

Roj: **STS 758/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:758**Id Cendoj: **28079120012014100139**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/02/2014**Nº de Recurso: **11082/2013**Nº de Resolución: **127/2014**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 21914/2013,**
STS 758/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil catorce.

En el recurso de Casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosexta, con fecha veintiocho de Octubre de dos mil trece, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D.Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el **MINISTERIO FISCAL**. En calidad de parte recurrida, el acusado **Maximiliano**, representado por el Procurador Don Francisco Javier Milán Rentero y defendido por la Letrado Doña Montserrat Gómez Bermúdez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Torrejón de Ardoz, instruyó las diligencias previas del procedimiento Abreviado con el número 723/2.013, contra Maximiliano; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª, rollo 85/2013) que, con fecha veintiocho de Octubre de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" Maximiliano, mayor de edad, nacido el NUM000 -1972, con D.N.I. NUM001 y ejecutoriamente condenado por sentencia firme de fecha 5 de marzo de 2008, dictada en la causa nº 504/07, seguida ante el Juzgado de lo Penal nº 23 de Alcalá de Henares por dos delitos de robo con violencia o intimidación a la pena de 4 años de prisión por cada uno de ellos y por sentencia firme de 15 de febrero de 2011, dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid, entre otros, por un delito de robo con violencia o intimidación a la pena de 6 meses de prisión, cometió el hecho que a continuación se describe.

Sobre las 09:30 horas aproximadamente del día 9 de marzo de 2013, el acusado accedió al establecimiento DIA, sito en la calle Hospital de la localidad de Torrejón de Ardoz, y se dirigió a las líneas de caja, abordando a Felisa, empleada del establecimiento, a quien, tras ponerle unas tijeras en el costado, le conminó a que le abriera el cajón, apoderándose del dinero en efectivo que había en su interior, cuyo importe asciende a la cantidad de 190 euros, abandonando posteriormente el lugar.

El acusado se encuentra privado de libertad por esta causa desde el 17 de abril de 2013"(sic).

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

"FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos a Maximiliano, como responsable, en concepto de autor, de un delito de robo con intimidación mediante el empleo de medio de peligroso, ya definido, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio



pasivo durante el tiempo de la condena, a que indemnice al establecimiento DIA en la suma de 190 euros más los intereses del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al pago de las costas procesales(sic)".

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el **MINISTERIO FISCAL**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 242, párrafo cuarto, en relación con el apartado tercero del mismo artículo 242 CP.

2.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 242, párrafo cuarto, en relación con el apartado primero del mismo artículo 242 CP.

3.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 70.1.2 CP.

Quinto.- Instruida la parte recurrida, interesa la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día dieciocho de Febrero de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de robo con intimidación mediante el empleo de medio peligroso, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, y con aplicación del número 4 del artículo 242 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación el Ministerio Fiscal. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la aplicación indebida del artículo 242.4 en relación con el artículo 242.3 del Código Penal, pues entiende que no cabe apreciar la menor entidad de la intimidación ejercida. Razona el recurrente que no existe obstáculo para rectificar la sentencia de instancia en perjuicio del acusado, en tanto que se trata de una mera cuestión jurídica, que no implica modificación alguna de los hechos, y que, en consecuencia, es suficiente con la intervención del acusado que tiene lugar a través de las alegaciones presentadas por su letrado. Argumenta, igualmente, que no existe tampoco ningún obstáculo derivado de la consideración del precepto como un subtipo de aplicación discrecional, citando al efecto sentencias de esta Sala que admiten el control casacional cuando haya sido aplicado fuera del supuesto permitido o de forma contraria a los presupuestos que lo condicionan. En cuanto al fondo de la cuestión, señala que el empleo de armas blancas o instrumentos similares en la forma en que se describe en los hechos probados impiden la consideración de la intimidación como de menor entidad, sin que pueda valorarse a esos efectos la advertencia de no causar daño si la víctima obedece las indicaciones del autor.

1. Tal como señala el Ministerio Fiscal, los límites impuestos por la jurisprudencia del TEDH, del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala del Tribunal Supremo en relación a la rectificación de sentencias absolutorias para dictar condena en casación, o bien para rectificar el pronunciamiento condenatorio en sentido agravatorio para el acusado, no son aplicables cuando la cuestión planteada es estrictamente jurídica, sin que el Tribunal que resuelve el recurso haya de plantearse cuestiones de hecho. En este sentido en la STC 88/2013 (Pleno), se recordaba que "*... también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio o 2/2013, de 14 de enero)*". En el caso, el recurrente no pretende una rectificación o alteración del relato de hechos probados, sino una revisión de la cuestión jurídica relativa al concepto de "menor entidad" de la violencia o intimidación.

Tampoco plantea obstáculos en el caso la consideración del artículo 242.4 como un precepto que recoge una facultad con un cierto contenido discrecional, pues esta Sala ha precisado que resulta controlable en casación en los casos en que "*... resulta arbitrario o contrario a los presupuestos que la condicionan*" (...) "*... porque se ejercite la reducción aplicándola fuera del supuesto en que se permite*". Así, se consideró que había "*...infracción de ley si no concurren los presupuestos que la propia norma penal contempla como base para su aplicación*", en la STS nº 393/1999, de 15 marzo, que estimó un recurso del Ministerio Fiscal contra la aplicación del entonces artículo 242.3 CP. En sentido similar, se pronunció esta Sala en la STS nº 1094/1998, de 2 de octubre. Por otro lado, en la jurisprudencia de esta Sala, junto a algunos casos en que se hace referencia al carácter



discrecional, pueden encontrarse otros muchos supuestos en los que se procede a valorar los hechos que se declaran probados desde la perspectiva del precepto mencionado, y en los que, en la función de interpretación unificadora de la ley penal, se ha excluido la calificación de la intimidación como de menor entidad en aquellos casos en los que el autor no se ha limitado a la exhibición de un arma blanca o instrumento similar (tijeras, destornilladores...) para hacer eficaz o reforzar su intimidación, sino que ha llegado a aplicarlo contra el cuerpo de la víctima. Valoraciones jurídicas que se han llevado a cabo por esta Sala incluso rectificando la decisión del Tribunal de instancia que había aplicado la previsión atenuatoria en los casos resueltos en las sentencias antes mencionadas.

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

Una vez que se ha considerado compatible el uso de armas o instrumentos peligrosos con una menor entidad de la violencia o intimidación, como ya hemos señalado, esta Sala ha excluido la aplicación de la atenuación en aquellos casos en los que el autor utilizando un arma blanca o un instrumento similar, superando la mera exhibición, considerada jurisprudencialmente como uso (STS nº 355/2000, de 28 febrero), llega a colocarla sobre el cuerpo de la víctima, incrementando de manera notable el riesgo para los bienes jurídicos protegidos por la previsión legal que contempla el uso de armas como supuesto de agravación. (Colocar un cuchillo en el abdomen, STS 341/2011, de 5 de mayo ; o colocar una navaja a la altura del cuello, STS nº 659/2008, de 24 septiembre).

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

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

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

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

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosexta, con fecha 28 de Octubre de 2.013 , en causa seguida contra Maximiliano , por delito de robo con intimidación. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta **Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia



SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil catorce.

El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Torrejón de Ardoz incoó el procedimiento Abreviado número 723/13, por delito de robo con intimidación, contra Maximiliano , nacido el NUM000 -1972, de cuarenta y un años de edad, hijo de Calixto y de Adelaida , natural de Badajoz y vecino de Torrejón de Ardoz (Madrid), con antecedentes penales; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimosexta, rollo nº 85/2013), que con fecha veintiocho de Octubre de dos mil trece, dictó Sentencia condenando a Maximiliano , como responsable, en concepto de autor, de un delito de robo con intimidación mediante el empleo de medio peligroso, ya definido, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a que indemnice al establecimiento Dia en la suma de 190 euros más los intereses del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al pago de las costas procesales.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** por el Ministerio Fiscal y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede la condena del acusado Maximiliano como autor de un delito de robo con intimidación y uso de instrumento peligroso, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de cuatro años, tres meses y un día de prisión.

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Maximiliano como autor de un delito de robo con intimidación y uso de instrumento peligroso, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de cuatro años, tres meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.