

Roj: **STS 100/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:100**Id Cendoj: **28079120012016100019**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/01/2016**Nº de Recurso: **10489/2015**Nº de Resolución: **19/2016**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, por Landelino , Miguel , Primitivo , Segundo y por la Acusación Particular Jose Miguel , contra la sentencia de fecha 9 de abril de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trigésima , en causa seguida a los cuatro procesados por delitos de detención ilegal, pertenencia a grupo criminal, robo y lesiones; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando los acusados representados, respectivamente, por los Procuradores D^a M^a Isabel Herrada Martín, D^a Silvia de la Fuente Bravo, D. Alberto Collado Martín, D^a M^a Mercedes Tamayo Torrejón y la Acusación Particular, Jose Miguel , representado por la Procuradora D^a Gema Fernández-Blanco San Miguel.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Leganés, instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 1752/2014, y una vez lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trigésima, que con fecha 9 de abril de 2015 dictó sentencia que contiene el siguiente:

"HECHO PROBADO: Primero: Los acusados Landelino , Primitivo y Segundo , todos ellos españoles mayores de edad, los dos primeros carentes de antecedentes penales, el tercero condenado ejecutoriamente en sentencia firme de 17-11-2006, por el Juzgado de lo Penal 21 de Madrid por un delito de lesiones artículos 147 y 148 del Código Penal , entre otras, a la pena de prohibición y de aproximación y comunicación durante cuatro años y seis meses, que quedó extinguida 6-1-2013, el día 7 de febrero de 2014 acudieron al domicilio de Jose Miguel sito en la CALLE000 , portal NUM000 , NUM001 . NUM002 de Leganés.

Una vez allí y haciendo uso de una copia de las llaves de Jose Miguel previamente facilitada por el también acusado Miguel , español, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, accedieron al interior de la vivienda volviendo a cerrar la puerta. Ello fue así porque el acusado Miguel propuso a los acusados tanto el plan para acceder a la casa de Jose Miguel , dado que tenía conocimiento de que Jose Miguel podía tener gran cantidad de dinero por manifestaciones que éste había realizado, así como por el trabajo desarrollado en su taller, taller en el que trabajaba también el acusado Miguel quien era socio de la víctima, lo que aprovechó para obtener una copia de las llaves de la casa de Jose Miguel .



Segundo.- Pasados unos minutos desde la llegada de los tres primeros acusados, Jose Miguel llegó al domicilio acompañado de Miguel abriendo con sus propias llaves la puerta del domicilio y accediendo a su interior. Una vez dentro y mientras Miguel se tiraba al suelo de la entrada, los acusados Landelino , Primitivo y Segundo que llevaban sus caras cubiertas con pasamontañas, se abalanzaron sobre Jose Miguel , al tiempo que le propinaban golpes en la cabeza, haciendo que Jose Miguel cayese al suelo, donde le maniataron con esposas las muñecas a la espalda, así como los tobillos y le colocaron cinta americana para cubrirle los ojos. Como quiera que Jose Miguel chillaba pidiendo auxilio los acusados le gritaron "cállate o te pego tres taponazos", al tiempo que le preguntaban por el dinero, así como le colocaban una rodilla en la espalda y otra en el cuello, para seguidamente llevarle a una habitación del domicilio donde le tiraron encima de una cama. El perjudicado estuvo maniatado en el interior de la casa durante un tiempo no precisado pero inferior a una hora, hasta que efectivos de la Policía Nacional, requeridos por un vecino, al oír los gritos, acudieron al domicilio donde, tras acceder a su interior, liberaron al perjudicado, sin que los acusados llegaran a apoderarse de dinero alguno.

Tercero.- Como consecuencia de la agresión sufrida Jose Miguel padeció lesiones que consintieron en contusiones faciales, traumatismo craneoencefálico sin alteraciones neurológicas, odinofagia, edema de úvula, marcas eritematosas en muñecas y tobillos, requiriendo para su curación, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico consistente en valoración clínica inicial, tratamiento farmacológico in situ, con corticoides y antihistamínicos por edema de úvula, antiinflamatorios y protector gástrico, valoración diagnóstica y terapéutica, tardando en curar 30 días improductivos. Presenta como secuela trastorno de estrés postraumático de carácter moderado (1 punto).

Cuarto.- Segundo ha indemnizado en 3.000 euros al perjudicado, antes de la celebración del juicio".

SEGUNDO .- La Audiencia de instancia dictó FALLO, modificado por Auto de Aclaración de fecha 8 de mayo de 2015, con el siguiente tenor literal:

FALLAMOS: "Absolvemos de los delitos de detención ilegal y pertenencia a grupo criminal a Landelino , Miguel , Primitivo y Segundo , declarando de oficio dos cuartas partes de las costas.

Condenamos a:

Landelino en quien concurre la agravante de disfraz en los delitos de robo y lesiones, por un delito de robo en casa habitada, en grado de tentativa a 31 meses y 17 días de prisión y por el de lesiones, 21 meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Miguel , en quien concurren las agravantes de abuso de confianza y de disfraz en los delitos de robo y lesiones, por un delito de robo en casa habitada, en grado de tentativa, a 31 meses y 17 días de prisión y por el de lesiones, 21 meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Primitivo , en quien concurre la agravante de disfraz en los delitos de robo y lesiones, por el delito de robo en casa habitada, en grado de tentativa, 31 meses y 17 días de prisión y por el de lesiones, 21 meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Segundo , en quien concurren las agravantes de reincidencia en las lesiones y disfraz en los delitos de robo y lesiones, así como la atenuante muy cualificada de reparación del daño, relativa a las lesiones, por un delito de robo en casa habitada, en grado de tentativa, a 31 meses y 17 días de prisión y por el de lesiones, cinco meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Los acusados deberán abonar dos cuartas partes de las costas incluidas las de la acusación particular, por partes iguales.

Para el cumplimiento de las penas impuestas se abonara a los acusados el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.

Conclúyanse en legal forma las correspondientes piezas de responsabilidad civil.

Esta Sentencia es recurrible en Casación ante el Tribunal Supremo, recurso que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en la Secretaría de esta Sala en el término de cinco días".

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de los recurrentes que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones



necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Primitivo formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación del art. 147.1 del Código Penal. SEGUNDO: No formalizado. TERCERO: Infracción de ley al amparo del artículo 849.1º, por no aplicación de la atenuante muy cualificada de confesión, como analógica del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 del Código Penal.

La representación de Landelino formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error de hecho en la valoración de las pruebas e infracción del art. 617.1 del Código Penal. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., y del art. 5.4 de la L.O.P.J., por error en la apreciación de la prueba e infracción de precepto constitucional, respectivamente. TERCERO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3º de la L.E.Crim., al no resolverse en la sentencia todos los puntos objeto de acusación y defensa.

La representación de Miguel formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 22.2 del Código Penal. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 22.6º del Código Penal. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por inaplicación indebida del art. 21.5º del Código Penal, reparación del daño.

La representación de Segundo formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por infracción de precepto constitucional y en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva, y por falta de motivación de la sentencia del art. 120 de la Constitución Española. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por inaplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño en el delito de robo en casa habitada.

La representación de la Acusación Particular Jose Miguel, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E., en relación con el art. 120 de la C.E. por considerar erróneamente que se ha infringido el principio acusatorio, todo ello en relación con el art. 148.1 del Código penal. SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E., en relación con el art. 120 de la C.E. por considerar erróneamente que se ha infringido el derecho acusatorio, todo ello en relación con los arts. 570 ter. y 570 bis del Código Penal. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por inaplicación del art. 148.2 del Código Penal. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por inaplicación del art. 163 del Código Penal en relación con el art. 242 del Código Penal y 77 del mismo Código. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación del artículo 109 y 110 del Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes de sus respectivos recursos quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la vista y fallo.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el diecinueve de enero pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Treinta de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 9 de abril de 2015, absuelve a los recurrentes Landelino, Primitivo, Miguel y Segundo, de los delitos de detención ilegal y pertenencia a grupo criminal, y los condena por los delitos de robo con violencia en casa habitada en grado de tentativa y lesiones. Frente a ella se alzan los presentes recursos interpuestos por los condenados y la acusación particular, instrumentados en un total de diecisiete motivos por vulneración de derecho constitucional, quebrantamiento de forma, error de hecho e infracción de ley.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL CONDENADO Landelino

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Landelino, al amparo del art 849 2º de la Lecrim, alega error de hecho en la valoración de la prueba, sin designar documento alguno que acredite el supuesto error. Su desestimación se impone por no cumplir los requisitos mínimos del motivo casacional empleado, que debe necesariamente apoyarse en un documento fehaciente que acredite de forma notoria el error denunciado.



En el mismo cauce casacional, de forma procesalmente incorrecta, se acumula un motivo por infracción de ley del art 849 1º de la Lecrim , denunciando la indebida aplicación del art 147 1º, CP por estimar que las lesiones sufridas por el perjudicado debieron ser calificadas como falta.

El relato fáctico establece que los condenados, que llevaban sus caras cubiertas con pasamontañas, se abalanzaron sobre el perjudicado, al tiempo que **le propinaban golpes en la cabeza**, haciendo que cayese al suelo, donde le maniataron con esposas las muñecas a la espalda, así como los tobillos y le colocaron cinta americana para cubrirle los ojos..... Posteriormente le colocaron una rodilla en la espalda y otra en el cuello, para seguidamente llevarle a una habitación del domicilio donde le tiraron encima de una cama.... Como consecuencia de la agresión sufrida la víctima padeció lesiones que consintieron en contusiones faciales, traumatismo craneoencefálico sin alteraciones neurológicas, odinofagia, edema de úvula, marcas eritematosas en muñecas y tobillos, **requiriendo para su curación, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico** consistente en valoración clínica inicial, tratamiento farmacológico in situ, con corticoides y antihistamínicos por edema de úvula, antiinflamatorios y protector gástrico, valoración diagnóstica y terapéutica, tardando en curar 30 días improductivos. Presenta como secuela trastorno de estrés postraumático de carácter moderado.

El Tribunal sentenciador estima que " *La importancia de las lesiones supera los límites de la falta prevista en el artículo 617.1 del Código Penal . Consistieron en contusiones faciales, traumatismo craneoencefálico sin alteraciones neurológicas, odinofagia, edema de úvula, marcas eritematosas en muñecas y tobillos. Precizaron tratamiento médico y farmacológico, con corticoides y antihistamínicos por edema de úvula, antiinflamatorios. Supusieron 30 días de impedimento y secuelas de trastorno de estrés postraumático de carácter moderado.*

El Tribunal Supremo en jurisprudencia consolidada (SSTS 6-2-93 , 2-6-94 , 12-7-95 , 9-2-96 , 30-4-97 , 26-2-98 , 20-5-98 , 26-5- 98 , 16-6-99 , 5-11-99 , 14-1-2000 , 1-12-2000 , 10-9-2001 , 7-11-2001 , 263-11-2001, 10-4-2002 y 34/13) entiende que es tratamiento médico aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquélla no es curable. Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.), aunque deben quedar al margen de lo que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica. En el mismo sentido los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, en reunión tendente a la Unificación de Criterios, celebrada el 29-5-2004, decidieron por unanimidad, que la aplicación de antiinflamatorios, collarín cervical, y/o un período de rehabilitación, fueran consideradas como tratamiento médico".

TERCERO . - Asiste la razón al Tribunal sentenciador .

Como recuerda la reciente STS 732/2014, de 5 de noviembre , "La doctrina de esta Sala (SSTS 463/14, de 28 de mayo , 89/2014, de 7 de mayo , 180/2014, de 6 marzo o 34/2014, de 6 de febrero) , considera que el tratamiento médico o quirúrgico al que se refiere el Legislador en el art. 147 CP constituye un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser definido mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que le otorguen la seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere.

La propia expresión típica del art. 147 del Código Penal , nos permite delimitar su alcance.

Así nos señala, en primer lugar, que el tratamiento médico o quirúrgico debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o por la propia víctima.

En segundo lugar, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico o quirúrgico separado, lo que requiere una cierta continuidad del tratamiento por el propio facultativo, o una prescripción para que se realice ese tratamiento por otro profesional sanitario.

Como requisito excluyente, el tipo delictivo de lesiones no se integra por la asistencia dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos.

Por ello nuestra Jurisprudencia ha definido el tratamiento médico o quirúrgico, a los efectos penales, de forma sintética como " toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico".

Y, de forma más descriptiva, nuestra doctrina jurisprudencial define el tratamiento médico o quirúrgico, a efectos penales, como el procedimiento que se utiliza para curar una enfermedad o para reducir sus efectos, tanto si se realiza por el médico que presta la asistencia inicial como si se encomienda a auxiliares sanitarios, quedando al margen el simple diagnóstico y la pura vigilancia o prevención médica.



En sentido estricto, el tratamiento médico consiste en la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa; el tratamiento quirúrgico es aquel que, por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea su importancia: cirugía mayor o menor, incluyendo distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria ex ante, exploración quirúrgica, recuperación ex post, etc.).

La distinción entre el tratamiento y la vigilancia o seguimiento médico, que se excluye legalmente del concepto a efectos penales, no es fácil de establecer. Sin que se puedan establecer criterios absolutos, pues en la distinción entre delito y falta no puede prescindirse del examen de fondo sobre la relevancia de la lesión, apreciada en su conjunto, lo cierto es que en el seguimiento o vigilancia deben incluirse esencialmente los supuestos de comprobación del éxito de la medicación prescrita, de simple observación de la evolución de las lesiones o de señalamiento de medidas meramente precautorias, pero no aquellos que incluyan asistencias adicionales".

En el caso actual debemos coincidir con el Tribunal sentenciador en que la gravedad de las lesiones, que generaron secuelas síquicas permanentes, de naturaleza postraumática, supera la entidad de una simple falta. Si el tratamiento médico consiste en la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa, es claro que las lesiones objeto de enjuiciamiento, que según el Tribunal sentenciador **requirieron para su curación, además de una primera asistencia facultativa, "tratamiento médico** consistente en valoración clínica inicial, tratamiento farmacológico in situ, con corticoides y antihistamínicos por edema de úvula, antiinflamatorios y protector gástrico, valoración diagnóstica y terapéutica, tardando en curar 30 días impositivos", exigieron la planificación de un sistema de curación y las asistencias necesarias para llevarlo a efecto. El hecho de que el Tribunal se refiere a un tratamiento farmacológico "in situ" puede resultar algo confuso, como resalta el propio Ministerio Público, pero del conjunto de la descripción puede deducirse que se prescribió y realizó un tratamiento médico y farmacológico que se extendió más allá de la primera asistencia, como expresamente se declara probado en la sentencia. El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

CUARTO .- El segundo motivo, al amparo del art 849 2º de la Lecrim , y del art 5 4º LOPJ , alega error en la apreciación de la atenuante de confesión.

Nuevamente se acude a un cauce casacional erróneo, pues no se aporta documento fehaciente alguno del cual resulte el error denunciado.

La sentencia impugnada rechaza la apreciación de la atenuante de confesión razonando que no concurre en los acusados la atenuante analógica de confesión del artículo 21.7 en relación con el 21.4 del Código Penal y mucho menos como muy cualificada, porque su confesión se ha limitado al reconocimiento de los hechos en el momento del juicio, alegando entonces toda suerte de excusas, como que se trataba de una broma

Recuerda la sentencia de instancia que *"La sentencia del Tribunal Supremo de 29-1-08 reiterando lo dicho en otras de fecha anterior, tales como las de 3-10-98, 15-3-2000, 19-10-2000, 7- 6-2002, 2-4-2003 y 29-11-2006, ha puesto de relieve que la razón de la atenuante de confesión no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración en la investigación del delito.*

Se destacan como elementos integrantes de la atenuante el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada cuando ya la autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, solo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionadores de lo realmente acaecido (SSTS 31-1- 2001 y 20-2-2003). Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales « a no declarar contra sí mismo » y « a no confesarse culpable », puesto que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC 75/87 de 25.5)

En la sentencia 25-1-2000 del Tribunal Supremo se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión: Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción. El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable. La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial. Habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial. Habrá de hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla. Tiene que concurrir el requisito cronológico, consistente en que tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirige contra él (SSTS 23-11-2005 y 19-10-2005).



Para apreciar la concurrencia de dicha atenuante como analógica, art. 21.7 actual tras la Ley Orgánica 5/2020 (antes número 6) se debe partir, dice la sentencia TS de 20-12-2000, de la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente (SSTS 3-2-96 y 6-10-98).

Por ello esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía es preciso que: Guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del artículo 21 del Código Penal. Tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximente incompletas. Guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales. Se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido. Esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del artículo 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Ahora bien, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo (STS 10-3-2004). Por último, para su apreciación como muy cualificada es preciso que su intensidad sea superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente y que se atienda a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso.

En el presente supuesto no puede ser apreciada la atenuante indicada, ni siquiera como analógica del 21.7. Lo tardío del reconocimiento de hechos efectuado por los acusados, no ha facilitado vías de investigación. Su comportamiento no ha sido constante en el proceso. Hasta el momento del plenario no reconocieron los hechos y alegaron toda suerte de excusas, como que se trataba de una broma".

Ratificando lo expresado por la sentencia de instancia, el motivo debe ser desestimado, pues no concurre el requisito esencial cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculcado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos, y por otra parte la admisión de hechos efectuada en el juicio fue obligada por la prueba y alegando toda clase de excusas que desvirtuaban completamente la realidad de los hechos.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

QUINTO .- El tercer motivo, se apoya en la incongruencia omisiva. Alega que el Tribunal sentenciador no tuvo en cuenta diversas declaraciones testificales, que no se resolvió sobre la calificación de las lesiones como falta y tampoco sobre la atenuante de colaboración con la justicia.

La llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte-integrado en el de tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas).

La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "vicio in iudicando", las siguientes: 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho; 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; 3) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (S.T.S. 771/1996, de 5 de febrero, 263/96, de 25 de marzo o 893/97, de 20 de junio).

En el caso actual no se cumplen los referidos requisitos. El apartado que se refiere a las declaraciones testificales, porque se trata de datos fácticos, y no de cuestiones jurídicas. El que se refiere a la calificación



de las lesiones porque está tratado en la sentencia, y por lo que se refiera a la atenuante de colaboración, porque está descartada en la sentencia por lo dicho en cuanto a la confesión. Cuestión distinta es que el tratamiento que otorga la sentencia a estas cuestiones no satisfaga las pretensiones del recurrente, pero lo cierto es que el Tribunal sentenciador ha resuelto aquellas pretensiones que se han traído al proceso oportuna y temporalmente.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL CONDENADO Primitivo .

SEXTO.- El primer motivo, por infracción de ley, denuncia la aplicación indebida del art 147 1º CP , considerando que las lesiones de la víctima se debieron calificar como falta.

El motivo carece de fundamento, por las razones ya expuestas al resolver el motivo correlativo del recurso del anterior recurrente.

El segundo motivo no se formaliza ni desarrolla, por lo que su desestimación es obligada.

El tercer motivo, por infracción de ley, interesa la aplicación de la atenuante muy cualificada de confesión, imponiéndose su desestimación por las razones ya expuestas al resolver el recurso anterior.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL CONDENADO Miguel .

SÉPTIMO.- El primer motivo, por vulneración constitucional, alega infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia .

El recurrente admite que reconoció los hechos, por lo que limita el recurso a la interpretación de las circunstancias agravantes y atenuantes. Alega genéricamente que las pruebas que han sido tomadas en consideración para fundamentar la concurrencia de agravantes y la inexistencia de atenuantes no pueden considerarse válidas ni suficientes, aunque ni siquiera especifica a que pruebas se refiere y qué circunstancias cuestiona.

El motivo carece de fundamento, pues el recurrente reconoció los hechos, y la base fáctica de las agravantes de abuso de confianza y disfraz que son las que se le aprecian en la sentencia se deduce de esos mismos hechos, acreditados además por la declaración de la víctima. La concurrencia de estas circunstancias se explica en la sentencia impugnada y se cuestiona en otros motivos, donde se analizarán individualizadamente, pero desde el punto de vista fáctico no cabe duda alguna de que no se ha infringido el derecho constitucional denunciado.

OCTAVO.- El segundo motivo, por infracción de ley, impugna la aplicación de la agravante de disfraz. Alega el recurrente que los otros acusados portaban pasamontañas, pero el recurrente no iba disfrazado, por lo que no se le puede aplicar esta agravante.

La sentencia impugnada razona suficientemente la aplicación de la agravante de disfraz a este recurrente.

"El disfraz ha sido entendido, doctrinal y jurisprudencialmente, como el empleo de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia externa de una persona. Su aplicación requiere que sea utilizado al tiempo de la comisión del delito y con la finalidad de facilitar la realización del mismo dificultando la identificación del autor (por todas, SSTS de 20-2-06 y 27-5-05).

Cuando el disfraz se utiliza no tanto para permitir o facilitar el delito como en el presente caso, para evitar la identificación del autor del hecho ilícito, la agravante exige la concurrencia de tres requisitos:

- *Objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona.*
- *Subjetivo o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades.*
- *Cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento.*

Procederá la apreciación de la agravante " cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés " (SSTS 939/2004, de 12 de julio y 618/2004, de 5 de mayo , citando ambas la de 17-6-99 , número 1025/1999).

En el supuesto que nos ocupa concurrieron los tres mencionados requisitos:

- *El objetivo, ya que tres de los acusados portaban pasamontañas que impedían su identificación.*



· De las circunstancias del caso cabe inferir que el uso de tal mecanismo de ocultación del rostro fue para impedir su posterior identificación.

En el mismo sentido la STS de 4-11-98, explica que el mero hecho de la utilización de elementos desfiguradores del rostro en un atraco a una entidad bancaria obliga a inferir necesariamente que fueron utilizados para impedir o dificultar la posterior identificación de sus autores.

· En cuanto al requisito cronológico ninguna duda se ha planteado, fueron utilizados durante los hechos.

Poniendo en relación los dos aspectos de la agravante, el objetivo (uso de medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual) y el subjetivo (mayor facilidad de ejecución y mayor impunidad), con el artículo 65 del Código Penal, podemos establecer los siguientes supuestos para el caso de que unos de los delincuentes, utilicen el disfraz y otro no, como es el caso de autos y recordaba la STS 838/2001 :

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

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

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

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

b) Que no se beneficie del disfraz el que no lo lleva. En este caso, si en la escena del delito, aparece uno con disfraz y otro sin él, no debe alcanzarse la agravación a quien no lo lleva, si ambos tienen las mismas posibilidades de ser identificados. Cabría plantear la hipótesis del beneficio indirecto del disfraz utilizado por otro, cuando el que está disfrazado es un conocido del lugar donde se comete el hecho, y su acompañante un forastero, En este excepcional supuesto podría alcanzarse la agravación. Coincide con el caso a examen. Miguel era conocido de la víctima **pero aspiraba a que sus colaboradores no fueran identificados y así pudiera pensarse que él era ajeno a los hechos.**

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

B) Que el empleo de disfraz no forme parte del proyecto criminal, y el que no utiliza disfraz, ignore que se está utilizando por otro copartícipe. A nadie puede imputarse o reprocharse algo que no conoce, ni podía conocer, ni esperar que se produjera".

Esta argumentación es correcta y coincide con nuestra doctrina jurisprudencial. El recurrente no llevaba disfraz, pero sabía que los demás lo llevarían, y su papel era el de conducir a la víctima hacia la trampa tendida en su domicilio, simulando ser ajeno al asalto. En consecuencia, el disfraz de los demás le beneficiaba, pues su anonimato le favorecía para que no fuesen identificados y no se le pudiese relacionar con ellos, pero conforme al diseño delictivo no era procedente que él mismo lo portara. La aplicación de la agravante se encuentra perfectamente justificada. El motivo debe ser desestimado.

NOVENO .- El tercer motivo de recurso, al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega aplicación indebida del art 22 6º CP, agravante de abuso de confianza.

El motivo carece de fundamento. El recurrente no solo gozaba de la confianza de la víctima, como socio suyo y por trabajar en su taller, sino que aprovechó arteramente esa confianza para sustraerle las llaves de su casa, hacer una copia y entregársela a los que iban a robar en ella, acompañándole después a la casa cuando sabía que en ella se encontrarían los agresores, concurriendo por lo tanto en los hechos los dos requisitos subjetivo (relación especial) y objetivo (facilitación del delito) que integran la agravación.

DÉCIMO .- El cuarto motivo de recurso alega indebida inaplicación de la atenuante del art 21 5º, reparación del daño.

Este cauce casacional exige el respeto del relato fáctico. En éste no consta dato alguno que permita apoyar la referida circunstancia. Consta que otro de los acusados entregó una cantidad como indemnización para el perjudicado, pero no consta que el recurrente entregara nada, ni que realizase ninguna acción reparatoria. La



comunicación de esta circunstancia a los copartícipes solamente se produce cuando el que repara el daño ha sido el único beneficiado por el delito. En otro caso, pretender que el sacrificio indemnizatorio de un acusado extienda sus consecuencias beneficiosas a quien no ha realizado acción alguna de reparación va contra el fundamento mismo de la norma (STS 14 de noviembre de 2005).

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL CONDENADO Segundo .

UNDÉCIMO.- El primer motivo de recurso alega vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación.

Alega el recurrente que no se ha aplicado la atenuante de reparación del daño al delito de robo, sin una fundamentación especial.

El recurrente indemnizó con la cantidad de 3.000 euros a la víctima, que el Tribunal considera que coincide con la indemnización que le correspondería, según el baremo, por sus lesiones. Se le aplica, por ello, una atenuante de reparación del daño muy cualificada, en este delito de lesiones, **lo que implica una valoración muy considerable de dicha atenuante** . Pero esa reparación por las lesiones no afecta a la tentativa de robo, en la que la propia naturaleza de delito intentado, es decir que no ha llegado a producir un resultado efectivo de daño, dificulta la reparación.

La aplicación de la atenuante a las lesiones, y la explicación dada para justificar su estimación como atenuante muy cualificada en relación con dicho delito, justifican, de modo implícito pero fácilmente comprensible, el hecho que no se aplique adicionalmente la atenuante en la tentativa. El criterio jurisprudencial es que en condenas por varios delitos la atenuante se aplique a los delitos cuyos efectos se repararon (SSTS 27 de febrero y 1 de marzo de 2006).

Es cierto que la admisión jurisprudencial de la denominada reparación simbólica (STS 6 de octubre 1998 , STS 2 de julio de 2012) permite extender la atenuante del art 21 5º a delitos sin resultado material, pero en el caso actual no consta expresamente en el relato fáctico ningún acto reparatorio inmaterial de reconocimiento de la norma vulnerada y de contribución activa al restablecimiento de la confianza en su vigencia, más allá de la reparación material de la indemnización por las lesiones, y si procediésemos a repartir la aportación dineraria del recurrente entre ambos delitos (lesiones y tentativa de robo, como daño moral) se perdería la condición de reparación total que le atribuye la sentencia impugnada para el delito de lesiones, con la consiguiente pérdida de su admisión como atenuante muy cualificada, que ha permitido una rebaja muy considerable de la pena aplicada a dicho delito.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DUODÉCIMO.- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega vulneración del art 21 5º CP , por no haberse aplicado la atenuante de reparación del daño al delito de robo intentado reiterando la fundamentación del motivo anterior, antes como infracción constitucional y ahora como infracción de ley.

El motivo se encuentra técnicamente bien construido, y se apoya con acierto en la consideración de que esta Sala ha admitido que el fundamento material de la atenuante de reparación del daño responde a la concurrencia de un "actus contrarius" mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma, con la consiguiente repercusión en la reprochabilidad de su conducta. Considera que el acto reparador del daño económico sufrido por las lesiones debe tener repercusión también en el delito de robo en casa habitada y con violencia en grado de tentativa, dado que cualquier forma de reparación, incluso simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante.

Sin embargo, debemos tomar en consideración que el recurrente solamente atendió al resultado de las lesiones para computar la reparación económica realizada. Y que precisamente por ello el Tribunal le ha admitido la reparación como atenuante muy cualificada en dicho delito.

Como ya hemos expresado, si procediésemos a repartir la aportación dineraria del recurrente entre ambos delitos (lesiones y tentativa de robo, en este último como compensación del daño moral) se perdería la condición de reparación total que le atribuye la sentencia impugnada para el delito de lesiones, con la consiguiente pérdida de su admisión como atenuante muy cualificada, que ha permitido una rebaja muy considerable de la pena impuesta por dicho delito. En efecto, la aplicación de la atenuante de reparación del daño ha permitido al Tribunal sentenciador imponer al recurrente por el delito de lesiones una pena casi cuatro veces inferior con la que se sanciona a los demás condenados, por el mismo hecho (cinco meses de prisión al recurrente, frente a 21 meses y un día para los demás condenados), pese a la concurrencia en el recurrente de dos agravantes en este delito (disfraz y reincidencia), concurriendo una sola en los demás acusados. Esta especial relevancia punitiva que ya se ha otorgado por el Tribunal sentenciador a la atenuante de reparación



del daño en el delito de lesiones no justifica, en el caso actual y desde la perspectiva del fundamento objetivo y político criminal de la atenuante, su extensión a otros delitos relacionados, que no han sido objeto de reparación específica.

El recurso, en consecuencia, debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR Jose Miguel .

DECIMOTERCERO.- El primer motivo del presente recurso, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al amparo del art 852 Lecrim , y del principio acusatorio, en relación con el art 148 1º CP . El recurrente se queja de que no se apreciase su calificación de delito de lesiones del art 148 1º con uso de instrumento peligroso, al considerar que la víctima fue golpeada en la cabeza con una pistola, aunque este dato no se incluyese en su relato fáctico acusatorio.

El motivo carece de fundamento. El Tribunal sentenciador consideró más procedente estimar la calificación de las lesiones realizada por el Ministerio Público y lo razona suficientemente en la sentencia. Con independencia de que el relato fáctico de la acusación particular no mencionaba la referida pistola, lo cierto es que el Tribunal sentenciador acogió una calificación alternativa, razonadamente fundada, que era la del Ministerio Fiscal, y que no interesaba la aplicación de la agravación por utilización de instrumento peligroso en las lesiones. El derecho a la tutela judicial efectiva no conlleva el derecho a obtener la respuesta judicial que interesa al recurrente, sino una respuesta en derecho razonablemente fundada. En el caso actual, así ha sido, por lo que el motivo debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO - El segundo motivo del presente recurso, se formula por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al amparo del art 852 Lecrim , y del principio acusatorio, en relación con los arts. 570 ter y 570 bis CP . El recurrente se queja de que no se apreciase su calificación de delito de pertenencia a grupo criminal, invocando el Tribunal el principio acusatorio al no consignarse en los escritos de acusación datos suficientes para ello. Y alega que los datos obrantes en la causa ponen claramente de manifiesto la concurrencia del grupo.

Como ya hemos señalado el derecho a la tutela judicial efectiva no conlleva el derecho a obtener la respuesta judicial que interesa al recurrente, sino una respuesta en derecho razonablemente fundada. En el caso actual, así ha sido, por lo que el motivo debe ser desestimado. La mera concurrencia de varias personas en la comisión de un delito constituye, en principio, un supuesto de codelincuencia, y no necesariamente de grupo criminal.

DECIMOQUINTO.- El tercer motivo, por infracción de ley, denuncia la inaplicación del art 148 2º CP , es decir la calificación del delito de lesiones con ensañamiento o alevosía , concretando que su acusación se centra en la concurrencia de alevosía.

El motivo debe respetar el relato fáctico. En éste no cabe apreciar la concurrencia de dicha circunstancia. Es cierto que ha concurrido un elemento de sorpresa en el ataque inicial, y una pluralidad de atacantes que dificultaban la defensa, pero no la imposibilitaban totalmente, pues lo cierto es que los gritos de la víctima fueron escuchados por los vecinos que inmediatamente llamaron a la policía y los atacantes se vieron obligados a abandonar la casa de forma casi inmediata y sin consumir el robo que proyectaban realizar.

Por otra parte no ha de olvidarse que la agravación penológica establecida en este artículo no es imperativa (STS 1647/99, de 18 de noviembre , y 18 de julio de 2001).

DECIMOSEXTO.- El cuarto motivo, también por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega vulneración por falta de aplicación del art 163 CP , en relación con el art 242 y 77 CP . Considera el recurrente que debió aplicarse el delito de detención ilegal en concurso medial con el delito de robo.

El motivo debe respetar el relato fáctico. En éste se explica que la inmovilización de la víctima duró el tiempo indispensable para la realización del robo, incluso menos pues los condenados abandonaron inmediatamente la casa sin llegar a robar nada, interviniendo de modo bastante rápido la fuerza policial alertada por un vecino. Atendiendo a estos hechos la doctrina jurisprudencial admite la calificación aplicada por la Sala sentenciadora, y apoyada en esta instancia por el Ministerio Fiscal, conforme a la cual la sanción por el robo con violencia absorbe la totalidad del daño ocasionado.

DECIMOSEPTIMO.- El quinto motivo, también por infracción de ley, alega vulneración de los arts 109 y 110 CP . Interesa se incluya en la indemnización concedida un tratamiento de sicoterapia, así como otros daños por importe de 30.000 euros.

El motivo carece de base fáctica, y la doctrina de esta Sala ha señalado reiteradamente que la cuantía de la indemnización no es objeto de recurso casacional, salvo supuestos excepcionales.

Procede, por todo ello, la integra desestimación del recurso interpuesto por la acusación particular.

**ADAPTACIÓN DE LOS MOTIVOS DE RECURSO A LA NUEVA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL.**

DECIMOCTAVO.- La Disposición transitoria tercera Nueva Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo , establece las Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas:

- a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo.
- b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva Ley.
- c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

DECIMONOVENO.- En el caso actual nos encontramos en el supuesto del apartado c), y por ello se ha pasado de nuevo el recurso a los recurrentes, de oficio, por el término de ocho días, para que adaptasen, si lo estimaban procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, informando posteriormente el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Público considera, en su escrito de 2 de noviembre de 2015, que el recurso no precisa adaptación, pues las penas impuestas tienen cabida dentro de la regulación establecida en la reforma.

La acusación particular se da por instruida.

Las partes recurrentes que representan a los condenados, solicitan, en primer lugar, que si se acoge el recurso y se califican las lesiones como faltas, se aplique la regulación anterior, dado que la reforma ha convertido las faltas de lesiones en delitos leves, con una pena superior. Esta pretensión ha quedado vacía de contenido al no haberse estimado los motivos que interesaban la calificación de las lesiones como falta.

La representación de D. Miguel interesa que se aplique el nuevo Código en el caso de que se mantenga el delito de lesiones, y dado que la pena de las lesiones tiene actualmente un mínimo inferior (tres meses de prisión en lugar de seis meses) se sustituya la pena impuesta de 21 meses y un día por el delito de lesiones por la de 19 meses y 15 días que es la que ahora correspondería al límite mínimo de la mitad superior con el nuevo Código.

Esta pretensión no se estima aceptable, pues no se trata ahora de proceder a un nuevo enjuiciamiento, ni de revisar una sentencia firme, sino de constatar, por la vía de la infracción de ley, si las penas impuestas respetan el principio de retroactividad de las normas penales más favorables, es decir si resultan legalmente procedentes en el nuevo marco normativo. Ha de tenerse en cuenta la regla general, establecida para el proceso de revisión, conforme a la cual en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Pues bien las penas impuestas a los recurrentes de 21 meses y un día de prisión por el delito de lesiones del art 147 CP , con sus circunstancias agravantes, que imponen la aplicación de la mitad superior de la pena, son perfectamente imponibles con la nueva Ley, pues en ella la mitad superior de la pena tiene como marco desde 19 meses y 15 días a tres años, sin que se estime procedente una nueva individualización.

Asimismo plantea la parte recurrente que se sustituya la pena de prisión impuesta por la de multa, que en la nueva redacción de la ley constituye una pena alternativa. Conforme a la regulación del proceso de revisión, disposición transitoria segunda, en estos casos es imperativo abrir el proceso de revisión, oyendo al reo y realizando la valoración procedente sobre la eventual sustitución, o no, de la pena privativa de libertad, por la pena alternativa. En el ámbito de este proceso casacional, que no coincide con el de revisión, debemos evaluar esta alternativa, examinando si en función de las circunstancias del caso procede mantener la pena privativa de libertad o acudir a la alternativa de multa. Y en el caso actual es claro que, dada la brutalidad de la agresión, y el hecho de realizarse en la propia morada de la víctima, tras una artera añagaza para apropiarse de sus llaves, y con el fin de obligarle a descubrir donde guardaba sus bienes para robarlos, la pena privativa de libertad, por otra parte ya cumplida en buena medida por la vía de la prisión provisional, constituye una pena mucho más adecuada que la de multa.



La representación de D. Segundo , interesa que se aplique el nuevo Código en el caso de que se mantenga el delito de lesiones, y dado que la pena de las lesiones tiene actualmente un mínimo inferior (tres meses en lugar de seis meses) se sustituya la pena impuesta de 5 meses de prisión por el delito de lesiones por la de 2 meses y quince días, por estimar que el Tribunal sentenciador ha bajado la pena un grado, y en consecuencia debe reducirse ahora la pena un grado partiendo del límite mínimo de tres meses, con lo que la pena tendría que ser inferior a esta cifra.

Esta pretensión plantea una cuestión más compleja. El Tribunal sentenciador en ningún momento expresa en la fundamentación de su sentencia su decisión de reducir la pena de las lesiones en un grado, pues ha de tenerse en cuenta que junto a la apreciación de una atenuante cualificada (reparación del daño) concurren en las lesiones dos agravantes (reincidencia y disfraz), por lo que en la sentencia se impone la pena mínima (seis meses de prisión), pero sin rebajar un grado (art 66 7º). Sin embargo, en el auto de corrección de errores, después de razonar la necesidad de modificar la pena impuesta para los demás condenados por el delito de robo, sin tocar la pena por las lesiones, se expone que esta modificación es aplicable a Segundo , aunque nadie lo haya pedido y se modifica la pena impuesta por el robo. Al mismo tiempo se incurre en un error manifiesto, pues sin explicación ni justificación alguna se modifica la pena de las lesiones impuesta a este condenado, de seis a cinco meses, lo que constituye un claro error numérico del auto de corrección de errores, pues ni se ha justificado la necesidad de modificación alguna de la pena impuesta en la sentencia por el delito de lesiones, ni la pena es procedente, concurriendo dos agravantes y sin haber razonado en momento alguno la procedencia de aplicar la pena inferior. Error que no procede corregir, pues no lo ha solicitado ninguna parte acusadora, y resulta favorable para el reo.

Pero ello no significa que aplicando la reforma legal deba necesariamente reducirse la pena impuesta para incluirla dentro del grado inferior, por debajo de los tres meses, pues el Tribunal sentenciador no ha justificado ni razonado que deba realizarse esta reducción, y de la propia sentencia se deduce que no lo ha acordado así. La pena de cinco meses, que procede del auto de corrección de errores, es imponible conforme a la nueva redacción de la ley, y así debe mantenerse.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de la totalidad de los recursos interpuestos, con imposición de costas a los recurrentes, por ser preceptivas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, por Landelino , Miguel , Primitivo , Segundo y por la Acusación Particular Jose Miguel , contra la sentencia de fecha 9 de abril de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trigésima , en causa seguida a los cuatro procesados por delitos de detención ilegal, pertenencia a grupo criminal, robo y lesiones. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico