



Roj: **STS 2620/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2620**

Id Cendoj: **28079120012019100454**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2019**

Nº de Recurso: **10199/2019**

Nº de Resolución: **376/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 8636/2019,**
STS 2620/2019

RECURSO CASACION (P) núm.: 10199/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 376/2019

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Antonio del Moral Garcia

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 23 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Cesar**, contra Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla núm. 14/2019, de 31 de enero de 2019, dictada en el Rollo de apelación 141/2018 frente a la Sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 68/2018, de 13 de septiembre de 2018, dictada en el Rollo de Sala núm. 5126/18 dimanante del P.A. 41/18 del Juzgado de Instrucción núm. 19 de los de dicha Capital, seguido por delitos de robo con violencia y lesiones, contra Don Cesar y Don Demetrio. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido partes en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal; como recurrente el acusado Don Cesar representado por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Piña Ramírez y defendido por el Letrado Don Enrique Rojo Alonso de Caso; y como recurrido la Acusación particular Doña Vanesa (viuda de Don Ezequias) representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Regina Maldonado Estévez y asistida por el Letrado Don José Antonio Velázquez Villegas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 19 de Sevilla incoó P.A. núm. 41/18 por delitos de robo con violencia y lesiones contra **los acusados DON Cesar y DON Herminio** , y una vez concluso lo remitió a la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 13 de septiembre de 2018 dictó Sentencia núm. 68/18 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<ÚNICO.- Sobre las 20,30 horas del día 16 de marzo de 2017 Cesar , nacido el NUM000 de 1988, mayor de edad y sin antecedentes penales, en compañía de al menos otros tres individuos que no han quedado debidamente identificados, y con los que actuaba de mutuo acuerdo, acudieron a la finca propiedad de don Ezequias , de 65 años de edad, situada en CAMINO000 NUM001 de la localidad de La Algaba (Sevilla), a cuya casa de campo acudía casi a diario dicho propietario, portando aquellos pasamontañas y capuchas con el objeto de impedir sus ulteriores identificaciones.

Cesar junto al resto de individuos no identificados, se introdujeron en la finca y se abalanzaron sobre Ezequias cuando éste acababa de entrar con su coche en la finca y se apeó del mismo para cerrar la cancela desde el interior. Cesar junto a los otros tres lo maniataron con cinta americana y lo trasladaron hasta un pequeño callejón que hay entre la vivienda y la perrera, lugar en el que le golpearon con violencia, con puñetazos y patadas, al tiempo que le preguntaban insistentemente sobre donde guardaba el dinero, y que sabían que tenía 500.000 € conminándole para que les dijera dónde se encontraba la caja fuerte. El señor Ezequias les dijo a Cesar y a sus acompañantes que no tenía esa cantidad de dinero sino que tenía 1500 euros en la caja fuerte que tenía en el laboratorio dental en el que trabajaba diciéndoles que las llaves del laboratorio y de la casa estaban en el hueco del freno de su coche, lugar al que acudieron y sustrajeron las mismas. Con unos cuchillos y un hacha que Cesar y el resto de individuos no identificados cogieron de la casa le amedrentaron con cortarles los dedos si no les entregaba el dinero; igualmente le dijeron que si no encontraban el dinero en el laboratorio mataban a su mujer y que también sabían donde vivía su hija y sus nietos en la localidad de Torre de la Reina para infundirle temor con causarles daño, aportándole datos personales de los mismos de los que se deducía que eran conocedores de sus identidades y de sus costumbres.

Permaneciendo aún en el citado callejón se quedó custodiado por Cesar , momento en que el señor Ezequias intentó zafarse y hacerle frente, iniciando un forcejeo con el mismo, siendo Ezequias fuertemente golpeado por Cesar , cayendo en ese momento efectos pertenecientes a este último.

Acto seguido Cesar dio aviso a sus compañeros y decidieron introducirlo en el interior de la vivienda, abriendo uno de ellos la puerta de entrada con la llave del señor Ezequias que había sido previamente sustraída, lugar donde le volvieron a poner cinta americana y al acabarse la misma le pusieron su cinturón en los pies. Nuevamente Cesar y el resto de los individuos volvieron a golpearle fuertemente, a la vez que le decían que iban para su casa y que como no encontrarán el dinero matarán a su mujer.

Cesar , junto al resto de individuos no identificados lograron apoderarse de determinados efectos propiedad de Ezequias , entre los que se encontraban su teléfono móvil y al menos un juego de llaves, correspondiente al domicilio principal de Ezequias y al laboratorio en el que desarrollaba habitualmente su trabajo. Posteriormente le dejaron atado y amordazado en el lugar y se marcharon portando consigo tales efectos.

Ezequias pudo desatarse por sí solo pocos minutos más tarde, acudiendo velozmente a su domicilio habitual situado en la AVENIDA000 de La Algaba. Una vez allí, comprobó que su esposa Vanesa se encontraba en buen estado, aunque la misma le manifestó que momentos antes había escuchado como personas desconocidas habían tratado de entrar en su domicilio, haciendo fuertes ruidos, si bien no lo lograron dado que hicieron uso de unas llaves incorrectas.

En el lugar de los hechos, quedó abandonado el Documento Nacional de Identidad del acusado Cesar , dado que se le cayó en el curso del forcejeo mantenido con la víctima. Según el repetidor de telefonía móvil de la compañía a la que pertenecía el teléfono móvil del acusado que da cobertura a la zona donde se encontraba la finca, don Cesar se encontraba el día de los hechos y en la franja horaria en la que ocurrieron en la zona donde está situada la misma.

Como consecuencia de los hechos descritos Ezequias , fallecido el 9 de agosto de 2017 por hecho ajenos al presente procedimiento, sufrió fracturas en arcos costales 6º y 7º derechos y contusión en el codo y hombro derecho, precisando como tratamiento médico analgésicos y medidas físicas con control especializado, lo cual le ocasionó un perjuicio personal básico con 50 días de pérdida temporal de calidad de vida moderada no constando que sufriese secuelas.

El teléfono móvil de la víctima y uno de los juegos de llaves sustraídos, fueron hallados por su vecino Cecilio aproximadamente 20 días más tarde cuando pasaba la mula mecánica por un huerto que tiene la finca en la linde con el tubo de riego de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, en lugar diferente a donde fueron



sustraídos . La esposa de don Ezequias ha renunciado a la indemnización que pudiera corresponderle por los objetos de su marido no recuperados.

Don Cesar indemnizó a los herederos de D. Ezequias en la suma de 1.500 euros por las lesiones sufridas.>>

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

<<Que debemos condenar y condenamos a don Cesar como autor criminalmente responsable de los delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada y con uso de instrumento peligroso en concurso medial con el delito de detención ilegal y asimismo de un delito de lesiones, concurriendo las agravantes de disfraz y abuso de superioridad y la atenuante de reparación del daño, a la pena de cinco años y seis meses de prisión por el referido concurso de delitos y un año y seis meses de prisión por el delito de lesiones, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como que indemnice a los herederos de don Ezequias en la suma de 1500 E ya consignados y el abono de la mitad de las costas procesales.

Asimismo debo absolver y absuelvo a don Herminio de los delitos por los que ha sido acusado con declaración de oficio de la otra mitad de las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente resolución cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

TERCERO.- Frente a la anterior resolución la representación del acusado DON Cesar interpone **recurso de apelación** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Rollo de Apelación 141/18, que con fecha 31 de enero de 2019 dicta Sentencia núm. 14/2019 , cuyo Fallo es el siguiente:

<<Que desestimando el recurso de apelación formalizado por la representación procesal de Cesar contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha 13 de septiembre de 2018 , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.>>

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del **acusado DON Cesar** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Cesar , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primer motivo.- Por infracción de precepto constitucional, en concreto del art 24 de la CE , a la presunción de inocencia, ausencia de prueba válida.

Segundo motivo.- Por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24 de la CE , a la presunción de inocencia, ausencia de prueba mínima.

Tercer motivo .- Por infracción de precepto constitucional, se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que asiste al recurrente.

Cuarto motivo.- Se denuncia el error en la valoración de la prueba y la indebida aplicación del art 163 el C. penal , en tanto que los hechos no serían constitutivos de un delito de detención ilegal.

Quinto motivo.- Se denuncia el error en la valoración de la prueba, indebida aplicación del art 242 del C. penal , en tanto que los hechos no serían constitutivos de un delito de robo en grado de consumación y sí de un delito de robo en grado de tentativa.



Sexto motivo.- Se denuncia el error en la valoración de la prueba y la indebida aplicación del art. 147.1 del C. penal, en tanto que los hechos no serían constitutivos de un delito de lesiones, debiendo haber sido calificados de un delito leve de lesiones del art 147.2 del mismo texto legal .

Séptimo motivo.- Se denuncia el error en la valoración de la prueba y la indebida aplicación de la agravante de disfraz del art 22.2 del C. penal .

Octavo motivo.- Se denuncia la no aplicación de la atenuante de drogadicción consagrada en el art. 21.2 del C. penal .

Noveno motivo.- Por vulneración de precepto constitucional, se denuncia la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente al no motivar la Sala a quo las penas impuestas.

SEXTO.- Es **recurrida** en la presente causa la Acusación particular Doña Vanesa (viuda de Don Ezequias) que impugna dicho recurso, por escrito de fecha 10 de mayo de 2019 .

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto interesó la inadmisión del mismo por las razones expuestas en su informe de fecha 13 de mayo de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 14 de junio de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 9 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el acusado Cesar , frente a la Sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, Rollo 5126/18 , que le condenó como autor de dos delitos de robo con violencia e intimidación en concurso medial con otro de detención ilegal, y un delito de lesiones, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación la representación procesal del citado acusado, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO .- En los dos primeros motivos, denuncia el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por haber sido condenado en base al testimonio exclusivo de D. Ezequias , pues se dice al efecto que los Guardias Civiles que elaboraron el atestado y la esposa del primero, Sra. Vanesa , son testigos de referencia. La víctima de los hechos, solamente declaró ante la Guardia Civil, no habiendo ratificado su declaración ante el Juzgado por haber fallecido poco tiempo después de los mismos por causa ajenas a estos.

Ciertamente esta Sala Casacional ha negado valor probatorio a las declaraciones vertidas en sede policial, tras el Acuerdo Plenario del día 3 de junio de 2015, extendiéndose no sólo a las manifestaciones de los investigados o imputados, sino también a las de naturaleza testifical, pero tal prohibición no puede ser absoluta, pues en el propio Acuerdo Plenario ya se dispone que "sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron".

Quiere con ello decirse que los datos objetivos que se desprendan de tal declaración policial pueden ser averiguados por otros medios, e incluso servir de base para "legítimas y lógicas inferencias".

Esto es lo que ha ocurrido en el caso sometido a nuestra consideración casacional.

En el caso, la Audiencia extrae su convicción a través del testimonio de referencia de la esposa de la víctima, doña Vanesa y de los agentes de la Guardia Civil que instruyeron el atestado. Así, su esposa atendió a la víctima en los momentos posteriores a los hechos y comprobó de modo inmediato el estado en que se encontraba su marido y, en el caso de los agentes, vieron los vestigios y restos de la secuencia criminal encontrados en el lugar donde se desarrolló la misma, todo lo cual fue detallado por dichos testigos en el juicio oral mediante sus declaraciones, aportando los datos objetivos del hecho, como fue la inspección ocular inmediata tras el suceso, la investigación del documento de identidad que perdió uno de los asaltantes tras el forcejeo, o el rastreo del móvil de acusado que lo sitúa en el lugar del lugar del robo, mediante operaciones de geolocalización.

Del propio modo, doña Vanesa , esposa de don Ezequias , la víctima, relató cómo, hallándose ella en su casa, llegó su marido con la cara llena de "verdugones", una mordaza con cinta adherida y lleno de tierra y barro, diciéndole "*ay, menos mal que no te han matao*", ya que varios de los delincuentes habiendo amenazado a Ezequias con causar daño a su familia, se habían marchado llevándose un juego de llaves que incluía las del domicilio particular donde estaba Vanesa . Por tanto, dicha señora percibió de modo directo las penas



condiciones en las que estaba su esposo cuando consiguió liberarse de las ataduras con que le habían dejado sus agresores, y narró asimismo los detalles de la secuencia vivida por Ezequias, que éste le relató esa misma noche. Se constituye así en testigo de referencia, valorable ante el fallecimiento de la víctima.

Por su parte el agente de la Guardia Civil NUM002, instructor del atestado, explicó en el plenario que don Ezequias presentaba multitud de heridas; que todavía llevaba las cintas con las que había sido atado pegadas en pie y manos; que les narró con detalle lo ocurrido y que, además, los agentes encontraron en dependencias de la casa los cuchillos y el hacha que habían tomado y utilizado los agresores para amedrentar a aquél, y que constituyen el instrumento peligroso que agrava el robo. Sus manifestaciones son coincidentes con la declaración prestada por el agente NUM003, secretario en la instrucción del atestado. Así, ambos comprobaron también de primera mano los restos perceptibles del maltrato y de la inmovilización padecida por la víctima, conocimiento éste que transmitieron al Tribunal por vía de prueba testifical válida como prueba de cargo.

En cualquier caso, la defensa no pone en duda el robo, sino la autoría de su cliente, lo que resulta del hallazgo del documento nacional de identidad de Cesar justo en el sitio donde la víctima había estado forcejeando con uno de los atracadores, que no pudo identificar al ir con pasamontañas, o el hecho de que el repetidor de telefonía móvil de la zona en cuestión, sito muy próximo a la finca, registró la presencia del teléfono utilizado por Cesar en su zona de alcance. Lo que supone que se considera acreditado que Cesar era uno de los individuos que asaltaron la finca de don Ezequias y llevaron a cabo allí los actos delictivos enjuiciados. Como razona el Tribunal Superior de Justicia, es determinante el hecho de que, cuando se hallaba forcejeando con la víctima según relató ésta a su esposa y a la Guardia Civil inmediatamente después del hecho, al agresor se le cayera el documento nacional, documento que corresponde al acusado recurrente y que fue encontrado en ese lugar por los agentes; y a ello ha de sumarse la circunstancia de que el acusado se encontraba en esa zona geográfica durante la secuencia de los hechos como se desprende de la captación por repetidor del teléfono móvil habitualmente usado por el mismo, datos éstos acreditados por las declaraciones testificales del instructor y el secretario del atestado policial. Es cierto que los mismos testigos informan que en la localidad de La Algaba sólo hay dos repetidores, de manera que la captación del teléfono por uno de ellos no prueba por sí sola que su portador se encontrara especialmente próximo al repetidor en cuestión, como viene a razonar la Audiencia al motivar la absolución del coacusado Herminio, pero también lo es que el propio Cesar, al declarar en el juicio oral, admitió que en esa franja de tiempo estaba precisamente en esa zona de La Algaba cerca de la finca, no constando que tenga vinculación alguna con la localidad. Por tanto, esa captación que se produjo en el repetidor coincide con la presencia admitida del acusado en las inmediaciones y, al mismo tiempo, con el hallazgo de su documento de identidad justo donde se le había caído al enzarzarse con su víctima. En cuanto a esto último, el acusado declaró en el juicio que había perdido el DNI días antes de los hechos, si bien dice que no lo denunció, siendo el juicio oral la primera ocasión en que hace esta manifestación, ya que en la fase de instrucción no quiso prestar declaración; y, como dice el Tribunal Superior de Justicia, llama la atención que el acusado declinase informar de un hecho tan supuestamente favorable como éste mientras toda la instrucción se dirigía frente a él.

Nuestro control casacional queda limitado a constatar la existencia de prueba de cargo, y su suficiencia para enervar la presunción de inocencia, y llegar a un relato como el que figura en la sentencia recurrida.

La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde evaluarla al órgano de enjuiciamiento, y al de casación, el control de tal operación intelectual, pero no suplantar dicha valoración. Es decir, nos corresponde controlar su estructura racional, en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

No se trata de evaluar si el Tribunal sentenciador debió, o no, dudar, sino que si no lo hizo, ello es consecuencia de un ejercicio de racionalidad por parte de aquel, que ha de controlarse en su estructura lógica, no en su resultado valorativo, que integraría tal operación.

En definitiva, existió prueba de cargo que fue debidamente razonada, por lo que el motivo no puede prosperar desde el ámbito de la vulneración de la presunción constitucional de inocencia.

TERCERO. - En los motivos tercero y noveno se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por no estar suficientemente motivada la sentencia, así como las penas impuestas por falta de proporcionalidad, por el cauce autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Respecto al primer aspecto, nos remitimos a nuestro fundamento jurídico anterior para desestimar tal queja casacional, pues la motivación es más que suficientemente amplia y completa. Y por lo que hace a la proporcionalidad de las penas impuestas, la sentencia da cuenta pormenorizada en el F.J. 9º de la individualización de las penas, que no son excesivas, que es el único aspecto reprochado por el recurrente, dado el cauce utilizado para esta censura casacional, a la vista de los márgenes legales de las penas imponibles y tomando en consideración la entidad y las circunstancias de crueldad, duración y vejación en la dinámica



comisiva, respecto de los dos primeros delitos, siendo correcta igualmente la pena de prisión impuesta por el delito de lesiones.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO. - Reprocha el recurrente en el motivo cuarto error en la valoración de la prueba y la indebida aplicación del art. 163 del C. Penal . Con respecto al primer apartado no se invoca documento alguno de naturaleza literosuficiente, y desde el segundo plano impugnativo alega el recurrente que la víctima se desató sola, no hubo nadie vigilando, no le dejaron encerrado y no tuvo lesiones compatibles con la atadura, siendo reveladora la declaración de la esposa de la víctima por el tiempo que refirió que puede haber entre su domicilio y el campo, donde se produjo el robo y agresión a su marido.

En el hecho probado se describe que " Cesar , junto al resto de individuos no identificados lograron apoderarse de determinados efectos propiedad de Ezequias , entre los que se encontraban su teléfono móvil y al menos un juego de llaves, correspondiente al domicilio principal de Ezequias y al laboratorio en el que desarrollaba habitualmente su trabajo. Posteriormente le dejaron atado y amordazado en el lugar y se marcharon portando consigo tales efectos.

Ezequias pudo desatarse por sí solo pocos minutos más tarde, acudiendo velozmente a su domicilio habitual situado en la AVENIDA000 de La Algaba. Una vez allí, comprobó que su esposa Vanesa se encontraba en buen estado, aunque la misma le manifestó que momentos antes había escuchado como personas desconocidas habían tratado de entrar en su domicilio, haciendo fuertes ruidos, si bien no lo lograron dado que hicieron uso de unas llaves incorrectas".

Pues, bien, en lo respecta al posible concurso entre los tipos penales del robo con violencia o intimidación y la detención ilegal del art. 163 del Código Penal , tiene establecido esta Sala que el delito de detención ilegal se comete encerrando o deteniendo a una persona contra su voluntad, o sin ella, privándole de su libertad. Es un delito de consumación instantánea, que se produce en el mismo momento de la privación de libertad, y de carácter permanente, pues subsiste mientras continúa dicha privación. En delitos como el robo con violencia o intimidación, una mínima privación de libertad ambulatoria es consustancial a la acción típica, pues es claro que mientras se ejecuta la acción depredatoria la víctima permanece en una situación en la que aquella libertad está abolida, ya que su situación espacial no puede ser determinada por su propia voluntad, sino que está seriamente condicionada por la acción del autor del robo. En estos casos, esta privación de libertad, que, aisladamente considerada sería una acción típica de detención ilegal, con independencia de su duración, queda absorbida por el delito de robo, por aplicación de las reglas del concurso aparente de leyes del artículo 8.3 del Código Penal . Una segunda situación se plantea en aquellos casos en los que la acción que supone la privación de libertad ambulatoria, desde un punto de vista externo y objetivo, y teniendo en cuenta también el plan del autor, es un medio para conseguir el apoderamiento típico del robo. En estos casos, la privación de libertad se extiende temporalmente más allá del tiempo mínimo concurrente con la acción típica del robo, pero se encuentra con este en una relación de medio a fin, según las exigencias propias del concurso medial. Existen entonces dos delitos, pero es posible apreciar entre los mismos una relación de medio a fin, que se resuelve mediante la aplicación de las normas del artículo 77 del Código Penal para el concurso de esa clase. Y, finalmente, una tercera situación tiene lugar en aquellos casos en los que la privación de libertad, aun cuando esté temporal y espacialmente relacionada con el robo, es una acción independiente de aquel, que tiene su propia sustantividad y que no está condicionada en su propia existencia por el delito de robo que puede producirse antes, durante o después de la detención ilegal. En estos últimos casos estaríamos ante un supuesto de concurso real (SSTS 1548/2004, de 27-12 ; y 809/2010, de 29 de septiembre ; en la misma línea: SSTS 892/2008, de 26-12 ; 1250/2009, de 10-12 ; 1372/2011, de 21-12 ; 183/2012, de 13-3 ; 1011/2012, de 22-12 ; y 609/2013, de 28-6 , entre otras).

En el presente caso, los autores privaron a la víctima de su libertad deambulatoria como medio para obtener el lucro que pretendían pero, señala la sentencia, que desde que entraron en la finca de la víctima le ataron con cinta americana, manos y pies, privándole de movimientos en una situación de vejación y agresión continua y gratuita, porque tras inmovilizarlo lo trasladaron a un callejón de la finca donde le golpearon violentamente con puñetazos y patadas intentando averiguar dónde guardaba el dinero, acción desproporcionada y ajena a la mecánica del robo en sí y prolongada por el continuo traslado de una parte a otra de la finca y continuos interrogatorios sobre el paradero del dinero, tras apropiarse de las llaves del domicilio y consulta de la víctima, el Sr. Ezequias , y lo dejaron dentro de la casa amordazado de pies y manos, sobrepasando los autores la acción estrictamente necesaria del robo a fin de alejarse del lugar con éxito, se sobrepasó por ello la mínima privación de libertad ambulatoria consustancial a la acción típica.

Como dice el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, la privación de la libertad deambulatoria a la víctima se ha prolongado por más tiempo de lo necesario para ejecutar el apoderamiento de las pertenencias



del Sr. Ezequias , el plus de padecimiento de la víctima por no dejarle en libertad durante tan largo lapso de tiempo impide considerar la detención dentro de la unidad de acción propia del delito de robo. El caso está bien próximo al concurso real, ya que la propia acción de la víctima impidió una privación de libertad por más tiempo, luego, desde esta perspectiva favorable para el recurrente, que así se ha tomado en consideración por el Tribunal sentenciador, el motivo no puede prosperar.

QUINTO .- Estudiamos ahora el motivo quinto, en el que se denuncia error en la valoración de la prueba y la indebida aplicación del art. 242 del Código Penal por entender que el delito de robo se cometió, en su caso, en grado de tentativa al no haberse apoderado de nada del domicilio principal y del laboratorio, solo un teléfono móvil y las llaves de aquellos inmuebles.

En los hechos probados se dispone literalmente lo siguiente: " Cesar , junto al resto de individuos no identificados lograron apoderarse de determinados efectos propiedad de Ezequias , entre los que se encontraban su teléfono móvil y al menos un juego de llaves, correspondiente al domicilio principal de Ezequias y al laboratorio en el que desarrollaba habitualmente su trabajo. Posteriormente le dejaron atado y amordazado en el lugar y se marcharon portando consigo tales efectos".

El motivo no indica la vía por la que se formaliza esta queja casacional, lo que supone, como el anterior, un vicio de inadmisión que aquí se traduce en desestimación. Si se trata de "error facti", al referirse el autor del recurso a error en la valoración de la prueba a los efectos que se determinan en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no se invoca documento alguno literosuficiente. Si lo que se cuestiona es "error iuris" (art. 849-1º), no se respetan los hechos probados, pues como ya hemos dicho, en éstos se relata que *los autores se marcharon portando los efectos robados*, de manera que la consumación es patente.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SEXTO .- El propio defecto de ortodoxia casacional adolece el motivo siguiente, el sexto, en donde se denuncia error en la valoración de la prueba y la indebida aplicación del art. 147 del Código Penal , siendo en su caso los hechos constitutivos de lesiones leves del art. 147.2 del propio Cuerpo legal.

Pero, como acertadamente razona la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico sexto, como consecuencia de los golpes el Sr. Ezequias sufrió la fractura de dos costillas para cuya sanidad necesitó tratamiento médico con analgésicos y medidas físicas.

El relato histórico declara al efecto: "Como consecuencia de los hechos descritos Ezequias , fallecido el 9 de agosto de 2017 por hecho ajenos al presente procedimiento, sufrió fracturas en arcos costales 6º y 7º derechos y contusión en el codo y hombro derecho, precisando como tratamiento médico analgésicos y medidas físicas con control especializado, lo cual le ocasionó un perjuicio personal básico con 50 días de pérdida temporal de calidad de vida moderada no constando que sufriese secuelas".

Es también evidente el tratamiento médico que ha de predicarse en el caso de rotura de costillas por propia definición de la gravedad de la lesión.

El motivo no puede prosperar.

SÉPTIMO .- En el motivo séptimo, con igual déficit, denuncia la indebida aplicación del art. 22.2 del C. Penal al basarse sólo en el testimonio del perjudicado que dijo que uno de los partícipes llevaba un pasamontañas.

En los hechos probados, puede leerse que "sobre las 20,30 horas del día 16 de marzo de 2017 Cesar , nacido el NUM000 de 1988, mayor de edad y sin antecedentes penales, en compañía de al menos otros tres individuos que no han quedado debidamente identificados, y con los que actuaba de mutuo acuerdo, acudieron a la finca propiedad de don Ezequias (...) portando aquellos pasamontañas y capuchas con el objeto de impedir sus ulteriores identificaciones".

El disfraz se utiliza como medio para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad, en beneficio de todos los partícipes. Pero en el caso de autos, el acusado perdió su DNI en el forcejeo que tuvo con la víctima en el callejón anteriormente referido por lo que pudo ser identificado como uno de los coautores.

El motivo no puede prosperar.

OCTAVO .- Finalmente, en el motivo octavo, el recurrente pretende la aplicación de la atenuante de drogadicción (art. 21.2ª del Código Penal), y esgrime el informe pericial practicado en autos, de don Bartolomé .

La sentencia recurrida recuerda nuestra jurisprudencia en tanto la circunstancia atenuante citada requiere los siguientes requisitos: 1) un requisito biopatológico, consistente en que el sujeto padezca una adicción grave al consumo de sustancias tóxicas, adicción que a su vez ha de presentar cierta antigüedad en su asentamiento; 2) un elemento psicológico, según el cual el hábito debe afectar a las facultades mentales del sujeto, en



orden a la comprensión ilícita del acto que lleva a cabo el sujeto, o bien estar impulsado a causa de esa defectuosa comprensión; 3) un factor temporal o cronológico, de modo que la afectación, bien por el consumo realizado o bien por síndrome de abstinencia, ha de concurrir en el mismo momento de comisión del delito, y 4) un elemento normativo consistente en la intensidad de esa afectación, que conducirá según los casos a la apreciación de la eximente completa, la eximente incompleta o la atenuante simple.

La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia indirecta de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido.

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, o bien se halle el sujeto bajo un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Para que opere como eximente incompleta, se precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad de culpabilidad, aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva. Y, por último, como atenuante, cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, donde, al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquélla. Puede por último apreciarse como circunstancia atenuante analógica, que se producirá cuando no concurra el primero de los requisitos anteriormente enunciados, por no estar afectado el sujeto de adicción, sino de mero abuso de la sustancia.

Ahora bien, como hemos declarado reiteradamente, lo característico de la drogadicción a efectos penales es su relación funcional con el delito, es decir, que sea el elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho delictivo, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo, y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan continuar con sus costumbres e inclinaciones.

En el presente caso, como acertadamente se razona en la sentencia recurrida, la base probatoria que se viene a utilizar como sustento de la circunstancia favorable invocada consiste en la prueba pericial practicada en el juicio oral a instancia de la defensa, emitida por psicólogo y previamente documentada en el procedimiento, la cual se basa en su conjunto en la supuesta dependencia acentuada al consumo de sustancias tóxicas que se dice mantenida desde tiempo atrás por el hoy recurrente, pero este dato, según indica el propio informe, es obtenido fundamentalmente a través de la anamnesis, es decir, por la versión que da oralmente el propio acusado sin una adecuada corroboración objetiva y sin el respaldo de un dictamen médico que confirme la patología que se dice en la pericia practicada. En definitiva, ni está acreditada una dependencia grave por parte del acusado al consumo de drogas ni menos aún hay base para entender que perpetrara los delitos enjuiciados a causa de esa grave adicción que no consta.

Se limita a señalar en el recurso que Cesar, al momento de ingresar preventivo en el centro penitenciario, se le aplicó el protocolo de drogodependientes. Y no dudamos que lo sea, lo que se cuestiona es que existan elementos en los hechos probados de donde deducir la incidencia, por su gravedad, en el juicio de imputabilidad que postula el recurrente, y tampoco que concurren informes médicos inequívocos al respecto, pues las circunstancias modificativas tienen que estar tan probadas como el hecho mismo.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

NOVENO. - Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado DON Cesar** , contra Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla núm. 14/2019, de 31 de enero de 2019 , dictada en el recurso de apelación formulado frente a la Sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 68/2018, de 13 de septiembre de 2018 .

2º.- CONDENAR a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- COMUNICAR la presente resolución al órgano judicial de procedencia, a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Antonio del Moral Garcia Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina