, que un día no determinado, comprendido entre el 6 al 10 de agosto del año 1975, los procesados Santiago y Rodrigo, de mutuo acuerdo y con unidad de propósito y fin, violentaron la puerta del domicilio de Cristóbal, situado en Tona, calle Castell, sin número, apoderándose en su interior de ropas, joyas y otros efectos por valor de 45.000 pesetas, de lo cual se han recuperado efectos por valor de 25.000 pesetas, que obran tasados en poder de su dueño, causando desperfectos en la puerta tasados en 2.000 pesetas; algunos efectos fueron vendidos por Santiago a Lucas, que abonó 5.500 pesetas y le han sido intervenidos, resultando perjudicado en esta cantidad.

En la citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas, definido y penado en los artículos 500, 504, número segundo, 505, número segundo, y 506, número segundo, del Código Penal, del que son responsables los procesados, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La "ratio essendi" de la agravación específica o del subtipo inserto en el número segundo del artículo 506 del Código" Penal -"casa habitada"-, ha sido estudiada en sentencias numerosas de este Tribunal, v g., en las de 24 de enero y 11 de abril de 1975 y 26 de junio de 1978, desdoblándose o bifurcándose en dos fundamentos distintos, pues el mayor rigor legal no obedece únicamente a la peligrosidad del hecho, el que, planeado inicialmente como un delito de robo con fuerza en las cosas, puede, fácil y previsiblemente, ante la presencia del morador o de sus familiares o frente al regreso o retorno inopinado de cualquiera de ellos, degenerar en delito de robo con violencia a intimidación en las personas con el inherente riesgo de males consecutivos infringidos en el ser físico de los citados moradores, sino que también, se sustenta en la mayor antijuridicidad del hecho y en un "plus" de culpabilidad en el agente; el cual no vacila en perpetrar el atentado contra el patrimonio ajeno que ambiciona, aunque, para ello, haya de hollar y profanar la cantidad del hogar invadido, penetrando en su intimidad e introduciéndose en la recoleta esfera familiar donde se ejercen las potestades domésticas y donde todo afecto tiene su asiento, proyectándose dicho afecto incluso sobre los bienes y enseres que circundan y contribuyen a formar ese especial ambiente hogareño tan entrañable como digno de respeto, y que, gracias a ellos, son justamente hipervalorados por su titular. En el caso presente, la narración histórica de la sentencia recurrida, eludiendo el acostumbrado reproche casacional que se apoya en el tercer inciso del número primero del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se refiere a "casa habitada", a "morada" o a "albergue que constituyere la morada", pues, siendo estas frases las, utilizadas por el Legislador para definir la agravación específica o tipo secundario estudiado, hubieran podido tildarse, con razón, de predeterminantes del fallo, pero, al decirse, en dicha narración, que los procesados "violentaron la puerta del domicilio de Cristobal ... situado en Tona, calle Castell, sin número, apoderándose en su interior de ropas, joyas y otros efectos", clara e inequívocamente está expresando la naturaleza del lugar donde se cometió el hecho punible así como llenando cumplidamente la exigencia fáctica del precepto aplicado, finalidad conseguida especialmente con el empleo del vocablo "domicilio", el cual, según el Diccionario, significa "residencia fija o permanente", o "casa en que uno habita o se hospeda", y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 fiel Código Civil , equivale a "lugar de residencia habitual" de las personas; careciendo, por lo demás, de toda relevancia el silencio de la referida sentencia respecto a la presencia o ausencia, coetánea al delito, de los moradores, toda vez que el artículo 508 del Código Penal, ya cuida, con singular acierto, de subrayar que la casa habitada no pierde su privilegiado carácter aunque sus ocupantes estuvieran accidentalmente ausentes de ella cuando el hecho tuviere lugar. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del único motivo del recurso basado en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 506 del Código Penal.

14.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 5108/1979)

DOCTRINA: Robo. De objeto para fracturarlo posteriormente.

El número tercero del artículo 504 del Código Penal contiene la figura legal de la fractura externa que representa una excepción al tipo general del delito de robo, toda vez que se consuma excepcionalmente por la "amotio", o sea, por la sustracción de un objeto cerrado o sellado para fracturarlo fuera del lugar del robo, no precisándose para ello la entrada violenta en la casa, donde se hallaba tal objeto sino solamente su apoderamiento ilícito efectuado con tal intención, aunque ésta no llegue a realizarse.

Resultando probado, y así se declara, que los acusados Carlos, Ernesto y Narciso, puestos de acuerdo decidieron efectuar una sustracción en el Economato Social de Empresas, sito en el kilómetro 3 de la carretera Sevilla-Huelva, propiedad de Guillermo, donde los dos primeros trabajaban como mozos, concretando como fecha el día 27 de julio de 1977, quedándose escondido Carlos en los lavabos, mientras el personal de la empresa abandonaba la misma a las 13,30 horas que era la hora, de cierre, saliendo a esta hora Carlos y yendo en busca de Narciso que le esperaba con el taxi que conducía cómo asalariado en el Barrio de la Hispanidad, con el que se dirigieron sobre las 14,30 horas a dicho Economato, donde Ernesto con una de las llaves existentes dentro del establecimiento, cuya existencia conocía, franqueó la entrada a Carlos, dirigiéndose ambos hasta el mostrador de control donde les constaba la existencia de una caja de herramientas que la empresa tenía para guardar moneda de cambio, que se hallaba cerrada con un candado, la que tomaron con ánimo de hacer suyo el importe y repartirlo entre los tres, saliendo acto seguido e introduciendo la caja en el porta-maletas del vehículo, que más tarde guardó en su casa, donde fue recuperada; la caja contenía 130.000 pesetas en metálico y 25.824 pesetas en vales, que fueron entregadas a su dueño.

La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas, previsto en el artículo 504, tercero, y penado en el artículo 505, tercero, en relación con el artículo 500, todos del Código Penal, siendo autores los procesados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

El número tercero del artículo 504 del Código Penal contiene la figura legal de la fractura externa que representa una excepción al tipo general del delito de robo, toda vez que se consuma excepcionalmente por la "amotio", o sea, por la sustracción de un objeto cerrado o sellado para fracturarlo fuera del lugar del robo, no precisándose para

ello la entrada violenta en la casa donde se hallaba tal objeto, sino solamente su apoderamiento ilícito efectuado con tal intención, aunque ésta no llegue a realizarse posteriormente (sentencias de 22 de febrero de 1972 y 28 de febrero de 1976, entre otras), por lo que afirmado como probado en la sentencia de Instancia que los procesados se apoderaron de una caja cerrada con un candado, que se hallaba dentro del establecimiento con ánimo de hacer suyo el contenido de la misma, no puede dudarse de la existencia del elemento intencional preciso para la existencia del subtipo del delito de robo que nos ocupa, puesto que para hacer suyo dicho contenido necesitaban previamente de la apertura de la caja que visiblemente se hallaba cerrada, aunque no hubieran llegado a realizarla, porque la finalidad de abrirla, el apoderamiento y la. "amotio", son los únicos elementos legalmente exigidos para su consumación, que por razones de política criminal aparece anticipada por el legislador al crear tal figura legal, por lo que procede la desestimación del primero de los motivos del recurso. Que consignado como probado en la narración fáctica de la resolución impugnada la existencia de un acuerdo previo entre los copartícipes para la comisión del hecho y la realización de actos externos causalmente eficientes en la ejecución del delito y tan esenciales como transportar la caja en su vehículo y custodiarla en depósito, y sin los cuales visiblemente no hubiera podido realizarse, convierten al recurrente en coautor del mismo a tenor de lo preceptuado en el número tercero del artículo 14 del Código Penal, puesto que su conducta implica una verdadera coautoría causal, difícil de obtener, y directamente eficaz en el transporte de la caja fuera del alcance de sus legítimos propietarios, que como queda dicho anteriormente, constituye un indudable acto de ejecución directa y concertada, que debe ser considerado como una contribución indispensable a la forma concreta en que fue realizado el hecho, y, por tanto, le constituye en coautor e imposibilita la estimación del segundo de los motivos del recurso.

15.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4910/1979)

DOCTRINA: Robo. Casa habitada.

Hay que estimar bien aplicada la cualificativa de "casa habitada" a los dos robos de autos, una vez que en el "factum" de la sentencia se dice que cada uno de los pisos violentados por el recurrente y sus acompañantes constituían el domicilio o vivienda de los perjudicados, sin que sea óbice para estimar la calificativa la ausencia accidental de los moradores.

Resultando probado, y así expresamente se declara, que puestos de acuerdo los procesados Everardo y Luis Angel, para penetrar en cualquier domicilio particular en que advirtieran indicios de no hallarse presentes sus moradores por razón del calor estival, para con ánimo de patrimonial beneficio apoderarse lo que de valor encontraran, el día 21 de agosto de 1977, aproximadamente sobre las 15 horas y después de haber asistido juntos a una boda, sin que conste que ingirieran bebidas alcohólicas que disminuyeran sus facultades intelectuales y volitivas, en ejecución de lo proyectado y advirtiendo en la finca urbana número NUM000 de la calle DIRECCION000 de esta capital signos de la ausencia accidental de sus moradores, después de acceder al balcón del primer piso constitutivo de la vivienda de don Bruno, trepando por una reja de una ventana del piso bajo, penetrando en su interior los cuatro, abandonando, sin embargo. Luis Angel seguidamente el lugar a virtud de un sentimiento de aflicción o pesar, de suerte que de nada llegó a apoderarse, dirigiéndose hacia su casa, en tanto los otros tres registrando en las distintas dependencias cogieron joyas valoradas en 38.780 pesetas de las que luego se recuperaron en poder de uno de los menores parte de ellas de un valor de 34.380 pesetas que obran en poder de su dueño en calidad de depósito, realizada cuya acción y observando que en otro piso de la misma casa y que constituye el domicilio de don Ismael, accidentalmente ausente, no se advirtieron señales de la presencia de sus moradores, a través de un patio interior alcanzaron una ventana cuyos cristales rompieron penetrando en el piso el procesado Everardo y los dos menores, en el que con ánimo de patrimonial beneficio y rompiendo la cerradura de un ropero y de una mesa de apoderaron de 8.000 pesetas en billetes de a 1.000 y joyas de un valor de 23400 pesetas, quedándose con las joyas uno de los menores en cuyo poder se recuperaron la mayor parte de un valor de 21,200 pesetas que se entregaron en depósito a su dueño, para repartir ese mismo día el metálico a razón de 20.000 pesetas entre Everardo, los dos menores y el procesado Luis Angel, quien con conocimiento de su procedencia, las aceptó en propio beneficio y en poder del que se recuperaron 7.000 pesetas que así como la suma de 9.000 pesetas recuperadas en poder del otro procesado fueron entregadas en depósito, al señor Ismael en cuyo domicilio fueron producidos daños valorados en 8.974 pesetas, mientras en el del señor Bruno se causaron otros por valor de 9.000 pesetas.

En la expresada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados constituyen dos delitos de robo que prevé y sanciona el Código Penal en sus artículos 500, 504.

El robo en casa habitada previsto por la circunstancia segunda del artículo 506 del Código Penal es un robo cualificado, verdadero subtipo construido por el legislador a expensas del robo y allanamiento de morada, castigado en todo caso con pena agravada y sustraído así al concurso normal de delitos previstos en el artículo 71 del mismo Código con lo que se da a entender que la "ratio essendi" de la agravación está en la existencia de riesgo presunto para las personas que tal modalidad del robo lleva

siempre consigo, como lo demuestra que si a tal circunstancia de la casa habitada se une la también contemplada en el precepto de llevar el delincuente armas y otros medios peligrosos, el incremento de riesgo que esto implica tiene su traducción jurídico-penal en el correlativo aumento de pena; pensamiento ya tradicional en nuestros Códigos punitivos que, de una manera u otra, siempre tuvieron en cuenta el lugar habitado o no para discernir la pena condigna en el robo y aun para degradarlo al simple hurto si el lugar no era susceptible de habitación; como asimismo, palpita el mismo criterio de punición en el concepto de casa habitada, también clásico, y hoy recogido en el artículo 508 del Código Penal, cuando tiene en cuenta para definirla, no sólo la presencia efectiva, de los moradores en el momento de cometerse el robo, sino la ausencia accidental de los mismos, significándose así elocuentemente que tal ausencia, no empece para que pueda llegar cualquiera de los que habitan la casa en el crítico momento de la ejecución del delito, con lo que existe el daño potencial para los moradores -que no otra cosa es el peligro- alma y fundamento, como hemos dicho, de la agravante. A tenor de la anterior y conocida doctrina, hay que estimar bien aplicada la cualificativa de casa habitada a los dos robos de autos, una vez que en el "factum" de la sentencia recurrida se dice que cada uno de los pisos violentados por el recurrente y sus dos acompañantes menores de edad constituían el domicilió o vivienda de los perjudicados, sin que sea óbice para estimar la calificativa la ausencia accidental de los moradores a que alude con esas mismas palabras la sentencia, así como tampoco que los asaltantes antes de llevar a cabo las dos sustracciones se aseguraran de que no se hallaban los moradores en las mismas por razón del calor estival; pues se advierte que tal ausencia era accidental, como el mismo relato se cuida de advertir, de suerte que, cualquier razón o circunstancia los moradores, o alguno de ellos, podían volver al que era su domicilio habitual, del que sólo por causa del calor veraniego de agosto se habían marchado; situación que es bastante para mantener el peligro presunto por el legislador y con él el fundamento de la agravante específica de casa habitada lo que, correlativamente, conlleva la desestimación del único motivo del recurso que trata de combatir la concurrencia de tal circunstancia.

16.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4931/1979)

DOCTRINA: Robo. Sustracción de muebles para fracturarlos fuera del lugar del robo. Consumación.

En el delito en que se sustraen muebles para fracturarlos fuera del lugar del robo la consumación se produce «ex lege» por la mera consideración de la «amatio», o sea, que la Ley anuda la consumación ejecutiva al concurso de dos hechos de naturaleza

objetiva el uno y subjetiva el otro, como son el de la sustracción unido al volitivo representadlo por la intención de fracturar o violentar los objetos fuera del lugar del robo.

Resultando probado, y así se expresa y declara terminantemente, como consecuencia de las actuaciones sumariales y de la prueba practicada en el acto del juicio oral, que el procesado Miguel Ángel, el día 15 de febrero de 1977, sobre las 21 horas del mismo, penetró en el domicilio de Regina, sito en Talavera de la Reina, calle DIRECCION000, número NUM000, NUM001 B, entrada que realizó por medio de una llave de la puerta del domicilio indicado, que anteriormente le había sido entregada por su dueña, y con la cual hacía vida marital y ya, dentro de la casa, se apoderó con intención de beneficiarse, de una pequeña caja de caudales que se encontraba cerrada y que contenía 6.000 pesetas; y una vez tuvo en su poder la caja citada, se trasladó a un descampado, en donde tras romperla, se apoderó de su contenido, del que se han recuperado 3.300 pesetas que se hallaban en poder del procesado y que fueron entregadas provisionalmente a la perjudicada; la cual consta haber renunciado a toda indemnización.

En la citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados constituyen un delito de robo previsto y castigado en el artículo 500 del Código Penal, en relación con los artículos 504, número tercero, 505, número segundo, 506, número segundo, y 508, todos ellos del mismo Cuerpo legal, del que es criminalmente responsable en concepto de autor el procesado.

Como resulta de su simple lectura, en el número tercero del artículo 504 del Código Penal, se contienen dos incisos en los que respectivamente se alude a dos formas comisivas de robo con fuerzas en las cosas, una la constituida por la fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados y sellados y otra, la de su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo, de donde resulta pues, que esta última modalidad viene a constituir una excepción a las reglas generales reguladoras de la acción típica de esta clase de robo y, a su vez, a las reglas sobre perfección ejecutiva, ya que la consumación se produce «ex lege» por la mera consideración de la «amatio», o sea, que la ley anuda la consumación ejecutiva al concurso de dos hechos de naturaleza objetiva el uno y subjetiva el otro, como son, el de la sustracción unido al volitivo representado por la intención de fracturar o violentar los objetos fuera del lugar del robo, es decir, que se anticipa la consumación al momento en que realmente tiene lugar la realización de la acción típica, cual es, la fuerza o violencia ejercida sobre la cosa. La aplicación de la doctrina que se acaba de exponer al caso de autos, conduce a sentar la conclusión, de que procede desestimar los dos motivos del recurso a través de los cuales sostiene la tesis de que los hechos relatados, en el resultando de hechos probados deben ser calificados como contitutivos de un delito de hurto y no de un delito de robo, ya que, lo que el mentado relato fáctico

resulta es, que el procesado, sustrajo, de la casa en la que se hallaba, la caja de caudales y la trasladó a un descampado, en donde, después de romperla, se apoderó del dinero que contenía dentro, por lo que es indiscutible lo acertado de su encaje dentro del supuesto típico del referido número tercero del artículo 504 mencionado. Aun cuando es cierto que la llave utilizada por el procesado para entrar en el piso no puede reputarse como falsa en cuanto que le había sido entregada voluntariamente por la dueña del mismo, es lo cierto, que el hecho, frente a lo que razona el recurrente, es irrelevante, ya que, en el primer considerando de la sentencia recurrida los hechos declarados probados no se subsumen en el número cuarto del artículo 504 del Código Penal, sino en el número tercero, en el que indudablemente tienen su adecuado encaje.

17.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4930/1979)

DOCTRINA: Robo, Con llave utilizada contra o sin la voluntad del dueño.

En el trance de interpretar el uso de llaves auténticas "sustraídas" al propietario, si bien hay que rehuir la exégesis demasiado extensiva y contraria al principio de legalidad y perjudicial para el reo, tampoco cabe perder de vista que por la propia índole normativa" del concepto en examen haya que dar al vocablo "sustraer" un sentido puramente material, sino que debe englobarse en la misma todo acceso a la posesión de la llave legítima "sin o contra" la voluntad de su dueño, es decir, que quien la utiliza no esté autorizado por el propietario para ello, relación posesoria que puede proceder no sólo de hurto o robo de la llave sino de la estafa o su retención indebida, del mero apoderamiento doloso e incluso si no se confió el pleno uso de la llave al culpable sino que tan sólo se le otorgó una tenencia puramente precaria y accidental y para un fin determinado al que la llave corresponde.

Resultando probado, y así se declara, que el 30 de mayo de 1976, el procesado Luis Antonio que prestaba sus servicios como vigilante nocturno en la empresa "Krafft, S.A.", de Andoaín, se apoderó utilizando para ello las llaves que como vigilante tenía, de seis talones firmados y extendidos al portador contra la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, que estaban en un despacho cerrado de los locales de dicha empresa y en los cuales figuraba en total la cantidad de 348.959 pesetas, presentándolos al cobro seguidamente en la Sucursal de la Caja de Ahorros Provincial de Hernani, donde le fueron abonados, marchando seguidamente el procesado al extranjero, de donde regresó, presentándose en la Comisaría de Policía de Barcelona, el 21 de julio de 1976 confesando allí los hechos y entregando 14.000 pesetas, así como una maleta y dos bolsas de mano con efectos personales, procedentes todo ello de la sustracción

efectuada; las 14.000 pesetas ocupadas han sido ingresadas en la cuenta provisional de consignaciones en el Banco Central. El procesado ha devuelto posteriormente la suma de 59.000 pesetas a la empresa perjudicada.

La referida sentencia, estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito de robo comprendido en los artículos 500 y 5044, número cuarto, en relación con los 510, número tercero, y 505, número tercero, del Código Penal , siendo autor el procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

El delito de robo tipificado en el artículo 500 del Código Penal, admite su comisión, bien por la violencia o intimidación en las personas, o bien por el empleo de fuerza en las cosas -"vis in re"- regulándose de forma taxativa las circunstancias y medios comisivos, en este segundo supuesto, por el "modus operandi" que se establece en el artículo 504, que en su número cuarto comprende el uso de llaves falsas, que define en él número segundo del artículo 510 al reputar literalmente como tales "las llaves legítimas sustraídas al propietario", que produce el equívoco técnico-jurídico, por determinación del Legislador de equiparar por extensión "ex lege", este medio de ejecución del delito al de empleo de la fuerza real y dinámica, por lo que en el trance de interpretar el uso de llaves auténticas "sustraídas" al propietario, si bien hay que rehuir la exégesis demasiado extensiva contraria al principio de legalidad y perjudicial para el reo, tampoco cabe perder de vista que por la propia índole normativa del concepto en examen haya que dar al vocablo "sustraer" un sentido puramente material, sino que debe englobarse en la misma todo acceso a la posesión de la llave legítima, sin o contra la voluntad de su dueño, es decir, que quien la utiliza no esté autorizado por el propietario para ello, relación posesoria que puede proceder no sólo de hurto o robo de la llave, sino de la estafa o de su retención indebida, del mero apoderamiento doloso, e incluso si no se confió el pleno uso de la llave al culpable, sino que tan sólo se le otorgó una tenencia puramente precaria y accidental y para un fin determinado al que la llave corresponde, por lo que sólo si el dueño se desposeyó de la misma sin restricciones de ninguna clase respecto a su uso confiándola expresa o tácitamente al sujeto activo del hecho habrá delito de hurto y no de robo, siquiera en este supuesto aquél vendría agravado por el subtipo cualificado del abuso de confianza previsto en el artículo 516, número segundo, del referido Código Penal. A tenor de lo expuesto y siendo así que los hechos probados de la sentencia recurrida afirman esencialmente que el 30 de mayo de 1976, el recurrente, que prestaba sus servicios como vigilante nocturno en la empresa "Krafft, Sociedad Anónima" de Andoaín, utilizando las llaves que como vigilante tenía, se apoderó de seis talones firmados y extendidos al portador contra la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, que estaban en un despacho cerrado de los locales de tal empresa y en los que figuraba en total la cantidad de 348.599 pesetas, presentándolos al cobro seguidamente en la Sucursal de dicha Caja de Hernani, huyendo después al extranjero, cuyos hechos son estimados por la Audiencia "Provincial sentenciadora

constitutivos de un delito de robo comprendido en los artículos 500, 504, número cuarto, en relación con el 510, número tercero, y 505, número tercero, del Código Penal, de cuyo esquemático y sucinto relato parece desprenderse que el despacho cerrado fue abierto con algún objeto no determinado independiente de las llaves recibidas para su función de vigilancia que le permitían el acceso a los restantes locales de la empresa, pero no al cerrado donde se encontraban los talones, salvo perentoria e indispensable, necesidad, aunque entre las llaves recibidas estuviera la de éste, dada la cita expresa de dicho número tercero del artículo 510 citado, con la apreciación jurídica contenida en el inciso final del primero de los considerandos, de concurrir "todos los elementos que tipifican esa figura penal", lo que haría correcta la calificación estimada de acuerdo con lo declarado por esta Sala en sentencias de 11 de octubre de 1951, 11 de febrero de 1956, 14 de mayo de 1975 y 4 de marzo de 1976, calificación impugnada en el primero de los motivos del recurso por corriente infracción legal, alegando vulnerados por indebida aplicación los preceptos penales mencionados, toda vez que el relato fáctico no consignaba que los actos" realizados por el recurrente se llevaran a efecto con violencia o empleando fuerza en las cosas, ni mediante el empleo de llaves falsas, ni violentando la cerradura del despacho donde se encontraban los cheques apropiados,- por lo que si se abrió aquél sin forzar, ni romper su cerradura, y si además, tenía las llaves mediante la entrega por libre voluntad de su dueño, el apoderamiento de los repetidos talones podría ser constitutivo de un delito de hurto, pero en forma alguna de robo, razonamiento perfectamente lógico apoyado en la propia brevedad del "factum" probatorio, que al no detallar los hechos con otras circunstancias o características más expresivas da base a la impugnación de la calificación delictiva decretada, pero cuya argumentación, en este caso concreto, es enteramente inoperante a efectos casacionales teniendo en cuenta de una parte, que excediendo el valor de lo apropiado de 200.000 pesetas, la condena de seis años y un día de presidio mayor impuesta, es la pena tipo aplicable, tanto si el hecho se incardina como robo en el artículo 505, número tercero, aplicado, como si se estima de hurto del artículo 515, número primero, que en su caso correspondería según lo alegado, lo que determinaría la desestimación del motivo por aplicación del principio de pena justificada, y de otra parte, y con mayor fundamento, porque si el procesado recibió las llaves con las que pudo realizar el delito prevaliéndose de su cargo de vigilante, quebrantando los vínculos de lealtad debidos a su empresa, de la confianza que le dispensaron y era inherente al empleo desempeñado, máxime al poder quedarse solo en la entidad defraudada, y consiguiendo además la mayor facilidad para su realización, e incluso, para, su impunidad, el hurto así llevado a efecto, viene ineludiblemente cualificado como subtipo por el abuso de confianza del artículo 516, número segundo y párrafo final, que elevaría la pena tipo señalada por razón de la cuantía de lo sustraído a la pena expresada en su grado máximo, lo que constituiría una incongruencia no admisible en casación cuando el recurso se interpone en favor del procesado condenado, razones que conllevan a rechazar, por su notoria improcedencia, el motivo contemplado. Como tan reiteradamente se tiene declarado por

esta Sala para la existencia y apreciación de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de arrepentimiento espontáneo, número noveno del artículo noveno del Código Penal, se precisa como previo e indispensable requisito que el impulso del actuar del culpable sea el arrepentimiento propio e íntimo manifestado por el pesar causado por la sola contemplación del acto o hecho ilícito, que le induzca y le fuerce antes de conocer la existencia de procedimiento alguno, a tomar una o varias de las directrices objetivas que el precepto punitivo señala de reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción pero siendo siempre condición insoslayable el que existan los impulsos de arrepentimiento espontáneo, que constituyen el elemento subjetivo, base sustentadora de atenuante de tan profunda inspiración moral y elevados fines, que obligan a los Tribunales a tamizar su aplicación y evitar que una premeditada o utilitaria actuación induzca a considerar como tal arrepentimiento la sola presencia a la autoridad, exigiendo que venga justificada por otros hechos que pongan al descubierto los verdaderos móviles del inculpado, sin que del relato probatorio puedan deducirse los elementos fácticos necesarios para hacer aplicación de la circunstancia examinada, puesto que el procesado que realizó los hechos imputados el 30 de mayo de 1976, tan pronto consiguió cobrar los talones sustraídos y tener en su poder el importe de los mismos, huyó al extranjero, regresando a Barcelona el 21 de julio siguiente, donde se presentó en la Comisaría de Policía, confesando los hechos y haciendo entrega de 14.000 pesetas y algunos efectos personales adquiridos con parte de lo sustraído, lo que en forma alguna acredita su arrepentimiento, al que ninguna alusión se hace en el contexto de la sentencia, que no puede suplirse con conjeturas alegadas subjetivamente con finés parciales interesados, tratando defensivamente de dar vida a esta atenuante desconectada del primordial elemento interno en el que radica su razón de existencia, pudiendo agregarse finalmente, que aún en el supuesto de que pudiera prosperar como simple circunstancia genérica, sería irrelevante a los efectos postulados de atenuación de la penalidad, que habiendo sido impuesta en el mínimum de su grado inferior, hace ineficaz la regla primera del artículo 61 del Código Penal, lo que en consecuencia determina la desestimación del motivo segundo del recurso, acogido como el anterior al número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reputando infringida por falta de aplicación la circunstancia atenuante invocada, ni como genérica y mucho menos como muy cualificada.

18.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4867/1979)

DOCTRINA: Autoría por cooperación y complicidad.

Así como la autoría directa es fácil de determinar, no ocurre lo mismo cuando se trata de concretar la autoría por cooperación necesaria y la complicidad como cooperación auxiliadora ya que éstas vienen determinadas por la mayor o menor importancia que tiene en la relación causal productiva del resultado por lo que en estos supuestos hay que tener en cuenta además del elemento objetivo, el elemento psicológico o acuerdo de voluntades como integrante de la culpabilidad y el elemento normativo de carácter sociológico que fija la intensidad de la antijuricidad, a fin de determinar el grado de responsabilidad incidiendo en cada caso concreto la vinculación o el carácter más o menos indispensable de acto realizado con el proyecto de ejecución acordado por los partícipes y de acuerdo con los principios de solidaridad y comunidad que rigen la responsabilidad de la codelincuencia en virtud del pacto efectuado.

Resultando probado, y así se declara, que los procesados Carlos Ramón, Daniel y Jon, previamente concretados y con unidad de acción y de propósito, forzando la ventanilla delantera derecha del automóvil marca «Seat 1.430», matrícula X-.....-OM , propiedad de don Luis María, que se encontraba estacionado en una avenida de la ciudad residencia Santa Eugenia, de Madrid, en la noche del 7 de noviembre de 1976, se apoderaron del mismo, a fin de utilizarlo temporalmente y conduciéndolo el Jon, quien posee permiso de conducción, se dirigieron al kilómetro 11,200 de la carretera RN-III, Madrid-Valencia, donde se encuentra la estación de servicio «San Pedro, S. L.», a la que llegaron a las 2,30 horas del día 8 de noviembre de aquel año, y una vez en la misma solicitaron se les llenara el depósito del coche y quedando en su interior el procesado, Carlos Ramón, vigilando el lugar, los otros procesados Daniel, quien llevaba una escopeta de caza con los cañones y la culta recortados, y Jon, el que poseía un revólver detonador, exhibiendo dichas armas y amenazando al encargado de dicha gasolinera don Gabriel le obligaron a que les entregara la recaudación efectuada, ascendente a la cantidad de 27.803 pesetas, que se apropiaron en su particular beneficio, repartiéndola entre ellos, con cuya finalidad realizaron el hecho, rompiendo los cables del teléfono existente en la oficina, dos sillas y una mesa, destrozos que fueron tasados pericialmente en la cantidad de 8.000 pesetas. Dicho automóvil fue recuperado el día 9 de dichos mes y año, y entregado en depósito provisional a su propietario, sin que hayan sido valorados los daños causados.

En la citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de sendos delitos de hurto de uso y robo con violencia e intimidación en las personas, comprendido, el primero, en el artículo 516 bis, y el segundo, en los artículos 500, 501, número quinto y párrafo último, 506, primero, todos ellos del Código Penal.

La sentencia por la que el recurrente ha sido condenado como autor de un delito de hurto de uso y otro de robo con violencia o intimidación en las personas, al ser impugnada, en único motivo, por considerar que no se ha aplicado el artículo 16 del

Código Penal, regulador de la participación en el delito en concepto de cómplice, el problema jurídico del presente recurso queda limitado a la distinción entre la autoría y la complicidad, y si se tiene en cuenta que la fundamentación del motivo de la casación, radica en que el impugnador de la resolución no tuvo intervención directa en los hechos constitutivos del delito de robo sino simplemente en que realizó actos meramente auxiliadores, como es el vigilar para facilitar la conducta de los otros dos condenados, el problema se concreta aún más, pues queda reducido a la diferenciación entre la cooperación necesaria -autoría a tenor del número tercero del artículo 14 del Código Penal - y la cooperación auxiliadora -cómplice según el citado artículo 16, que se alega como, infringido por no haberse aplicado-. Así como la autoría directa es fácil de determinar por los elementos objetivos de la conducta humana, en cuanto que el acto que se realiza tiene su encaje o subsunción en el núcleo central de la acción tipificada - sentencia de 19 de junio de 1978 -, no ocurre lo mismo cuando se trata de concretar la autoría por cooperación necesaria, o la complicidad como cooperación auxiliadora, ya que éstas vienen determinadas por la mayor o menor importancia que tienen en la relación causal productiva del resultado, por lo que en estos supuestos hay que tener en cuenta, además del elemento objetivo, el elemento psicológico o acuerdo de voluntades como integrante de la culpabilidad, y el elemento normativo de carácter sociológico que fija la intensidad de la antijuricidad - sentencias de 2 de marzo y 28 de octubre de 1977, a fin de determinar el grado de responsabilidad, incidiendo, en cada caso concreto, la vinculación o el carácter más o menos indispensable del acto realizado con el proyecto de ejecución acordado por los partícipes y de acuerdo con los principios de solidaridad y comunidad que rigen la responsabilidad" de la codelincuencia en virtud del pacto efectuado. Del análisis o examen de los hechos que se declaran probados se deduce: a) qué el recurrente, Carlos Ramón, «se concertó previamente» con los otros dos procesados para la realización de los hechos; b) que los tres procesados procedieron «con unidad de acción y propósito»; y c) que todos ellos se apropiaron y repartieron la cantidad sustraída. Estas tres actividades contienen, por sí solas, los elementos objetivos, subjetivos y normativos que requiere, no solamente la cooperación necesaria, sino incluso la ejecución directa en cuanto que el citado recurrente se apropió de lo sustraído, por lo que debe ser desestimado el único motivo del recurso, sin que, por otra parte, el hecho de haber ejecutado el recurrente el acto de vigilancia mientras los otros dos se apoderaban de lo sustraído, le exonere de la cooperación necesaria para ser tratado como cooperador auxiliador o cómplice, pues los actos de vigilancia, cuando entran en el plan o proyecto de ejecución de los delitos contra la propiedad acordada por todos los partícipes, de forma reiterada, son considerados como autoría, por la doctrina de esta Sala, en cuanto engendran un requisito necesario de la vida del delito.

19.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. STS 4873/1979)

DOCTRINA: Robo. Agravante de superioridad.

Si los recurrentes en número de siete puestos previamente de acuerdo atacaron con ánimo de robarle a un transeúnte derribándole a puñetazos al suelo donde le propinaron patadas, apoderándose a continuación de objetos y dinero propiedad de la víctima habiéndole ocasionado heridas que curaron a los ciento setenta y cinco días, de los que permaneció ochenta y ocho impedido, no cabe duda de que concurrió la agravante de superioridad.

Resultando probado, y así se declara, que los procesados Matías, de diecisiete años; Eloy, de dieciséis años; Ignacio, de dieciséis años; Juan Francisco, de diecisiete años; Silvio, mayor de edad, y Benedicto, de diecisiete años, todos ellos sin antecedentes penales, junto con un menor (puesto por estos hechos, a disposición del Tribunal Tutelar de Menores), con ocasión de hallarse, sobre las 3 horas del día 25 de julio de. 1976, en los jardines de Piquío, de esta ciudad, de común acuerdo, atacaron con ánimo de lucro al transeúnte Casimiro, derribándole a puñetazos, al suelo, donde le propinaron patadas, apoderándose a continuación de 140 pesetas, y efectos personales, que portaba valorados en 9.330 pesetas, de los que se ha recuperado una cadena y crucifijo de oro, tasados en 3.000 pesetas, valorándose las gafas rotas en 12.750 pesetas, habiendo resultado Casimiro, con heridas de las que curó a los ciento setenta y cinco días, de los que ochenta y ocho estuvo impedido para su trabajo, persistiendo como secuela, parestasias en la zona molar izquierda, en surco masoquiano y cara lateral izquierda de la nariz, con sensación de tirantez.

En la expresada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de robo con violencia en las personas de los artículos 500 y 501, cuarto, del Código Penal , y reputándose autores los procesados.

Establecido en el relato fáctico de la resolución impugnada, con carácter de probado, que los recurrentes hallándose reunidos en número de siete en los jardines del Piquío, de la ciudad de Santander, puestos previamente de acuerdo, atacaron con ánimo de robarle al transeúnte que se cita, derribándole a puñetazos al suelo, donde le propinaron patadas, apoderándose a continuación de los objetos y dinero que allí se mencionan de la propiedad de la víctima habiéndole ocasionado heridas que curaron a los ciento setenta y cinco días de los que permaneció ochenta y ocho impedido para sus ocupaciones laborales, no puede caber duda de que en la conducta de los procesados, concurrió' la circunstancia agravante de abuso de superioridad, establecida en el número octavo del artículo 10 del Código Penal , como estimó correctamente el Tribunal «a quo», ya que los autores puestos previamente de acuerdo, atacaron en grupo o «manada», como se deduce de los plurales empleados en los verbos descriptivos de la violencia utilizada, conscientes de que su número les proporcionaba una prevalencia de

fuerzas físicas sobre el agredido, de la que se aprovecharon para golpearle y despojarle de los objetos enumerados, consiguiendo así, el resultado delictivo buscado; por lo que resulta procedente la desestimación del único motivo planteado en ambos recursos.

20.SENTENCIA DEL RIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 1979 (Roj. SS 5002/1979)

DOCTRINA: Robo. En casa habitada. Morada compartida.

La agravante específica- del artículo 506, número segundo (robo en casa habitada) no es de fácil solución cuando constituya morada compartida y así numerosas sentencias sostuvieron su aplicabilidad basándose en que cada habitación constituye propia y autónoma morada y otras muchas lo contrario, basándose en que no se viola domicilio ajeno y de otro en la presencia legítima del agente en el interior del domicilio.

Resultando probado, y así se declara, que los procesados Javier, mayor de 18 años, y carente de antecedentes penales, y Cristóbal, también mayor de edad, previamente concertados y con unidad de acción y de propósito, aprovechando la circunstancia de que el primero poseía una llave de acceso al piso segundo izquierda de la casa número NUM000 de la calle DIRECCION000, de Madrid, donde había residido anteriormente, alrededor de las nueve de la mañana del día 30 de diciembre de 1976 entraron en dicha vivienda y forzando la cerradura de la habitación de Rubén, en cuya puerta causaron daños tasados en 400 pesetas, se introdujeron en la misma, apropiándose, con intención de hacerlos suyos, de un aparato de radio reproductor de «casettes», marca «Kóniger», de dos altavoces y de 668 discos de larga duración, valorado todo en 39.000 pesetas, que fueron recuperados en el domicilio del segundo de los procesados y entregado en depósito provisional a su propietario, dicho Rubén , no constando que hubieran sido sustraídos más objetos que los reseñados.

La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de robo, con fuerza en las cosas, comprendido en los artículos 500, 504, número segundo, y 505, número segundo, del Código Penal, concurriendo la agravante específica de haberse cometido el delito en dependencia de casa habitada que contempla el número segundo del artículo 506 de dicho Código.

El problema de si la agravante específica o subtipo del número segundo del artículo 506 del Código Penal -casa habitada- ha de aplicarse cuando se trata de lugares habitados conjuntamente por los sujetos activo y pasivo del robo, es decir, cuando el

local de autos constituya morada compartida por uno y otro, no es de fácil solución, pues si las sentencias de este Tribunal de 26 de octubre de 1918, 21 de enero de 1925, 25 de marzo de 1936, 19 de/marzo de 1948, 11 de octubre de 1951, 2 de julio de 1962 y 25 de marzo de 1968, entre otras, sostuvieron la aplicabilidad de dicha agravación basándose para tal interpretación en el argumento de que cada habitación constituye propia y autónoma morada, las de 20 de abril de 1957, 21 de abril de 1959, 16 de mayo y 25 de octubre de 1962, 21 de febrero de 1964, 13 de marzo de 1964, 29 de abril y 9 de octubre de 1969 y 2 de abril de 1970, entre otras, mantuvieron lo contrario basándose en que, en tales casos, la doble «ratio» del precepto -atentado a la cantidad del hogar o falta de respeto a la efectiva morada del sujeto pasiva y mayor peligrosidad del hecho que fácilmente puede degenerar en robo con violencia en las personas- se frustra y decae toda vez que, de un lado, no se viola domicilio ajeno, y, de otro, la presencia legítima del agente en el interior de dicho domicilio, al permitirle escoger el momento más propicio en el que nadie estorbe la consecución de sus patrimoniales apetencias, excluye, de ordinario, toda posibilidad de que el hecho, concebido y planeado como un robo con fuerza en las cosas, termine, en su desarrollo o en sus postrimerías, convirtiéndose en un atentado contra la propiedad con incidencia en la vida o en la integridad corporal del sujeto pasivo, de su familia, de otro morador o de tercera persona. En el caso aquí contemplado, no es necesario dirimir tan ardua cuestión, pues, según se comprueba en la narración histórica de la sentencia recurrida, uno de los correos, el impugnante Cristóbal, era completamente extraño y ajeno a la morada donde se perpetraron los hechos y, el otro, Javier, si bien «había residido anteriormente» en ella, tal como indica el pretérito pluscuamperfecto empleado, en la época de comisión del delito ya no habitaba en la misma. Por lo que, visto que el local de autos es un albergue, en el que habitaban, habitualmente y a la sazón, personas distintas a la de los agentes - artículo 508 del Código Penal - y que, por tanto, era y es operante el doble fundamento que justifica el mayor rigor punitivo, procede desestimar el único motivo del presente recurso sustentado en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de la circunstancia segunda del artículo 506 del Código Penal en relación con los artículos 500 y 508 del mismo Cuerpo legal.

21.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE MARZO DE 1979 (Roj. STS 5046/1979)

DOCTRINA: Hurto y robo con fuerza en las cosas. Consumación.

Respecto al momento de consumación en los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas, la jurisprudencia es fiel a una posición "material" y exige la "illatio" o lo que es lo mismo, que el infractor haya tenido la libre disponibilidad facultad propia y

característica del dominio, de la cosa mueble de que se trate siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración.

Resultando probado y así se declara que en la noche del 19 al 20 de octubre de 1976 el procesado Alfredo, mayor de edad y sin antecedentes penales, en unión de otro individuo, al que no se juzga en este acto, decidió entrar en el estanco sito en el número 17 de la calle Santa Teresa de Oviedo, del que es gerente Luis Alberto para lo cual rompieron el candado de la verja protectora y al observar que había una persona asomada a una ventana de la casa de enfrente, temiendo ser descubiertos se marcharon de aquel lugar, donde sin embargo regresaron al cabo de un rato, y estimando que entonces no había peligro alguno violentaron también la cerradura de la puerta, causando con todo ello daños por valor de 1.754 pesetas, y ya una vez en el interior del estanco, se apoderaron de cajas de puros y diversos efectos timbrados por un importe total de 152.031,50 pesetas, que fueron recuperados.

La referida sentencia, estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas, previsto y penado en los artículos 500, 504, 2. ° y 505-3.° del Código Penal , siendo autor el procesado.

Frente a los delitos patrimoniales inspirados en la idea de odio o de venganza o, al menos, en un propósito de destrucción, deterioro o menoscabo de bienes, en los delitos contra la propiedad guiados por un ánimo de enriquecimiento, tales como hurto, robo, apropiación indebida, estafa y otros semejantes, para que la correspondiente infracción pueda estimarse concurrente, es preciso se detecte la presencia del elemento subjetivo del injusto llamado ánimo de lucro, de tal modo que es indispensable que el agente, en su actuar antijurídico, haya obrado con el deseo de obtener cualquier tipo de beneficio, provecho, ventaja o utilidad, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, habiendo declarado, a este respecto, este Tribunal, en sentencias de 34 de diciembre de 1974, 3 y 13 de diciembre de 1975, 3 de enero y 14 de mayo de 1976 y 29 de septiembre de 1978, que el citado ánimo de lucro que se presume, salvo prueba en contrario, en todos los delitos que supongan sustracción o apoderamiento de bienes ajenos económicamente evaluables, a menos que conste o así se infiera de la narración histórica de la sentencia recurrida que fue otro el propósito que inspiró el comportamiento del sujeto activo. En el caso presente, el Tribunal "a quo", no se refiere al especial animo que guiaba a los agentes cuando, previa fractura, sustrajeron cajas de puros y efectos timbrados, pero al decirse, en el relato fáctico, que "se apoderaron" de dichas cosas muebles y que éstas importaban " 152.031,50", claramente se está aludiendo a una infracción patrimonial evaluable económicamente, la que, a falta de otra motivación, se ha de atribuir a una intención lucrativa que es lícito presumir en tales casos, procediendo, por lo tanto, desestimar el primer motivo del recurso amparado

en el número uno del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 500 del Código Penal. Indefinida, en el Código Penal español, la consumación de los delitos, a diferencia de la tentativa y de la frustración, no bastan las conceptuaciones doctrinales para despejar toda incógnita pues muchas infracciones ofrecen serias dudas sobre el momento de su perfección, encontrándose, entre dichos delitos, los de hurto y robo con fuerza en las cosas, respecto de los cuales tradicionalmente se ha controvertido en torno al referido momento consumativo, pues si, una primera posición, siguiendo un criterio formal, estimaba perfeccionada la infracción contra la propiedad tan pronto concurría la "contrectaio" o "aprehessio", es decir, cuando se asía, tomaba o aprehendía el objeto material del delito, una segunda opinión situaba el momento consumativo en la "ablatio" o "admotio de locum ad loco", esto es, en el instante en que la cosa mueble, cambiando de lugar, se separaba de la posesión material del ofendido, mientras, que un último criterio, fiel a una posición material, exige la "illatio" o, lo que es lo mismo, que el infractor haya tenido la libre disponibilidad facultad propia y característica del dominio, de la cosa mueble de que se trate siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración. Estas diferentes posiciones doctrinales han encontrado eco, en una u otra época, en este Tribunal, el cual no siempre ha seguido una línea interpretativa inalterable, pero, en las últimas décadas, en sus sentencias, ha predominado, con óptimo criterio, la última posición enunciada, la cual además de responder, desde el punto de vista civil, a una técnica más depurada, es más favorable al reo merced a su mayor exigencia a la hora de estimar culminado el "iter criminis", siendo paradigma de cuanto se dice las sentencias de este Tribunal de 29 de noviembre de 1944, 14 de abril, 17 de junio y 25 de octubre de 1947, 20 de mayo y 2 de diciembre de 1948, 10 de marzo de 1955, 27 de junio de 1961, 20 de diciembre de 1973, 5 de marzo, 17 de mayo y 30 de octubre de 1974, 31 de enero, 18 de abril y 4 de diciembre de 1975, 20 de junio de 1978 y 19 de enero de 1979, entre otras muchas. En ninguna parte de la narración histórica de la sentencia recurrida, se encuentra la sustancia fáctica indispensable para acreditar y sustentar una tesis de frustración de la conducta de los procesados, sin que se diga claramente, ni siquiera se insinúe o trasluzca, que, dichos procesados, merced a su captura "in situ" o a otra circunstancia obstativa, carecieron de toda posibilidad de ejercer el "ius disponendi" inherente o consecutivo al cambio de titularidad de los bienes apetecidos; pero, además, el referido relato, al expresar que se "apoderaron" de las cajas de puros y de los efectos timbrados y añadir que fueron "recuperados", desde el momento que "recuperar" significa semánticamente "recobrar", "volver a poseer lo que antes se tenía", "desquitarse" o "reintegrarse de lo perdido", bien claramente está proclamando que la sustracción se perfeccionó mediante la aprehensión, extracción y subsiguiente disponibilidad de las cosas de las que se apoderaron los agentes, si bien el "dominus" de lo citado obtuvo de nuevo la posesión perdida mediante la posterior restitución. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del segundo motivo del recurso, basado en el número

uno del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del párrafo 2.° del artículo 3 del Código Penal.

22.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MARZO DE 1979 (Roj. STS 4978/1979)

DOCTRINA: Robo. Rompimiento o fractura.

El rompimiento o fractura a que se refiere el número 4 del artículo 504 del Código Penal, tipificador del delito de robo, tanto significa como quebrantar una cosa con esfuerzo, siendo lo trascendente a estos efectos no tanto el esfuerzo o vigor utilizado, sino que el quebrantamiento con más o menos dificultad vulnere y convierta en inocuo el signo defensivo de la propiedad, para estimar que el apoderamiento de bienes así logrado se repute y tenga por ejecutado contra la voluntad del titular poseedor.

Resultando probado y así se declara que el procesado Juan Pedro: a) juntamente con los también procesados José Pablo y Mauricio, en la madrugada del día 11 de septiembre de 1977, sobre las tres horas aproximadamente, forzaron con una palanqueta la puerta de la "Granja Eucaliptus" de la ronda Padre Claret, de esta ciudad, produciendo unos daños de 8.000 pesetas, se introdujeron en su interior apropiándose, con ánimo de beneficiarse de su importe, de moneda fraccionaria en suma de 800 pesetas, un tocadiscos automático valorado en 35.000 pesetas; treinta discos tasados en 6.000 pesetas; seis botellas de licor tasadas en 800 pesetas; dos cajas de puros valoradas en 400 pesetasy paquetes de tabaco por valor de 600 pesetas, habiéndose recuperado el amplificador del tocadiscos por valor de 12.694 pesetas; b) en unión de José Pablo, en la madrugada del día 12 de septiembre de 1977, escalando una tapia, pasaron al patio y por él penetraron, tras forzar una puerta con una palanqueta, en el inmueble sin número de la calle Bolivia de esta ciudad, de "Espejos Soler", causando daños por valor de 200 pesetas, y apropiándose, con ánimo de beneficiarse con su importe, dedos calculadoras electrónicas valoradas en 50.000 y 10.000 pesetas, las cuales han sido recuperadas con daños tasados en 12.675 pesetas y 9.875 pesetas, respectivamente; c) en unión de Mauricio, en la madrugada de un día no determinado de la primera quincena del mes de septiembre de 1977, penetraron en el bar "Picos" de la calle de Joaquín Vayreda, de esta ciudad, forzando la puerta con un destornillador, produciendo daños por valor de 500 pesetas, y apropiándose, con ánimo de beneficiarse de su importe, de 2.000 pesetas en metálico y de ocho botellas de licor tasadas en 700 pesetas, de lo que nada ha sido recuperado; d) juntamente con José Pablo y Mauricio , en la madrugada del día 4 de noviembre de 1977, penetraron en el local de la calle Aragón, número 58, de esta

capital, por una ventana de luces, forzándola, tras escalar la pared del inmueble, propiedad del "Club de Tenis de Gerona", produciendo daños tasados en 200 pesetas, y apropiándose, con ánimo de beneficiarse de su importe, de 1.500 pesetas en moneda fraccionaria, cartones de tabaco con valor de 1.000 pesetas y un reloj tasado en 4.500 pesetas, habiéndose recuperado el reloj y dos paquetes valorados en 70 pesetas; e) en la madrugada del día 5 de noviembre de 1977, en la calle Cervantes de esta ciudad, sustrajo el vehículo "Seat 600", matrícula Ti-.... , propiedad de Mari Luz, que estaba aparcado, siendo recuperado el propio día, habiendo conducido dicho vehículo, careciendo del oportuno permiso de conducción.

En la citada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de los siguientes delitos, entre otros, un delito de robo de los artículos 500, 504 y 505, número 2, del Código Penal.

El tercero de los motivos del indicado recurso, referido a los dos recurrentes antes mencionados, acogido a idéntico cauce procesal que los anteriores, alegando infringida por aplicación indebida la circunstancia agravante de nocturnidad, 13.ª del artículo 10 del Código Penal, por cuanto si bien "se declaraba probado que era de noche cuando los delitos se cometieron, no se hacía referencia alguna a que la noche fuera buscada de propósito", alegación inacogible, en razón y de una parte, a que siendo seis los apartados de los hechos probados relacionados con otros tantos delitos de robo, cometidos todos ellos en plena noche, fue ésta buscada o aprovechando como así se declara en el apartado g), con fines tendentes a conseguir la impunidad, la ausencia de riesgo, de identificación o de mayor facilidad, lo que claramente se desprende de la forma de cometer dichos delitos por escalamiento y fractura de puertas de acceso y ventanas por donde penetraron en el interior de los locales para realizar las sustracciones y apoderamientos de las cosas muebles ajenas, como se afirma en la premisa narratoria, dándose los requisitos adecuados para la correcta estimación de dicha circunstancia a tenor de lo declarado por esta Sala (sentencias de 15 de junio de 1970, 19 de abril de 1972, 10 de abril de 1973 y 27 de febrero de 1976 , entre otras) y, de otra parte, que dicha circunstancia es totalmente inoperante a efectos de penalidad, por cuanto concurriendo la circunstancia de doble reincidencia y habiéndose elevado las penas asignadas a los delitos de robo apreciados a los repetidos recurrentes en un grado, que se impusieron en la extensión mínima, ninguna influencia o repercusión tuvo circunstancia de nocturnidad cuestionada, lo que conlleva a desestimar por improcedente el motivo examinado. El cuarto de los motivos del indicado recurso, concreta y especialmente referido al procesado Ángel Jesús, amparado como los anteriores en el número 1.° del artículo 849 de la Ley Procesal alega infringidos por aplicación indebida los artículos 500, 504 y 505 número 1.° del Código Penal, por cuanto los hechos imputados al recurrente, no constituyen un delito de robo, sino una falta de hurto al no haber mediado rompimiento de techo, ni ningún otro de los supuestos señalados en el artículo 504 citado, aunque tal falta se convierta en delito de

hurto del artículo 515, número 4.° por los antecedentes penales del inculpado, sin que pueda aplicarse la agravante de doble reincidencia en cuanto la falta ya se eleva a delito en virtud de una agravante específica, motivo y alegación sustentadora enteramente inviables, por su carencia de consistencia fáctica y legal, habida cuenta: 1.° que aun cuando el artículo 500 concibe y define el robo por el apoderamiento de cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleo de fuerza en las cosas, con ánimo de lucro, tal concepción dualista por su carácter genérico" o abstracto, requiere que concurra alguna de las condiciones del artículo 501 si existe violencia o intimidación personal, o en su caso, cualquiera de las modalidades señaladas en el artículo 504 cuando ha sido la fuerza en las cosas el medió utilizado por el culpable para cometer el delito, cuya fuerza en sus diversos aspectos no es más que la que se precisa para hacer ineficaz las defensas con las que el propietario o tenedor de los bienes pretende o trata de protegerlos para evitar, dificultar o cohibir los ataques ajenos a los mismos, y sólo cuando tales medios protectores resultan forzados, vulnerados y burlados para impedir la sustracción o apoderamiento, el hecho se reputa y conceptúa como de robo con fuerza en las cosas, si la actuación dinámica ejercitada con tal finalidad por el culpable, se acomoda o encaja en alguno de los apartados que contiene este último precepto punitivo, entre los que los números. 1.° y 2° comprenden el escalamiento y el rompimiento de pared, techó o suelo, representado aquél por la entrada a través de vía no destinada al efecto, ya que en definitiva escalar supone el medio inidóneo de acceso por camino distinto al normal, utilizando la agilidad y destreza para aprehender la cosa que se sustraiga en edificio, local o domicilio ajeno (sentencias de 24 de enero de 1974 y 29 de enero de 1976); y el rompimiento o fractura, tanto significa como quebrantar una cosa con esfuerzo siendo lo transcendente a estos efectos no tanto el esfuerzo o vigor utilizado, sino que el quebrantamiento con más o menos dificultad vulnere y convierta en inocuo el signo defensivo de la propiedad, para estimar que el apoderamiento de bienes así logrado se repute y tenga por ejecutado contra la voluntad del titular poseedor; 2.° que acreditando sustancialmente los hechos probados de la sentencia impugnada, que en la noche buscada de propósito, del 23 de agosto de 1977, el procesado Ángel Jesús, forzando la chapa de uralita que cubre el tejado de la agencia de transportes "Tras-Catalá- Comarítima-Cave", de Gerona, consiguió penetrar en su interior, apropiándose con ánimo de beneficiarse de tres máquinas calculadoras tasadas en 9.500 pesetas, más otras 600 pesetas en metálico, causando daños estimados en 500 pesetas, aparece inconcuso que aquél tuvo que ascender hasta el tejado del local de la agencia y rompiendo el techo de uralita conseguir una abertura a través de la cual pudo penetrar en el local de negocio de la agencia mencionada, dándose la peculiar violencia material que caracteriza el robo conforme a la doctrina de esta Sala que, sin ampliaciones inadmisibles de criterios interpretativos; ha venido entendiendo como actos de fuerza determinantes de tal delito, los de violentar, forzar, emplear el esfuerzo humano, directa o mecánicamente ayudado para dolosamente romper o quebrantar aquellas protecciones de aislamiento, guarda y

cierre que el propietario adoptó para defensa de su patrimonio (sentencias de 17 de mayo de 1961, 28 de noviembre de 1973, 6 de febrero de 1974 y 12 de mayo de 1975, entre otras); y 3.° que aun cuando en ortodoxa y correcta técnica jurídico-penal la figura delictiva que califica la actuación del recurrente se enmarca y acomoda en el robo con fuerza en las cosas, a fines puramente dialécticos e hipotéticos, la pena de seis meses y un día de presidio menor impuesta en la sentencia recurrida, se encontraría enteramente justificada aun cuando el acto imputado por su cuantía se reputase de simple falta de hurto, teniendo en cuenta el historial delictivo del recurrente superior a nueve delitos de robo y cinco de hurtos sancionados en causas independientes, desde 1967 hasta el 23 de agosto de 1977 a que se contraen los hechos, del presente proceso, conforme a lo establecido en los artículos 514, número 1 .°, 515, número 4 .° y 516, número 3.°, del Código Penal, puesto que nada impide que realizada la agravación que convierte la falta de hurtó en delito, si existen como en el supuesto enjuiciado otras reincidencias por Consumir, se aplique la genérica del número 15 del artículo 10, o en su caso la cualificativa de este último precepto (sentencias de 12 de mayo de 1969, 27 de noviembre de 1971 y 21 de mayo de 1976 entre otras) razones que consecuentemente conllevan a rechazar el motivo contemplado por su manifiesta improcedencia.

ii. AL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2016 (Roj. STS 5254/2016)

La Sra. Sandra trabajadora de la ONCE, contaba al tiempo de su fallecimiento 49 años de edad (nacida en fecha NUM001 de 1962), vivía sola en su domicilio, padecía desde su nacimiento, atrofia muscular de la extremidad izquierda superior e inferior. Así mismo tenía reconocida una disminución del 46% de su capacidad orgánica y funcional. El acusado Sr. Hipólito como consecuencia de la actividad laboral que compartía con la Sra. Sandra, conocía sus hábitos de vida además de su carácter afable y confiado. Por tal motivo entre las 22,30 horas del día 23 de mayo de 2013 y la madrugada del día 24 de mayo del mismo año, se personó en la vivienda propiedad de la Sra. Sandra. Después de que Sandra le facilitara el acceso al piso, una vez en el interior y hallándose en el salón de la casa, valiéndose de un objeto contundente no identificado, Hipólito le propinó numerosos golpes en la cabeza y cara e igualmente, con un objeto cortante no

identificado, le causó una herida en cara anterior media del cuello y, a continuación Hipólito con una bolsa de plástico le tapo los orificios respiratorios. Tras ello y con un objeto cortante no identificado procedió a la amputación de los cinco dedos de la mano derecha. La causa inmediata de la muerte fue la asfixia por sofocación. Todas las heridas que presentaba la Sra. Sandra tenían signos de vitalidad, salvo las amputaciones causadas que no quedó acreditado que las mismas fueran causadas en vida. Encontrándose todavía en el domicilio de la Sra. Sandra, el acusado Hipólito registró armarios y cajones de la casa, hallando cupones y productos de la ONCE, terminal TPV, dos baterías del terminal, un móvil marca NOKIA 3120 tres juegos de llaves pertenecientes a Sandra. Hipólito hizo suyos estos efectos, llevándoselos de la vivienda.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Que debemos condenar y condenamos a Hipólito, como responsable en concepto de autor de un delito de robo con violencia en casa habitada previsto y penado en el art. 242.2 del CP y de un delito de homicidio consumado previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal.

La jurisprudencia de esta Sala considera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia, además de la licitud y regularidad. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia. La posibilidad de alternativas opera en el ámbito de la duda y por ello afecta al examen de la racionalidad de la convicción. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala han establecido que, en ausencia de prueba directa, en algunos casos es preciso recurrir a la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria, cuya validez para enervar la presunción de inocencia ha sido admitida reiteradamente por ambos tribunales. A través de esta clase de prueba, es posible declarar probado un hecho principal a través de un razonamiento construido sobre la base de otros hechos, los indicios, que deben reunir una serie de condiciones, concretamente que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí y, desde el punto de vista formal, que el juicio de inferencia pueda considerarse razonable y que la sentencia lo exprese, lo que no supone la imposibilidad de otras

versiones distintas de los hechos, de manera que el Tribunal haya debido inclinarse por la única certeza posible pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta. Consecuentemente no basta la plasmación de otra hipótesis alternativa fáctica, para entender conculcado el derecho a la presunción de inocencia, como resulta de la propia jurisprudencia constitucional, plasmada entre otras en la STC 55/2015, de 16 de marzo: sólo cabe considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando 'la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por de [...] nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos. Como antes dijimos, la alternativa que se propone, si es razonable, afecta a la duda y corresponde al tribunal de instancia, y al de la revisión controlar, que la duda que se propone no quiebre la razonabilidad de la valoración realizada por el Tribunal y expresada en la sentencia. Además, en lo que se refiere a la prueba indiciaria, la STS nº 220/2015, de 9 de abril, recogía el contenido de la STC 128/2011, de 18 de julio, la cual, enlazando con ideas reiteradísimas, sintetiza la doctrina sobre la aptitud de la prueba indiciaria para constituirse en la actividad probatoria de cargo que sustenta una condena: "A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes". De esta manera se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre) o cuando la expuesta por el tribunal carece de una racionalidad o sea insuficiente para despejar las dudas resultantes de una alternativa inferida del indicio. El tribunal afirma su convicción sobre trece indicios que relaciona, alguno de ellos de notable fuerza

suasoria, que desarrolla en una cuidada motivación respecto a la que el recurrente se limita a cuestionar su fuerza acreditativa. Así respecto del hecho de que la policía constatara que la casa estaba cerrada y a la que el autor accedió sin empleo de violencia para adentrase a la misma y del hecho de que las llaves de la vivienda se encontraran en la vivienda del acusado, es razonable inferir la participación del acusado. El recurrente refiere que, de acuerdo a sus declaraciones en la instancia, la posibilidad de que las llaves fueran colocadas en su casa de forma ilícita, y, por lo tanto, que no puedan ser valoradas dada la falta de acreditación de la intervención de las llaves. También, respecto de la presencia de restos genéticos del acusado en las uñas de la mano izquierda, que padecía una lesión por hemiplejia, sostiene que su escasa entidad no permite su valoración como elemento de acreditación de su participación en el suceso, cuando la pericial de ADN es reveladora de la pertenencia al acusado y que la escasa entidad se debe a la degradación del material orgánico a consecuencia del tiempo transcurrido entre el fallecimiento y la localización, pero es suficiente para identificar al acusado. También cuestiona la intervención de material de venta de la ONCE, a la que se dedicaba la fallecida y el propio recurrente, así como la realización de numerosas manipulaciones sobe los premios de los sorteos realizados que levantaron las sospechas y fueron determinantes de la investigación y la irrupción en el domicilio, lo que permitió el descubrimiento de su cadáver. En definitiva plantea una revaloración de la prueba proporcionando a cada indicio una alternativa inferencial que olvida el requisito de la pluralidad y la convergencia en la dirección acreditativa de los indicios que se ha exigido para su confirmación como actividad probatoria. El tribunal de instancia valora los indicios de los que infiere, con lógica y racionalidad, la participación en el suceso del acusado obteniendo a través de esa actividad probatoria la acreditación de participación del acusado en los hechos, participación que, en esta casación, constatamos que es racional. Constatada la existencia de la actividad probatoria, el motivo debe ser desestimado.

2.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4664/2016)

En hora no precisada de la madrugada del día 1 al 2 de noviembre de 2015, don Sabino (en adelante, el acusado), con la intención de obtener un ilícito beneficio patrimonial, se dirigió al piso ubicado en el NUM000 NUM001 del inmueble núm. NUM002 de la CALLE001 de Valladolid, propiedad de Juliana (en el que no vivía nadie), y, tras extraer el bombín de la puerta, entró en dicho piso y se apoderó de una cámara de fotos marca Canon IXUS 50 tasada pericialmente en 30 euros. Tras hacer un butrón en la pared de separación entre el referido piso y la joyería Benjamín (propiedad

de doña Enriqueta), el acusado accedió a dicho establecimiento y, después de arrancar la central de alarma y las cámaras de vídeo-vigilancia instaladas en él, hizo un agujero en la puerta de la caja fuerte de la joyería y se apoderó de todas las joyas que había en su interior, procediendo, además, a arrancar todas las cerraduras de las vitrinas y de los escaparates del establecimiento y a coger las joyas que había en los mismos, (joyas, todas ellas, que han sido tasadas en 63.132,27 euros), apoderándose así mismo de joyas que clientes de la joyería habían depositado en la misma y por cuyo valor la propietaria de dicho establecimiento ha indemnizado a aquellos en cuantía que no ha quedado determinada, habiéndose tasado en 511,85 euros los daños causados en el referido piso y en 3.569,50 euros los daños causados en dicho establecimiento.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallo.- Que debemos condenar y condenamos a don Sabino, como autor de un delito de robo previsto y penado en los artículos 237, 238.2 ° y 3 ° y 241.1 y 4 del Código Penal, en relación con el artículo 235.1.5° del mimos texto legal, con la concurrencia de la circunstancia 8a del artículo 22 del mismo texto legal, a la pena de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, y al pago de las costas.

El recurrente considera que la condena vulnera su derecho a la presunción de inocencia, y, derivadamente erosiona la tutela judicial efectiva. Desarrolla prolijamente esta vulneración única con un estudio meritorio y con erudita invocación de precedentes jurisprudenciales. Su esfuerzo no puede verse recompensado con la estimación del motivo: el Tribunal de instancia ha respetado las exigencias de la presunción de inocencia. La prueba, aun siendo indiciaria, es contundente. Que la prueba sea indiciaria no significa que tenga menor valor o menor fuerza que la prueba directa. La prueba indiciaria es a veces fuente de certezas muy superiores a las que brindaría una pluralidad de pruebas directas unidireccionales y concordantes. Evoquemos uno de los últimos pronunciamientos del TC sobre la denominada prueba indiciaria o indirecta, la STC 133/2014, de 22 de julio, - citada posteriormente en la STC 146/2014, de 22 de septiembre -. Recordando las SSTC 126/2011, 109/2009 y 174/1985 resume una consolidada doctrina. A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (- SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4;

124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3-). Leemos en la reseñada sentencia: "El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4)" (FJ 23)". "Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero, se afirma "que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos" (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero, se establece que nuestro parámetro de control "respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera 'insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable (por todas STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5)" (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011 , FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre , 70/2007, de 16 de abril, 104/2006, de 3 de abril, 296/2005, de 21 de noviembre, 263/2005, de 24 de octubre , y 145/2005, de 6 de junio ." "Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio , "también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas,

STC 187/2006, de 19 de junio, FJ 2)". Frente a ello han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria.

Con esos parámetros como referencia se hace patente la improcedencia de ajustarnos a la dialéctica a la que nos arrastraría el recurso: ir analizando aisladamente los fragmentarios elementos indiciarios que el recurrente ha elegido para su análisis, discutiéndolos separadamente tratando de descubrir algún punto débil para de ahí, al margen de toda lógica y sin una ponderación conjunta, concluir sin más que se ha lesionado la presunción de inocencia.

El abordaje ha de ser diferente: observar el conjunto de indicios sobre los que la Sala construye su certeza y comprobar que su motivación ha sido racional; y que, entrelazados entre sí, esos indicios son concluyentes en el sentido de que no admiten otra explicación verosímil distinta a la afirmada en la sentencia. Esta tarea no exige demasiado esfuerzo en este supuesto. No estamos ante un solo indicio, como señala el recurrente, sino ante múltiples indicios que se complementan y corroboran mutuamente:

a) La tenencia de joyas procedentes del robo.

b) El escaso tiempo transcurrido entre la sustracción y la ocupación de tales efectos.

c) La ocupación de útiles no habituales en una vivienda e idóneos para la comisión de esos hechos: un inhibidor de frecuencias con cable y batería, botellas de oxígeno, un extractor de cerraduras.

d) La detección entre los destinos recientes del vehículo del acusado de una dirección muy cercana a aquella en que se cometieron los hechos. Resulta poco verosímil la explicación del acusado de que tal GPS pudo ser dejado allí por los autores de la sustracción. Desde esa "coartada" todos los demás desajustes que apunta el recurrente (que no es la misma calle, que pudo ser un destino antiguo...) devienen superfluos.

No quedan desvirtuados tales indicios por otros datos que sin reforzar la convicción probatoria, tampoco son elementos contradictorios o que avalen la inocencia. Sencillamente son neutros: son compatibles con los hechos atribuidos aunque no los apoyan. Pueden merecer muchas explicaciones plausibles compatibles con la participación del acusado en la sustracción: no se le ha ocupado la totalidad del botín (lo que puede deberse a que actuase en unión de otros; o a que haya escondido parte en otro lugar; o que ya le hubiese podido dar alguna salida). Que no haya aparecido una lanza térmica tampoco demuestra la inocencia. Que no se detectase ADN o huellas dactilares o que el acusado pudiese tener otros ingresos regulares (lo que siguiendo la lógica del recurso, también serviría para rechazar el delito de receptación que sin embargo sí que acepta, o las condenas anteriores) son datos en absoluto definitivos o decisorios. La coartada aducida no está acreditada: una factura de un restaurante fechada el día de los hechos no demuestra la inocencia ni muchísimo menos (la Sala desmonta tal contra indicio). Para acreditar la preexistencia de la máquina de fotos (art. 364 LECrim) puede bastar la testitifical. No son imprescindibles otras pruebas. Nada de lo aducido debilita la fortaleza del cuadro probatorio que en sus pilares claves es aceptado por el propio recurrente. Esa fuerza no nace de los elementos aisladamente considerados sino de su conjunto. Cada uno de esos indicios examinado individualmente quizás sería incapaz de soportar la convicción de culpabilidad. Como sucede habitualmente en la prueba indiciaria la capacidad convictiva hasta provocar la certeza surge de la interrelación entre la pluralidad de indicios que lleva a considerar como única verosímil y cierta la hipótesis inculpatoria. No es racionalmente admisible que esas coincidencias que confluyen y apuntan inequívocamente al recurrente sean fruto de la casualidad. La Sala ha valorado racionalmente el conjunto de la prueba y ha llegado a una convicción de culpabilidad fundada que se atiene a parámetros constitucionales. El motivo decae. El motivo segundo usa como plataforma el art. 849.1º LECrim reclamando la absolución por el delito de robo, y la condena por un delito de receptación. Es un motivo que está construido en dependencia del anterior: solo tiene sentido si aquél prospera. No siendo así, el motivo se estrella contra el valladar del art. 884.3º LECrim. La subsunción jurídica realizada por el Tribunal es correcta y ha de ser ratificada. De manera subsidiaria cuestiona en un último motivo el recurrente la individualización penológica. Se considera que la duración de cinco años es desproporcionada e injustificada y se postula su mitigación hasta reducirla al mínimo posible de cuatro años. Es también correctísima la cita que se hace de la STS 205/2015, de 10 de marzo que recuerda el

deber de motivación que ha de presidir la tarea de individualización penológica. Sin embargo fracasa el intento de proyectar esa doctrina a este supuesto concreto. La Sala ha usado su discrecionalidad de forma razonada y razonable. El marco penal va de dos a seis años. Así resulta de la reforma en 2015 del art. 241 CP. No hay cuestión sobre la aplicación del art. 241.4 en relación con el art. 235.1.5 CP (STS 12 de noviembre de 2014). La agravante de reincidencia nos sitúa en una horquilla comprendida entre los cuatro y los seis años. Dentro de ese margen: i) la presencia de dos condenas previas por delitos de robo (una bastaría para la reincidencia: el Fiscal pedía la multirreincidencia que es razonadamente descartada por la Audiencia); ii) que se haya entrado y robado en dos locales contiguos; y iii) la forma de comisión que supone una cierta especialización y preparación, han llevado a la Audiencia a fijar la pena en esa duración intermedia entre el mínimo y el máximo posibles. Es correcta la individualización y asumible el razonamiento motivador. El motivo tampoco puede prosperar.

3.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4571-2016)

En fecha 17 de febrero de 2014, Doña Enriqueta, nacida en fecha NUM000 de 1960 (53 años en el momento de los hechos) residía en el piso NUM001 del edificio de la CALLE000 n° NUM002 de Logroño. Doña Enriqueta vivía sola en su casa. Juan Francisco, con ánimo de enriquecerse ilícitamente, decidió apoderarse de lo que pudiera haber en el domicilio de Doña Enriqueta y de lo que ésta pudiera tener, y decidió hacerlo cuando ella estuviera dentro del mismo. Juan Francisco se puso en contacto con otro conocido suyo, el acusado Feliciano. El plan ideado por Juan Francisco y aceptado por Feliciano consistía en llamar a cara descubierta a la puerta del domicilio de Enriqueta cuando ella estuviera dentro -siendo Juan Francisco conocedor de que regresaba todos los días a su vivienda sobre las 15 horas-, con el pretexto de que comprobar el telefonillo de Enriqueta porque el de su casa se había estropeado; y cuando Enriqueta , que conocía a Juan Francisco, les abriera la puerta voluntariamente, Feliciano la reduciría e inmovilizaría, y procederían a registrar la casa llevándose lo que de valor pudiera haber y además, valiéndose para ello de toda la violencia que fuera necesaria, le sacarían a Enriqueta la información bancaria y el número "pin" de las libretas bancarias y de las tarjetas de crédito. Tras ello tenían previsto marcharse, asegurándose en todo caso del modo que fuere que nadie les pudiera luego identificar. A tal fin, el tener que matar a Doña Enriqueta era contemplado de esta forma por los acusados como algo que seguramente sería necesario para facilitar su ulterior impunidad, y todo caso, estaban dispuestos a llevarlo a cabo.

De acuerdo con el plan prediseñado, aproximadamente sobre las 15,45 horas del día 17 de febrero de 2014, después de comprar una caja de guantes de látex en un supermercado cercano, Juan Francisco y Feliciano se dirigieron a casa de Doña Enriqueta. Llevaban también consigo con el fin de consumar sus propósitos, otros elementos: unas bridas atadas en forma de pulsera o esposas con el fin de inmovilizar en caso necesario a la Sra. Enriqueta, un calcetín con el cual eventualmente silenciar sus posibles gritos de auxilio, y cinta aislante. Una vez allí, llevando ya puestos cada uno de ellos en ambas manos varios guantes de látex (uno encima de otro) con el de no dejar al marcharse ninguna huella que permitiera su ulterior identificación, y actuando ambos a cara descubierta, llamaron a la puerta del domicilio de Doña Enriqueta. Cuando la Sra. Enriqueta abrió, Juan Francisco le dijo a ésta que tenía que examinar el telefonillo, situado en la cocina, dependencia ubicada junto a la entrada de la casa. Enriqueta, que conocía a Juan Francisco por la razón de vecindad y el trato antes descrito, no dudó en franquearles la entrada de su casa a ambos acusados, procediendo éstos a ir a la cocina (situada junto a la puerta de la casa) donde estaba el telefonillo, quedando la Sra. Enriqueta junto a la puerta. En ese momento los acusados continuaron con su plan; y situándose Feliciano detrás de la Sra. Enriqueta de súbito e inesperadamente la agarró fuertemente bien por el cuello, bien por los hombros, inmovilizando completamente sus movimientos, e inmediatamente ambos acusados la llevaron arrastras por la fuerza por el pasillo hasta el dormitorio, perdiendo en el trayecto Doña Enriqueta las zapatillas que calzaba y las gafas que llevaba puestas, las cuales se rompieron. Una vez en el dormitorio los acusados arrojaron con fuerza a la Sra. Enriqueta contra el suelo, quedando ésta boca arriba. Estando de esa guisa Doña Enriqueta, en el suelo y sin ninguna posibilidad de evitar la agresión ni de huir, los acusados, bien porque la Sra. Enriqueta hizo algún movimiento defensivo o de petición de auxilio, bien porque no les facilitaba la información que pensaban obtener acerca de la ubicación de las joyas y el dinero que pensaban encontrar en la casa o el número "pin" de las tarjetas y libretas bancarias, bien porque concluyeron que era muy probable que Enriqueta les iba a identificar y a denunciar después, empezaron a desplegar actos dirigidos a acabar con la vida de Doña Enriqueta , asumiendo cada uno de los acusados los actos que el otro ejecutaba. Así, la golpearon en la cara una vez con mucha fuerza con una pesada figura de escayola de unos treinta centímetros de longitud que allí había, al tiempo que simultáneamente, o de forma inmediata, con la intención de asfixiarla, le cubrieron la cara con la alfombra sobre la que yacía y además le comprimieron con gran fuerza tanto el cuello como también la zona toraco-abdominal, hasta producirle la muerte por asfixia, asfixia que fue de origen mixta y triple: por sofocación , estrangulación y compresión toracobdominal, siendo cualquiera de estos mecanismos de forma independiente apto para causar por sí solo la muerte por asfixia. La figura o estatuilla de escayola utilizada por los acusados Doña Enriqueta golpear a Doña Enriqueta lleva un soporte de material metálico en su interior con el fin notorio de dotar a esa figura de peso y estabilidad. La figura de escayola quedó manchada de sangre de la víctima junto al cadáver de ésta,

donde luego fue hallada por la Policía. EI cadáver de Doña Enriqueta presentaba restos de escayola en el lado derecho de la cabeza.

Una vez que los acusados dieron por muerta a Enriqueta (como efectivamente así era), permanecieron juntos en el piso de la Sra. Enriqueta. Con el fin de apoderarse de cuanto hubiera allí de valor y pudieran encontrar, iniciaron un prolongado y minucioso registro de todas las dependencia de la vivienda, abriendo todos los armarios y cajones de las distintas habitaciones (incluida la cocina), sacando las tarjetas de crédito de los bolsos, mirando saldos de libretas de ahorro, y apoderándose de los objetos que en ese registro les iban interesando. En concreto cogieron un pasador de corbata dorado con el símbolo de la Guardia Civil, unos pendientes dorados de pinza con una piedra engarzada de color azul, una pitillera plateada en su parte exterior y dorada en su interior, una cadena dorada de eslabones, unas monedas doradas que había en un estuche, y la tarjeta sanitaria de Doña Enriqueta. Así estaban, cuando en un momento dado, al registrar el armario del hall principal, encontraron la tapa metálica de una caja enclaustrada en la pared. Los acusados creyeron que se trataba de una caja fuerte, motivo por el cual trataron de forzarla, si bien al no conseguirlo continuaron con el registro. Sin embargo, la indicada caja resulto no ser la caja fuerte que Juan Francisco y Feliciano habían creído que era, sino la centralita del sistema de seguridad de la que se había dotado Doña Enriqueta, de forma que al manipularla los acusados, emitió avisos a la central de alarmas que, a su vez, dio el oportuno aviso a la Policía.

La Policía (en concreto los agentes de Policía n° NUM004 y NUM005 y desde la calle como apoyo los agentes de Policía n° NUM006 y n° NUM007) se personó en el lugar sobre las 17 horas. Los agentes n° NUM004 y NUM005, al ver luz a través de la mirilla y escuchar ruidos en el interior, llamaron insistentemente pidiendo que les abrieran, haciendo caso omiso los acusados. Los acusados, al percatarse de la llegada de la policía trataron de huir juntos del lugar, saliendo ambos al balcón del salón, y desde allí, a través del alfeizar (donde perdieron dos de las monedas doradas que habían cogido), pasaron los dos al balcón o terraza del piso vecino (NUM008).

Estando inmovilizados por la Policía en el suelo del piso NUM008, los acusados, con el fin de eludir su eventual responsabilidad, dijeron a los Agentes de Policía que había otras dos personas (dos rumanos) dentro del piso NUM001 y que no sabían lo que podría haber pasado, diciendo en concreto Juan Francisco al agente de Policía- instructor del atestado- n° NUM009 (al que conocía de otras veces anteriores en que lo habían detenido) que "se la habían jugado" (en referencia a esos supuestos rumanos). Por tal motivo, los agentes de la Policía que entraron en primer lugar en el piso de Doña Enriqueta lo hicieron adoptando las precauciones necesarias por si fuera cierto que allí había más personas, pero no encontraron a nadie más que a la fallecida.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"1°.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Juan Francisco y al acusado Feliciano como autores penalmente responsables de un delito de asesinato con alevosía, anteriormente definido, a las penas, a cada uno de ellos de 1 8 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de esta condena.

2.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Juan Francisco y al acusado Feliciano como autores penalmente responsables de un delito de robo con violencia en casa habitada en grado de tentativa.

En el caso, el recurrente no discute su presencia en el lugar de los hechos ni tampoco su aceptación del plan propuesto por el coacusado, en el sentido de entrar en la casa y reducir a la víctima mediante la violencia empleando ésta también para lograr el conocimiento del lugar donde se encuentran las cosas de valor cuyo apoderamiento pretenden. Niega, sin embargo que en el plan se comprendiera la muerte de la víctima. La cuestión planteada presenta un aspecto fáctico relativo a la prueba de cual fue en detalle la conducta del recurrente. Y un aspecto jurídico, ajeno ya a la presunción de inocencia, referido a la determinación de la responsabilidad derivada de aquella conducta cuya existencia fue acreditada.

En cuanto al primer aspecto, la presencia del recurrente en el lugar; su aceptación evidente de un plan que incluía el uso de la violencia contra la víctima de los hechos; los efectos que prepararon para la ejecución del plan; la evidente orientación de algunos de ellos, como los guantes de latex, a impedir su identificación por las huellas; el que uno de los autores fuera persona conocida con anterioridad por la víctima, son elementos que permiten afirmar de modo razonable que la muerte de la persona asaltada era una consecuencia probable de la acción concertada dentro del plan asumido por ambos coacusados. Pues, es lógico entender que si se toman precauciones para evitar la identificación por las impresiones dactilares, se tomen igualmente para evitar ser denunciados y reconocidos por la víctima.

A ello ha de añadirse, ya en el ámbito de la ejecución, el comportamiento del recurrente respecto del registro de la casa con posterioridad a la muerte de la víctima y al intento final de huida, sin mostrar rechazo alguno a lo ocurrido, lo que pone de relieve que fue aceptado como algo previsible dadas las circunstancias de la acción preparada. Y, finalmente, las manchas de sangre en la ropa y en los guantes son demostrativas de una intervención concreta que va más allá de inmovilizar a la víctima en el momento inicial y de intentar tomarle el pulso, como refiere en sus declaraciones exculpatorias.

En todo caso, acreditados esos hechos, y ya en el ámbito de la cuestión de naturaleza jurídica, la coautoría no requiere que cada uno de los coautores ejecute en su integridad el verbo nuclear de la acción descrita como delictiva. Del artículo 28 del Código Penal se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. La jurisprudencia ha entendido que para apreciar esa realización conjunta es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Y además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. 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, (organizada o espontánea) sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación, activa u omisiva, lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

Según se decía en la STS nº 12/2014, de 24 de enero, de lo anterior resultan dos consecuencias

En primer lugar, que todos los coautores responden de aquello que haya sido concertado, aunque, en la ejecución, las aportaciones de algunos de ellos no supongan la realización estricta del verbo típico.

En segundo lugar, que aunque no haya sido pactado expresamente, todos los coautores responden de aquellos resultados que no puedan considerarse ajenos a desviaciones previsibles respecto de lo pactado.

Así, en este sentido, se ha señalado, como recuerda la STS nº 842/2005, FJ 10º, que "... 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 (véanse, entre otras, 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), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 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 ". En el mismo sentido la STS nº 1385/2011". En el caso, el elemento subjetivo queda debidamente acreditado a través de una valoración racional de los datos antes enumerados, que demuestran sin dificultad que el recurrente aceptaba el empleo de la violencia y que las precauciones orientadas a no ser identificados incluían lógicamente la muerte de la víctima, una vez que el plan comprendía la ejecución de los hechos sin ocultar el rostro. El elemento objetivo resulta de su presencia en el lugar y de su intervención violenta, tal como ha sido reconocida, inmovilizando a la víctima y arrojándola contra el suelo, donde ya fue agredida hasta causarle la muerte. Es indiferente que los golpes concretos que la causaron fueran propinados por uno u otro de los coautores, pues la responsabilidad alcanza a ambos. No puede apreciarse, por lo tanto, que el resultado de muerte sea un exceso cometido por alguno de los dos autores excediendo los límites del plan previsto, por lo que al ser asumido por todos ellos y al intervenir todos en su ejecución, aunque no conste cual realizó cada uno de los actos concretos de agresión, ambos deben ser considerados responsables.

En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 139.1 del C. Penal, pues entiende que no se ha probado la alevosía, al no haber quedado probado que fuera el recurrente quien ejecutó las acciones. Sostiene que en ningún momento tuvo animus necandi, pues su acción se limitó a inmovilizar a la víctima y a trasladarla a una habitación. Además, argumenta los actos iniciales no iban dirigidos a reducir la capacidad de defensa de la víctima para matarla, sino a inmovilizarla, por lo que cuando nace el propósito homicida no se plantean anular las posibilidades de defensa.

Dispone el artículo 22.1ª del Código Penal que es circunstancia agravante «ejecutar el hecho con alevosía» y que hay alevosía «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino

también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS nº 1866/2002, de 7 noviembre).

Se ha admitido la alevosía cuando la agresión inicial, ya alevosa al reunir todas las características exigidas, ha situado a la persona agredida en una situación de indefensión de la que no ha podido recuperarse a lo largo de la continuación o el desarrollo del ataque, (STS nº 742/2007, de 26 de setiembre). En el caso, se declara probado que el recurrente, ya dentro de la casa a la que les había sido franqueada la entrada al conocer la víctima al coacusado, se situó detrás de la víctima y " de súbito e inesperadamente la agarró fuertemente bien por el cuello, bien por los hombros, inmovilizando completamente sus movimientos, e inmediatamente ambos acusados la llevaron arrastras por la fuerza por el pasillo hasta el dormitorio "donde la arrojaron con fuerza contra el suelo y comenzó la agresión que finalmente le causaría la muerte.

Desde esa acción inicial, caracterizada por el ataque a traición o por sorpresa característico de algunas modalidades de alevosía, las posibilidades de defensa de la víctima quedaron anuladas prácticamente en su integridad, de manera que el resto de la agresión hasta su muerte final se desarrolló en una situación provocada por los propios acusados en la que la víctima no tenía ya ninguna posibilidad de defenderse. Por todo ello, el motivo se desestima.

En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 22.2 del C. Penal al apreciar la agravante de abuso de superioridad en el delito de robo, pues entiende que debe quedar absorbida por la concurrencia de la intimidación. Como recuerda la STS núm. 922/2012, de 4 de diciembre, citada por la STS nº 863/2015, de 30 de diciembre, uno de los requisitos exigidos para apreciar la agravante de abuso de superioridad, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, consiste en 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 delito de robo con intimidación es claro que su mismo planteamiento supone una situación en la que existe cierta superioridad del atacante, pues de no ser así, la acción delictiva vendría claramente abocada al fracaso. El empleo de la intimidación implica, al menos en su inicio, que el autor abusa de la superioridad creada o aprovechada, para realizar exitosamente el apoderamiento.

La jurisprudencia se ha mostrado generalmente favorable a la compatibilidad de la agravante con el delito de robo con violencia, y aunque en algunas sentencias (STS de

4 de julio de 1998) no la ha apreciado ha sido más bien porque la violencia o intimidación empleadas no superaron la propia del delito cometido y por lo tanto no ha existido un propio abuso de la superioridad existente. En este sentido, en la STS nº 93/2012, de 16 de febrero, se decía que respecto a los delitos de robo con violencia o intimidación es connatural la existencia de una situación de desequilibrio a favor del sujeto activo, una exigencia derivada de la propia dinámica comisiva, por lo que será necesario que la violencia propia y suficiente para cometer el robo, sea sobreabundante (STS 664/2002, de 11-4). Así la STS 636/2002, de 13-3, deniega su concurrencia al considerar la agravante ínsita en la violencia de robo. En otras, sin embargo, ha afirmado que la compatibilidad entre el robo con violencia y la agravante de abuso de superioridad es 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). STS nº 456/2015, de 7 de julio y en sentido similar la STS nº 366/2014, de 12 de mayo En el caso, la violencia empleada por los dos acusados contra una mujer sola en su domicilio puede considerarse sobreabundante y ejercitada aprovechando la superioridad física en el sentido de que supera la mera intimidación que hubiera sido necesaria para consumar el apoderamiento, dadas las circunstancias de los hechos. Por lo tanto, no se infringe la prohibición del bis in idem si se aprecia tanto al delito de robo, como incluida en la alevosía, en el delito contra la vida. El motivo se desestima.

4.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4574/2016)

El 20 de febrero de 2015, aproximadamente a las 21:00 horas, D. Teodoro se encontraba en la estación de metro Singuerlin situada en el Passatge de Salvaterra n° 66 de Santa Coloma de Gramenet, cuando accedió a la misma Dña. Rosaura. D. Teodoro se dirigió hacia la mencionada, se puso detrás de ella y la cogió por el cuello tapándole la boca, mientras le decía "no chilles hija de puta y dame el móvil", tirándola seguidamente al suelo y llevándose su monedero.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: Que debemos condenar y condenamos a D. Teodoro a la pena de 5 años y 1 día de prisión con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena como autor de un delito de robo con violencia, del artículo 237 y 242.1.

En cuanto a la realidad del acometimiento violento que sufrió la denunciante y el menoscabo físico que le provocó, la Sala sentenciadora ha tomado en consideración el

testimonio persistente de la perjudicada, que se ha visto respaldado, en lo que a las consecuencias lesivas se refiere, por los informes médicos que constatan la asistencia médica que recibió el día después de los hechos, cuando fue atendida de contusión en la rodilla derecha con eritema en la zona pre-rotuliana, y de pequeñas heridas en el quinto dedo y en la uña de la mano izquierda.

En cuanto a la autoría que se atribuye al recurrente, el mismo fue identificado en reconocimiento fotográfico realizado en sede policial, y posteriormente en rueda celebrada en fase de instrucción, actuaciones ambas cuya regularidad no se cuestiona, y cuyo resultado fue ratificado por la testigo en el acto del juicio oral. El posible error en la identificación al que apunta el recurso, en la estela del voto particular discrepante emitido por una de las integrantes del Tribunal, en el sentido de que la impresión visual que aquélla tuvo del perfil del varón al que identificó la obtuvo cuando se cruzó con un joven que salía del metro en el momento en que ella se disponía a entrar, y no durante la agresión o después de la misma, ha sido abordado y descartado por la sentencia recurrida, exponente del parecer mayoritario de los miembros del Tribunal. La sentencia destacó que los fotogramas obtenidos por las cámaras de seguridad instaladas en las dependencias del metro, incorporados a la causa, pusieron de relieve que la misma persona con la que se cruzó la perjudicada, y a la que ella vio de perfil, es la que momentos después la acomete, lo que resta trascendencia al momento en el que pudo verle la cara. Respecto al color del cabello explicó "el reconocimiento fotográfico de la víctima sobre el elenco de instantáneas facilitadas en dependencias policiales tuvo lugar sólo dos días después del hecho y resultó positivo, en él se observa que el acusado tenía un mechón de pelo (el más visible, situado sobre la frente) de un color amarillo claro que explica las manifestaciones de la testigo sobre la descripción del asaltante y concuerda con dicho reconocimiento fotográfico positivo, sin suponer como pretende la defensa indicación alguna de error en la identificación" .

Por último se valoró como elementos de corroboración la coincidencia entre el pantalón deportivo que según se refleja en el fotograma vestía el agresor, con el que se ocupó al acusado en el momento de su detención. Cierto es que la coincidencia perceptible lo es en relación a un pantalón deportivo común, oscuro con franja lateral clara y, según puede advertir en las fotos citadas, con algún destello anaranjado en la parte baja de las perneras, igual que el del acusado. Si bien se trata de un dato que aisladamente resulta de insuficiente consistencia incriminatoria, no puede negarse la misma cuando se valora en conjunto con los restantes elementos de convicción.

El reconocimiento por parte de la víctima constituye una prueba que junto con las demás ha de ser valorada por la Sala sentenciadora con más o menos cautela según las condiciones en que se haya efectuado y el grado de certeza que haya arrojado. Y en este caso no se aprecian motivos para cuestionar ni unas ni otro, ni para discrepar del criterio del Tribunal de instancia que se reconoció valor como prueba de cargo, tras

disipar con una argumentación lógica y razonable las dudas suscitadas respecto a los aspectos que pudieran implicar un riesgo de error en el mismo. Respecto a la imposibilidad por parte del acusado de elaborar una mínima versión de descargo, alegando no recordar lo ocurrido y resaltando la incidencia que en sus facultades produjo su prolongada adicción a tóxicos, podrá tener relevancia de cara al extremo que más adelante analizaremos, pero carece de virtualidad para incidir en la valoración probatoria que se ha realizado respecto a las circunstancias de los hechos y la intervención en los mismos del recurrente. El motivo se desestima.

5.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4432/2016)

Probado y así se declara que la acusada Esperanza mantuvo una relación sentimental con Felicísimo que finalizó en los últimos meses del año 2009. En un momento no determinado de los meses siguientes, ésta, conociendo las finanzas de Felicísimo por la relación que había mantenido con él, el acusado Andrés y el ya condenado por estos hechos Nicanor, idean un plan que tiene como finalidad lograr que Felicísimo les haga entrega de la mayor cantidad de dinero posible durante el tiempo que le retuvieran en contra de su voluntad. A tal fin, Esperanza llama a Felicísimo y haciendo creer a este que tenía interés en retomar la relación sentimental y que con tal intención ésta se encontraría en el lugar que convinieran, logrando fijar una cita y que el perjudicado se creyera que iba a encontrarse con ella, desplazándose desde la isla de Fuerteventura donde se encontraba, acudiendo el día 16 de mayo de 2010 sobre las 22 horas al aparcamiento anexo a un restaurante situado en Playa del Águila, término municipal de San Bartolomé de Tirajana, pero al llegar al aparcamiento, lejos de encontrase su amada Esperanza, acudieron a la cita Andrés y Nicanor, y a los que conocía el perjudicado, por ser pareja de Esperanza el primero y por ser padre de la única hija de Esperanza el segundo. Ambos sabían a través de Esperanza que Felicísimo acudiría al lugar por haber concertado una cita con ésta. En el momento en que Felicísimo llega conduciendo su vehículo, el acusado Andrés y Nicanor le golpean y tras introducirse Andrés en la parte de atrás del vehículo de Felicísimo, privándole de su libertad ambulatoria, esgrimiendo un arma de fuego le obliga a conducir hasta una zona deshabitada situada en el Barranco del Águila, mientras Nicanor les siguió en otro vehículo hasta el descampado. Una vez allí, haciendo uso de la pistola que portaban, ambos golpean con fuerza reiteradamente a Felicísimo en la cara con la pistola y con los puños en diversas partes del cuerpo y, con intención de enriquecerse de forma ilícita, hacen que el acusado les entregue dos tarjetas bancarias para, tras obligarle a revelar el número secreto de ambas, dirigirse Andrés, ya en horas de la madrugada del día 19 de

mayo a diversos cajeros de la zona y realizar 15 extracciones de 300 euros cada una, lo que hace un total de 4.500 €, ocasionándole unos gastos por comisión de 45 euros, mientras el acusado permanecía con Felicísimo en el mismo lugar. Una vez realizado lo anterior ambos retienen al perjudicado toda la noche, hasta las 9 de la mañana, hora en que, con ánimo de ilícito enriquecimiento y tras proporcionar Esperanza a Andrés su número de cuenta por teléfono, le conminan a llamar a un banco suizo en que tiene una cuenta bancaria abierta y realizar una transferencia a otra cuenta de la que Esperanza es titular por valor de 15.000 euros (el máximo permitido), sustrayéndole con igual ánimo un teléfono móvil, un ordenador y un disco duro que han sido pericialmente tasados en 975 euros. Después de los hechos descritos, el acusado condujo a Felicísimo a la Clínica Roca, volviendo Andrés al apartamento que había alquilado Esperanza y donde se hospedaban Nicanor y Andrés, abandonando ambos la isla horas después hacia Sevilla y de allí a Málaga. Felicísimo anuló la transferencia mencionada esa misma mañana, reintegrando en su cuenta la citada cantidad.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Que debemos condenar y condenamos a Andrés, Nicanor y Esperanza, a las siguientes penas y delitos: cinco años de prisión por el delito de detención ilegal, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- tres años de prisión por el delito de lesiones, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- dos años de prisión por el delito de robo con violencia o intimidación, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- dos años de prisión por el delito de extorsión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. un año de prisión por el delito de robo con fuerza en las cosas, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El motivo inicial bajo el amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim. asocia la vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, invocando los artículos 24.2 y 120.3 CE . Aduce la insuficiencia del discurso de la Audiencia "que lleva desde la prueba practicada al hecho probado", añadiendo expresamente "falta de valoración de las pruebas de descargo practicadas en el juicio oral", concluyendo en síntesis que "no existe prueba de cargo suficiente" para condenar a la recurrente por su participación en los hechos y por ello en el plan diseñado por los acusados en la detención, extorsión, robo y lesiones de la víctima. Sostiene que ante la ausencia de prueba directa de su conocimiento de aquél los indicios empleados por el Tribunal para alcanzar la certeza del hecho presunto, su protagonismo en dicho plan, carecen de la consistencia suficiente, siendo débiles y excesivamente abiertos. Teniendo en cuenta que la agrupación de las dos vulneraciones constitucionales en una sola no es incorrecta en la medida que la impugnación del

derecho a la presunción de inocencia cuando se trata de prueba de cargo indiciaria se resuelve en el análisis de la corrección del razonamiento del tribunal de instancia, la cuestión no es otra que verificar la lógica y racionalidad de la conclusión del hecho presunto como cierto a partir de los datos e indicios extraídos de la prueba directa analizada y fijada por la Audiencia. La Audiencia ha tenido en cuenta, y pasamos a referirnos a las pruebas de descargo, lo declarado por los propios coacusados exponiendo las razones por las que resta credibilidad a lo manifestado por los mismos en relación con la posible deuda que la víctima tenía con uno de ellos, Nicanor (ya condenado por estos hechos), que no se ha acreditado, y los argumentos empleados por la Sala para restar credibilidad al miedo manifestado por Andrés al anteriormente citado. Cuando se denuncia la falta de valoración de la prueba de descargo no es preciso contradecir pormenorizadamente lo declarado por los testigos de este orden cuando implícita o tácitamente el análisis de la prueba de cargo desmonta por sí solo los mismos y además tampoco aportan dato objetivo alguno incompatible con la misma. Por lo tanto ni los indicios manejados por el Tribunal son débiles ni la conclusión es ambigua o abierta hasta el extremo de justificar una duda razonable a propósito de la intervención de la hoy recurrente en los hechos recogidos en el "factum", en relación con los delitos que le atribuye la Audiencia por los que ha sido condenada, excluyendo precisamente los delitos de lesiones y de robo con violencia o intimidación por entender indudablemente que exceden del acuerdo inicial que como se afirma en los hechos probados abarcaba "lograr que Felicísimo les haga entrega de la mayor cantidad de dinero posible durante el tiempo que le retuvieran en contra de su voluntad". Por lo tanto el motivo debe ser desestimado.

Nuestra jurisprudencia ha admitido la unidad delictiva, y por ello el concurso de normas, (artículo 8 CP), cuando una infracción típica es inherente a la comisión de otro tipo delictivo. Así, en el binomio robo con violencia o intimidación, o extorsión como sucede en el presente caso, y detención ilegal cuando ésta abarca el tiempo imprescindible para cometer el delito contra el patrimonio, siendo muy abundante la jurisprudencia que ha analizado la relación concursal desde la triple perspectiva del concurso de normas, medial o ideal o real. Ahora bien, valorando el aspecto cuantitativo de la relación cuando la privación de libertad es desproporcionada en relación con la ejecución del delito contra el patrimonio la solución no es otra que la del concurso real (artículo 73 CP).

En el presente caso se trata de una privación de libertad de la víctima que según el hecho probado, cuyo contenido no es objetable utilizando la vía del artículo 849.1 referida, abarca desde las 22 horas del día 16/05/2010 hasta las 9 de la mañana del siguiente día. En dicho lapso de tiempo el coacusado Andrés, después de obtener dos tarjetas bancarias de la víctima, tras obligarle a revelar el número secreto de ambas, se dirigió a diversos cajeros de la zona y realizar 15 extracciones de 300 euros cada una, mientras el ya condenado permanecía con aquélla en el mismo lugar. Realizado lo

anterior, "ambos retienen al perjudicado toda la noche, hasta las 9 de la mañana, hora en que, con ánimo de ilícito enriquecimiento y tras proporcionar Esperanza a Andrés su número de cuenta por teléfono, le conminan a llamar a un banco Suizo en que tiene una cuenta bancaria abierta y realizar una transferencia a otra cuenta de la que Esperanza es titular por valor de 15.000 euros (el máximo permitido).....". La explicación del lapso de tiempo transcurrido, y el fundamento de pretender la absorción de la detención ilegal en el delito de extorsión, "es que la privación de libertad no fue en ningún caso ni gratuita ni caprichosa sino que, antes bien estaba condicionada la transferencia que por razones operativas bancarias según el testimonio de la propia víctima, tenía que practicarse transcurridas unas horas...".

El argumento es inasumible por cuanto justificar la privación de libertad de una persona en un hecho no solo ilícito sino delictivo contraviene las más elementales reglas de la razón jurídica, ética o social. Por lo tanto, vacío el argumento, o más bien pretexto, de cualquier fundamento, la pretensión del concurso de normas debe ser desechada. Pero es que además en cualquier caso la desproporción sería evidente por cuanto si nos ceñimos al núcleo del acto depredatorio la llamada telefónica al banco Suizo en ningún caso podría conllevar una privación de libertad de 11 horas. Subsidiariamente se pretende que los hechos probados resisten la consideración de una relación medial entre ambos delitos. El artículo 77 CP se refiere a ésta pero subordinándola a los casos en que un hecho delictivo "sea medio necesario para cometer el otro". Pues bien, nuestra jurisprudencia ha señalado con carácter general que la inclusión de toda violencia en el plan del sujeto no basta para otorgarle carácter medial, puesto que la medialidad precisa una relación de necesariedad instrumental objetiva: no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesario, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron (ver entre otras, SSTS 201/2009 o 878/2009, donde se acepta en la última el concurso medial/instrumental, pero la detención abarcó 50 minutos). El motivo también debe ser desestimado.

Subsidiariamente plantea la aplicación del delito continuado, artículo 74.1 CP, a las infracciones relativas a la extorsión y al delito de robo con fuerza en las cosas por los que ha sido condenada la recurrente junto con el de detención ilegal.

El delito continuado es una creación doctrinal y jurisprudencial, reconocida por el legislador en la reforma del Código Penal de 1983 (artículo 69 bis) que constituye una excepción al principio general de acumulación material de penas en los concursos de infracciones, aplicándose la regla de la absorción con agravación de la pena señalada para la infracción más grave de las reunidas bajo el título de la continuidad delictiva. Esta se produce básicamente cuando se da una pluralidad de hechos típicos

constituyendo cada uno de ellos un delito distinto y tiene su fundamento en la existencia entre los mismos de una unidad subjetiva/objetiva que se revela como un proceso continuado unitario, fuera de los casos de unidad natural de acción, y por ello se habla de la existencia de una unidad jurídica o de una unidad típica de acción en sentido amplio.

El vigente artículo 74.1 CP, antes el 69 bis, fija positivamente los requisitos que deben concurrir para apreciar la continuidad delictiva, sustancialmente análogos los que la jurisprudencia venía reconociendo antes de su incorporación al texto del Código Penal: cuando en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión el sujeto activo realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, añadiendo el apartado tercero 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. Según ello las condiciones objetivas y subjetivas que nuestra jurisprudencia ha venido exigiendo para la aplicación del delito continuado, antes y después de 1983, en sentido amplio, son los siguientes: a) debe tratarse de una pluralidad natural de hechos diferenciables entre sí imputados al acusado y que no hayan sido juzgados anteriormente; b) la existencia de un dolo unitario que equivale, desde el punto de vista subjetivo, a la unidad de designio o propósito del sujeto que se traduce en una culpabilidad homogénea que sirve de denominador común de las distintas infracciones; c) la unidad del precepto penal violado o bien de igual o semejante naturaleza; d) también desde el punto de vista objetivo la homogeneidad "del modus operandi" o que se trate de dinámicas comisivas semejantes; e) la identidad del sujeto activo, no siendo precisa la de los sujetos pasivos, elemento subjetivo; f) que las diversas infracciones se hayan desarrollado dentro de un razonable marco de aproximación en el espacio y en el tiempo; y g) como ya hemos señalado que los bienes jurídicos atacados no sean eminentemente personales salvo la excepción contenida en el artículo 74.3 CP (SSTS, entre muchas, 1600/2000, 1068/2002, 298 y 760/2003, 523/2004, 882/2005).

Pues bien, a la vista de lo anterior, la pretensión de aplicar el delito continuado al robo y a la extorsión, es objetable por varias razones: 1) no vulneran el mismo precepto penal, es más, infringen tipos penales que aun comprendidos dentro del Título XIII del Libro segundo CP, -delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico-, se encuentran fijados en Capítulos distintos, el II (de los robos) y el III (específicamente destinado a la extorsión), y es que hay diferencias notables entre ambos tipos penales y no es suficiente la tipificación dentro del mismo título para aceptar la semejanza de las distintas figuras delictivas a los efectos de apreciar la continuidad; 2) robo y extorsión se diferencian no solo por el objeto material sino básicamente por su distinto "modus operandi" en la medida que en el robo, sea con

fuerza en las cosas o con violencia e intimidación, el sujeto se apodera directamente de la cosa, mientras que en la extorsión la acción se proyecta a conseguir la realización u omisión por parte del sujeto pasivo de un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, es decir, se trata de una actuación complementaria entre ambos sujetos, donde el activo pretende la realización u omisión de un acto o negocio jurídico aparentemente válido, aunque nulo, en tanto en el robo no se precisa colaboración alguna del mismo pues el sujeto activo toma directa y físicamente la cosa mueble del patrimonio ajeno; 3) de todo ello se desprende que no existe la necesaria homogeneidad requerida en la dinámica comisiva o "modus operandi"; 4) en la extorsión no solo se ataca el patrimonio como bien jurídico protegido sino que se ofenden bienes eminentemente personales mediante el empleo de la violencia o intimidación, en el presente caso la libertad, excluyendo nuestra jurisprudencia la continuidad delictiva cuando se trata de robos con violencia e intimidación (SSTS 78 y 1336/2000 y 1564/2002, entre otras), que debió ser la calificación aplicada por la Audiencia en el robo con fuerza en las cosas por el que fue condenada la recurrente, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, pero aun asumiendo dicha calificación, cuya modificación nadie ha solicitado y sería perjudicial para aquélla, la conclusión sería la misma puesto que persistiría el ataque a la libertad de la víctima; y 5) por último, admitiendo hipotéticamente la continuidad delictiva entre ambos, penológicamente carecería de efectos prácticos teniendo en cuenta las penas impuestas separadamente por la Audiencia, que suman tres años de prisión, cuando de aplicarse la continuidad la pena más grave sería la correspondiente a la extorsión, de uno a cinco años en su mitad superior, de tres años y un día a cinco. Por lo tanto el motivo no puede prosperar.

El último motivo también contiene una impugnación principal y otra subsidiaria. La primera aduce la indebida aplicación del delito de robo con fuerza en las cosas (artículo 238.4 CP) porque debería haberse subsumido en el delito de robo con violencia (artículo 242.1 CP), con invocación del artículo 8.4 CP; subsidiariamente pretende el motivo la aplicación del delito continuado a los tipos señalados más arriba. Tampoco el motivo puede prosperar.

En primer lugar, debemos señalar que la recurrente no ha sido condenada por el delito de robo con violencia e intimidación calificado por la Audiencia sino por el de con fuerza en las cosas (extracción del dinero mediante las tarjetas de la víctima), que aun cuando haya sido erróneamente calificado, pues del "factum" se desprende la violencia e intimidación a que estaba sujeto el perjudicado, no es posible modificar en perjuicio del acusado. En segundo lugar, teniendo en cuenta lo anterior la absorción que pretende tampoco sería posible porque el delito de robo con violencia conlleva una penalidad superior que evidentemente la perjudicaría. En tercer lugar, lo mismo sucedería hipotéticamente aplicando el delito continuado que pretende puesto que la penalidad aplicable sería la del más gravemente sancionado. Llegados a este punto lo

que sucede es que según el "factum" los coautores partieron de un plan "que tenía como finalidad lograr que Felicisimo les haga entrega de la mayor cantidad de dinero posible durante el tiempo que le retuvieron en contra de su voluntad" y ello podría haber suscitado hipotéticamente el planteamiento de la absorción en el tipo penal más grave de las acciones llevadas a cabo con la finalidad de conseguirlo. Sin embargo, los medios comisivos empleados para ello, robo y extorsión, conllevan una seria objeción para llegar a tal conclusión, pues se trata de realidades naturales distintas sujetas a su subsunción en tipos penales diferentes, con independencia que la cuestión no ha sido planteada en el recurso.

6.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE OCTUBRE DE 2016 (Roj. STS 4312/2016)

Se declara probado que, como consecuencia de la información que Narciso, alias "Orejas", había hecho llegar a su amigo Dámaso relativa a una importante cantidad de cocaína que iba a recibir Rodolfo -conocido traficante a gran escala de sustancias estupefacientes-, unos cuatro kilos por los que tenía que pagar €120.000, Sergio, Dámaso, Gaspar, Indalecio y su hijo Landelino decidieron establecer un sistema de vigilancia al objeto de poder sustraerle o la cocaína o el dinero con el que la droga tenía que pagarse en el domicilio de Rodolfo, sito en la CALLE000, número NUM004, de la URBANIZACIÓN002 de Ribarroja del Turia.

Sobre las 20 horas del día 17 marzo 2010 Dámaso, Sergio, Indalecio y Gaspar, se dirigieron al domicilio reseñado, accediendo al mismo y exigiendo a Rodolfo que les entregara la droga o el dinero o que les indicara dónde los tenía escondidos. Al negarse Rodolfo a revelarlo, fue golpeado sobre su cuerpo con palos y barras que portaban causándole equimosis en el muslo y erosión en rodillas con hematomas en el parietal derecho, posteriormente maniatado y amordazado para poder trasladarlo hasta una caseta próxima, llamada "DIRECCION001", sita en el término municipal de Villamarchante, que se encontraba a 2.4 km del domicilio de aquel, en donde lo sujetaron a una silla, hasta que Dámaso, en un momento determinado, le disparó un tiro en la cabeza con una pistola que portaba, que le causó la muerte instantánea.

Inmediatamente después Indalecio en su propio vehículo, acompañado de Gaspar, y Sergio en el vehículo de Rodolfo, marca Audi RS4, matrícula....YYY , se dirigieron por la autovía A3 hasta el kilómetro, 206.500, en el término municipal de Rubielos Altos de la provincia de Cuenca, dejándolo en un descampado, donde le prendieron fuego aplicando llama al menos en zona central lateral derecha de los

asientos posteriores a la altura del asiento del conductor e incluso a la altura de la rueda posterior derecha. Los daños del vehículo ascienden a €11.568.

Varios de los citados incendiaron igualmente la vivienda de Rodolfo, afectando las llamas a una superficie inferior a 100 m2, igualmente aplicando llama a tres focos primarios, previo vertido de algún tipo de líquido de combustión, probablemente colonia. Los daños en la vivienda han sido evaluados en €74.317,51.

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos:

Primero.- condenar a Landelino, como responsable en concepto de cómplice de un delito intentado de robo, con violencia y uso de armas, a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo, absolviéndole del resto de los delitos por los que venía acusado por el Ministerio Fiscal.

Segundo.- condenar a Gaspar (e igualmente condena a Dámaso e Indalecio), como responsable en concepto de autor de un delito intentado de robo con violencia y uso de instrumentos peligrosos, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a la pena de dos años y ocho meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; como responsable en concepto de autor de un delito de asesinato sin la concurrencia de circunstancia modificativa de responsabilidad criminal, a la pena de dieciséis años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; como responsable en concepto de autor de un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; y como responsable en concepto de autor de un delito continuado de daños.

En el caso que nos ocupa, se comprueba, por un lado, que no puede hablarse, en modo alguno, de infracción del derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes, respecto de los hechos acreditados mediante elementos probatorios directos, cuales la existencia de claros signos de violencia en la persona de la víctima, incluido el disparo con arma de fuego en la parte trasera de su cabeza, lo que evidencia una mecánica claramente alevosa en su producción, la obvia posesión de dicha arma homicida por parte de los autores de los hechos o los restos consecuencia de los incendios provocados tanto en la vivienda como en el automóvil del fallecido, extremos respecto de los que los Juzgadores "a quibus" dispusieron de esas pruebas para llevar a cabo, sobre ellas, una valoración de todo punto justificada en la fundamentación de su Sentencia.

Mientras que, de otra parte y en relación ya con la participación conjunta de los recurrentes en tales delitos de asesinato, tenencia ilícita de armas, robo con violencia,

con la agravante de abuso de superioridad, y daños, también ha de ser tenida su acreditación por suficiente, toda vez que se cuenta con los datos ofrecidos por el rastreo de los diferentes movimientos llevados a cabo por todos ellos, de acuerdo con el informe efectuado sobre la ubicación de sus respectivos teléfonos móviles, totalmente coincidentes con los itinerarios seguidos por los autores de los hechos, desde la vigilancia y posterior estancia en el domicilio del fallecido hasta la caseta próxima donde se produjo su muerte, siguiendo con el trayecto hacia el lugar, en la provincia contigua, donde se abandonó el cadáver en el interior del automóvil incendiado.

Coincidencia que se corresponde no sólo con los desplazamientos espaciales sino, también, con la secuencia temporal correspondiente, y en la que se advierte la plena simultaneidad de la intervención de todos los condenados, a excepción de aquel a quien, por ello, no se le atribuye más que unas tareas de mero auxilio, correctamente calificada como complicidad, toda vez que a las vigilancias previas al robo tan sólo se extienden las pruebas de localización a él referidas.

Por lo que en modo alguno puede afirmarse una ausencia de pruebas sino, todo al contrario, la presencia de un juicio de inferencia que ha de tenerse como completamente racional y lógico a partir de los referidos indicios incontestables.

Frente a ello, los Recursos se extienden en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, alegaciones que, en definitiva y como hemos visto, se alejan del contenido que le es propio a Recursos de Casación como éstos, pues se refieren al ámbito, no de la existencia y validez de las pruebas, sino de su valoración. En consecuencia, y por las razones expuestas, nuevamente estos motivos han de desestimarse en su totalidad.

7.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (Roj. STS 4161/2016)

Los acusados Luis Carlos, previamente concertados en la acción y en el propósito, hacia las 19:45 horas del día 15 de mayo de 2014, con el ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento económico, se personaron en el domicilio de Juan Luis, sito en la CALLE000 NUM000 NUM001 - NUM002 de Vilafranca del Penedés. Al abrirles la puerta el Sr. Juan Luis, se introdujeron en la vivienda y, con ánimo de menoscabar su integridad física, mientras le amenazaban con un cuchillo y una escopeta, de forma conjunta le golpeaban, propinándole patadas y rodillazos, a la vez que rebuscaban por el domicilio objetos y efectos que pudieran ser de su interés, llevándose 400 euros que eran propiedad de Bartolomé, compañero de piso del Sr. Juan Luis, y dos relojes, un teléfono móvil Iphone 4S y un GPS TOM TOM, efectos propiedad del Sr. Juan Luis y que han sido tasados pericialmente en la suma de 500 euros. A continuación, los cuatro

acusados llevaron a Juan Luis, contra su voluntad y con ánimo de privarle de su libertad, al piso sito en la misma CALLE000, número NUM003 NUM004 NUM 2, ocupado por el acusado Alfonso, y en donde los acusados Alfonso, Casimiro y Luis Carlos le obligaron a desnudarse, le golpearon en repetidas ocasiones y, con ánimo de amedrentarle, Alfonso puso el cañón de un arma en la boca del Sr. Juan Luis , mientras le amenazaban y pinchaban con el cuchillo que portaban, diciéndole que iban a matarle y preguntando dónde tenía el dinero y la droga.

Transcurridas aproximadamente unas dos horas desde el inicio de los hechos, los acusados Alfonso, Casimiro y Luis Carlos decidieron llevar al acusado en el vehículo MG de color negro, con matrícula....LWB, conducido por el acusado Enrique, y al que obligaron a Juan Luis a subirse, hasta la estación de ferrocarril de Sant Sadurní d'Anoia, donde le conminaron a tomar un tren, reiterándole que si volvía por Vilafranca, le matarían.

Se condena a los acusados como autores de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada y uso de arma, del artículo 242.2 y 3 del CP.

En el segundo fundamento de la sentencia de instancia, se justifica la existencia de un concurso real entre todos los delitos afirmando que en el caso que nos ocupa "la duración e intensidad de la privación de libertad se produce independientemente de su relación con el delito contra la propiedad, porque se aparta notoriamente de su dinámica comisiva y se desconecta de ella por su manifiesto exceso indebida prolongación, de forma que ya no admite la calificación de ser medio necesario para conseguir el beneficio económico".

Además, la Sala especifica que la privación de libertad producida desde que la víctima es trasladada al NUM004 hasta que es abandonado en la estación del tren, no fue imprescindible para el apoderamiento, siendo sometido en esta segunda vivienda a una serie de amenazas contra su vida que no guardaban relación con el apoderamiento que ya se había realizado con anterioridad, puesto que era evidente que en dicho lugar, al no ser la vivienda de la víctima, no podía tener ni el dinero ni las drogas que se le pedían. De nuevo el motivo incurre en contradicción con el factum en el que aparece un relato en los términos de lo anteriormente expuestos a los que cabe añadir, que en esa segunda vivienda, ocupada precisamente por el coimputado Alfonso, al denunciante le obligaron a desnudarse, le golpearon, le colocaron el cañón de una arma en la boca etc., y, tras dos horas, es cuando lo llevan a la estación y le obligan a coger un tren.

La jurisprudencia acude al concurso medial cuando la privación de libertad excede del mínimo indispensable para el apoderamiento pero es instrumental, está exclusivamente al servicio de los actos depredatorios, reservando el concurso real para los casos de pluralidad de personas detenidas pues solo una de las detenciones es susceptible de agruparse como concurso medial, cuando la detención es un objetivo

autónomo y diferente desconectado del ánimo lucrativo y cuando la prolongación de la detención desborda lo "necesario" para el robo.

En el presente caso, tal como requiere la jurisprudencia, el delito de detención ilegal adquiere autonomía propia respecto del robo puesto que la privación de libertad a partir de cierto momento, es gratuita e innecesaria y se prolonga más allá de lo que sería necesario para consumar el desapoderamiento. Es más, el desapoderamiento se consumó antes de conducir a la víctima a la segunda vivienda, a la vez que es evidente no solo la importante duración de la privación de libertad, superior a dos horas, sino lo gratuito de desnudar a la víctima, encañonarla, amenazarla reiteradamente y subirla a un tren, datos que evidencian una intención que va mucho más allá de una mera detención instrumental del robo. En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

El quinto motivo se viene a basar en infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por aplicación indebida del art.617 CP. en relación con el art. 242.2 y 3 CP.

Se sostiene que el delito de amenazas (que en realidad está contenido en el art. 169 CP), debe quedar subsumido en el delito de robo con violencia e intimidación, en tanto en caso contrario se estaría penando la conducta dos veces.

Ciertamente, cabe aplicar el principio de absorción (art. 8.3° CP) cuando las amenazas son el medio utilizado para la comisión del delito de robo, de modo que el delito de amenazas se lleva a cabo durante la ejecución y para cometer el robo violento, siendo jurisprudencia reiterada que en materia concursal las amenazas, por regla general, quedarán absorbidas por el mayor desvalor del otro delito -concurso de normas, art. 8.3 CP , en todos aquellos casos en los que éstas se utilicen para afectar a la libertad de obrar específicamente protegida en determinados ámbitos, como es el caso de delitos de agresiones sexuales o cuando la intimidación constituye un elemento adicional para la concurrencia de un tipo delictivo determinado, como es el caso de los delitos de robo (STS. 673/2007 de 19-7).

No obstante, si como dice el tribunal, las amenazas son posteriores al robo, nos encontraremos ante un delito en concurso real con los anteriores, en tanto que no es de imprescindible comisión. La sala sentenciadora funda la autonomía de las amenazas en dos puntos: la gravedad de las amenazas, innecesaria para lograr el propósito depredatorio (no solo exhiben las armas sino que encañonan a la víctima, le colocan el cuchillo en el cuello y le amenazan de muerte mientras le preguntan por la droga y el dinero) y el momento en el que se producen, posterior al apoderamiento.

En el factum, concretamente en el primero de sus párrafos, se habla de ciertas conductas de los acusados dirigidas a amenazar a la víctima a la vez que le golpeaban, mientras realizaban el apoderamiento, conductas desarrolladas en su casa. Luego, comienza un segundo párrafo en el que se deja claro que el robo ya ha sido consumado

y que "con ánimo de privarle de su libertad", se llevan a Juan Luis al NUM004 donde vive uno de los acusados. Allí le obligan a desnudarse, le golpean y "con ánimo de amedrentarle" le ponen el cañón de la escopeta en la boca, le pinchan con el cuchillo y le amenazan con matarle.

Ciertamente, en este último episodio se dice que los acusados le preguntan dónde tenía el dinero y la droga, por lo que en principio, podría defenderse la absorción de las amenazas por el robo. No obstante y como destaca la Sala de instancia, el robo que nos ocupa ya había terminado y en el lugar en el que estaban en este segundo momento, al no ser el domicilio del testigo, difícilmente podía tener nada allí. Pero sobre todo, y como indica el tribunal, la amenaza de muerte con el cañón de la escopeta en la boca, tiene una entidad que sobrepasa al de la mera intimidación que acompaña al robo, máxime cuando se estaba empleando violencia y además, existe un tercer párrafo en el que terminada toda la secuencia anterior, los acusados conducen al testigo hasta la estación del tren donde, desconectado de cualquier finalidad de apoderamiento de nada, "le conminaron a tomar el tren, reiterándole que si volvía por Villafranca, le matarían" , amenaza más que creíble después de haber sido golpeado, encañonado, desnudado, llevado de un lugar a otro en contra de su voluntad, pinchado con el cuchillo etc. y en este tercer momento no solo el robo ya había sudo consumado, sino que no existía ya ninguna otra finalidad compatible con el robo, lo que conduce a la apreciación de un concurso real tal y como recoge la sentencia recurrida. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

Se denuncia, con carácter subsidiario, la falta de aplicación de la atenuante, como muy cualificada, de reparación del daño, en relación con el delito de robo con violencia e intimidación, en cuanto se ingresó por los Sres. Luis Carlos y Alfonso una cantidad (1375 euros) superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal con anterioridad al señalamiento (1250 euros). Lo primero que hay que advertir, para evitar cualquier equívoco, es que la sentencia recurrida estimó la atenuante, aunque en su cualidad de ordinaria y, por tanto sin los pretendidos efectos privilegiados. En segundo lugar, observamos que la suma a la que se refiere el recurrente (1.375) para postular la cualificación de la atenuante, no fue la entregada solo por él, que solo aportó 750 €, sino el resultado de adicionar la entregada por otro acusado. Además, se trata de una cantidad escasa que poca relación guarda con el mal realizado, por más que sea la única pedida por el Fiscal.

Al respecto esta Sala en su STS 74/2016 de 25 de septiembre, número recurso: 10778/2015, ampliamente expuso que "la interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP, como decíamos en la STS 988/2013 , 23 de diciembre, ha asociado su fundamento material a la existencia de un actus contrarius mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de

marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante « ex post facto », que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre).

Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

Pero también hemos dicho -así lo recuerda el Fiscal en su recurso- que para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -cfr. 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima. Hemos sentado, así el principio de que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Así, en la STS 1156/2010, 28 de diciembre, dijimos que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación post delictum para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisible y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente". Doctrina reiterada en la STS 117/2015 de 24 de febrero. En nuestro caso, no consta en el factum la existencia de un esfuerzo especial del acusado por reparar el daño causado, como tampoco una especial situación económica, razones por las que resulta difícil la

apreciación de la atenuante como simple y prácticamente imposible, como muy cualificada, al no constar la mayor intensidad presupuesto de la misma. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

El tercero de los motivos se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por aplicación indebida del art.163.1 CP. en relación con el art 242.2 y 3 CP. El recurrente parte de su afirmación de que el mismo solo está presente presuntamente durante la detención en el piso, y no durante el tiempo posterior en el coche y hasta la puesta en libertad en la estación de tren. Y entiende que hay un concurso aparente de normas, en cuanto el delito de robo absorbe al delito de detención ilegal. Y para el caso de que así no se admitiera, se propugna la estimación de un concurso ideal de delitos, estando la detención ilegal, llevada a cabo incluso en otro piso distinto de la vivienda de la víctima, donde le sustrajeron 400 euros, dos relojes el teléfono móvil y un GPS, a la obtención del dinero y droga que era el objeto o móvil del robo. El factum de la sentencia de instancia, que -como sabemos- en el utilizado cauce casacional, ha de ser absolutamente respetado, proclama que " Alfonso... previamente concertado en la acción y en el propósito... hacia las 19#45 horas del día 15 de mayo de 2014, con el ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento económico, se personó en el domicilio de Juan Luis, sito en la CALLE000 NUM000 NUM001, NUM002 de Vilafranca del Penedés. Al abrirles la puerta el Sr Juan Luis, se introdujeron en la vivienda, y con ánimo de menoscabar su integridad física, mientras le amenazaban con un cuchillo y una escopeta, de forma conjunta le golpeaban, propinándole patadas y rodillazos, a la vez que rebuscaban por el domicilio objetos y efectos que pudieran ser de su interés, llevándose 400 euros que eran propiedad de Bartolomé,....A continuación los cuatro acusados llevaron a Juan Luis contra su voluntad, y con ánimo de privarle de su libertad al piso sito en la misma calle...ocupado por el acusado Alfonso, y en donde los acusados Alfonso, Casimiro y Luis Carlos le obligaron a desnudarse, le golpearon en repetidas ocasiones y, con ánimo de amedrentarle, Alfonso puso el cañón de un arma en la boca del Sr. Juan Luis, mientras le amenazaban y pinchaban con el cuchillo que portaban, diciéndole que iban a matarle y preguntando dónde tenía el dinero y la droga. Transcurridas aproximadamente unas dos horas desde el inicio de los hechos, los acusados Alfonso, Casimiro y Luis Carlos decidieron llevar al acusado en el vehículo MG de color negro, con matrícula.... LWB, conducido por el acusado Enrique , y al que obligaron a Juan Luis a subirse, hasta la estación de ferrocarril de Sant Sadurní d'Anoia, donde le conminaron a tomar un tren, reiterándole que si volvía por Vilafranca, le matarían." A la vista de ello, no cabe duda de que la presencia del Sr. Alfonso es evidente en todas las secuencias del hecho, desde el momento inicial de concertación con sus compañeros, de entrada en el piso de la víctima, traslado de ésta al piso del primero, y traslado de ella en el coche hasta su abandono final. En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

El cuarto motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por aplicación indebida del art.169.2 CP. en relación con el art 242.2 CP. Se sostiene que las amenazas, consistentes en poner el acusado el cañón de un arma en la boca, mientras los otros dos imputados, le preguntaban por el dinero y la droga, y le decían que lo iban a matar, se encuentran absorbidas por el mayor desvalor del delito de robo, al constituir la amenaza un delito adicional para la concurrencia del delito de robo con uso de armas. Y en sustento de la petición se cita doctrina jurisprudencial, representada por SSTS nº 673/2007, de 19 de julio, rec. 1015/2007, ó 24/2/2005. Como ya vimos en relación con el motivo quinto del segundo recurrente, y explica el tribunal de instancia en su FJ segundo, partiendo de la descripción efectuada en los hechos probados, de amenazas, es decir, de anuncio de que iba a sufrir la víctima un mal grave como lesiones o muerte mientras se encontraba en el primero y en el segundo piso, con exhibición y utilización de armas, hay otro elemento completamente desgajado de los robos que es la conminación a irse de la ciudad en el tren ,porque si no le matarían, efectuada como último episodio fáctico. Por otra parte la jurisprudencia citada por el recurrente, contempla un caso de doble violación, robo y faltas de lesiones con exhibición de una navaja, que no contiene ni acusación, ni absolución por un delito autónomo de amenazas; de modo que lo que se dirime es la aplicación, tanto en el robo como en el delito de agresión sexual, del supuesto agravado de uso de armas o elementos peligrosos. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

El primero y único motivo del recurso de Casimiro, se basa en infracción de precepto constitucional y del derecho a la presunción de inocencia. Para el recurrente, sin llegar a insinuar que los hechos no ocurrieran, la prueba basada en la declaración de la víctima, no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, en cuanto es inconcreta, difusa, sospechosa de motivos espurios, cambiante, y especialmente en relación con la ubicación de los acusados en el episodio del traslado en coche a Sant Sadurní DAnoia. No existiendo por otra parte, otros elementos objetivos que la corroboren, como huellas dactilares o genéticas en el piso; y sí, por el contrario, testimonios como el de la Sra. Salvadora y el de Sr. Alonso, que sitúan al acusado fuera del lugar de los hechos. Como ya conocemos, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el control casacional se reduce a la constatación de que hubo prueba de cargo obtenida sin violación de derechos constitucionales e incorporada al plenario de conformidad con los principios que le son propios -publicidad, igualdad y contradicción-, así como a la verificación de la racionalidad de los juicios de inferencia alcanzados por la Sala y que le permitieron obtener el juicio de certeza objetivado en la declaración de hechos probados. Es evidente que el recurrente discrepa de la valoración probatoria efectuada por el tribunal sentenciador pero constatada la existencia de prueba de cargo lícitamente obtenida y por lo ya expuesto en cuanto a la motivación de su decisión, las conclusiones del tribunal no pueden ser tachadas de absurdas o arbitrarias. Por otra parte y como precisa la STS de 28/04/2005,

" No se trata de enmendar, en ningún caso, el criterio aplicado por la Audiencia a la hora de optar entre varias posibles alternativas acerca del significado probatorio de los elementos de que dispuso, sino tan sólo de comprobar que el relato de Hechos, declarados como probados y sobre los que se ha de asentar el pronunciamiento de aquella, se corresponde, realmente, con una de esas opciones lógicas en la interpretación del material acreditativo disponible." Se viene a reiterar el mismo argumento de los demás recurrentes en el sentido de que la única prueba de cargo consistió en la testifical de la víctima Juan Luis, sin atender a las contradicciones en las que incurrió y sin valorar la prueba de descargo. Se identifican las siguientes contradicciones: si emplearon uno o dos cuchillos, si la agresión fue en su casa o en el piso de arriba, si el cuchillo lo portaba el recurrente o el coimputado Luis Carlos , si alguien iba sentado en el asiento del copiloto del vehículo en el que es trasladado a la estación.

Como prueba de descargo se refiere el recurrente a la declaración de Enrique (coimputado absuelto) quien afirmó que no iba Casimiro en el coche que él conducía, a la ausencia de huellas en el domicilio del testigo y a la declaración de dos testigos que llevó al juicio y que declararon que el recurrente estaba con ellos al tiempo de los hechos.

No obstante, el tribunal sentenciador considera que se practicó prueba de cargo suficiente para superar la presunción de inocencia. Señala que Casimiro negó los hechos pero que el testigo lo identificó en todo momento como uno de los tres que llamaron a la puerta de su casa, le empujaron y se introdujeron en el interior, le preguntaron por el dinero y comenzaron a golpearle, portando una escopeta Alfonso, y un arma blanca Casimiro. También declaró Juan Luis que no sabe quién de ellos cogió los efectos pero que todos le amenazaron con matarle si les denunciaba y le trasladaron a l piso de Alfonso.....Finalmente le introdujeron en un coche subiendo con él Casimiro, el recurrente, y Luis Carlos.

Más concretamente respecto de Casimiro, destaca el tribunal que aunque niega los hechos y su pareja y un tercero declararon haber estado con él la tarde de los hechos, en el bar hacia las 16.00 y marchando a su casa a las 16.30 o 17.00 horas, ninguno aclara que es lo que el acusado hizo después (los hechos imputados suceden a las 19.45) y el testigo Juan Luis declaró en el plenario situando a Casimiro en el lugar de los hechos junto con Alfonso y Luis Carlos en todo momento, a la vez que lo reconoció sin duda al folio 129 de las actuaciones y lo señaló en el plenario como uno de los partícipes.

Y como en los demás casos, la Sala aborda la denuncia sobre las contradicciones del testimonio de la víctima en el sentido ya expuesto: que no es esencial la existencia de un cuchillo mas que es el que portaría Casimiro, que la confusión entre los individuos dos y tres posiblemente se debió a un error del agente que intervino en las

identificaciones y fue inmediatamente subsanado por Juan Luis, que el testigo manifestó no recordar ya bien los hechos pero se ratificó íntegramente en lo que había declarado con anterioridad. Añade la Sala que la situación de angustia y miedo por su vida que sufrió el testigo puede hacerle perder precisión, pese a lo cual se mostró contundente en los elementos esenciales de su relato en el que ubica al recurrente desde el primer momento y en todas las secuencias, desde el principio hasta el final, sin que el hecho de que también él portara o no un cuchillo sea un dato relevante para la calificación de los hechos cuando está acreditado que todos estaban presentes mientras, al menos, se exhibía una escopeta y un cuchillo a fin de atemorizar a la víctima. Además, en todo momento insistió el testigo en que el ahora recurrente iba en el coche con él.

Finalmente, concluye la Sala que aunque al testigo le falta exactitud en algún extremo del largo relato, ello no altera la esencia del mismo, ni la secuencia cronológica ni la calificación jurídica. En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

8.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2016 (Roj. STS 3523/2016)

Se declara probado que sobre las 14,15 horas del día 14 de julio de 2014, los acusados, Porfirio, Iván y Carlos Francisco, se dirigieron a la CALLE000 número NUM004 de Madrid para una vez en el lugar y en compañía de otra persona no identificada, puestos de común acuerdo y movidos por ánimo de ilícito enriquecimiento, accedieron a la vivienda sita en la puerta NUM000 del NUM001 piso tras franquearles la entrada su morador Ezequiel, irrumpiendo al grito de "alto policía" y exhibiendo Iván una pistola semiautomática detonadora marca BLOW con número de serie NUM002 diseñada para el disparo de cartuchos metálicos detonantes del calibre 9 mm, de 16,5 cm de longitud total y con el acabado de sus piezas metálicas de color negro montando cachas de pasta picada del mismo color de una sola pieza, sin anagramas.

Una vez dentro de la casa los asaltantes maniataron y tumbaron en la cocina a Luis Enrique, quien se encontraba casualmente en la vivienda, permaneciendo uno de ellos custodiándole para evitar que pudiera levantarse del suelo. Mientras tanto los demás registraron la casa apoderándose de una serie de objetos entre ellos ordenadores y otros efectos propiedad de Ezequiel, además del teléfono y el reloj propiedad de Luis Enrique a quien igualmente registraron sin encontrar en su poder otros objetos de valor. Pasados unos minutos los acusados y su acompañante abandonaron la vivienda, siendo los primeros detenidos por funcionarios policiales en la puerta de la finca sin lograr por este motivo su propósito lucrativo, recuperándose la totalidad de los efectos sustraídos. En ese momento le fueron ocupados a Iván dos cilindros transparentes contendiendo en

su interior 40,051 gramos de cocaína con una pureza del 41,6% que no consta los tomara del interior del domicilio de Ezequiel para su posterior distribución a terceras personas.

Recurso de Carlos Francisco. Al amparo del art. 852 LECrm. y art. 5.4 LOPJ por estimar que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia del art. 24.2 C.E. al considerar al recurrente culpable de un delito de robo con intimidación art. 237 y 242 C.P.

Se afirma en instancia que decretada por la Audiencia la nulidad del auto de 26-6-2014 que acordó la intervención del teléfono NUM003 perteneciente al coacusado Porfirio, no es correcta la valoración de la prueba que realiza partiendo de tal declaración de nulidad. En primer lugar porque por la nulidad de todo el dispositivo policial que llevó a la detención del recurrente, no se puede entrar a valorar hecho alguno. En segundo lugar, no es suficiente declaración de los imputados a los que el Tribunal se fundamenta para condenar- y en el caso de que no hubiera declarado hubieran sido absueltos- y tales declaraciones no son suficientes dado que Carlos Francisco en la misma línea que el coacusado Porfirio solo dijo que entró en el domicilio de la víctima para cobrar una deuda a Porfirio. Dado que los otros dos recurrentes (motivos primero y segundo del recurso de Iván por la misma vía del art. 852 LECrm y art. 5.4 LOPJ, y motivos primero y segundo del recurso de Porfirio por la inadecuada del art. 849.1 LECrm. por infracción del art. 11 LOPJ y vulneración presunción de inocencia igualmente cuestionan que la sentencia de instancia pese a declarar la nulidad de la intervención telefónica acordada en el auto de 26-6-2014 y de las pruebas que tuvieran conexión de antijuricidad con dicho auto, en concreto el dispositivo policial establecido el 14-07-2014 alrededor de la CALLE000, y las declaraciones de los testigos policías que intervinieron en el mismo, no llegue a la misma declaración de nulidad en relación al testimonio en el plenario de los acusados y las testificales de las víctimas del robo, ello supone la necesidad de efectuar algunas consideraciones sobre la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuricidad en nuestro ordenamiento, siguiendo la jurisprudencia recogida en las sentencias de esta Sala, como las 320/2011, de 22-4; 988/2011 de 30-9 ; 811/2012, de 31-10 y 511/2015, de 21-7.

La conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tomada en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado. La prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y su

concreción legal se establece en el art. 11.1 -inciso segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que " no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Ahora bien el efecto de las pruebas derivadas de la vulneración de un derecho constitucional de forma directa e indirecta, tiene una significación jurídica diferente, según la doctrina de la conexión de antijuridicidad.

En principio, no podrán ser valoradas -si se quiere, no surtirán efecto, en la terminología legal- aquellas pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación constitucional. Por ejemplo, en el caso de que se declare la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, no es valorable el contenido directo de tales escuchas, es decir, las propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo obtenido de esta fuente espuria.

La significación de la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas indirectamente es más complicado, y ha de ser referido a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas, siempre que exista entre ellas una conexión de antijuridicidad, es decir que no concurran supuestos de desconexión como el hallazgo casual, el descubrimiento inevitable o la flagrancia delictiva, entre otros.

En cuanto a su naturaleza, la conexión entre unas y otras pruebas, no es un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada.

El mecanismo de conexión/desconexión se corresponde a un control, al que ha de proceder el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia.

Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional ha establecido una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado.

Por ejemplo, en el caso actual, ha de atenderse al derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente).

Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exige.

Pero todo ello, teniendo en consideración que estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (SSTS de esta Sala núm. 320/2011, de 22 de abril, y núm. 988/2011, de 30 de septiembre , en síntesis, que resumen el estado actual de la cuestión en esta Sala, conforme a la doctrina constitucional).

En la doctrina clásica de esta Sala (SSTS 18 y 23 de abril de 1997, núm. 501/97 y 538/97, entre otras) puede apreciarse un criterio más exigente o expansivo en la aplicación de este efecto reflejo al señalar que: "El art. 11.1 de la L.O.P.J. dispone que "en todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal ("Deterrence effect"). La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior, ("directa o indirectamente"), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la L.O.P.J.), jurídicamente contaminados. El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la L.O.P.J. únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir "prueba diferente" (pero derivada), con "prueba independiente" (sin conexión causal)".

Este criterio que excluye excepciones en la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, directa y refleja, acogido por la doctrina inicial del Tribunal Supremo, anterior al desarrollo de la doctrina de la conexión de antijuridicidad por el Tribunal Constitucional, es el defendido actualmente por la doctrina mayoritaria.

Sin embargo la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional, a partir del Pleno reflejado en la STC 81/98, corrigió este criterio, al desarrollar la doctrina de la

conexión de antijuridicidad, a la que nos acabamos de referir al sintetizar la doctrina actual de esta Sala.

De esta doctrina constitucional se deduce que el efecto anulatorio no se deriva sin más de la conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino de la conexión jurídica entre ambas, o conexión de antijuridicidad, que exige un examen complejo y preciso que va más allá de la mera relación de causalidad natural.

La importante sentencia 81/1988, de 2 de abril, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, estableció que las pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, según el Tribunal Constitucional cuya doctrina en esta materia nos vincula (art 5 1º LOPJ), en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige.

Estas dos perspectivas, como ya se ha expresado, son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 81/98).

La valoración de esta doctrina matizada -se dice en la sentencia 511/2015, de 21-7, exige efectuar un excurso de derecho comparado, como ya hemos efectuado en otras sentencias de esta Sala para constatar si en el espacio europeo, en el que necesariamente nos movemos, la regla de la eficacia indirecta de la exclusión probatoria de la prueba ilícita se aplica de una forma rígida o extensiva o más bien matizada, conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Pues bien, sin necesidad de una profundización doctrinal que haría excesivamente prolija esta resolución, y reproduciendo lo ya expuesto en sentencias anteriores de esta Sala, es fácil constatar que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Así por ejemplo, en Portugal, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución (art 32), el denominado "efeito-a- distancia", o efecto reflejo de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc.

En Italia, donde la regla de la "inutilizzabilitá" de las pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales fue incorporada al art 191 del Códice di Procedura Penale de 1988, la polémica figura de la "inutilizzabilitá derivata" se aplica también de forma matizada. La ausencia de una normativa específica sobre la propagación de la nulidad, salvo en materia de secreto de Estado (Ley 3 de Agosto de 2007) da lugar a soluciones jurisprudenciales muy variadas. Como ejemplo de exclusión de la ineficacia derivada puede citarse la Sentencia de la Corte de Casación, Cass. Sec.VI, de 27 de marzo de 2009.

Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el "principio de lealtad en la aportación de la prueba", en la alemana, en la que se aplica la "teoría de la ponderación de intereses" por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada ("fernwirkung des Beweisverbots"), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el art 359 del Código de Procedimiento Procesal, pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio Tribunal Supremo norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina ("fruits of the poisonous tree"), es indudable que resoluciones como Hudson vs. Michigan, o Herring vs. United States, han atenuado mucho los efectos de la "exclusionary rule".

Aun sin compartir, obviamente, esta regresión últimamente citada, es claro que la aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado, por lo que la aplicación de la doctrina matizada del Tribunal Constitucional

a través de la teoría de la conexión de antijuridicidad resulta lo más coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno.

Yendo ahora al caso enjuiciado, y aplicando al mismo la doctrina constitucional de la conexión de antijuridicidad, podemos apreciar que se trata de un supuesto en el que la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental.

Desde una perspectiva externa no nos encontramos ante una intervención telefónica llevada a cabo sin resolución judicial, ni ante una intervención acordada por resolución absolutamente inmotivada, sino ante una resolución judicial en la que la expresión de sus fundamentos justificativos ha sido declarada insuficiente, por lo que la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones puede quedar satisfecha, según la doctrina del Tribunal Constitucional, sin que resulte necesario extender la prohibición de valoración a la totalidad de las pruebas derivadas siempre que se aprecie alguna causa jurídica de desconexión constitucionalmente admisible.

Como señala la sentencia 113/2014, de 17-2, este juego de regla general y excepción se deriva de que la prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y además en nuestro ordenamientos esta pretensión constituye un mandato legal específico (art. 11.1 LOPJ).

Por ello la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el precepto aplicable y especificando las razones que justifican su utilización.

Este criterio que exige para la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuricidad:

1º) que se constate en cada caso el supuesto específico de desconexión aplicado.

2º) que se identifique con claridad el supuesto aplicado.

3º) que se especifique las razones que justifican su utilización, viene establecido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 113/2014, de 17-2, entre otras) para superar la excesiva dosis de incertidumbre o inseguridad jurídica.

Siendo así el análisis de la excepcional concurrencia de un supuesto de desconexión exige un examen complejo y preciso de cada supuesto que va más allá de la mera relación de causalidad natural.

En primer lugar es necesario realizar el análisis desde una perspectiva externa, partiendo del examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado. Cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura o en los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial, excepcionar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privarles de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa.

Esta relevante aportación de nuestra doctrina constitucional ha sido ignorada, por lo general, en los análisis doctrinales referidos a esta materia, que suelen realizar un análisis crítico muy superficial de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, y postular planteamientos maximalistas, que no son aplicados en ninguno de los países de nuestro entorno, y que, por lo general, prescinden o desconocen el matiz diferencial introducido por la doctrina de la conexión de antijuridicidad en relación a los supuestos en que no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en la perspectiva externa.

Lo cierto es que la extensión otorgada por la doctrina constitucional a la prueba inconstitucional, por ejemplo la calificación de inconstitucional de una actividad probatoria por razones formales (prórroga por providencia de una intervención telefónica, aun siendo evidente que subsistía la motivación que determinó la intervención), fue lo que condujo a la apreciación de que en estos supuestos podría resultar desproporcionada la aplicación absoluta de la regla de exclusión de toda la prueba derivada, llevando a la necesidad de establecer distinciones entre unas vulneraciones (las que ponen en cuestión el propio derecho fundamental) y otras consideradas menos relevantes (las acordadas judicialmente con déficit de motivación), conduciendo finalmente a la doctrina de la conexión de antijuridicidad. El que mucho abarca, poco aprieta.

Solo cuando nos encontramos ante una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente o con un vicio procedimental, puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad, pues en estos supuestos el Tribunal Constitucional estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la

lesión, sin que resulte necesario extender ilimitadamente dicha prohibición a las pruebas derivadas.

Incluso es estos casos, como el presente, ha de reiterarse que la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas constituye la regla general , que solo cabe exceptuar cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización (STS 811/2012, de 30 de octubre y STS 301/2013, de 18 de abril).

En el caso actual nos encontramos ante un supuesto de intervención de las comunicaciones telefónicas autorizada judicialmente por auto motivado dictado en un procedimiento judicial, diligencias previas 3563/2011 distinto de las del presente y acordado por el Juez de instrucción correspondiente en relación con hechos delictivos graves como es un robo con violencia en casa habitada, respecto a los cuales ordinariamente se considera proporcionada la medida adoptada, pero con una motivación que el Tribunal "a quo" ha considerado infundada por cuanto dice que los funcionarios de policía ocultaron al juzgado el conocimiento del domicilio de las personas que intentaban detener -desconocimiento del domicilio que habría movido al juez instructor a autorizar la intervención telefónica-, lo que llevó al tribunal a declarar la nulidad del auto autorizante de fecha 26-6-2014, que valoró la necesidad de intervención solicitada ante el pretendido fracaso de localización de dos de los investigados en el robo cometido el día 22-5-2014, sin contar para realizar esa vulneración con toda la información de que sí disponía la policía, de manera que no le fue posible determinar con los suficientes elementos de juicio si consideraba que la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones era jurídicamente proporcionada al objetivo de la investigación y adecuada para las finalidades solicitadas que no debían ser otras que el total esclarecimiento del ya referido robo –distinto del objeto del presente procedimiento. Esta suerte de ocultación impidió al juzgado el debido control de la conveniencia y oportunidad de la intervención solicitada y acordada, por lo que es posible concluir que en efecto, se vulneró la garantía constitucional al secreto de las comunicaciones pues a través de esa intervención y por las circunstancia de ocultación que le posibilitaron, se dio una involuntaria cobertura a una investigación prospectiva sin contar con base objetiva para ello, y en concordancia con ello declara la nulidad del referido auto y la prohibición de valorar toda la prueba directa o indirectamente derivada de la misma, la virtud a la doctrina de la conexión de antijuricidad que explicita en el fundamento de derecho segundo, y extiende tal ilicitud al resultado del dispositivo policial establecido el 14-7-2014 alrededor de la CALLE000 de Madrid, no pudiendo tomar en consideración ni lo que sobre el mismo consta documentado lo que los testigos funcionarios policiales dijeron sobre el mismo, excluyéndose la posibilidad a valorar el testimonio prestado por los acusados en el acto

del juicio oral que lo fue con plena libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad de declare.

Razonamiento conforme con la doctrina del, T.C. por todos STS 81/98 que destaca que cuando, desde la perspectiva interna, la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, y en consecuencia no consta que dicho presupuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas, la valoración de la prueba refleja practicada no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías si se aprecia la concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad (en el caso enjuiciado por el Tribunal Constitucional, el descubrimiento inevitable, es decir que la ocupación de la droga se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho).

Al mismo tiempo, desde la perspectiva externa, aunque la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, de lo expuesto en la STC 81/98 se desprende que cuando no nos encontremos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni ante una intervención acordada por resolución absolutamente inmotivada, sino ante una resolución judicial en que la expresión de sus fundamentos justificativos haya sido declarada insuficiente, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones puede quedar satisfecha sin que resulte necesario extender dicha prohibición a las pruebas derivadas.

En consecuencia, como las dos perspectivas son complementarias, aunque la prohibición de valorar la prueba refleja no venga exigida en estos casos de insuficiencia de motivación de la resolución judicial por las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental, si es necesario que la prueba refleja resulte jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y en consecuencia que se aprecie alguna causa jurídica de desconexión (descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, hallazgo casual, fuente independiente, ponderación de intereses, etc.).

En caso actual se trata de una injerencia llevada a cabo con intervención judicial pero con motivación basada en una información policial insuficiente en orden a facilitar la localización de las personas investigadas que podían haberlo sido de forma más laboriosa, pero sin aceptación del derecho al secreto de las comunicaciones en la que según las STS del Tribunal Supremo -ya citadas 113/2014, de 17-2 y 11/2015, de 21-7: "puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuricidad, pues en estos casos el T.C. estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender absolutamente dicha prohibición a todas las pruebas derivadas".

Procede, en consecuencia, analizar si concurre el supuesto específico de desconexión que el Tribunal sentenciador concreta en los testimonios de los acusados en el juicio oral con plena libertad de opción.

Se trata de un tema sometido a polémica tanto en el ámbito doctrinal como judicial.

La STS 499/2014 de 17 de junio hace un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la materia destacando como se ha mantenido la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración de autoincriminatoria, no sólo de acusado en plenario (SSTC. 136/2006 de 8.5, 49/2007 de 12.3) sino incluso de imputado en instrucción (SSTC. 167/2002 de 18.9 , 184/2003 de 23.10) "en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas". En igual dirección esta Sala, STS. 1129/2006 de 15,11, ha precisado que "En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita", y STS. 812/2006 de 19.7 "A este respecto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 8/2000, de 17 de enero), ha declarado que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba que puedan considerarse jurídicamente independientes de la prueba contaminada, aun cuando estuvieran ligados a ella en el plano de la causalidad material. Un supuesto de este género es el que concurre cuando, por ejemplo, lo conocido inicialmente a través de una interceptación telefónica ilegítima, tiene luego válido acceso al juicio y al conocimiento judicial merced a la confesión de los acusados, que hubieran aceptado que, en efecto, los hechos postulados como tales por la acusación habían tenido ciertamente lugar.

Más en concreto la STC 136/2006, de 8 de mayo, se ha pronunciado sobre la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión en supuestos como el presente, entendiendo que "los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, 'las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su

vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental.

Por su parte esta Sala de casación ha mantenida idéntica posición de la que son exponentes las SSTS.550/2001, 676/2001, 998/2002, 1011/2002, 1203/2002, 1989/2002.

Es cierto que sentencias como la de 17.1.2003, 22.1.2003, realizan una interpretación diferente sobre el ámbito de expansión de los efectos indirectos de la prueba nula en el sentido de incluir en ellos toda información obtenida al hilo del descubrimiento de la obtenida por la prueba nula, con la consecuencia de que el interrogatorio efectuado en tales circunstancias ya estaría viciado porque el conocimiento de tales hechos lo habría sido en base a la prueba nula, cuya inexistencia debe --debería-- operar no sólo en el campo del mundo jurídico sino también en el real, con lo que la confesión inculpatoria del acusado en el Plenario, no obstante estar prestada con todas las garantías y puntualmente informado de la nulidad de la prueba sería igualmente y en todo caso nula porque los datos que sirvieron de base al interrogatorio procedían de un hallazgo obtenido en una prueba invalidada, con la conclusión de resultar imposible efectuar al inculpado pregunta alguna relativa al descubrimiento obtenido a través de la prueba anulada, dada su naturaleza de pregunta capciosa en el sentido de inductoras a error. Doctrina semejante pero más modulada se encuentra en la STS 160/2003 de 24 de Febrero. En todo caso se trata de una tesis minoritaria de esta Sala y del Tribunal Constitucional; la STC 161/99 de 27 de Septiembre, ya efectuó al respecto que "....que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se puede proponer prueba porque haya de operarse como si no hubiera sucedido....", "....la droga existe, fue hallada, decomisada y analizada....", y se concluye "....no puede aceptarse la afirmación hecha por el demandado de que no se le podía preguntar por la droga...." .

Es evidente que como se indica en la STS 1203/2002 de 18 de Julio "....ha de evitarse que esta fórmula (se refiere a la conexión de antijuridicidad) se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11-1º LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ....", por ello será preciso un especial análisis de las condiciones concretas y en cada caso en las que se produjo la confesión incriminatoria, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada por la realidad del hallazgo de la droga.

En este sentido existe una sentencia de esta Sala -de 4 de abril de 2003 - que declaró que la nulidad de la declaración autoincriminatoria en sede policial arrastró por conexión a la siguiente declaración en sede judicial, también incriminatoria, formalmente válida pero que se estimó nula por la proximidad temporal entre ambas y considere que por esa razón la nulidad de la primera declaración abarcó también a la declaración judicial».

La STS 1/2006, de 9 de enero se halla en sintonía con la jurisprudencia constitucional. Pero el voto particular que la apostilla muestra la viveza del debate y es un claro paradigma del argumentario de la posición refractaria a salvar esa prueba de confesión, sea cual sea el momento en que se produce.

La pervivencia de posturas encontradas sobre este particular dentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es puesta de manifiesto por la STS 2/2011, de 15 de febrero y especialmente por algunos de los votos discrepantes que suscriben varios magistrados. La mayoría de la Sala se inclina por respetar el principio general establecido por el TC: la conexión causal es insuficiente para extender la invalidez de una diligencia de investigación a la confesión efectuada posteriormente y realizada con todas las garantías, aunque se aprecie que sin aquélla diligencia inválida no se hubiese prestado esa declaración autoincriminatoria. Pese a esa inicial aceptación, la sentencia adiciona algunos requisitos no presentes en la jurisprudencia constitucional (como que la confesión sea "informada" en el sentido de que quien la hace sea ya consciente de que las pruebas anteriores están viciadas de nulidad) que casi vacían de contenido aquél principio general reduciendo su aplicación a supuestos que serán un tanto insólitos. Las SSTS 370/2008, de 19 de junio, 529/2010, de 24 de mayo, 768/2010, de 15 de septiembre, 121/2010, de 12 de febrero - que analiza la confesión en declaración indagatoria considerándola desconectada de las iniciales pruebas ilícitas- constituyen otras tantas muestras de la doble línea que está presente en la jurisprudencia ordinaria. Con cierto afán recopilador y con abundante cita de precedentes la STS 91 / 2011, de 9 de febrero, aunque guardando fidelidad a la postura de la Sala Segunda más reticente a acoger sin matizaciones las directrices del TC, dice: "Por consiguiente, podemos concluir en la necesidad de concurrencia de los siguientes requisitos para la posible convalidación, como prueba apta, de las declaraciones prestadas por los imputados a consecuencia de informaciones obtenidas previamente con vulneración de un derecho fundamental, de acuerdo con la mentada doctrina de la "desconexión de antijuridicidad".

Requisitos los anteriores sin duda estrictos y rigurosos, ya que no debemos olvidar que nos hallamos, ni más ni menos, que ante un mecanismo que procura la excepcional convalidación del valor probatorio de las consecuencias derivadas de diligencias llevadas a cabo con vulneración de derechos fundamentales.

En definitiva cuando se trata de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba que luego se declara nula, en esos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto obtenido ilícitamente condiciona la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporado su existencia al proceso. Por ello, es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente.

a) Previa información de los derechos constitucionales del inculpado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) con asistencia de su letrado y c) mediante una declaración plenamente voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su espontaneidad, d) teniendo por escenario el Plenario, o acto del juicio oral, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión, e) con conocimiento de que se ha planteado por la defensa la posible anulación de la prueba de la que pudiera proceder el conocimiento inicial determinante de la imputación, de manera que pueda verificarse que la confesión fue exponente de la libre voluntad autodeterminada del acusado y no viciada por la realidad derivada del resultado de la prueba ilícita, (SSTS 2/2011 de 15 de febrero del Pleno de la Sala, 912/2013 de 4 de diciembre; 649/2013, de 11 de junio).

Asimismo la doctrina del Tribunal Constitucional, a la que ya hemos hecho referencia, en relación a la prueba de confesión del imputado ha estimado la aptitud de la declaración una vez verificado que se prestó un respeto a todas las garantías, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas es la que se obtuvo, STC 86/1995, y en el mismo sentido STC 239/99, de 20 de diciembre, es la que se reitera la doctrina de que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la confesión que fue postulada en el plenario. Misma doctrina que se reitera entre otras en las SSTC 81/1998, 49/1999, 8/2000, 299/2000 y 138/2001.

En el caso actual la sentencia recurrida destaca como el recurrente en el acto del proceso admitió que entró al domicilio de la víctima Ezequiel para cobrar una deuda del coacusado Porfirio. Que entró con Iván que sabía que este llevaba un arma que no era de verdad, pero que no la exhibió. Que Ezequiel les entregó una bolsa con unos ordenadores y unos teléfonos además de la cantidad del dinero que le debía a su "compadre": que llamó a Argimiro para decirle que faltaba dinero y este se incomodó:

que Ezequiel les dijo que los dos o tres días pagaría el resto de la deuda y recuperaría sus efectos.

Esto es, el recurrente ha reconocido su presencia en el domicilio de la víctima y su versión de los hechos puede ser valorada por el Tribunal contrastándola con otras pruebas no derivadas de la prueba ilícita como es la testifical de Luis Enrique, persona que no siendo el supuesto deudor, se encontraba en el domicilio de éste y que efectuó un relato de hechos que nada tiene que ver con el simple cobro de una deuda, y si se corresponde con un apoderamiento violento e intimidatorio de efectos protagonizado inicialmente por dos personas, a las que se sumaron otras dos portando una de ellas una pistola, prueba esta, no afectada por nulidad alguna, que la Sala considera más creíble que el relato del acusado que no considera verosímil, pues de ser cierto que su única intención era cobrar una deuda de Ezequiel con Porfirio, ningún sentido tiene que arrebataran al testigo, no deudor, Luis Enrique, un teléfono y el reloj. En definitiva, como concluye la sentencia impugnada, aun cuando el hecho del robo fuese conocido inicialmente como resultado de la interceptación telefónica declarada nula tuvo acceso al juicio y al conocimiento del Tribunal por otros medios de prueba lícitos: el testimonio de las víctimas y las declaraciones de los propios acusados.

Consecuentemente, el Tribunal a quo ha dispuesto de suficiente prueba de cargo de contenido incriminatorio, desvinculada de la nulidad de la interceptación telefónica, acreditadora de la realidad de los hechos y la participación de este recurrente, prueba que ha sido explicitada y racionalmente valorada, por lo que no puede apreciarse vulneración alguna del principio de presunción de inocencia.

9.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE JULIO DE 2016 (Roj. STS 3166/2016)

Hechos probados: El día 29 de septiembre de 2009 sobre las 20,30 horas el acusado Edemiro penetró, de común acuerdo y en unión de otras dos personas mayores de edad que no han quedado debidamente identificados y de un menor de edad, en la vivienda particular de Indalecio sita en la CALLE000 n° NUM000 de Alcalá de Guadaira tras saltar el muro que la rodeaba. Una vez accedieron al jardín y teniendo conocimiento de que Indalecio se encontraba sólo en la casa en compañía del acusado Segundo y de que la puerta de acceso a la misma desde el jardín se encontraba abierta, se introdujeron en la misma con la cara cubierta con pasamontañas y sacas para evitar ser identificados. Valiéndose de una pistola, cuyas características no constan y de un cuchillo abordaron a Indalecio y tras empujarle contra el suelo, le pusieron la pistola en la cabeza y el cuchillo en el costado instándole que les dijera dónde estaba la caja fuerte.

Ante la negativa de éste, los asaltantes le subieron a la habitación de matrimonio en el piso de arriba dónde le ataron las manos y pies con cinturones y comenzaron a darle todo tipo de golpes con un palo de béisbol y patadas por todo el cuerpo, llegando a introducirle un bolígrafo en el oído y a hacerle quemaduras en el estómago y en la frente con un mechero. En la búsqueda de bienes de valor los acusados causaron destrozos en la vivienda que no han sido tasados pericialmente. Una vez que los asaltantes encontraron varios objetos de valor procedieron a salir de la vivienda dejando a Indalecio con los pies y las manos atadas, en condiciones de poder liberarse, y con unas toallas en la cabeza, llevándose consigo los siguientes efectos: dos teléfonos de la compañía vodafone sin que conste el modelo; dos cajas, una de cartón y otra metálica conteniendo en su interior al menos de 120 euros; al menos 120 euros de la cartera de Indalecio; una cámara de vídeo; dos escudos de oro del Betis; un huesito de marfil con el borde de oro; una cruz de Caravaca rota; un cordón de oro; una cadera de oro de eslabones; dos esclavas de oro grabadas; un reloj de la marca Sant Laurent averiado y un reloj de señora Dichos efectos, que no han sido tasados pericialmente, no han sido recuperados.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallo: Condenamos a Segundo (y a Edemiro) como autor de un delito de robo con violencia e intimidación en concurso ideal con un delito de allanamiento de morada, ya definidos. Concurre la circunstancia agravante de disfraz y las circunstancias atenuantes de dilaciones indebidas y de reparación del daño.

Recurso. Se sostiene en el motivo que en la sentencia recurrida se condena al recurrente como autor de un delito de robo con violencia en concurso medial con un delito de allanamiento de morada y en concurso medial con un delito de detención ilegal, por entender que la privación de libertad fue más allá de la necesaria para poder llevar a cabo el apoderamiento. La parte recurrente no comparte tal tesis porque se actúa en unidad de acción, se penetra en la vivienda con la intención de robar y esa y no otra es la que se aprecia si se analiza la totalidad de la dinámica comisiva y la privación de libertad no se prolongó más allá del tiempo necesario para que los autores cometieran el robo, que era objeto de su actuación. De hecho, el que la víctima se liberara rápidamente de sus ataduras y que lo hiciera por si, demuestra que no consta acreditado que la privación de la facultad deambulatoria se prolongara más allá del tiempo necesario para realizar dicho apoderamiento, lo que daría lugar a la absorción de la detención ilegal por el delito de robo del art. 242 CP.

Ello nos conduce a la cuestión, reiteradamente estudiada por la jurisprudencia de la relación concursal entre los delitos de robo con violencia o intimidación y el delito de detención ilegal.

Numerosos precedentes jurisprudenciales, entre otras SSTS. 385/2010 de 29.4, 424/2015 de 22.6, 863/2015 de 30.12, 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 solucionaría 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 necesaria 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, 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).

Es cierto que en el relato fáctico no se determina la exacta duración de los hechos, pero en cualquier caso a esa duración de superponerse, en el presente caso, las circunstancias de maltrato físico y psicológico infligido por los asaltantes a Antonio Villarreal que sufrió lesiones como consecuencia de los golpes propinados con un palo de béisbol y patadas por todo el cuerpo, llegando a introducirle un bolígrafo en el oído y a quemarle el estómago y la frente con un mechero, además de ponerle una pistola en la cabeza y un cuchillo en el costado, y antes de marcharse de la vivienda una vez se apoderaron de los efectos descritos en el factum, dejaron a la víctima con los pies y las manos atadas.

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 el delito que llevó 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 seria, concurso ideal medial, a tenor del inciso 2º del núm. 1 del artículo 77 del Código Penal".

La longitud de la cita se explica por la conveniencia de no incurrir en reiteraciones innecesarias. La Sala sentenciadora resuelve adecuadamente el conflicto, acudiendo acertadamente a nuestra doctrina jurisprudencial. Esta correcta

fundamentación no ha sido, en absoluto, desvirtuada por la argumentación de la parte recurrente. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

El motivo tercero - cuarto para el recurrente- infracción de Ley art. 849.1 LECrim, por no aplicación del art. 163.2 CP, ya que la detención ilegal no se prolongó por un periodo de más de 48 horas, lo que implicaría a efectos del art. 77 CP, el delito más grave en el concurso medial no sería la detención ilegal sino el robo con violencia en casa habitada, con los efectos penológicos que se detallan en el motivo.

El motivo se desestima.

Como hemos dicho en STS. 927/2013 de 11.12, el art. 163.2 CP, establece la pena inferior en grado para el delito de detención ilegal del párrafo 1º cuando el culpable diera libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención sin haber logrado el objeto que se había propuesto.

Es un tipo privilegiado que tiene su fundamento o razón de ser en la oportunidad criminológica de premiar una cierta especie de arrepentimiento espontáneo y que se aplica también al secuestro del art. 164 (STS. 1135/2001 de 7.6), y consiguientemente tendrá asimismo aplicación en los tipos previstos en los arts. 165 (detención ilegal o secuestro ejecutado con simulación de autoridad o función pública), y 167 (detención ilegal o secuestro cometido por autoridad o funcionario público, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa por delito), siguiendo la tesis de la STS. 3.3.92 que de acuerdo con el Código Penal derogado (art. 480 y 481), extendía el privilegio a todas las modalidades de detención ilegal, sean básicas o cualificadas, por cuanto al tratarse de un subtipo atenuado, como norma favorable al reo, no se viola el principio de legalidad penal si se hace una interpretación extensiva de dicha norma, porque ello, en definitiva, reducida en beneficio del responsable criminal (STS. 1108/2006 de 14.11).

El precepto exige tres condiciones. De un lado, que sea el autor quien da libertad al detenido o encerrado, lo que excluye los casos en los que sea la actividad de la víctima lo que ocasiona la cesación de la situación de detención. La STS 74/2008, de 30 de enero, recuerda que la "STS 574/2007, recogiendo nuestra Jurisprudencia precedente (SSTS 695/2002, 674/2003 ó 628/2004), señala que la aplicación del subtipo atenuado del delito de detención ilegal exige que la liberación de la víctima haya sido realizada voluntariamente por el sujeto pasivo, y, consecuentemente, niega la atenuación cuando ha sido el sujeto pasivo o terceras personas quienes, sin concurso del responsable del delito, han hecho cesar la situación ilegal. Por eso, se dice que la conducta del culpable ha de ser un acto voluntario, espontáneo y libre, pero rechazándose cuando la libertad de la víctima haya sido consecuencia de la actuación o intervención policial (SSTS. 1436/2005 de 1.12 , 944/2008 de 3.12).

Es decir, la liberación del sujeto pasivo del delito, que premia una especie de arrepentimiento durante el iter criminis, en su fase comisiva, tiene que ser absolutamente espontánea por parte de su autor, sin venir mediatizada en modo alguno por el comportamiento del sujeto pasivo, de modo que los actos de liberación de éste, aun conocidos por quien le priva de libertad, no obedecen a su propia determinación, sino a la iniciativa de la víctima. Véase en este sentido también la Sentencia 674/2003, de 30 de abril. Esta es la doctrina jurisprudencial que se ha seguido hasta el momento, sin perjuicio de la existencia de algún fallo aislado, que se basa en situaciones fácticas no completamente asimilables a este caso, y sin perjuicio de la Jurisprudencia que aplica dicho tipo atenuado en supuestos de negligencia en la captura para mantener la privación de libertad, la STS nº 574/2007, de 30 de mayo.

Así, en algunas ocasiones se ha apreciado la voluntariedad en la puesta en libertad cuando la conducta del autor, objetivamente, implica de forma clara la puesta a disposición del detenido o encerrado de los medios necesarios para recuperar la libertad, aun cuando para ello fuera precisa alguna clase de actividad, de índole menor, por su parte. Así, se decía en la STS nº 1108/2006, de 14 de noviembre, que "esta sala viene entendiendo que se da libertad al encerrado o detenido, no sólo cuando hay una acción directa de poner fin al encierro o detención", (...) "sino también cuando realiza determinados actos que hacen posible esa liberación de manera fácil o más o menos inmediata".

Lo que exige la atenuación es una situación en la cual los propios secuestradores propicien la autoliberación mediante actos inequívocos, pero no es necesario que se comunique directamente al detenido que queda en libertad, sino también cuando realiza determinados actos que hacen posible esa liberación y lo que la doctrina conoce como tender un puente de plata para que pueda fácilmente liberarse sin la necesaria intervención del sujeto activo (SSTS 1424/2004, 1 de diciembre y 119/2005, 7 de febrero, 488/2007 de 29 de mayo).

Bien entendido que la reciente STS. 863/2015 de 30.12, matiza esta línea jurisprudencial al decir: "Aunque en la doctrina ha existido algún punto de inflexión al respecto y se ha llegado a aplicar el tipo atenuado del delito de detención ilegal (art. 163.2 del CP) cuando se ha apreciado que por parte de los autores del robo existió una cierta dejación o falta de diligencia a la hora de atar a la víctima o de retenerla, concluyendo que eso permitía aceptar que los autores del robo no tenían intención de que la privación de libertad se prolongase en exceso, la Jurisprudencia más reciente ha abandonado esta tesis y restringe la aplicación del tipo atenuado del delito de detención ilegal para aquellos supuestos en los que es el autor por su propia voluntad - a modo de arrepentimiento - es el que pone fin a la situación de privación de libertad o al encierro y no cuando, como en este caso, es la víctima la que logra por sí sola liberarse".

De otro lado, como segundo requisito, el precepto exige que el autor no haya conseguido su propósito.

El subtipo atenuado no es aplicable a los casos en los que el autor haya conseguido aquello que perseguía obtener mediante la detención, pues entonces ya la privación de libertad de la víctima carece de interés para él, desapareciendo la necesidad de reconocer una conducta teñida de un cierto arrepentimiento que el tipo pretende privilegiar, en cuanto redunda en beneficio de los derechos antes atacados. No obstante, en algunas sentencias se ha reconocido la posibilidad de que la detención no persiga otra cosa que los mismos efectos de la privación de libertad, sin propósito ulterior alguno, de forma que en esos casos, que se presentan de forma excepcional, no debería haber obstáculo a la aplicación de la figura atenuada si el autor da libertad a la víctima dentro de los tres primeros días. En la STS nº 601/2005, de 10 de mayo, no se excluía, con cita de otras, "que en algunas ocasiones excepcionales sea posible afirmar que la voluntad del autor respecto a la detención no contemplaba en ningún caso una prolongación superior a las setenta y dos horas, ni su acción venia guiada por la obtención de objeto alguno distinto de la propia privación de libertad (SSTS 1400/2003 de 28.10, 421/2003 de 10.4, 1499/2002 de 16.9)".

La tercera exigencia legal se refiere al plazo dentro del cual ha de producirse la liberación de la víctima, tres días, plazo que se inicia en el momento mismo de la privación de libertad y termina en el instante mismo que cesa aquella privación, debiendo computarse por horas (72 horas) ya que resulta más favorable para el reo y el fomento a la indemnidad del bien jurídico, finalidad de la atenuación (STS. 555/2007 de 27.6).

En el caso presente el precepto atenuado del art. 163.2 no debe ser aplicado. En primer lugar el propósito de la entrada en la vivienda no fue otro que apoderarse del dinero y objetos de valor que encontraran, y en el caso la autoliberación de la víctima se produjo cuando los asaltantes ya habían logrado su propósito y el delito de robo se había consumado (STS. 653/2013 de 18.7). Sin olvidar que en el caso concreto los autores dijeron a la víctima maniatada y con la cabeza tapada con unas toallas, y si bien ésta logró desasirse de sus ataduras sin especiales complicaciones, su liberación no fue realizada voluntariamente por los captores (ver STS. 190/2014 de 12.3 en un caso similar).

10.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 2016 (Roj. STS 3323/2016)

Los acusados en compañía de un tercero no identificado, puestos previamente de acuerdo y con ánimo de obtener un enriquecimiento ilícito, se dirigieron a la sucursal bancaria Kutxa Bank, sita en la Calle Marqués de Valdavia, n° 95 de la localidad de Alcobendas. Tras acceder al referido lugar, el acusado Aureliano portando una pistola negra con apariencia de arma de fuego y con la cara al descubierto y el acusado Eladio, portando un arma blanca tipo puñal de 25-30 centímetros de hoja, se dirigieron a dos empleadas de dicha sucursal, Paulina y Violeta y al director de la misma Nicolás, solicitándole a Violeta el dinero del cajero automático, realizando dos expediciones de 300 euros cada una de ella, apoderándose de 600 euros en billetes y 67,78 euros en metálico así como los terminales móviles de los empleados, metiendo a los tres empleados en el despacho del director rociándoles con un spray lacrimógeno para facilitar su huida y no ser perseguidos.

La Audiencia de instancia condenó a los acusados como autores responsables de un delito de robo con violencia e intimidación con uso de armas.

Recurso de Aureliano. Coautoría. En lo que atañe a su intervención en el hecho del rociamiento con el gas pimienta, aun siendo cierto que no consta acreditado que fue este recurrente la persona que realizó ese acto final para asegurar la huida, ello carece de relevancia a los efectos de la responsabilidad penal de tres sujetos que actúan planificadamente en acción conjunta y que son conscientes todos ellos de los instrumentos que van a utilizar para llevar a cabo la acción delictiva con un resultado fructífero para sus intereses y sin riesgo de ser detenidos.

En efecto, se está ante una acción delictiva ejecutada por tres personas, de común acuerdo, que toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito de robo con violencia e intimidación. 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.

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.

De otra parte, 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 codominio 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.

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 éste ya se haya consumado.

Pues bien, en el presente caso los hechos fueron ejecutados por tres sujetos, uno de los cuales era el propio recurrente, a tenor de la prueba practicada y de sus propias declaraciones. Para la perpetración del delito utilizaron dos armas blancas y también una pistola cuyas características se ignoran. Los tres, obviamente, conocían las armas que llevaban a efectos de intimidación y también la existencia de un gas lacrimógeno para proteger la huida. El hecho de que ese gas no fuera utilizado personalmente por el acusado recurrente no quiere decir que no supiera que lo llevaban para perpetrar el robo, puesto que lo planificaron conjuntamente, poniéndose de acuerdo sobre los medios a utilizar para perpetrar la ejecución de la acción depredadora. Conocía, pues, el acusado las armas que incluyeron en su plan y las posibilidades que había de utilizarlas, tanto las de carácter principal como las secundarias, como era un spray de gas lacrimógeno que podía ayudarles en el momento de abandonar el lugar.

Siendo así, resulta indiferente que el acusado fuera la persona que accionó el gas lacrimógeno o fuera otro de los coautores. Lo cierto es que, según la teoría del dominio del hecho, sin duda aplicable al presente caso, 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, aun no reproduciéndolo, tengan el domino 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 por la jurisprudencia 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 sólo de la parte asumida en la ejecución del plan conforme a un criterio de la distribución de funciones 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).

Por consiguiente, el acusado ha de ser considerado coautor de la perpetración del atraco con todas sus incidencias y los procedimientos de intimidación y violencia utilizados, ya que ni es preciso que él fuera uno de los dos que portaba un arma blanca ni tampoco que fuera el sujeto que utilizó el gas lacrimógeno. Tales circunstancias singulares son atribuibles recíprocamente a todos los que proyectan, planifican e intervienen en la ejecución del hecho delictivo, cualquiera que fuera la distribución de funciones que internamente se hubieran asignado entre ellos a la fase de estricta ejecución.

Y también debe quedar claro, a tenor de lo razonado, que la utilización de armas blancas como instrumentos peligrosos integran el subtipo agravado del art. 242.3 del C. Penal, toda vez que el uso de armas no es una modalidad de acción inherente a todo robo con violencia o intimidación, pues pueden utilizarse otros medios que generen menos riesgo para la vida y la integridad física de las víctimas y que sean por sí menos conminatorios.

Con base en lo argumentado, deben decaer los motivos primero, tercero y cuarto del recurso. Y también los motivos relativos al quebrantamiento de forma (el sexto y el séptimo) y los relativos a la presunción de inocencia (motivos octavo y noveno), ya que la afirmación que se hace en la sentencia de que los tres introdujeron a los empleados en el despacho del director y los rociaron con un spray lacrimógeno para facilitar su huida y no ser perseguidos, es una forma de expresar que ese acto concreto entraba dentro de los planes de la ejecución del robo y resultaba indiferente quién de los tres acusados fuera el encargado de llevar el gas lacrimógeno y utilizarlo en un momento determinado.

De modo que, aunque se hubiera especificado cuál de los tres entró en el despacho del director de la sucursal y activó el spray, las consecuencias penales para los tres intervinientes en el atraco, a tenor de todo lo explicado sobre la coautoría, serían las mismas. Los tres han de responder penalmente de esa acción concreta de la activación del spray con independencia de quién la materializara realmente, habida cuenta que entraba dentro de los planes y obedecía simplemente a la distribución de los roles o funciones dentro de lo que se había planificado y ejecutado como una conducta delictiva conjunta con imputación recíproca entre los autores de los hechos previamente proyectados, decididos y finalmente ejecutados.

Así las cosas, y tratándose de un acto inherente a la acción conjunta delictiva y asumido por todos sus coautores, deben desestimarse los siete motivos formulados por el recurrente en relación con el uso del gas lacrimógeno y el resultado lesivo que se derivó de su empleo como medio para proteger la huida.

11.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2016 (Roj. STS 3262/2016)

Probado y así se declara que sobre las 12 horas del día 11 de julio de 2015 el acusado Oscar con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, entró en la vivienda de Bárbara, sita en el número NUM000 de la CALLE000 de esta capital, para lo que tuvo que trepar por una pared hasta llegar a una ventana que estaba abierta y que dista 3,50 metros de la calle. Una vez en su interior accedió a la habitación principal y de un armario sacó unos joyeros, siendo sorprendido en ese momento por el propietario de la vivienda que se dirigió a él y lo agarró del cuello, trasladándolo de esa manera a una habitación contigua donde tenía una cámara fotográfica y le sacó varias fotografías al acusado, tras lo cual lo soltó. El acusado echó a correr y cogió un mortero de hierro que esgrimió frente a Bárbara, si bien lo dejó en el suelo y saltó por la ventana por la que había entrado, sin sustraer ese día ningún objeto.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria condenó a Oscar como autor criminalmente responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, en la modalidad agravada de casa habitada, y en grado de tentativa.

El segundo motivo se articula por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por «error iuris», alegando el autor del recurso la infracción de los arts. 241.4 y 70.2 del CP. La pena en abstracto del art. 241.4 del CP, va de 2 años a 6 años de prisión, la rebaja en grado por tanto comprende de 1 año a 2 años, por lo que denuncia la errónea aplicación de la rebaja en grado. En efecto, la sentencia recurrida dice lo siguiente en el Fundamento de Derecho Cuarto: "Por lo que hace a la pena en abstracto la misma oscila entre los tres y seis años, que al tratarse de un delito intentado se ha de rebajar, conforme al artículo 62 en uno o dos grados" y más adelante en el mismo Fundamento de Derecho en el párrafo 2° de la página 4 de la sentencia, rebaja un grado la pena y no dos, afirmando que "la pena ha de oscilar entre los dieciocho meses y 3 años". La sentencia condena por tentativa de robo en casa habitada, e impone dos años de prisión, rebajando un grado. Como acertadamente aduce el autor del recurso, aquí se encuentra el error de la sentencia, la pena en abstracto del art. 241.4 del CP por el que es penado mi mandante va de 2 años a 6 años de prisión, luego con arreglo al art. 70.2 del CP, la rebaja de pena en un grado iría de 1 año a 2 años de prisión. La sentencia le impone al acusado 2 años de pena de prisión, considerando que la rebaja de grado va de 18 meses a 3 años de prisión, es decir le impone la mitad inferior. El Ministerio Fiscal ha apoyado el motivo. Efectivamente, lleva razón el recurrente cuando considera que la pena ha sido impuesta incorrectamente, ya que la pena tipo del delito de robo en casa habitada previsto en el artículo 241.4 del Código penal , va de los dos a los seis años de

prisión y la Sentencia en su fundamento de derecho cuarto, parte de la premisa errónea de que va de los tres a los seis años, imponiendo al acusado la pena de dos años de prisión, es decir, que no rebaja en grado la pena, que debería oscilar entre el año y los dos años menos un día de prisión, debido a que se trata de un delito intentado al que el Tribunal de instancia ha decidido rebajar la pena en un grado. Si se realiza el cálculo de la pena a imponer tal como lo realiza el recurrente, y se tiene como referencia la pena de 18 meses a tres años de prisión que utiliza la Sala para hacer el cálculo a la hora de imponer la pena, es cierto que le correspondería una pena de un año dos meses y veinte días. Sin embargo, debemos tener en cuenta que se trata de un delito de robo intentado en casa habitada, en el que concurre además la circunstancia agravante prevista en el artículo 235.7 del Código penal (ha sido ejecutoriamente condenado por dos delitos de robo en casa habitada y otro de robo con violencia), y que de no haberse aplicado tal circunstancia específica de agravación, habría permitido aplicar la agravante de reincidencia prevista en el artículo 66.8ª del Código penal. El motivo será estimado, y en segunda sentencia que hemos de dictar al efecto concretaremos la dosimetría penal aplicable, que ya adelantamos lo será en prisión de un año y cuatro meses de prisión, manteniendo los propios parámetros de la Sala sentenciadora de instancia complementados con los propuestos también por el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, que ha solicitado que se le debe imponer al acusado la pena de un año y once meses de prisión.

12.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 2016 (Roj. STS 2580/2016)

El día 17 de septiembre de 2012, en hora próxima a las 10 de la mañana, los acusados Simón y Millán en unión de otros tres individuos que no son objeto del presente enjuiciamiento, de común acuerdo y con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito, accedieron a la finca del chalet sito en la C/ DIRECCION000 núm. NUM000 de la localidad de Villagarcía de Arosa en la que habitaban Pablo Jesús, su esposa Susana y la menor, hija de ambos Fátima.- Una vez en el interior de la finca el acusado, Simón, en unión de otro individuo no identificado se dirigieron a la zona destinada a garaje en donde se encontraba Pablo Jesús, al que, gritando "Guardia Civil, Guardia Civil", le conminaron a que se tirase en el suelo y propinándole uno de ellos una patada en la espalda le hicieron caer, golpeándose la cabeza contra la rueda de un vehículo allí estacionado, lo que le provocó cierto aturdimiento que aprovecharon para arrastrarlo por el suelo, maniatarlo y taparle la cabeza con ropas viejas, haciéndole levantar poco después para dirigirse al interior de la vivienda, al tiempo que le advertían que no gritase ni hiciese tonterías, momento en que apareció Millán que portando un

saco les dijo que se lo pusieran en la cabeza y como quiera que, en ese instante, Pablo Jesús se giró para poder verle, éste le golpeó con un bate que portaba, a la altura de la mejilla y le tiró al suelo, aprovechando los acusados para cubrirle la cabeza con el saco.- Mientras tanto, el acusado Millán y otros dos individuos no identificados, con el mismo inicial propósito, irrumpieron en el interior de la casa en la que se encontraba Susana quien intentó, sin conseguirlo, impedirles el paso, y una vez en el interior la golpearon contra la pared y la llevaron a la habitación principal en la que se encontraba la menor, Fátima, de tres años de edad.- Dentro de la vivienda, para doblegar su voluntad y a fin de que manifestase donde se encontraba el dinero, condujeron a Pablo Jesús, primero a la cocina-salón y luego a la habitación de su hija, le maniataron e inmovilizaron y al tiempo que exigían que manifestase en donde estaba el millón de euros, le propinaron patadas, amenazaron con matar a su hija y a su mujer a quien llevaron a la habitación en que se encontraba su marido y también golpearon, preguntando a ambos si un número de cuatro dígitos y una letra que tenían apuntado en un guante de látex que portaban se correspondía con el de la caja fuerte de su habitación, contestando Pablo Jesús , que en ese instante recibió un golpe en el labio inferior con una pistola cuyas características no constan, afirmativamente, y tras llevar de nuevo a Susana al cuarto de baño en donde le ataron las piernas, se dirigieron los acusados a la habitación del matrimonio en donde se hicieron con la cantidad de 25.000 € y registraron toda la casa y apoderándose de los siguientes efectos: un reloj Rolex Daytona de oro y acero, un reloj Rolex Submariner de acero y oro, un reloj Rolex Daytona de acero, un Reloj Rolex Submariner 25 aniversario, un reloj Rolex deportivo de correa de caucho, una colección de relojes Breitling 25 aniversario, 15 relojes sin marca, una cadena de oro de caballero, con cruz de oro, una esclava de oro con inscripción, un anillo de oro solitario con piedra blanca, un sello de oro de caballero, un teléfono con forma de vehículo, valorados en 44.4553,48 €, una colección de billetes antiguos y una cámara de fotos Olimpus.- A continuación los acusados y terceros no identificados emprendieron la huida utilizando un vehículo Audi A3 de color gris, matrícula ....-WDW , de titularidad de la entidad Mantenimiento Integral Jarama S.U.L. que abandonaron encendido y con las llaves puestas a unos 100 ms de la vivienda, sin que hubiese sufrido desperfecto alguno.- Casi de inmediato, Susana logró desatarse, desató a su marido y llamó por teléfono a unos familiares en demanda de auxilio.- A las 11 horas, a la llegada de la Policía Nacional a la vivienda, además de la Policía Local, se encontraban en el lugar familiares, amigos y una ambulancia del 061 en la que se encontraban las víctimas.- Como consecuencia de los golpes recibidos, Pablo Jesús, nacido el NUM001 /79, Pablo Jesús, sufrió poli contusiones: erosiones en hemicara derecha, tumefacción y edema en malar y maxilar superior derecho, dolor en articulación témporo-maxilar y rama ascendente de maxilar inferior, dolor leve a la flexión del muslo, traumatismo de cadera y acufenos en oído derecho que tardaron en curar 15 días, dos de los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, restándole como secuela cicatriz de 7 mm. en cara anterior de la muñeca derecha que no causa perjuicio estético.- Susana, nacida el NUM002 /78, a

causa de los golpes y de la situación de hecho vivida sufrió traumatismo cráneo encefálico, poli contusiones y trastorno por estrés agudo que tardaron en curar 180 días, sin necesidad de hospitalización, 30 de los cuales estuvo incapacitada para sus ocupaciones, restándole como secuela trastornos neuróticos por estrés postraumático de carácter grave".

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Condenamos a Simón y Millán, como autores responsables de un delito de robo con violencia en casa habitada con medio peligroso de los artículos 242.1.2 y 3, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

El motivo inicial del recurso, denuncia la indebida aplicación del artículo 147 CP. Partiendo del cuadro fáctico sentado por la Audiencia aducen los recurrentes que la sentencia "omite cualquier tipo de referencia al tratamiento médico o quirúrgico seguido por las lesiones sufridas" y por lo tanto habría que excluir la aplicación del tipo delictivo y calificar el resultado de las lesiones descritas, se refiere a las sufridas por Susana, conforme a la falta del artículo 617 CP que se ha aplicado a las sufridas por Pablo Jesús. Menciona que la mujer tuvo "un diagnóstico inicial de TCE leve y policontusión causando alta con indicación de analgésico para el dolor y un diagnóstico posterior de trastorno por estrés agudo". También se refiere al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 10/10/2003, afirmando la falta de autonomía del trastorno señalado para ser subsumido en el delito de lesiones, por lo que la Audiencia debió tener en cuenta el principio "non bis in idem" y la regla "in dubio pro reo", inclinándose por la calificación ya mencionada como falta de las lesiones padecidas por Susana.

Los recurrentes salvan en su recurso las contradicciones y errores materiales de la sentencia a propósito de la calificación de los hechos, incluso en el auto de aclaración atribuyen el delito de lesiones a las padecidas por Pablo Jesús y la falta a las sufridas por Susana. Debemos señalar que la sentencia recurrida es extraordinariamente parca en cuanto a la calificación de la parte de los hechos atinentes a las lesiones padecidas por los perjudicados, de forma que fuera de lo que se consigna en el "factum", que ahora acotaremos, y la referencia contenida en el fundamento jurídico segundo a los partes médicos e informes forenses relativos a aquéllos, donde se hace constar "lesiones compatibles con los mecanismos de producción que relatan", parece dar por supuesta su calificación jurídica.

Como el motivo se refiere al delito de lesiones ex artículo 147.1 CP nos remitiremos al párrafo de los hechos probados que relatan el resultado de la agresión de los acusados a Susana : ".... a causa de los golpes y de la situación de hecho vivida sufrió traumatismo cráneo encefálico, policontusiones y trastorno por estrés agudo que tardaron en curar 180 días sin necesidad de hospitalización, 30 de los cuales estuvo incapacitada para sus ocupaciones, restándole como secuela trastornos neuróticos por

estrés postraumático de carácter grave". Pues bien, a partir de este hecho probado debemos revisar el juicio de subsunción, pues efectivamente, como afirman los recurrentes, en el párrafo transcrito no se consigna el tratamiento médico o quirúrgico aplicado a la víctima. El Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso argumenta que no obstante lo anterior "de la lectura en el relato de hechos probados de las lesiones sufridas tanto por Pablo Jesús como por Susana deducimos la existencia de unos resultados lesivos superiores a la mera asistencia médica, sino que necesariamente, por su forma de producción, naturaleza de los mismos y duración en su curación, precisaron tratamiento médico superior a la primera asistencia". A continuación acude a los partes médicos de sanidad de las víctimas y en cuanto a Susana subraya los diversos partes médicos forenses de estado "en donde se hace constar tratamiento de medicación ansiolítica y consultas con psicóloga clínica y psiquiátrica", desechando "el traumatismo craneoencefálico que fue de carácter leve y no precisó tratamiento para su curación, pero que también presentó un cuadro englobado en los de <<Reacciones a estrés grave y trastorno de adaptación (F43 CIE-10)>>, para el que se ha pautado medicación ansiolítica y tratamiento psicológico .... el tratamiento pautado presenta finalidad curativa y es necesario para la curación de la patología psíquica que ha presentado a raíz de los hechos ...." (folios 771 y 772). Por lo tanto se hace preciso analizar si a partir del diagnóstico (resultado) consignado en el "factum" puede deducirse lógica y racionalmente como consecuencia necesaria la instauración de un tratamiento médico prescrito por el psiquiatra. La respuesta debe ser afirmativa. En primer lugar, por cuanto la regla de experiencia nos enseña que un trastorno por estrés agudo que tarda en curar 180 días hace necesaria la intervención del médico que es el único capacitado para determinar su tiempo de curación, de la misma forma que precisa del tratamiento psiquiátrico adecuado prescrito por un médico. En segundo lugar, ya hemos apuntado que la sentencia ha tenido en cuenta como fuente de corroboración de las lesiones los partes médicos e informes forenses unidos a la causa y por lo tanto puede acudirse a los mismos para completar los hechos fijados que hemos acotado más arriba. Por último, frente al Acuerdo de Sala General invocado por los recurrentes de 10/10/2003, debemos responder que el mismo se refiere a las secuelas psíquicas de la agresión sexual, mientras en el caso enjuiciado se trata de un delito de robo con violencia e intimidación el artículo 242 CP que precisamente incluye una cláusula concursal en su apartado 1º, último inciso, cuando añade "sin perjuicio de la (pena) que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase" el culpable o culpables, tratándose de un concurso real. Admitidas las lesiones psíquicas como subsumibles en el artículo 147.1 CP, (menoscabo de la salud física o mental de la víctima) y la necesidad de un tratamiento médico instaurado por un facultativo con título de medicina más allá de la primera asistencia facultativa, ello nos lleva a la desestimación del primero de los motivos de ambos recursos.

13.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MAYO DE 2016 (Roj. STS 2264/2016)

La sentencia recurrida declaró probado respecto al recurrente Modesto que con ánimo de ilícito enriquecimiento acudió a la vivienda sita en la DIRECCION002 número NUM004 de la localidad de Sant Vicenç de Castellet residencia de Joaquina, y tras saltar un muro cuya altura no consta y fracturar el cristal de una ventana para forzarla, accedió al interior y se apoderó de dinero en efectivo y una serie de objetos, entre ellos las joyas que vendió.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: Debemos condenar y condenamos a Modesto como autor penalmente responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada.

Para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2º LECrim la doctrina de esta Sala 2ª (entre otras muchas las SSTS 209/2012 de 23 de marzo; 128/2013 de 28 de febrero; 656/2013 de 28 de junio o la 475/2014 de 3 de junio) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los

pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificar. En definitiva, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2º LECrim consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

La sala sentenciadora ha sustentado sus conclusiones probatorias respecto a la existencia del robo en las declaraciones de la moradora de la vivienda y de los agentes que se personaron en el lugar de los hechos y pudieron comprobar que el cristal había sido fracturado, la existencia de los daños en la ventana y que el interior de la casa se encontraba todo revuelto. La intervención del acusado en tales hechos los deduce a partir del hallazgo de una huella de su dedo pulgar de la mano derecha en la ventana que resultó fracturada, huella que fue estudiada por la correspondiente pericial lofoscópica. También en la existencia de un muro que circunda la vivienda y su apariencia, extremos acreditados por la testifical de su moradora y los agentes antes citados. Indicios ante los que se desvanece la versión de descargo del acusado que admitió haberse acercado al inmueble y tocado la ventana desde la calle cuando buscaba una casa para ocupar. No solo la apariencia de la casa no proyectaba la idea de abandono o desocupación, sino que la existencia del muro impedía el acceso directo a la ventana donde se encontró la huella en las condiciones que el acusado describió. El recurrente residencia el error que denuncia en cuatro documentos: el folio 52 que documenta el acta de inspección ocular incorporada al atestado; el folio 433 que incorpora fotografía de la huella localizada; el folio 33 que incorpora el oficio notificando la identificación de dicha huella; y el informe emitido por los Mossos de Esquadra (folio 21). En todos ellos consta que la huella del recurrente fue localizada en la persiana. Ahora bien este extremo carece de la trascendencia que el recurrente le confiere. La Sala sentenciadora en su argumentación residenció la huella en la ventana que apareció forzada y con su cristal fracturado, lo que en sentido amplio incluye la persiana. En cualquier caso partió de que la misma se encontraba en la parte exterior de la casa, y de cara a la importancia que le otorgó a partir de los restantes datos contrastados, resulta irrelevante que se encontrara ubicada en la persiana o el cristal.

Esta Sala tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el

razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTS 1085/2000 de 26 de junio; 1364/2000 de 8 de septiembre; 24/2001 de 18 de enero; 813/2008 de 2 de diciembre; 19/2009 de 7 de enero; 139/2009 de 24 de febrero; 322/2010 de 5 de abril; 208/2012 de 16 de marzo; 690/2013 de 24 de julio; 481/2014 de 3 de junio o 43/2015 de 28 de enero, entre otras). En el presente caso la Sala sentenciadora analizó los indicios que ha tomado en consideración, a los que ya nos hemos referido (la huella del acusado en la ventana, el forzamiento de su cerradura y la fractura del cristal; que el interior de la casa se encontraba revuelto y faltaban objetos y dinero del interior; que la ventana en la que quedó plasmada la huella no se encuentra a pie de calle, sino que para acceder a ella hayque superar un muro que circunda la vivienda), la prueba que los acreditó y del razonamiento que sustentó el juicio de inferencia realizado. Valoró cada indicio, los interconectó y confrontó con la hipótesis aducida por la defensa, que descartó por inverosímil. Finalmente concluyó que todos los indicios convergen en una dirección que es la única que se perfila como razonable con exclusión de cualquier otra, y su inferencia no puede tacharse de ilógica o arbitraria. En definitiva la Sala sentenciadora ha tomado en consideración en orden a tener por acreditados los hechos que atribuye al acusado prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada; es decir, idónea para desvirtuar la presunción de su inocencia. El motivo se va a desestimar y con él la totalidad del recurso.

14.SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE ABRIL DE 2016 (Roj. 1548/2016)

Los acusados Eusebio, Tomás, Alfonso, Valentina, Esteban, y Abelardo (O Remigio), guiados todos ellos con la finalidad de obtener un enriquecimiento ilícito mediante el apoderamiento de los bienes u objetos de valor que se encontrasen en el interior de la casa sita en el n° NUM000 de la Aldea de Vadofresno (pedanía de Encinas Reales), que constituye la vivienda del matrimonio formado por Emilio y María Milagros, se reunieron en la tarde del día 30 de enero de 2013 en una gasolinera situada en las proximidades de Écija, desde donde se dirigieron a la localidad de Encinas Reales (Córdoba). Una vez en la referida localidad de Encinas Reales, Valentina, Alfonso, Eusebio, Esteban y Abelardo se dirigieron hacia el domicilio en el que se iban a desarrollar los hechos, entraron en la vivienda a través de su puerta, que estaba abierta, encontrándose en la casa, a Emilio, quien se encontraba durmiendo o adormilada en un

sillón. Acto seguido, los referidos acusados comenzaron a registrar la casa, llegando en ese momento María Milagros, a quien uno de dichos rumanos, sin que conste acreditado cuál de los dos, al sentirse descubierto, comenzó a agredir a María Milagros, golpeándola y arrojándola al suelo, donde continuó propinándole patadas en la cabeza, momento en que Emilio se dirigió hacia su esposa para auxiliarla, recibiendo en ese momento un golpe en la cabeza que le fue propinado por el otro de las dos acusados de nacionalidad rumana, utilizando para ello la referida pistola que portaba, cayendo Emilio al suelo donde tanto él como su esposa siguieron recibiendo golpes, sobre todo en la cabeza, hasta quedar prácticamente sin conocimiento. Instantes después, al oír un vecino quejidos procedentes de la casa, acudió a ella y al intentar entrar en la misma los acusados Esteban y Abelardo se marcharon corriendo de la misma, habiéndose apoderado de 30 euros en metálico, una cartera, un teléfono móvil y 3 horquillas de plata que eran propiedad de los referidos perjudicados, siendo recogidos posteriormente por los demás acusados antes citados que les esperaban en los vehículos, tras lo cual se marcharon todos ellos con los efectos sustraídos.

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos. Que debemos condenar y condenamos a los acusados por un delito de Robo con violencia cometido en casa habitada, concurriendo la agravante de disfraz, y de un delito de lesiones, concurriendo igualmente la agravante de disfraz.

El recurso denuncia como vulnerado el art 242 del Código Penal por estimar que no consta probado que el recurrente conviniera la realización de un comportamiento violento, limitando su aquiescencia a una actividad meramente sustractiva calificable como mero hurto. La violencia incluso no habría comenzado sino avanzada la ejecución del plan al aparecer Dª María Milagros en el escenario. Considera que aquella ejecución alcanzó lo que califica de "desviación imprevisible" por lo que estima que esos actos de los coacusados violentos no le son imputables al recurrente

Tal pretensión no puede ser acogida en el cauce procesal utilizado que exige el pleno respeto a los hechos que son dados en la sentencia como probados. Y éstos proclaman que el recurrente participó en la generación del plan delictivo y en posibilitar su realización misma. Y tales previas configuraciones de la actuación material, que dos de los acusados iban a llevar a cabo, habían de pergeñarse desde la previsión, por su evidente probabilidad, de que el desarrollo de la misma acarrearía una mínima oposición por los perjudicados que exigiría actos de anulación por los autores, sin duda violentos. Pero es que, además, el plan delictivo incluía el porte de un instrumento a modo de arma y disfraces. Lo que sugería la indudable violencia a ejercer. Y esa previsibilidad objetiva hace imputable el resultado efectivamente alcanzado y proclamado como probado en la sentencia. Cuando menos por dolo eventual. Por ello el motivo deviene injustificado y se rechaza.

XXIV. ANEXO

i. DERECHO HISTÓRICO

1. EL DELITO DE ROBO EN EL DERECHO HISTÓRICO HISPANO MUSULMAN[4]

Los juristas musulmanes catalogan como delitos que atacan los bienes: el delito de robo y el bandidaje. Existe un punto común entre estos dos delitos: los dos suponen una apropiación ilegal de bienes. El primero es calificado como robo ordinario, mientras el segundo es catalogado como robo extraordinario (grande) por Ibn Yuzay.

Sin embargo, ambos delitos son diferentes: el robo ordinario consiste en la acción de apoderarse a escondidas de un bien perteneciente a otra persona guardado en un lugar seguro («hirz»), excluyendo, por lo tanto, según los juristas musulmanes, el pillaje («intihab»), la ratería («ijtilas») y el robo acompañado de homicidio («gila»), que son considerados bandidaje.

El robo extraordinario o bandidaje supone asaltar los caminos para atacar a la gente con el objetivo de apoderarse ilegalmente de bienes pertenecientes a otros, matando o no a la víctima.

El delito de robo «sariqa» es uno de los delitos «hudud», es decir, delitos previstos por el Corán y cuya pena es previamente determinada en su naturaleza y su cuantía: «al ladrón y a la ladrona cortadles la mano en pago por lo que hicieron. Escarmiento de Allah, Allah es poderoso y sabio».

Los juristas musulmanes definen el delito de robo como el acto mediante el cual una persona responsable se apodera, de manera clandestina, de un bien que pertenece a otra persona, de un valor mínimo determinado («nisab»), y que se encuentra guardada en lugar seguro («hirz»).

---

[4] Loubna EL OUAZZANI CHAHDI. El delito de robo en el derecho penal hispano-musulman. Cuadernos de Historia del derecho. 2005.

Para entender esta noción de lugar guardado («hirz») es necesario tener una idea sobre el carácter de la casa entre los musulmanes, de hecho, varios elementos de la casa árabe expresan el modo de vida y los comportamientos individuales o colectivos inspirados en el Islam; la casa musulmana es un espacio privado, cerrado, sin vistas al exterior para preservar la intimidad de la vida familiar; como indica L. Torres Balbás, esto se refleja tanto respecto a la ciudad («La estructura de los barrios residenciales obedece a la tendencia a recluir la mujer y a mantener el secreto de la vida familiar, el plano de la ciudad, fuera de los zocos y las calles de tráfico aparece como un verdadero laberinto de calles, sinuosas, rebeldes a cualquier alineación») como a la casa: «La recatada vida familiar de los musulmanes se desarrollaba en el interior de la vivienda, en torno al patio; de la calle pocas veces y siempre en escasa medida recibía aire y luz. No interesaba a sus moradores el tráfico callejero inexistente, salvo en las pocas vías centrales, ni el curiosear a transeúntes y vecinos.

Los muros exteriores de las casas, cuya desnudez apenas interrumpían más huecos que el de ingreso, levantados sin preocupación alguna de adorno ni de ostentación, no revelaban la posición social y económica de los que tras ellos habitaban... En éste como en otros aspectos oponíanse la civilización occidental y la oriental».

Esta es la definición del robo que se castiga con la pena hadd de amputación de la mano, los juristas musulmanes no consideran el lucro «ijtilas», que es cuando arrebata abiertamente algo de lugar no «hirz» aprovechando del descuido o negligencia del interesado, ni la forma de usurpación «gasb», como delito de robo, es decir, sujeto a la pena legal. Hay que señalar que esta definición y estas observaciones permiten afirmar que la noción islámica del robo («sariqa») no corresponde a la noción occidental del robo simple o hurto, sino que constituye una especie de robo cualificado.

Se requieren ciertas condiciones para que el culpable de este delito sea castigado con la pena «hadd» determinada por el Corán.

1. El delincuente y la víctima, el culpable debe cumplir las siguientes condiciones:

a) Estar dotado de razón, no importa su condición, libre o esclavo, hombre o mujer, musulmán o tributario, dimmí (cristiano o judío viviendo bajo protección musulmana) o aliado por un pacto.

b) Ser púber, según Ibn Yuzay, ni al niño ni al demente se les aplicarán la pena «hadd».

c) No debe ser esclavo perteneciente a la víctima del robo, puesto que al esclavo que roba dinero de su dueño no se le aplicará la pena legal; de hecho, en un caso concreto, objeto de la fatwa nº 113, el acusado de robo es un esclavo que robó dinero

perteneciente al hijo de su dueño. La pena por este delito es la amputación de la mano, sin embargo, como el autor del robo es esclavo de la víctima, en este caso no se le aplicará dicha pena.

En principio, ésta es la norma admitida por la mayoría de los juristas malikíes, es decir, al esclavo no se le aplicará la pena legal por haber robado las pertenencias de su amo. Así lo afirma Ibn Acem: que la pena legal de mutilación no se aplicará cuando el robo es cometido por un esclavo en perjuicio de su dueño.

Sin embargo, en el caso de la presente fatwa el acusado ha robado dinero perteneciente al hijo de su dueño. Acerca de este punto los juristas andalusíes emiten varias opiniones. Ibn Farhun, por su parte, apunta que parece que existen dos opiniones acerca de este caso, la primera es la de Ibn al Qasim, la otra es la de Abu l Mus'ab. Según Ibn al Qasim, al esclavo que roba dinero del hijo de su dueño, se le amputará la mano. Ibn Rusd apunta que consultó a Yahya ibn Yahya acerca de esta cuestión y le respondió que si el hijo está todavía bajo la tutela de su padre, en este caso, no se aplicará la pena al reo. En cambio, si el hijo ya no depende de su padre, se amputará la mano del culpable. Ibn Rusd apunta que esta opinión no es admitida por algunos juristas. En primer lugar, Sahnun fue consultado al respecto y afirmó que existen dos opiniones contradictorias, ambas están atribuidas a Malik; según la primera, transmitida por Ibn al Qasim, hay que aplicar la pena de amputación a este acusado, mientras, según la segunda opinión, transmitida por Ibn Wahb, no se le ha de aplicar dicha pena. Sahnun apunta que lo lógico sería aplicar la amputación de la mano, y explica que, si la pena no se aplica cuando el esclavo roba a su dueño, es porque este último no será obligado a garantizar el valor de lo robado (yadmanuho), al contrario de cuando el esclavo roba el dinero del hijo de su dueño, lo que afecta al derecho de su dueño, puesto que este último será obligado a garantizar el valor de lo robado (yadmana). Por otra parte, si el esclavo ha gastado este dinero y no lo restituyó, en este caso será un delito donde sólo el esclavo es responsable, entonces, el dueño tiene la opción de elegir entre pagar el valor de lo robado o bien entregar el esclavo a la víctima, en este caso, el esclavo sufrirá la amputación de la mano, puesto que no existe impedimento entre el hijo y el esclavo que exima a éste último de sufrir la pena prescrita para este delito. Sólo se le exime de dicha pena cuando roba dinero de su dueño.

En segundo lugar, según otra opinión, por analogía al caso del padre que roba a su hijo o el abuelo que roba dinero de su nieto, a éste no se le aplicará la pena legal, por lo cual algunos consideran que no se aplicará esta pena al esclavo que roba el hijo de su dueño, basándose en el hadit del Profeta que dijo que el hijo con su dinero pertenece al padre. Por lo tanto, siendo el dinero del hijo propiedad del padre, no es conveniente cortar la mano del esclavo del padre que roba el hijo de su dueño, puesto que no sufrirá dicha pena si ha robado a su dueño; opinión que Ibn Rusd considera débil, pues entiende que, primero, el esclavo está sólo exento de la pena cuando roba a su dueño y,

segundo, no se pueden acumular dos penas en perjuicio del dueño: perdida de su dinero y amputación de la mano de su esclavo; Ibn Rusd además justifica la opinión de Yahya Ibn Yahya quien hace una distinción entre si el hijo este todavía bajo tutela de su padre y si no lo está, cuando el hijo depende de su padre, será éste quien se obligará. Vemos que ambas opiniones están justificadas, Ibn Rusd opta por la no aplicación de la pena si el hijo está todavía bajo crianza de su padre. De hecho, el muftí consultado en este caso dio la misma opinión.

d) No debe ser el padre de la víctima, puesto que no se castigará al padre que roba dinero de su hijo; acerca del marido y su esposa existe discrepancia.

En cuanto a la víctima, puede ser un musulmán o tributario, y para los malikíes también puede serlo un aliado. Ibn Yuzay apunta que no se aplicará la pena hadd al culpable que robó por necesidad, por ejemplo, por hambre.

En cuanto al robo cometido por un esclavo, sea la víctima de condición libre o no, Ibn Yuzay apunta que su dueño tiene que elegir entre entregarle a la víctima o rescatarle, aunque los objetos robados sean de igual, inferior o superior valor al esclavo. Esto se aplica cuando se trata de dinero que no ha sido confiado al esclavo.

En cambio, si se trata de dinero confiado al esclavo, como depósito, préstamo, alquiler o salario, el esclavo tendrá que responder él mismo del delito.

2. Objeto robado

Según la escuela malikí, para la aplicación de la pena had, es importante que el objeto robado cumpla ciertas condiciones, que según Ibn Yuzay son seis:

a) Nisab: el objeto robado debe tener un valor determinado, llamado por los juristas musulmanes «nisab», para que se considere robo. Los juristas malikíes han fijado el nisab en un cuarto de dinar de oro o tres dirhems de plata.

Ibn Yuzay apunta que es robo a partir de este valor; una pregunta se impone acerca del robo cometido por varios ladrones si el objeto robado equivale a un nisab ¿se les aplicará o no la pena legal?.

Los malikíes distinguen según que el objeto pueda ser llevado por uno de los coautores, o bien que el concurso de todos sea necesario en razón del peso del objeto. Las opiniones de los juristas malikíes están divididas, algunos como Jalil opinan que no se aplicará la pena hadd en el primer caso, pero otros opinan lo contrario. Mientras que en el segundo caso, todos sufrirán la pena. Ibn Yuzay ofrece dos soluciones: si un grupo de personas roba un nisab, pero en la distribución cada uno se lleva una parte inferior al nisab, deben sufrir todos la pena.

b) El objeto robado debe ser propiedad de la víctima.

En efecto, los juristas malikíes exigen que el objeto robado pertenezca integralmente a la víctima. Ibn Yuzay apunta que el culpable no debe ser copropietario del objeto; según este jurista, no se aplicará la pena del robo al que sustraiga un objeto que él haya entregado en empeño, ni al trabajador asalariado que extraiga de su patrón la cantidad correspondiente a su salario, ni al acreedor cuando se apodere de la cantidad adeudada por su deudor. Los juristas discrepan acerca del castigo por sustraer cosas del botín de guerra antes de ordenarse su reparto. Cuando el objeto robado no es propiedad individual sino que es común de varias personas, como por ejemplo, las cosas comunes entre el marido y su esposa, los padres e hijos, el esclavo y su dueño como es el caso de la fatwa nº 1, no se considera robo si una de las personas citadas se apodera del objeto común. A condición de que la posesión sea efectiva.

Sin embargo, los juristas malikíes opinan que el marido que roba un objeto personal que su esposa tenía guardado en un lugar seguro, sufrirá la pena legal. En cuanto al padre que roba las pertenencias de su hijo no se le aplicará la pena hadd, según una tradición célebre del Profeta cuando dijo: «Tú y tus bienes pertenecéis a tu padre».

Otro caso es el que roba un objeto a alguien que a su vez lo tenía robado; los malikíes consideran que la verdadera víctima no es el primer ladrón sino que es el primer robado, suponiendo que sea el propietario del objeto.

Por último, los malikíes son categóricos en aplicar la pena hadd a la persona que tras robar un objeto acaba siendo su propietario, bien por herencia o bien por donación de la víctima; la solución se justifica por el hecho que de la pena legal nació antes y no podrá extinguirse por causa de una circunstancia independiente de la voluntad del ladrón.

c) El objeto robado debe tener una utilidad legal y utilización lícita.

En primer lugar, respecto a la utilidad legal, los malikíes no consideran como delito el robo de frutas, legumbres o en general productos perecederos. Ni tampoco el robo de un perro.

Por otra parte, existen objetos o productos cuyo uso está prohibido, tales como el vino y la carne del cerdo; el culpable de su robo no ocasionará la aplicación de la pena legal por ser ilícitos, como los instrumentos de música y juegos. En cambio, la pena será aplicada si el objeto robado podía ser transformado en un objeto de uso lícito. En cuanto al robo de una niña o niño menor de edad, libre o esclavo, los malikí- es califican este acto de robo.

d) El objeto robado debe haber sido extraído de un lugar custodiado («hirz»)

Para ser calificado de robo castigado con la pena lega hadd, la cosa robada debe estar guardada, en el momento de ser robada, en un lugar custodiado, que los juristas

llaman «hirz». Ibn Yuzay considera como hirz la casa, la tienda, nave, lomos de una bestia; o cualquier otro lugar donde la gente haya convenido que se pueden guardar objetos; el jurista apunta que esta noción de hirz es variable según las costumbres de la gente. Hay que apuntar que el hirz variará también en función de la naturaleza del objeto, así que lo que es un hirz para ciertos objetos, no lo es para otros. Una cuadra es un hirz para los animales, pero no lo es para joyas.

Por lo tanto, no se aplicará la pena hadd al ladrón que roba algo en un sitio que no es un hirz. Esto es lo que se cumple en la fatwa nº 5, donde el culpable, tras robar ciertos objetos, se dio cuenta de que estaban en un lugar custodiado y por ello cambió sus declaraciones.

En efecto, de esta fatwa se desprende que en los delitos de robo la importancia del lugar donde se cometió el delito es determinante para poder calificar el delito de robo y, por lo tanto, aplicar la pena «hadd».

Según Ibn Rusd, el hirz no es necesariamente el lugar cerrado, con puertas, y cerraduras, sino que es el lugar donde por costumbre la gente guarda sus pertenencias. Ibn Rusd enumera los lugares donde, si se comete un robo, será aplicada la pena legal:

- La casa donde sólo entra su propietario.

- La casa donde sólo vive un hombre con su esposa.

- La casa cuyo propietario autoriza a la gente a entrar.

- La casa en copropiedad abierta a la gente.

- Y la casa en copropiedad, pero en la cual no entran ajenos.

Primero, tratándose de la casa donde sólo entra su dueño y le está prohibido a la gente entrar, se aplicará la amputación de la mano al culpable que roba objetos, cuyo valor alcanza el valor determinado por la ley, es decir, a un cuarto de dinar o tres dirhemes, cantidad a partir de la cual el acusado puede ser merecedor de la amputación.

Y si el culpable sale de la casa llevándose con él los objetos. Sin embargo, los juristas son únanimes en que no se aplicará la pena al culpable que fue arrestado dentro de la casa con las cosas robadas, pero no ha salido fuera.

En segundo lugar, si el culpable ha robado objetos en una casa donde se le permitió entrar como invitado o mandado por el dueño para traer algo, existen dos opiniones:

La primera recogida del libro de Ibn al Mawwaz y mencionada en la Mudawwana, según la cual, no se cortará la mano al culpable aunque salga de la casa llevándose con él los objetos, porque se trata de una traidor y no de un ladrón.

La segunda es la opinión de Sahnun, quien cree que hay que cortarle la mano si salió del lugar donde se le autorizó a entrar. Según otra opinión de Malik, recogida en el libro de Ibn al Mawwaz, no se aplicará la pena legal al culpable si no se lleva los objetos fuera de la casa; Ibn Rusd desmiente esta opinión, puesto que en el mismo libro se ha dicho que se trata de un traidor y no de un ladrón.

En tercer lugar, la casa donde sólo vive un marido con su esposa; hay discrepancia acerca de cuando la mujer o su esclava roba dinero perteneciente al marido de una habitación en la que les estaba prohibido penetrar o que estaba cerrada, también existe discrepancia acerca de si el marido o su esclavo roban el dinero de la esposa guardado en una habitación a la que ésta última les prohíbe entrar:

Según una primera opinión, se aplicará la pena al que ha robado de la habitación en la que no estaban autorizados a entrar, aunque el culpable no salga con los objetos robados fuera de la casa.

Al contrario, la segunda opinión no condena a la amputación al culpable aunque saliese de la casa con los objetos robados. Dicha opinión atribuida a Malik es contestada.

En cuarto lugar, respecto a la casa cuyo dueño autoriza el acceso a la gente, como es el caso de la casa del alfaquí, del médico, o el dueño que prohíbe la entrada de la gente en una parte de la casa dejando la puerta abierta para que entren sin pedir permiso, hay que aplicar la pena al culpable que roba algo de una de las habitaciones cuyo acceso le está prohibido, si sale fuera llevándose con él los objetos. Pero no se aplicará la pena si se ha llevado objetos que estaban en el patio de la casa o en las habitaciones cuyo acceso está permitido, aunque salga fuera de la casa.

En quinto lugar, si se trata de una casa en copropiedad, cuyo acceso está permitido a la gente, como los «fanadiq» (alhóndigas), si una persona roba algo de una de las habitaciones, sea residente o ajena, se le aplicará la pena legal si lo lleva fuera de la habitación al patio del funduq.

Y, por último, si se trata de la casa en copropiedad, pero cuyo acceso no está permitido a gente ajena, no hay discrepancia de que se aplicará la pena al culpable residente en la casa que roba algo de otra habitación, si lo lleva al patio de la casa, aunque no salga llevándoselo fuera de la casa ni entre en su habitación. Por otra parte, no hay discrepancia en de que no se aplica la pena si uno de los habitantes roba algo del patio de la casa, aunque se lo lleve fuera de la casa o a su habitación. Salvo si se trata de

un animal que suelen atar en este patio u objeto pesado que se suele dejar allí, por lo cual se convierte el patio en un «hirz», por lo cual se aplicaría la pena al ladrón.

En el caso de la fatwa 5 el acusado, tras darse cuenta de que los objetos robados estaban en un «hirz», declaró que eran sus pertenencias.

A este respecto, Ibn Al Mayisun y a Layt, basándose en la opinión del califa Umar, afirman que, si se encontraron en la casa de un ladrón objetos robados sin que pueda justificar que le pertenecen, en este caso el denunciador sólo recuperará sus objetos. Y, si se sabe que el acusado no cometió antes ningún delito de robo, la autoridad judicial debe detener el acusado y abrir una investigación sobre él. En cambio, si es conocido por cometer este delito será encarcelado hasta que muera.

Por su parte, Ibn Acem apunta que, si el culpable de este delito se retracta, sin dar explicación, los juristas discrepan sobre si hay que pronunciar contra él la pena de amputación, en cambio, si invoca un motivo verosímil, alegando, por ejemplo, que el objeto que robó le pertenece, en depósito o préstamo. Todos los juristas están acordes en no aplicarle la pena.

En cambio, y como afirma Ibn Acem, todo objeto robado debe ser restituido, independientemente de que el culpable sufra o no la pena de amputación; incluso, el dueño de dichos objetos tiene derecho a perseguir sus bienes si están en posesión de terceros.

Pero, si el objeto robado ha sido consumido, hay que distinguir entre dos casos:

El dueño tendrá el derecho a reclamar el valor de sus objetos, cualquiera que sea la solvencia del culpable, cuando éste no sufriera la amputación.

En cambio, si el culpable ha sufrido la pena, la reclamación de la víctima no tendrá lugar aunque el culpable sea solvente.

Por último, el culpable será eximido en estos casos:

Cuando el objeto robado se encuentra en un sitio no guardado, por ejemplo, abandonado en un mercado, lugar público, baño público, vía pública, etc.

Cuando el valor del objeto robado es inferior al valor legal («nisab»). Y cuando el culpable ha robado por necesidad.

En este caso el muftí, después de dar varios ejemplos de casos parecidos, dictaminó que no se aplicará la pena de amputación al culpable). No obstante, esta noción de hirz es un punto de discordancia entre los juristas, que discrepan acerca del robo cometido en ciertos lugares, como los baños públicos, los «funduq» o el campo. Así, por ejemplo, Ibnu Yuzay opina que no será castigado de hadd quien roba lámparas

de una mezquita, tampoco el que roba frutas aún pendientes de un árbol, ni parte de una cosecha aún no segada, que no estuviera en un terreno acotado, ni el huésped que robó algo de la casa de los que le habían alojado en su casa, aunque hay discrepancia si lo que roba estaba en un armario en la casa.

De todas formas, los juristas exigen para calificar el acto de delito de robo que el objeto sea sustraído con ocultación y no con pillaje ni ratería.

XXV. BIBLIOGRAFIA

- AFFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, "Estudio programático de la parte general". 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., "La espiral del Mobbing". Papeles del Psicólogo, 2003. N. º 84, págs. 55-61.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicología. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral "Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)". Departament de psicología social. Facultat de Psicología. Universitat de València. Servei de Publicacions. 2011.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. "La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco". Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Págs. 14-15.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. http://www.revistajuridicaonline.com. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Págs.51-56.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, págs.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22,33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and OrganitzationalPsichology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organitzational Psichology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. http://www.preventionworld. com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Págs. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010.Págs. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Págs. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), págs. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Págs. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), págs. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PÉREZ MACHIO ANA I., "Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC.Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestion 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.ª1, 1991. Ediciones P.P.U. Págs. 9-22.