



Roj: **STS 5685/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5685**

Id Cendoj: **28079120012015100853**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2015**

Nº de Recurso: **10924/2014**

Nº de Resolución: **863/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 2299/2014,**
STS 5685/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 863/2015

RECURSO CASACION (P) Nº: 10924/2014 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia : 30/12/2015

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

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : AMM

Robo y detención ilegal.- Individualización de la pena.- Regla de compensación racional de atenuantes y agravantes del párrafo séptimo del art 66 CP 95.- La imposición del máximo punitivo posible en el delito de lesiones para todos los acusados se justifica por el Tribunal de Instancia por la gravedad de los hechos y su brutalidad. Pero el Tribunal no distingue entre el recurrente en quien concurren dos atenuantes, y los otros acusados en los que solamente concurren agravantes, por lo que vulnera la regla de compensación racional del art 66 7º CP 95. Estimación parcial del motivo, y reducción en un año de la pena de prisión impuesta al recurrente, diferenciándola de la pena de los otros acusados a los que no se aprecia atenuante alguna.

Drogadicción.- Atenuante y eximente incompleta.- Doctrina general.- Agravante de abuso de superioridad.- Doctrina general.- Agravante de disfraz.- Doctrina general.-

Detención ilegal y robo.- Modalidades de concurso.- Doctrina general.- En los casos de dos detenciones como medio para cometer un robo procede aplicar un concurso medial de un delito de robo con un solo delito de detención ilegal y la otra detención ilegal sancionarla aisladamente con independencia de ese concurso. Es lo más acertado para evitar vulneraciones del principio "non bis in ídem" y consecuencias punitivas desproporcionadas, vincular el delito de robo instrumental tan sólo con una de las detenciones, siendo sancionada la otra aislada e independientemente.

Concurso medial.- Nueva regulación CP 2015.- La condena de los recurrentes como autores de un delito de detención ilegal en concurso medial con otro de robo impone la obligación de constatar si la modificación efectuada en esta modalidad concursal puede resultar más favorable para los condenados, a los efectos de su aplicación retroactiva. Para ello se ha procedido a dar traslado a las partes, a fin de ser oídas. La reforma de



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

La exposición de motivos no explica el fundamento de esta reforma. En realidad procede de una modificación más relevante que se intentó y no llegó a consumarse: la reforma del delito continuado. La EM del anteproyecto de 2012 incluía una argumentación que justificaba la reforma del delito continuado con el fin de evitar arbitrariedades en casos de reiteración delictiva. Para ello se limitaba la continuidad delictiva en función de criterios de cercanía espacio-temporal, y se revisaba el sistema de determinación de las penas, para asegurar que en todo caso la reiteración delictiva supusiera un incremento de pena, excluyendo la aplicación de esta figura en los delitos contra la libertad sexual.

La supresión de esta modificación no llegó a alcanzar a la ruptura del régimen punitivo unitario en los supuestos de concurso ideal y medial. Ruptura que se justificaba inicialmente en la EM como aplicación al concurso medial de la misma regla prevista para asegurar en el delito continuado que la reiteración delictiva tuviese reflejo en la agravación de la pena. Desaparecida la reforma principal subsiste la que constituía un efecto colateral, pero carente ahora de justificación expresa en la EM al haberse suprimido el párrafo correspondiente.

Determinación de la pena con el nuevo sistema.- El nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo. El límite mínimo no se refiere a la pena "superior en grado" de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización, se estima que correspondería, por ejemplo, la pena de cinco años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de cinco años y un día. El límite máximo de la pena procedente para el concurso no podrá exceder de la "suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito". Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes. Si, por ejemplo, dicha pena fuese de cuatro años, el marco punitivo del concurso irá de cinco años y un día como pena mínima, a nueve años (cinco del delito más grave, más cuatro del segundo delito) como pena máxima. Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art 66 CP, pero, como señala acertadamente la Circular 4/2015 de la FGE, que sigue este mismo sistema, en ese momento ya no debemos tener en cuenta las "reglas dosimétricas" del artículo 66 CP, porque ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo y, caso de hacerlo, se incurriría en un "bis in ídem" prohibido en el art. 67 CP. Deben tomarse en cuenta los criterios generales del art 66, pero no las reglas específicas, que ya han incrementado el límite mínimo del concurso por la apreciación de una agravante, que no puede ser aplicada de nuevo.

Videoconferencias.- Doctrina reciente de esta Sala.- Ratificación.- Supuesto en que la videoconferencia se realiza por razones de seguridad y orden público, aunque el testigo pueda desplazarse al lugar del juicio.

Imparcialidad del Tribunal.- En el caso actual se reprocha a uno de los Magistrados haber realizado determinados comentarios sobre la declaración del acusado que ponían de relieve su incredulidad, al manifestar que el declarante había realizado un relato humorístico y haber efectuado una solicitud de explicaciones de orden inquisitivo. Es cierto que las aclaraciones o preguntas de los Magistrados deben realizarse a través de la Presidencia, o en todo caso previa solicitud a la Presidencia, lo que no consta en el caso actual, y que en todo caso estas aclaraciones o preguntas del Tribunal deben ser respetuosas con el declarante al que se dirigen, por lo que puede apreciarse en el caso actual una irregularidad en la intervención a la que se refiere el recurrente, efectuada personalmente por uno de los Magistrados. Pero también lo es que dicha intervención, que pretendía aclarar los hechos, no puede apreciarse que afecte al derecho fundamental del acusado a la imparcialidad del Tribunal, pues no pone de relieve ni es indicativa de ningún prejuicio anterior que afectase a la objetividad del enjuiciamiento, y lo cierto es que a lo largo de la práctica de la prueba los miembros del Tribunal van formándose un criterio, por lo que un eventual exceso de celo en la solicitud de aclaraciones no determina por sí mismo la vulneración del citado derecho fundamental.

Nº: 10924 / 2014P



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

Fallo: 17/12/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 863/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Joaquín Giménez García

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 la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil quince.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Marcelino Cesareo , Bernabe Justiniano , Jesus Jorge , Rosendo Fernando y Casimiro Fermin** , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Mallorca de fecha 28 de octubre de 2014, en causa seguida a los mismos por delitos de robo con fuerza en casa habitada, detención ilegal, lesiones y contra la salud pública, 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. Cándido Conde Pumpido Tourón, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por los Procuradores D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro, D^a M^a Belén Aroca Florez, D^a M^a Jesús González Díez, y D. Domingo Lago Pato, los dos últimos.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO .- El Juzgado de Instrucción num. 2 de Ibiza instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 42/2014, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que con fecha 28 de octubre de 2014, dictó Sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Los acusados, Marcelino Cesareo , Bernabe Justiniano , Rosendo Fernando , Casimiro Fermin y Jesus Jorge , puestos previamente de común acuerdo, se proveyeron de una bolsa con bridas, ropas que les cubrían el rostro, y una pistola de fogueo y actuando con la intención de obtener un beneficio económico ilícito, alrededor de las 03,00 horas del día 4 de Septiembre de 2012, se dirigieron al domicilio sito en la Sección NUM000 , polígono NUM001 de San José de Sa Talaia (Ibiza), residencia de Borja Norberto , quien se encontraba esa noche acompañado de Flora Guillerma , donde tras romper la cristalería de una puerta corredera, causando desperfectos que no han sido tasados por los que reclama su propietario, accedieron al interior del domicilio con las caras tapadas escondiendo sus rostros, portando el acusado Casimiro Fermin un arma marca Blow magnun de fogueo de 9 mm. de calibre con cargador, con la que intimidó a Borja Norberto y a Flora Guillerma , con la que golpeó a Borja Norberto con la culata, mientras Marcelino Cesareo le sujetaba por detrás cogiéndole con fuerza del cuello golpeándole asimismo con patadas y puñetazos por todo el cuerpo los otros tres acusados Bernabe Justiniano , Rosendo Fernando y Jesus Jorge . El cuarto acusado Casimiro Fermin obligó a Flora Guillerma a permanecer en una habitación, de donde no la dejó salir mientras seguían golpeando a Borja Norberto amenazándole con violar a Flora Guillerma si no les daba todo el dinero. Posteriormente la trasladaron a otra habitación donde la obligaron a tumbarse boca abajo sobre una cama, estando en todo momento vigilada constantemente por Casimiro Fermin o por Marcelino Cesareo que se turnaban en vigilancia. Antes de marcharse la maniataron fuertemente de pies y manos con bridas de

plástico diciéndole a Flora Guillerma : "No se te ocurra denuncia", en tono intimidador, causándole miedo y desasosiego.

Durante la agresión a Borja Norberto , los acusados compartían la pistola mencionada, siendo que el acusado Jesus Jorge quien le quitó las balas, se la metió en la boca a Borja Norberto , y la disparó, sacándola bruscamente, al tiempo que le decía: "Entrégame el dinero o te mato". Asimismo, los acusados utilizaron una escopeta de perdigones, propiedad de Borja Norberto , que se encontraba en su domicilio para agredirle por todo el cuerpo, y, dirigiéndose a Flora Guillerma le decían: "entrega el dinero o le cortamos los dedos a tu novio", llegando los acusados a coger fuertemente del cuello a Borja Norberto con fuerza, maniatándole de pies y manos con bridas de plástico para impedir que se moviera

Los acusados, accedieron al domicilio con ropas que tapaban y cubrían sus rostros, para evitar que las víctimas pudieran identificarlos, dejando sólo al descubierto sus ojos, permaneciendo con el rostro cubierto durante el tiempo que estuvieron en la vivienda, no logrando su propósito al reconocerlos Borja Norberto por la voz, los ojos y la compleción.

Los acusados sustrajeron: un ordenador de la marca Apple IMac de 27 pulgadas, relojes de la marca Emporio Armani, un Iphone blanco y un Iphone negro, 5 kilos de perlas de diferentes tamaños, 300 gramos de plata, una cartera de la marca Gucci con documentación, medalla de color plateado y 1.750 euros; propiedad de Borja Norberto , y un Iphone, propiedad de Flora Guillerma , efectos que no han sido tasados pericialmente, por los que reclaman sus propietarios, a excepción de un ordenador de la marca Apple IMac de 27 pulgadas, permiso de conducir, un teléfono marca Iphone negro, una cartera de la marca Gucci y una medalla de color plateado que han sido recuperados por los que no reclama su propietario.

Después de sustraer los efectos reseñados, los acusados abandonaron la vivienda, dejando maniatados de pies y manos a Borja Norberto y a Flora Guillerma , siendo ésta la que logró llegar hasta la cocina de la casa donde cogió unas tijeras y pudo cortar la bridas de las muñecas, liberándose de este modo. Cuando lograba desasir a Borja Norberto llegó en auxilio un vecino que ayudó a quitarle las bridas con la que le habían atado.

Como consecuencia de estos hechos, Borja Norberto , nacido el NUM002 .1982, sufrió lesiones consistentes en dolor costal izquierdo, policontusiones, sangrado nasal, herida inciso contusa con pérdida de sustancia en labio superior, hematomas múltiples en región clavicular derecha, región nasal, región orbitaria bilateral, región malar derecha, hematomas lineales en región cervical, hematoma en cara interna de brazo derecho, erosiones múltiples y excoriaciones en miembros inferiores; hemorragia conjuntiva bilateral, hematoma con edema en tobillo derecho y fractura no desplazada de huesos propios, que, además de una primera asistencia facultativa, requirieron tratamiento médico consistente en sutura interna y externa de la herida (17 puntos de sutura), cura local de heridas, retirada de puntos, tratamiento sintomático y vendaje comprensivo en tobillo derecho, que tardaron en curar ciento setenta días, todos los cuales fueron impeditivos para el ejercicio de su actividad habitual, restándole como secuelas trastornos neuróticos por estrés postraumático y síndrome cervical leve, restándole como perjuicio estético cicatriz en forma de "Z" de aproximadamente 1 cm. en 1/3 derecho de labio superior hipertrófica y con ligera asimetría en unión cutáneo mucosa en 1/3 externo derecho de labio superior y hiperpigmentación en cara interna de pierna derecha, reclamando Borja Norberto tanto por las lesiones como por las secuelas.

Como consecuencia de estos hechos, Flora Guillerma sufrió lesiones consistentes en eritema circular en contorno de muñecas y tobillos y ansiedad reactiva que únicamente requirió primera asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico posterior, que tardaron en curar 10 días, 5 de los cuales fueron impeditivos para el ejercicio de su actividad habitual, restándole como secuela Trastorno Neuróticos por estrés postraumáticos, reclamando tanto por las lesiones como por las secuelas.

Los acusados cometieron los hechos sabedores de que por su número y las armas que portaban, desequilibraban la defensa de Borja Norberto y de Flora Guillerma , aprovechando que en la madrugada éstos se encontraban solos en el domicilio y, con intención de enriquecerse económicamente y sin ninguna provocación previa, atacaron a Borja Norberto con tal rapidez y brutalidad que hicieron prácticamente inviable su propia defensa.

SEGUNDO.- El acusado Rosendo Fernando tenía en su poder, en su habitación del domicilio sito en la C/ DIRECCION000 num. NUM003 . NUM004 de Ibiza un envoltorio con 87,017 gramos de cocaína, con una riqueza del 30,7 % y un valor en el mercado de 5.221 euros, sustancias estupefacientes que el acusado tenía en su poder para destinarla a la venta de terceras personas, así como instrumentos y útiles para el corte y suministro de las sustancias estupefacientes intervenidas tales como 154 gramos de sustancia de corte, un rollo de alambre plastificado y una bolsa de plástico con recortes circulares.



En la habitación de Bernabe Justiniano sita en el mismo domicilio antes señalado se hallaron 48 gramos de base hachís, sin que conste suficientemente probado que estuvieran destinados a la venta a terceras personas.

TERCERO.- Todos los acusados son mayores de edad Marcelino Cesareo , en cuanto nacido el NUM005 .1983; Bernabe Justiniano , nacido el NUM006 .1985; Rosendo Fernando , nacido el NUM007 .1986; Casimiro Fermin , nacido el NUM008 .1981. Carecen de antecedentes penales. Están privados de libertad por esta causa desde el día 4 de septiembre de 2012.

Jesus Jorge , nacido el NUM009 .1981 tiene antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, está privado de libertad por esta causa los días 17/3/2013 a 18/3/2013 y desde el 17/3/2014".

SEGUNDO .- La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

Debemos condenar y condenamos:

1.- A Marcelino Cesareo , como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal, de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso y de una falta de lesiones. Con la concurrencia de la circunstancias agravantes de disfraz y de abuso de superioridad en el delito de robo y las atenuantes de reparación parcial del daño en el delito de robo y de colaboración con las autoridades y le imponemos:

-Por el delito de robo en concurso con una detención ilegal la pena de cinco años de prisión.

-Por el otro delito de detención ilegal, la pena de cuatro años de prisión.

-Por el delito de lesiones, la pena de cinco años de prisión.

-Por falta de lesiones la pena de dos meses de multa a razón de una cuota diaria de 3 euros con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

2.- Debemos condenar y condenamos a Bernabe Justiniano como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso y de una falta de lesiones, con la concurrencia de circunstancias agravantes de disfraz y de abuso de superioridad en el delito de robo, y le imponemos:

- Por el delito de robo en concurso con una detención ilegal la pena de seis años de prisión.

-Por el otro delito de detención ilegal, la pena de cuatro años de prisión.

-Por el delito de lesiones, la pena de cinco años de prisión.

-Por la falta de lesiones la pena de dos meses multa a razón de una cuota diaria de 3 euros con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

3.- Debemos condenar y condenamos a Casimiro Fermin como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal, de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso y de una falta de lesiones con la concurrencia de la circunstancias agravantes de disfraz; de abuso de superioridad en el delito de robo, y le imponemos:

-Por el delito de robo en concurso con una detención ilegal, la pena de seis años de prisión.

-Por el otro delito de detención ilegal, la pena de cuatro años de prisión.

-Por el delito de lesiones, la pena de cinco años de prisión.

-Por la falta de lesiones la pena de dos meses multa a razón de una cuota diaria de 3 euros con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

4.- Debemos condenar y condenamos a Rosendo Fernando como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal, de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso, de un delito contra la salud pública y de una falta de lesiones con la concurrencia de la circunstancias agravantes de disfraz y de abuso de autoridad en el delito de robo y le imponemos

-Por el delito de robo en concurso con una detención ilegal, la pena de seis años de prisión.

-Por el otro delito de detención ilegal, la pena de cuatro años de prisión

-Por el delito de lesiones, la pena de cinco años de prisión.



-Por la falta de lesiones la pena de dos meses multa a razón de una cuota diaria de 3 euros con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

-Por el delito contra la salud pública la pena de tres años de prisión.

5.- Debemos condenar y condenamos a Jesus Jorge como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal, de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso, de un delito contra la salud pública y de una falta de lesiones con la concurrencia de la circunstancias agravantes de disfraz y de abuso de superioridad en el delito de robo, y le imponemos:

-Por el delito de robo en concurso con una detención ilegal, la pena de seis años de prisión.

- Por el delito otro de detención ilegal, la pena de cuatro años de prisión

- Por el delito de lesiones la pena de cinco años de prisión.

- Por la falta de lesiones la pena de dos meses multa a razón de una cuota diaria de 3 euros con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Se impone a todos los acusados la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la pena privativa de libertad.

Imponemos a todos los condenados la prohibición de aproximarse, a menos de 100 metros, de Borja Norberto y de Flora Guillerma , a su domicilio o al lugar en que se encuentren y la prohibición de comunicarse por cualquier medio con ellos por un plazo de 10 años debiendo cumplirse simultáneamente la pena de prisión y las prohibiciones impuestas.

Por vía de responsabilidad civil los acusados deberán de indemnizar conjunta y solidariamente a Borja Norberto en la cantidad de 88.316,72 euros, y a Flora Guillerma en la cantidad de 5.704 euros por las lesiones y secuelas causadas. Y en las cantidades que se determinen en ejecución de Sentencia por los objetos sustraídos y no recuperados y por los daños causados en la cristalera de la vivienda.

Las anteriores cantidades devengarán los intereses procesales del artículo 576 de la Lecrim .

Comiso y destrucción de las sustancias estupefacientes intervenidas.

Se imponen a los acusados el pago de lo costas, incluyendo las devengada. a la Acusación particular.

Hágase saber a los penados que para el cumplimiento de la pena le será abonado todo el tiempo que haya estado en prisión provisional por esta causa.

Asegúrense las responsabilidades que puedan derivarse de la presente causa.

Notifíquese esta sentencia o las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista en los artículos 855 y 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación".

TERCERO .- Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Marcelino Cesareo , Bernabe Justiniano , Jesus Jorge , Rosendo Fernando y Casimiro Fermin , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO .- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo la representación de Marcelino Cesareo , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., por infracción de precepto constitucional, en relación con el art. 5.4 L.O.P.J ., por vulneración de derechos fundamentales recogidos en la Constitución. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., infracción por aplicación indebida del art. 21.2 y 20.2 del Código Penal . TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por cuanto se ha condenado al recurrente a un delito de detención ilegal del art. 163.2 del C. Penal , el de Flora Guillerma , de forma independiente, sin incluirlo en el concurso medial con el delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada con uso de armas de los artículos 237 y 241.1 , 2 y 3 del mismo texto legal . CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por error en la apreciación de la prueba. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del art. 115 del Código Penal , en relación con los arts. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la C.E .

La representación de Jesus Jorge , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim . y 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración



del derecho fundamental a la libertad del art. 17 de la C.E., del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela efectiva sin indefensión, y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.1.2 de la C.E. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849, párrafo primero de la L.E.Crim., por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observado en la aplicación de la Ley Penal. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849, párrafo primero de la L.E.Crim., por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observado en la aplicación de la Ley Penal, y en concreto por inaplicación de la eximente incompleta del art. 21.2, en relación con el 21.1 y 20.2, todos ellos del Código Penal. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba.

La representación de Rosendo Fernando, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, en relación con el derecho fundamental a un juicio con todas las garantías, respecto al delito de tráfico de drogas. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del art. 163.1 C.P., en relación con la aplicación indebida del art. 77 del del Código Penal e inaplicación del art. 8.3º del mismo cuerpo legal. TERCERO: Al amparo del art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por haberse vulnerado el derecho fundamental a un juicio con todas las garantías, en especial las de inmediación, contradicción y defensa. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 21.1º, en relación con el art. 20.2º, o subsidiariamente por inaplicación del 21.2º y del art. 21.7º, este último en relación con el art. 21.1º todos del Código Penal. SEXTO: Al amparo del art. 852 de la LECrim., por vulneración del art. 24.2 de la C.E., art. 6 del Convenio de Roma y demás normas internacionales concordantes que declaran el derecho a un Tribunal imparcial. SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim. y 852 de la LECrim., por inaplicación indebida de la atenuante del art. 21.5º y vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba.

La representación de Casimiro Fermin, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 163.1 del Código Penal, en relación con la aplicación indebida del art. 77 del Código Penal e inaplicación del artículo 8.3ª del mismo cuerpo legal. SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho fundamental a un juicio con todas las garantías, en especial las de inmediación, contradicción y defensa. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 21.1º, en relación con el 20.2º y subsidiariamente inaplicación del 21.2º y del art. 21.7º, este último en relación con el 21.1º, todos del Código Penal. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º y 852 de la L.E.Crim., por inaplicación indebida de la atenuante del art. 21.5º y vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley respectivamente. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba.

La representación de Bernabe Justiniano formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley por indebida aplicación del art. 163 del Código Penal y vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de ley por no aplicación del art. 21, apartados 1º o alternativamente 6º del Código Penal, al no aplicar al recurrente la atenuante de toxicofrenia. TERCERO: Infracción de ley por no aplicación de las circunstancias atenuantes de reparación del daño y confesión de los artículos 21, apartados 4º y 5º o alternativamente 6º del Código Penal. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 24 de la Constitución Española, en lo referente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el art. 120.3º del mismo texto legal. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por no aplicación del art.21.6 del Código Penal y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en relación con el art. 24.2 de la Constitución.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, expresó su conformidad con la resolución de los mismos sin celebración de vista y los impugnó por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la deliberación y fallo prevenidos el 24 de septiembre pasado, se suspendió el mismo por providencia de la misma fecha y se dio traslado a las partes recurrentes por plazo de ocho días para que manifestaran lo que estimasen oportuno conforme a la Disposición Transitoria Tercera, letra C) de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 2 de diciembre de 2015, se han señalado la deliberación y fallo el 17 de diciembre de 2015, fecha en la que ha tenido lugar dicho acto.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca con fecha 28 de octubre de 2014 condenó al recurrente Marcelino Cesareo , como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal, de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso y de una falta de lesiones, con la concurrencia de la circunstancias agravantes de disfraz y de abuso de superioridad en el delito de robo y las atenuantes de reparación parcial del daño en el delito de robo y de colaboración con las autoridades, a las penas de cinco años de prisión por el delito de robo en concurso con una detención ilegal, de cuatro años de prisión por el otro delito de detención ilegal, de cinco años de prisión por el delito de lesiones, y de dos meses de multa por la falta de lesiones.

Al recurrente Bernabe Justiniano , como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal, de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso y de una falta de lesiones, con la concurrencia de la circunstancias agravantes de disfraz y de abuso de superioridad en el delito de robo, a las penas de seis años de prisión por el delito de robo en concurso con una detención ilegal, de cuatro años de prisión por el otro delito de detención ilegal, de cinco años de prisión por el delito de lesiones y de dos meses de multa por la falta de lesiones.

Al recurrente Casimiro Fermin , como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal, de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso y de una falta de lesiones, con la concurrencia de la circunstancias agravantes de disfraz y de abuso de superioridad en el delito de robo, a las penas de seis años de prisión por el delito de robo en concurso con una detención ilegal, de cuatro años de prisión por el otro delito de detención ilegal, de cinco años de prisión por el delito de lesiones y de dos meses multa por la falta de lesiones.

Al recurrente Rosendo Fernando , como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal, de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso, de un delito contra la salud pública y de una falta de lesiones, con la concurrencia de la circunstancias agravantes de disfraz y de abuso de superioridad en el delito de robo a la pena de seis años de prisión por el delito de robo en concurso con una detención ilegal, de cuatro años de prisión por el otro delito de detención ilegal, de cinco años de prisión por el delito de lesiones, de dos meses de multa por la falta de lesiones y de tres años de prisión por el delito contra la salud pública.

Y al recurrente Jesus Jorge como autor responsable de un delito de robo con violencia en casa habitada con uso de instrumento peligroso en concurso medial con dos delitos de detención ilegal, de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso y de una falta de lesiones, con la concurrencia de la circunstancias agravantes de disfraz y de abuso de superioridad en el delito de robo a la pena de seis años de prisión por el delito de robo en concurso con una detención ilegal, de cuatro años de prisión por el otro delito de detención ilegal, de cinco años de prisión por el delito de lesiones y de dos meses de multa por la falta de lesiones.

Frente a esta sentencia se alzan los presentes recursos interpuestos por los cinco condenados, por vulneración de derechos constitucionales, infracción de ley, error de hecho y quebrantamiento de forma, alcanzando un total de 28 motivos.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que los acusados, puestos previamente de acuerdo, se proveyeron de una bolsa con bridas, ropas que les cubrían el rostro, y una pistola de fogueo y, actuando con la intención de obtener un beneficio económico ilícito, alrededor de las tres de la madrugada del 4 de Septiembre de 2012, se dirigieron a un domicilio de Ibiza, residencia de Borja Norberto , quien se encontraba esa noche acompañado de Flora Guillerma , donde, tras romper la cristalera de una puerta corredera, accedieron al interior del domicilio con las caras tapadas escondiendo sus rostros, portando el acusado Casimiro Fermin una pistola de fogueo, con la que golpeó a Borja Norberto con la culata, mientras Marcelino Cesareo le sujetaba por detrás cogiéndole con fuerza del cuello, golpeándole asimismo con patadas y puñetazos por todo el cuerpo los otros tres acusados.

El acusado Casimiro Fermin obligó a Flora Guillerma a permanecer en una habitación, de donde no la dejó salir mientras los demás golpeaban a Borja Norberto , amenazando con violar a Flora Guillerma si no les daban todo el dinero. Posteriormente la trasladaron a otra habitación donde la obligaron a tumbarse boca abajo sobre una cama, estando en todo momento vigilada por Marcelino Cesareo o por Casimiro Fermin . Antes de marcharse la ataron fuertemente de pies y manos con bridas de plástico diciéndole: "No se te ocurra denunciar".

Durante la agresión a Borja Norberto , los acusados compartían la pistola mencionada, e incluso Jesus Jorge le quitó las balas, se la metió en la boca a Borja Norberto , y accionó el gatillo, sacándola seguidamente,



al tiempo que le decía: "Entrégame el dinero o te mato". Asimismo, los acusados utilizaron una escopeta de perdigones, propiedad de Borja Norberto , que se encontraba en su domicilio, para agredirle por todo el cuerpo, y, dirigiéndose a Flora Guillerma le decían: "entrega el dinero o le cortamos los dedos a tu novio", llegando los acusados a coger fuertemente del cuello a Borja Norberto , atándole de pies y manos con bridas de plástico para impedir que se moviera.

Los acusados, accedieron al domicilio con prendas que tapaban y cubrían sus rostros, para evitar que las víctimas pudieran identificarlos, dejando sólo al descubierto sus ojos, permaneciendo con el rostro cubierto durante el tiempo que estuvieron en la vivienda, siendo reconocidos por Borja Norberto a través de la voz, los ojos y la complexión.

Los acusados sustrajeron un ordenador, relojes, dos teléfonos móviles, 5 kilos de perlas, 300 gramos de plata, una cartera con documentación y 1.750 euros, propiedad de Borja Norberto , así como un teléfono móvil propiedad de Flora Guillerma .

Después de sustraer los efectos reseñados, los acusados abandonaron la vivienda, dejando atados de pies y manos a Borja Norberto y a Flora Guillerma . Como consecuencia de estos hechos, Borja Norberto sufrió lesiones varias que requirieron tratamiento médico y tardaron en curar 170 días dejándole secuelas. Flora Guillerma sufrió lesiones que tardaron en curar 10 días sin necesidad de tratamiento médico.

El acusado Rosendo Fernando tenía en su habitación 87,017 gramos de cocaína, con una riqueza del 30,7 % y un valor en el mercado de 5.221 euros, destinada a la venta, así como instrumentos y útiles para el corte y suministro de sustancias estupefacientes.

RECURSO DE Marcelino Cesareo .

TERCERO.- El primer motivo del presente recurso, al amparo del art 852 de la Lecrim en relación con el art 5 4º LOPJ , invoca genéricamente vulneración de derechos fundamentales.

El recurrente alega en primer lugar insuficiencia de motivación. Es una mera opinión de la parte que interpone el recurso pues basta leer la sentencia de instancia para constatar que se encuentra perfectamente motivada. Cuestión diferente es que la motivación no complazca al recurrente, pero esta valoración peyorativa puramente subjetiva es absolutamente ajena a la casación.

Alega también vulneración de los principios constitucionales de personalidad y proporcionalidad de las penas. En concreto argumenta que se ha impuesto al recurrente la misma pena que a los demás procesados pese a que le han sido apreciadas atenuantes no aplicadas a sus compañeros de banquillo.

Esta impugnación era merecedora de un motivo específico, por infracción de ley. En cualquier caso estimamos procedente examinarla en aras del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En relación con la pena impuesta por el delito de robo en concurso con el delito de detención ilegal, la alegación carece de fundamento, pues el Tribunal sentenciador ya ha tomado en consideración el efecto de las referidas atenuantes, en relación con las dos agravantes que también concurren (abuso de superioridad y disfraz), y ha condenado al recurrente a una pena inferior a la impuesta a los otros condenados, en quienes no concurrían las atenuantes (cinco años de prisión, en lugar de seis).

En relación con la pena impuesta por el delito adicional de detención ilegal, no incorporado al concurso, la alegación también carece de fundamento, pues la pena impuesta es la mínima legal.

Asiste, sin embargo, la razón al recurrente en relación con el delito de lesiones. La imposición del máximo punitivo posible para todos los acusados se justifica por el Tribunal de Instancia por la gravedad de los hechos y su brutalidad. Es cierto que los hechos revisten estos caracteres, pero el Tribunal no distingue, en absoluto, entre este recurrente en quien concurren dos atenuantes, y los otros acusados, en los que solamente concurren agravantes, por lo que después de reconocer la concurrencia de dos circunstancias atenuantes les niega efecto alguno, vulnerando la regla de compensación racional establecida en el párrafo séptimo del art 66 CP 95. No cabe excluir este criterio por el hecho de que las atenuantes se refieran específicamente por el Tribunal al delito de robo, pues la conexión de las acciones delictivas realizadas aconseja valorar esta atenuación en el ámbito del conjunto de los delitos cometidos. Procede, en consecuencia, estimar parcialmente este motivo de recurso, y reducir en un año de prisión la pena impuesta al recurrente por este delito, diferenciándola así de la pena impuesta a los otros acusados en los que no se aprecian las referidas atenuantes.

Se impugna asimismo la falta de apreciación de la atenuante de confesión como muy cualificada. La Sala sentenciadora, a cuya resolución nos remitimos, razona adecuadamente la desestimación de esta pretensión.

El motivo, en consecuencia, debe ser admitido parcialmente, en el sentido ya expuesto.



CUARTO.- El segundo motivo, por infracción de ley, denuncia la indebida inaplicación de los arts. 21 2º y 20 2º CP 95, por supuesta drogadicción.

El motivo carece del menor sustrato fáctico en los hechos declarados probados, por lo que se impone su desestimación. Es cierto, sin embargo, que en la fundamentación jurídica se alude a la drogadicción del recurrente, pero la mera condición de consumidor es insuficiente para la apreciación de esta atenuante, como ha señalado reiteradamente esta Sala.

La doctrina de esta Sala (ver STS 120/2014, de 26 de febrero) ha establecido que la aplicación de la eximente completa del artículo 20.1ª CP solo será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a esa comprensión, y que tal cosa solo puede tener lugar en ocasiones excepcionales, debiendo ser acreditado debidamente, a causa de un consumo muy prolongado y muy intenso de sustancias que hayan producido graves efectos en el psiquismo del agente, como puede ocurrir con la heroína.

En el artículo 20.2ª CP se contemplan los supuestos en los que esos efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse el sujeto bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias.

Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia debidos al consumo de drogas, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1ª CP , en relación con el art 20 2º que invoca el recurrente, y en este sentido esta Sala ha admitido que la adicción, cuando es prolongada en el tiempo e intensa, o reciente pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, como la heroína, provoca una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule. La Sentencia de esta Sala 26 de marzo de 1997 , por ejemplo, aprecia la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que pueden ir unidos a tales formas de dependencia y que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud.

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocie a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia , momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad, aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas (STS 4 de noviembre de 2008).

En el caso actual, la sentencia no declara probado ni la intoxicación plena, ni el síndrome de abstinencia, ni la concurrencia de una adicción grave. En la fundamentación jurídica se alude a la drogadicción del recurrente, pero la mera condición de consumidor es insuficiente para la apreciación de la atenuante del art 21 2º C.P ., que constituye una atenuante funcional, es decir aplicable solo cuando el acusado ha actuado "a causa" de su **grave adicción** , condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente.

Como ha señalado esta Sala, por ejemplo en la STS 936/2013, de 9 de diciembre , para que se pueda apreciar la atenuante, la drogadicción debe incidir como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de gestión, como sucede en delitos menores contra el patrimonio, o bien trafique con drogas a pequeña escala con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del Legislador y de los Tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Este móvil está ausente en aquellos casos, como el que ahora examinamos, en el que no consta que el elemento determinante de las acciones delictivas esté vinculado a la necesidad imperiosa de obtener medios para conseguir la droga a la que el acusado es **gravemente** adicto, sino que el móvil consiste en la obtención de beneficios económicos. En estos casos, el impulso delictivo no está desencadenado por la drogadicción del sujeto activo sino por el ánimo de enriquecimiento.



Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la **adicción grave** es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal.

Por ello, en el caso enjuiciado debe rechazarse la aplicación de la atenuante, con desestimación del motivo de recurso interpuesto.

QUINTO.- El tercer motivo, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, denuncia la vulneración del art 163 2 CP por haber sido sancionado el recurrente de forma separada por el delito de detención ilegal de Flora Guillerma, sin incluirlo en el concurso medial ya sancionado.

La Sala sentenciadora justifica la calificación aplicada en esta materia argumentando: *"El artículo 163.1 del Código Penal castiga al particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, con la pena de prisión de cuatro a seis años. No obstante, el apartado 2 del mismo precepto establece que si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.*

Concurren dos delitos de detención ilegal, pues fueron dos los sujetos pasivos afectados en un bien tan individual y personalismo como es el de la libertad, de forma que cada ataque infligido a este derecho fundamental dará lugar a tantos delitos independientes y distintos como sean las personas afectadas, (SSTS. 1397/2003 de 16 de octubre). Por tanto cuando se quiere privar y se priva de libertad a varias personas, se cometen tantos delitos de detención ilegal, con independencia de las consideraciones que más adelante se harán en relación con el tipo de concurso que se estima que existe en el presente caso en el que no hay duda de que los acusados privaron de su libertad deambulatoria tanto a Borja Norberto como a Flora Guillerma, al haber procedido a atarles de pies y manos antes de marcharse y a Flora Guillerma la tuvieron encerrada en una habitación, vigilada de modo continuo por los acusados que se iban turnando -pistola en mano -manteniéndola en esa situación mientras los otros procedían a apoderarse del dinero y demás objetos que hallaron en la casa. Además a Flora Guillerma le sustrajeron su teléfono móvil. Entendemos que la sustracción del móvil se realizó con ánimo de lucro pues si lo que pretendían era que no pudiera avisar por teléfono a la Policía, podrían haber quitado o inutilizado la tarjeta, dejándolo sin funcionar y sin posibilidad de realizar llamadas.

Aunque en la doctrina ha existido algún punto de inflexión al respecto y se ha llegado a aplicar el tipo atenuado del delito de detención ilegal (art. 163.2 del CP) cuando se ha apreciado que por parte de los autores del robo existió una cierta dejación o falta de diligencia a la hora de atar a la víctima o de retenerla, concluyendo que eso permitía aceptar que los autores del robo no tenían intención de que la privación de libertad se prolongase en exceso, la Jurisprudencia más reciente ha abandonado esta tesis y restringe la aplicación del tipo atenuado del delito de detención ilegal para aquellos supuestos en los que es el autor por su propia voluntad - a modo de arrepentimiento - es el que pone fin a la situación de privación de libertad o al encierro y no cuando, como en este caso, es la víctima la que logra por sí sola liberarse. La liberación de Flora Guillerma no obedeció a un acto voluntario de los agresores, ni tan siquiera de imprudencia o dejación, sino todo lo contrario, pues antes de marcharse los acusados se aseguraron que las bridas estuvieran fuertemente sujetas y si se pudo desatar fue gracias a la pronta y eficaz reacción de aquella.

La defensa de Marcelino Cesareo entiende que existe un delito de robo con violencia en relación de concurso medial con dos delitos de detención ilegal. El Ministerio Fiscal formula tal calificación en relación a la detención ilegal de Borja Norberto, no así respecto de Flora Guillerma, al considerar que, por lo que se refiere a ésta, existe un delito de detención legal autónomo e independiente. La acusación particular considera que existen dos delitos de detención ilegal. La defensa de Casimiro Fermin, de Rosendo Fernando y de Jesus Jorge, considera que el tiempo de privación de libertad de las víctimas fue el estrictamente necesario para la ejecución del delito de robo, lo que daría lugar a que la detención ilegal resultara absorbida y consumida por el art. 242 C.P. Ya anticipamos nuestro rechazo a este último planteamiento, pues, como hemos repetido, cuando los acusados se marcharon de la casa abandonaron a las víctimas atadas (y bien atadas) de pies y manos, es decir, privadas de libertad. Por tanto la inmovilización no era esencial para los actos de apoderamiento.

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

Numerosos precedentes jurisprudenciales, entre otras la STS 385/2010 de 29 de abril, han establecido que el delito de robo absorbe la pérdida transitoria de libertad cuando se realiza durante el episodio del hecho, y está pues comprendida dentro de la normal dinámica comisiva, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente



necesario para efectuar el despojo según el "modus operandi" de que se trate. Por el contrario, el delito de detención ilegal adquiere autonomía propia respecto del robo cuando la privación de libertad es gratuita e innecesaria porque se prolonga más allá de lo que sería necesario para consumir el desapoderamiento.

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

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

Veamos tres supuestos diferentes:

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

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

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



Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica, hay que decir en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se vienen pronunciando en los casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las sentencias de este tribunal de 8 de octubre de 98, 3 de marzo de 1999, 11 de septiembre de 2000 y 25 de enero de 2002. Las tres últimas contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos". Y en la de 12 de marzo de 2004, en un caso con ciertas semejanzas al presente, se aplica el concurso de delitos, no el de normas, a un caso en el que la duración del robo y de las detenciones ilegales duró 45 minutos, porque "ni el tipo de robo ni el de detención abarcaron por sí solos al contenido del injusto".

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

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

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

Concretamente, y con la lógica dificultad de determinarlo con precisión en una situación como la vivida por ella, Flora Guillerma dijo que la duración de los hechos excedió de media hora (dijo que más de media hora seguro). En cualquier caso a esta duración excesiva se superponen, en el presente caso, las circunstancias de maltrato físico y psicológico infligido a los dos. Borja Norberto sufrió lesiones como consecuencia de los golpes propinados, fue maltratado física y psicológicamente poniéndole una pistola en la boca, simulando disparar y amenazándole con grave daños propios y ajenos (violar a Flora Guillerma). Esta fue maltratada psíquicamente, intimidada y amenazada con causar un grave mal a Borja Norberto (cortarle los dedos de la mano). Pese a decirle que "con ella no iba la cosa" y "tranquila, tranquila" eso no era un rasgo de benevolencia o compasión pues la obligaron a ir a una habitación estando todo el rato vigilada bien por Casimiro Fermin, portando la pistola, bien por Marcelino Cesareo. Luego la trasladaron a otra habitación donde la taparon sin dejar de vigilarla. No se podía marchar ni podía abandonar la casa, ni podía escaparse al estar vigilada. Desde la habitación oía los gritos de Borja Norberto cuando le agredían repetidamente, sintiendo lógicamente temor (pánico) y angustia. Antes de marcharse, le sustrajeron su móvil, los dejaron inmovilizados atados y maniatados, de pies y manos, tirando Casimiro Fermin fuerte de las bridas para evitar que Flora Guillerma pudiera liberarse con facilidad, asegurándose que quedaba bien sujeta.

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



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

La longitud de la cita se explica por la conveniencia de no incurrir en reiteraciones innecesarias. La Sala sentenciadora resuelve adecuadamente el conflicto, acudiendo acertadamente a nuestra doctrina jurisprudencial. Esta correcta fundamentación no ha sido, en absoluto, desvirtuada por la argumentación de la parte recurrente. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

SEXTO.- El cuarto motivo, por error en la apreciación de las pruebas al amparo del art 849 2º de la Lecrim , se apoya en las declaraciones testimoniales de los coacusados o de los testigos, que la parte recurrente considera insuficiente para justificar la condena.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Por ello, la jurisprudencia es tajante cuando **excluye de relevancia en este cauce casacional las pruebas personales**, ya que su incorporación documentada a las actuaciones no transmuta su naturaleza de prueba personal en documental dotada de literosuficiencia, sin que el Tribunal de casación pueda apreciar directamente los medios probatorios personales por carecer de intermediación.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado, pues se fundamenta exclusivamente en pruebas personales, inhábiles para su prosperabilidad.

SEPTIMO.- El quinto motivo, por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega aplicación indebida del art 115 CP , referido al importe de la indemnización. Considera el recurrente que no se ha razonado suficientemente sobre la cuantía de la responsabilidad civil.

El motivo carece de fundamento, pues en el fundamento jurídico séptimo de la resolución impugnada se razona detalladamente, a lo largo de tres páginas, la fundamentación de las indemnizaciones concedidas.

Procede, por todo ello, en este recurso, la estimación exclusiva del primer motivo, sin imposición de costas a la parte recurrente.

RECURSO DE Bernabe Justiniano .

OCTAVO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de este recurrente, por infracción de ley, alega indebida aplicación del art 163 CP 95, referido al delito de detención ilegal, así como vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En realidad, bajo este enunciado, se agrupan tres cuestiones diferentes. En primer lugar, inexistencia de los delitos de detención ilegal, en segundo lugar, inexistencia de la agravante de disfraz, y en tercer lugar inexistencia de la agravante de abuso de superioridad.

Sin perjuicio de destacar la deficiencia técnica del motivo, y de nuevo en aras del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, analizaremos las alegaciones formuladas.

En primer lugar, y por lo que se refiere a los delitos de detención ilegal ya hemos hechos referencia a que tanto por el tiempo de la detención como por la forma y las condiciones en que tuvo lugar la privación de la libertad ambulatoria, concurre el delito de detención ilegal, y no cabe la absorción de la detención ilegal por el robo violento porque hay un exceso de detención, superior a la exigible para la comisión del delito de robo . Por otra parte son dos los delitos de detención ilegal que concurren, pues fueron dos los sujetos pasivos afectados en un bien tan individual y personalismo como es el de la libertad, de forma que cada ataque infligido a este derecho fundamental dará lugar a tantos delitos independientes y distintos como sean las personas afectadas. Esta primera alegación debe ser, por tanto, desestimada.

En relación con la agravante de abuso de superioridad, razona la sentencia de instancia, a la que nos remitimos, que *"Claramente concurre dicha circunstancia en el delito de robo, dado que resulta evidente que nos encontramos ante una superioridad manifiesta de fuerzas y número que, en su transcurso y en su desarrollo, evidencia una superioridad manifiesta de los agresores (cinco) sobre las víctimas (2) que disminuía su capacidad*



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

En cuanto a la aplicación de la agravante de abuso de superioridad al delito de detención ilegal se ha pronunciado la jurisprudencia. Entre otras, la reciente STS 1221/2011, de 15 de Noviembre, que expresamente dispone: "En todo caso, respecto a los delitos de detención ilegal- hemos dicho en STS 372/2010 de 29 de abril - que lo usual es que dicho delito sea cometido mediante violencia e intimidación con lo que la existencia de una situación de desequilibrio a favor de los sujetos activos viene a ser una exigencia derivada de la propia dinámica comitiva, ello tiene por consecuencia que tal circunstancia de agravación pierde su propia sustantividad por lo que de acuerdo con el art. 67 CP no puede ser aplicada". Continúa la misma sentencia argumentando que, si bien en reiterados precedentes se ha declarado la posibilidad de aplicar la agravación a todos los delitos contra la personas, se ha destacado, también, la posible incompatibilidad de esa agravación cuando los presupuestos de la misma son necesarios para la comisión del hecho delictivo o cuando la existencia de una superioridad es inherente en el delito si éste se quiere realizar con unas mínimas posibilidades de éxito. Añade la misma sentencia que la STS 447/2000 de 21-3 declaró: "...cierto es que el delito de detención ilegal puede cometerse sin el uso de la fuerza contra la persona agredida (por ejemplo, mediante engaño) pero esto es tan excepcional que no se debe tener en cuenta para la cuestión que estamos examinando. En un porcentaje elevadísimo de casos este delito se comete mediante el uso de la fuerza y para ello se busca deliberadamente una desproporción entre la situación del sujeto pasivo y la del agresor o agresores, desproporción que puede originarse por el uso de algún arma o instrumento semejante o por el número de las personas que intervienen como sujetos activos en el hecho. En esto consiste precisamente el abuso de superioridad. Por ello no cabe aplicarse en el caso presente esta agravante a este delito: es inherente al mismo conforme a lo dispuesto en el art. 67 CP, no porque la ley lo haya tenido en cuenta al describir la correspondiente figura delictiva, sino porque salvo supuestos muy excepcionales que para el caso son irrelevantes, sin tal abuso de superioridad el delito no puede cometerse".

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

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

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

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

1) **Un requisito objetivo**: que haya una situación de superioridad, es decir, un importante **desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora** frente al agredido derivada de cualquier circunstancia. Bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurren una pluralidad de



atacantes (superioridad personal), siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación.

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

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

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

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

NOVENO .- En relación con la agravante de disfraz, razona la sentencia de instancia, a la que nos remitimos, que: *"Concurre la agravante de disfraz en el delito de robo. 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 (STS 670/2005, de 27 de mayo).*

Cuando el disfraz se utiliza no tanto para permitir o facilitar el delito como para evitar la identificación del autor del hecho ilícito, la agravante exige la concurrencia de tres requisitos: a) Objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona. B) Subjetivo o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades. C) 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 presente en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés" (STS de 12 de julio de 2004 , y STS 618/2004, de 5 de mayo , citando ambas la de 17 de junio de 1999, número 1025/1999).

En este caso todos los acusados antes de entrar en la casa se taparon el rostro, con una braga o con la sudadera, ocultando su identidad. Por tanto concurre dicha circunstancia agravante en todos ellos. No obsta a dicha apreciación el hecho de que Borja Norberto reconociera a Bernabe Justiniano (el cual admitió que entró en la casa cubriéndose la cara hasta la nariz) por la úlcera que tiene en el ojo y a Rosendo Fernando y Casimiro Fermin por la voz y la complexión, pues la jurisprudencia ha señalado que la aptitud para desfigurar la apariencia exterior del sujeto no ha de entenderse en el sentido de que sea necesaria plena eficacia a tal fin, pues si se exigiera que el autor no hubiera tenido éxito en su propósito de evitar el reconocimiento de su identidad, esta circunstancia nunca se aplicaría al no poder ser juzgado y condenado quien así se comporta (SSTS de 31 de marzo y 10 de noviembre de 2000).

De ahí que pueda apreciarse tal circunstancia agravante aún en aquellos casos en que los testigos han podido observar determinadas facciones o características del sujeto, a pesar de la dificultad que representa el disfraz utilizado. En suma, la agravante de disfraz es de apreciar aunque sea sólo parcial, siendo suficiente que el autor o partícipe haya considerado que de esa manera ocultaba su identidad, dificultando el ser reconocido, para asegurar su impunidad.

Compatibilidad de las agravantes: La jurisprudencia del TS (por todas el Auto de 12-12-2013) considera que son compatibles la concurrencia de cualquiera de las agravantes contenidas en el art. 22.2 del Código Penal , esto es, es posible que concorra el abuso de superioridad con la agravante de disfraz (STS 118/2002). El art. 242 del Código Penal contempla la agravación por el uso de armas o instrumentos peligrosos. Esta agravación proviene del hecho del aumento o potenciación del riesgo que corre la víctima por el empleo del arma (STS 429/2000). La agravación de abuso de superioridad del art. 22.2 del Código Penal obedece a que la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal del agresor (STS 384/2000). El desequilibrio puede provenir de la pluralidad de atacantes (STS 110/2008). La agravación de abuso de superioridad se ha estimado



por el ataque de dos personas, una de ellas con cuchillo (STS 1190/1998). No existe incompatibilidad estructural entre el robo y el abuso de superioridad (STS 1964/2002). La agravación de uso de arma del art. 242.3 del Código Penal es comunicable al otro copartícipe, requiriendo que el delincuente desarmado conozca en el momento de la acción o de la cooperación que el arma ha sido empleada por el otro ejecutor (STS 84/2010). No se produce una vulneración del principio non bis in ídem, siendo compatibles la agravante de abuso de superioridad y/o disfraz al robo con violencia con empleo de armas. En el presente supuesto de hecho concurren en el recurrente las agravaciones genéricas de abuso de superioridad, la agravación de disfraz y la agravante específica de uso de armas del art. 242.3 del Código Penal y de ejecución en casa habitada del art. 242.2 del Código Penal . No existe vulneración del principio non bis in ídem por cuanto cada una de las agravaciones obedece a un motivo distinto. El abuso de superioridad proviene del hecho de que el robo fue efectuado aprovechando que eran más en número. La agravación de disfraz proviene del hecho de que los acusados entraron encapuchados portando una pistola que utilizaron contra los moradores. El uso del arma es comunicable a todos partícipes en el hecho como señala la jurisprudencia porque así lo habían acordado, formando parte del proyecto delictivo, al igual que el disfraz.

La posibilidad de apreciar esta circunstancia de abuso de superioridad tanto en el delito de robo, como en las lesiones, no vulnera el citado principio, siendo posible según constante jurisprudencia (SSTS 7/3/86 , 4/11/92 , 30/11/94 , 5/6/95 , 28/6/05, en el robo ; 8/3/04, en el allanamiento ; o 10/2/04 , 8/3/04 , 30/9/05 , en las lesiones) pues en este caso no hemos considerado tal circunstancia por la violencia inherente a esas infracciones - agresiones, golpes utilización de la pistola de fogeo - sino por el mayor número de agresores frente a las dos víctimas, solos en su domicilio, siendo la conducta desarrolla por aquellos de una gran brutalidad que excede con mucho de la propia violencia configuradora del delito de robo o del de lesiones".

Esta argumentación del Tribunal de Instancia es también plenamente asumible, y no ha sido desvirtuada por la parte recurrente, por lo que procede su ratificación, con desestimación de la alegación realizada, y con ello de la totalidad del motivo.

DÉCIMO.- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, reproduce la petición del anterior recurrente, ya desestimada, de apreciación de la atenuante de drogadicción.

El motivo debe ser desestimado por las razones ya expuestas al resolver el motivo correlativo del anterior recurrente. La Sala sentenciadora lo razona de forma detallada y totalmente asumible, diciendo. " Igualmente todos los acusados han solicitado que se aprecie dicha circunstancia (la drogadicción) como muy cualificada. En orden a la exigente incompleta de drogadicción, el TS se ha pronunciado en infinidad de Sentencias acerca de los requisitos de la circunstancia atenuante de drogadicción, en particular el relativo a la relación de causalidad entre ésta y el delito cometido, entre otras en sentencias de 11 de octubre de 2002 y 2 de febrero de 2005 , en las que señala que tal circunstancia atenuante exige, por un lado, la constatación de una grave adicción a las sustancias referidas, en la que, al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, convergen el presupuesto biológico y psicológico antes mencionados, que la profunda o prolongada adicción a sustancias estupefacientes que causen grave daño a la salud incorpora en su propia expresión legal de "grave adicción", y por el sólo hecho de producirla, una alteración psíquica evidente merecedora de un menor reproche penal; y, por otra parte, la incidencia de la drogadicción en la motivación de la conducta criminal, existiendo una relación de causalidad entre la adicción y el delito cometido, de manera que el sujeto actúe impulsado por la dependencia a las drogas y éste sea un factor desencadenante del hecho cometido (SSTS. 17-12-97 , 5-5-98 , 22-2-99 , 21-2 y 6-6-2000).

Pues bien, no negamos que los -cinco- acusados sean consumidores de drogas tóxicas y estupefacientes, y adictos a las mismas (en mayor o menor intensidad) ya que tanto los análisis de las muestras de pelo obtenidas a Casimiro Fermín (folios 611), a Rosendo Fernando (61 y 614) dan resultado positivo a la cocaína, a las benzoilegonina, MDMA o ketamina respectivamente; Rosendo Fernando también dio positivo en el análisis de orina (218 y 219); Bernabe Justiniano a cocaína, diazepam, benzoilegonina etc. y Marcelino Cesareo a cannabinoides, a cocaína, diazepam, benzoilegonina etc.. (Folios 220 y 221). Existen también informes de la Médico Forenses que fueron ratificados y explicados en el juicio, acerca de la drogadicción de los acusados y sus respectivos historiales de consumo con años de evolución. Así a los folios 127 y 128 está unido el informe sobre Marcelino Cesareo en quien dos días después de los hechos, apreció signos físicos de abstinencia. A los folios 132 y 133 consta el de Rosendo Fernando que tenía el mismo síndrome de abstinencia pero en relación a su **imputabilidad** concluyó que no existía alteraciones cognitivas o volitivas en relación a los hechos (folios 650y 651). El de Bernabe Justiniano consta a los folios 128 y 129 donde no refleja ningún signo físico de consumo ni físico de abstinencia señalando un "posible" abuso o dependencia a droga. En fecha 21 de Diciembre de 2013 la Médico Forense realizó un informe mental sobre Bernabe Justiniano (obrante a los folios 539 a 541) concluyendo que presenta un diagnóstico compatible con trastorno de abusos-dependencia al cannabis y a cocaína pero respecto a los hechos no presentaba alteración de su capacidad volitiva e intelectual. En fecha



28-01-2013, un informe mental sobre Casimiro Fermin concluyendo que presentaba un cuadro compatible con consumo crónico -abuso de cocaína- pero manifestó que "según la tipología delictiva no existe una alteración de la capacidad cognitiva e intelectual para los hechos imputados". Todo lo contrario dijo la psicóloga Sra. Graciela Tomasa quien el día 12 de Julio de este año 2014 examinó a Jesus Jorge , afirmando que en la fecha de los hechos tenía sus facultades mentales tanto cognitivas como volitivas severamente alteradas.

Pues bien, pese a todo al esfuerzo probatorio desplegado por las defensas, **en ningún momento los acusados han acreditado tener necesidad de delinquir para proveerse de droga.** Antes al contrario. Tenían medios económicos para adquirirla. En casa de Bernabe Justiniano y en poder de Rosendo Fernando (en su mochila) había 87,017 gramos de cocaína que éste tenía para vender a terceros. En la habitación de Bernabe Justiniano se intervino una bolsita con más de 1 gramo de cocaína con una pureza 79,4 % y 48,3 gramos de cannabis (según el acta de entrada y registro judicial en unión del resultado del análisis del laboratorio de Sanidad folio 476) y 3.415 euros. En el momento de la detención Marcelino Cesareo portaba dos bolsitas de una sustancia blanca que resultó ser cocaína con una pureza del 79,4%, que como hemos dicho no era la de la casa de Borja Norberto .

Los acusados dijeron que la misma noche de los hechos habían consumido cocaína en diferentes lugares y discotecas (en el DC 10 Marcelino Cesareo y Rosendo Fernando) y se les había acabado. Así pues la habían comprado sin problemas. **Por ello concluimos que los hechos cometidos nada tienen que ver con dicha necesidad, y que la drogadicción alegada se muestra como un deseo de impunidad fríamente calculado.** Como fríamente calculada fue la planificación del acto depredatorio, lo cual mal se compadece con una alteración (severa) de las facultades volitivas e intelectivas que afectara simultáneamente a los cinco acusados.

En este sentido la sentencia del TS Sala 2ª, S 25-2-2004, núm. 256/2004 , ha declarado que no basta acreditar adicción a las drogas para automáticamente ser acreedor de una atenuación de la responsabilidad criminal, ni mucho menos, por supuesto de una exención. Dice así la referida sentencia: «Pero este dato sería insuficiente para aplicar la atenuante de drogadicción del art. 21.2 C.P . que propugna el motivo, porque esta atenuante - simple o cualificada- requiere además que la grave adicción sea la causa del delito, lo que reduce la aplicación de aquélla a los supuestos de la delincuencia funcional que se produce en las actividades delictivas del toxicómano que tienen por finalidad proveerse de droga o dinero para adquirirla, pero no en otros ámbitos delictivos, pues la drogadicción no puede convertirse en patente de corso o carta de aval que garantice la impunidad total o parcial de toda clase de infracciones penales cometidas por el sujeto, sino sólo de aquéllas que vengan causalmente generadas por la necesidad de satisfacer la necesidad del adicto que su condición le demanda.»

En consecuencia, no han quedado acreditadas las condiciones mínimas básicas para estimar la concurrencia de circunstancia o eximente alguna de responsabilidad criminal en los hechos de autos al no haber quedado probada la relación de causalidad entre la drogadicción y la actividad delictiva llevada a cabo por los acusados . Recordemos que la jurisprudencia señala que esa relación de causalidad puede afirmarse cuando la actividad ilícita desplegada tiene por finalidad exclusiva la financiación de esa adicción, lo que sucede, como revela elocuentemente la experiencia, con mucha frecuencia en los delitos contra la propiedad. El adicto acude a los delitos contra el patrimonio de apoderamiento para financiar su adicción que, a su vez, le impulsa a obtener medios para la droga por cualquier procedimiento. Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" (sentencias 372/1999, de 23 de febrero , 484/2005 de 14 de abril). Por tanto lo característico de la drogadicción a efectos penales es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo debe actuar impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible (SSTS. 28.5.2000 , 29.4.2005)".

En esta situación la condición de drogodependientes puede ser tomada en cuenta a lo sumo como elemento individualizador de la pena, que en el presente caso pierde interés ante la concurrencia de circunstancias agravantes, unida a la gravedad intrínseca del hecho cometido".

Por estas razones, que hacemos nuestras, y que coinciden con lo ya expuesto al resolver el motivo correlativo del anterior recurrente, procede la desestimación de esta alegación.

UNDÉCIMO. - El tercer motivo, por infracción de ley, alega indebida inaplicación de las atenuantes de reparación del daño y confesión.

También sobre estos temas se ha pronunciado extensa y correctamente la Audiencia, sin que los recurrentes desvirtúen el absoluto su argumentación.



Sobre la reparación del daño señala el Tribunal de Instancia que: " Los Letrados defensores de los acusados, Marcelino Cesareo , Casimiro Fermin y Rosendo Fernando , y Bernabe Justiniano , han solicitado que se aprecie la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación parcial del daño del at. 21.5 del Código Penal. El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas también estima de aplicación dicha atenuante, en el delito de robo, únicamente respecto de Marcelino Cesareo ,al haber consignado dicho acusado (en puridad sus familiares) en concepto de responsabilidad civil la cantidad total de 5.500 euros. Los otros tres acusados han consignado, entre los tres, la cantidad total de 5.000 euros.

Pese a que la Sala no se muestra muy proclive a apreciar dicha atenuante a favor de Marcelino Cesareo , dada lo exiguo de la consignación, su apreciación resulta obligada, de acuerdo con lo explicado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de enero de 2011 que señala que el Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación que no pueden ser superados en perjuicio del reo y se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una eximente incompleta o una circunstancia atenuante solicitada por las partes acusadoras. Así pues, debemos estimar dicha atenuante que afectará exclusivamente al acusado Marcelino Cesareo . No así a los otros cuatro acusados puesto que la doctrina del TS establece que la apreciación de esta atenuante precisa, en su modalidad de "disminuir" los efectos del daño causado por el delito, una reparación de cierta importancia en relación con el perjuicio ocasionado y que, además, haya supuesto un cierto grado de sacrificio para quien así actúa "ex post" del delito. La consignación de 5.000 euros efectuada entre los tres resulta a todas luces exigua en relación al perjuicio causado y tampoco existe dato alguno que refleje un particular esfuerzo por parte de dichos acusados para efectuar esa entrega".

La argumentación de la Sala sentenciadora es razonable, por lo que no se estima justificada la estimación del motivo.

Por lo que se refiere a la atenuante de confesión la sentencia impugnada la analiza detalladamente, señalando que " la Confesión de la infracción y colaboración con las autoridades.- Todas la defensas han solicitado que dicha circunstancia del art. 21.4 del C.P . se aplique a sus respectivos defendidos, excepto para Jesus Jorge . La Sentencia del Tribunal Supremo número 240/2012, de fecha 26 de marzo de este año 2012, "Con la Sentencia del Tribunal Supremo 832/2010, de 5 de octubre , hemos de poner de relieve que el fundamento de la atenuación en la confesión del reo radica, una vez superada la anterior concepción de la atenuación basada en motivaciones pietistas o de arrepentimiento, en razones de política criminal, pues la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal. Confesar supone poner en conocimiento de la Autoridad judicial o de la Policía, los hechos acaecidos, y requiere que la misma sea sustancialmente veraz, no falsa o tendenciosa o equívoca, sin que deba exigirse una coincidencia total con el hecho probado. ... **Es bien sabido que la atenuante descrita en el número 4º del artículo 21 del Código Penal , requiere la confesión de los hechos antes de que el procedimiento se dirija contra el culpable, es decir, presentarse ante el Juez o la Policía para declarar la realidad del delito cometido y su autoría.** Semejante actitud de colaboración no es fácil que se produzca en la práctica. Es más, en los casos en que tal postura se ha constatado, se han saldado generalmente con la concesión de una atenuante muy cualificada. ... De ahí, que por razones de política criminal, deba rellenarse el espacio existente entre tal postura y actitud, repetimos que excepcional en términos estadísticos, y la confesión de los hechos cuando la Policía judicial detiene al sospechoso, aun con un principio de prueba en su contra, resultando entonces muy útil a la investigación la clarificación de los hechos, lo que contribuirá a su completo esclarecimiento. Utilidad que debe distinguirse de una relevante fuente de colaboración, que a menudo consistirá en la incriminación de otros partícipes, o en la aportación de pruebas decisivas con dichos fines, o en el descubrimiento de fuentes relevantes de investigación, lo que deber ser acreedor de una singular bonificación, siempre por razones de política criminal, entrando en juego la conceptualización como muy cualificada por razones de la intensidad de tal colaboración, cuyo módulo ha sido desde siempre el exigido por esta Sala Casacional para su estimación como tal. De ahí, que nuestra jurisprudencia haya integrado tal puesta en conocimiento del órgano instructor de datos que supongan cualquier género de colaboración, incluida naturalmente la propia confesión del imputado, con la construcción de la correspondiente atenuante analógica, actividad que supone también la admisión de los hechos por quien declara, aunque ya existan elementos indiciarios de sospecha que recaigan sobre aquél. ... Es por ello que, con respecto, a la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo, el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración, más o menos relevante para la Justicia" .

Por lo que se refiere a Marcelino Cesareo , éste en sus dos primeras declaraciones judiciales no contó la verdad, pues si bien admitió su participación en el hecho no mencionó ni a Casimiro Fermin ni a Jesus Jorge , no siendo hasta el 29-11-2012 (folios 459 y 460) en que prestó una nueva declaración (que solicitó de forma voluntaria) en la que dijo que Casimiro Fermin estaba con ellos en el domicilio y que había una quinta persona que se llamaba Perico , que era español entre 22 a 28 años, desconociendo sus apellidos, que esa persona había ido a visitar a Casimiro Fermin a la cárcel y que los visitantes deben aportar sus nombre y sus apellidos. De la declaración del Guardia Civil, Instructor del atestado, ha quedado acreditado que Marcelino Cesareo facilitó los



datos para que se pudiera incriminar al quinto partcipe en los hechos, Jesus Jorge , del que nada se sabía, ya que ninguno de los detenidos lo había implicado y la victima tampoco lo había reconocido, no existiendo contra aquel ninguna línea de investigación. Así pues hay que reconocer (y admitir) que Marcelino Cesareo colaboró en el esclarecimiento del delito pues sus manifestaciones tuvieron una comprobada utilidad, al haber aportado un dato relevante para la investigación: la manera de identificar al quinto partcipe.

Por ello estimamos concurrente dicha atenuante, pero no encontramos motivo alguno para su cualificación que debe quedar reservada para los supuestos en los que concurra algún elemento que dote a la circunstancia atenuante de una mayor intensidad de forma que merezca una excepcional repercusión en la pena.

Bernabe Justiniano **tampoco fue veraz** pues si bien admitió haber participado -bien que de modo interesado y desvirtuando la realidad, versión que ha mantenido hasta el juicio intentando convencernos de que tuvo una mínima y fugaz participación, cuando ello no es cierto - nada dijo de la participación en los hechos de Casimiro Fermin ni de Jesus Jorge , hasta el día 16 de Enero de 2013 cuando nuevamente declaró (folios 595 a 597) y los implicó. Esa tardía colaboración no fue efectiva ya que no facilito ningún dato que no se supieran los investigadores por boca de Marcelino Cesareo . Por ello no apreciamos ni confesión de la infracción ni la colaboración en la investigación. Lo mismo puede decirse de Rosendo Fernando quien hasta la declaración obrante a los folios de 676 y 677 no mencionó la participación de su hermano y de Jesus Jorge . En el plenario dicho acusado no contesto a la preguntas de las acusaciones, limitándose a las de su Letrada.

Por todo lo expuesto no aceptamos que concurra la atenuante de confesión en ninguno de estos acusados . Además debemos recordar que estos tres acusados (Marcelino Cesareo , Bernabe Justiniano y Rosendo Fernando) fueron detenidos poco tiempo después de los hechos hallándose en su poder parte de los objetos sustraídos (el ordenador en casa de Bernabe Justiniano y de Rosendo Fernando y el bote de sustancia de corte con el DNI de Borja Norberto en su interior en poder de Marcelino Cesareo). En esta tesitura es de aplicación la doctrina jurisprudencial (así STS. 28 de mayo de 2.008) según la cual no puede valorarse como confesión, a los efectos de la atenuación prevista en los artículos 21. 4, y 21. 6º, el reconocimiento de los hechos que inmediata e inevitablemente van a ser descubiertos por la autoridad, que ya ha iniciado sus actuaciones encaminadas a la averiguación de lo sucedido, por lo que no cabe aceptarse cuando, o bien no tiene más remedio que confesar lo sucedido porque no le cabe otras salida, o bien cuando a ello es forzado (no simplemente aconsejado) por terceras personas (STS. de 3 de febrero de 2.004),

Casimiro Fermin (folios 116 y 117,271 y 272) negó su participación en los hechos desde su primera declaración y en el juicio oral solo respondió a las preguntas de su defensora. Ergo no apreciamos en qué ha podido contribuido la confesión de dicho acusado al éxito de la investigación, ni qué datos ha aportado que no se conocieran, de manera que lo que realmente se ha producido es la aceptación de una evidencia que era muy difícil ocultar o desvirtuar, sin que tampoco haya proporcionado datos de interés sobre los demás coacusados más que la participación de estos en el delito.

En resumen el hecho de que los acusados hayan admitido su participación en los hechos -con las contradicciones y omisiones que han sido detectadas a lo largo de la argumentación que viene sosteniéndose- se considera una colaboración interesada, que no puede llevar a la apreciación de la atenuante solicitada, por no tratarse de actos efectivos de colaboración con la justicia, facilitando la investigación del delito y descubrimiento y castigo de los culpables, pues dichas declaraciones introdujeron suficientes lagunas, silencios, contradicciones y omisiones, en su propio beneficio -que no fueron aclaradas definitivamente ni siquiera en el acto del juicio - como para entender que se trató de una efectiva colaboración. En consecuencia, solo valoramos la conducta de Marcelino Cesareo al haber cooperado, el primero de los tres, en la investigación, facilitando la información para poder identificar a Jesus Jorge " .

Esta amplia exposición de la sentencia impugnada es plenamente correcta, y conforme con nuestra doctrina jurisprudencial, por lo que el motivo debe ser desestimado.

DOUDÉCIMO .- El cuarto motivo denuncia la falta de motivación de la sentencia en el apartado de la responsabilidad civil. Como ya hemos señalado al resolver el motivo correspondiente de otro recurrente, su desestimación se impone pues esta materia aparece perfectamente motivada en la sentencia impugnada.

DÉCIMOTERCERO .- El quinto motivo denuncia dilaciones indebidas. Su desestimación se impone por lo ya expresado en la sentencia de instancia.

La Sala sentenciadora argumenta su desestimación diciendo que " El Letrado de Bernabe Justiniano ha solicitado de aplicación dicha de una manera totalmente retórica. Entendemos que no se ha producido un retraso injustificado y perjudicial, pues estamos hablando de un plazo de dos años para la tramitación y enjuiciamiento de esta causa, que si no se puede calificar como de un macroproceso, sí que reviste cierta complejidad por lo que no puede hablarse de dilación alguna que sea trascendente. El examen del procedimiento -en el que no constan



denuncias concretas por paralizaciones injustificadas y excesivas en la práctica de trámites del procedimiento revela que el tiempo transcurrido desde que se incoó el procedimiento hasta la fecha de celebración de juicio no resulta desproporcionado atendiendo la dificultad objetiva de la instrucción y la necesidad de diligencias fundamentales en la investigación como eran algunos informes periciales. No estamos, por tanto, ante un procedimiento que haya sufrido dilaciones calificables de indebidas y, consecuentemente, no resulta apreciable como circunstancia atenuante del art. 21.6 CP".

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

RECURSO DE Casimiro Fermin .

DECIMOCUARTO - El primer motivo del presente recurso, articulado al amparo del art 849 1º de la Lecrim por aplicación indebida del art 163 1 CP 95, alega que el concurso entre el delito de robo y el de detención ilegal debió calificarse como concurso de leyes, por lo que se ha dejado indebidamente de aplicar el art 8 3º CP .

El motivo coincide con los de los demás recurrentes que han planteado esta misma cuestión, por lo que debe ser desestimado por sus propios fundamentos.

Como ha señalado la Sentencia de esta Sala 816/2012, de 17 de octubre , ratificada recientemente por la STS 424/2015, de 22 de junio , debemos pronunciarnos claramente por la existencia de un concurso medial de un delito de robo con uno solo de detención ilegal y la otra detención ilegal debe sancionarse aisladamente y con independencia de ese concurso. Así, se expresa que resulta más acertado, en estos casos, para evitar indeseadas vulneraciones del principio "non bis in idem" y consecuencias punitivas desproporcionadas, vincular el delito de robo, con ese carácter instrumental, tan sólo con una de las detenciones, siendo sancionada la otra aislada e independientemente, sin consideración a la existencia del robo.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMOQUINTO.- El segundo motivo interpuesto al amparo del art 852 Lecrim, en relación con el 5 4º LOPJ , alega vulneración del derecho fundamental a un juicio con todas las garantías por haberse celebrado la declaración de una de las víctimas por videoconferencia.

El motivo carece de fundamento pues se trata de una práctica que tiene pleno apoyo legal y jurisprudencial.

La doctrina de esta Sala ya se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta modalidad de prestación de declaraciones testificales o periciales.

Como recuerda acertadamente la reciente STS 161/2015, de 17 de marzo , "el proceso penal no ha podido sustraerse al avance de las nuevas tecnologías. **Y la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de actos procesales de indudable relevancia probatoria, forma parte ya de la práctica habitual de los Tribunales de justicia.**

No han faltado, sin embargo, dudas bien expresivas de la habitual resistencia frente a todo cambio mediante el que se resienten prácticas rutinarias cuya superación no siempre es bien entendida. La Instrucción núm. 1/2002, 7 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, alentaba a los Fiscales a no asistir a aquellos procesos penales a los que fueran citados para su celebración mediante videoconferencia . **Nuestro sistema no contenía -se razonaba entonces- una regulación suficientemente detallada de los presupuestos y garantías** para lo que denominaba juicios virtuales. No deja de ser significativo que meses después, la misma institución dictara la Instrucción núm. 3/2002, 1 de marzo, en la que se matizaba que " la preocupación del Ministerio Fiscal ante la posibilidad de que, sin las debidas cautelas, todos y cada uno de los sucesivos actos procesales que integran el juicio oral adaptaran su esquema de desarrollo a un modelo virtual, ha llevado a expresar un criterio contrario a esa alternativa, mientras no se encuentre dotada de la necesaria cobertura legal. Ahora bien, ello no debe interpretarse como una negativa generalizada al uso de los medios técnicos, singularmente la videoconferencia, en el ámbito de la Administración de Justicia. Resultaría así un (...) un desconocimiento de la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, que contempla la posibilidad de su utilización, tanto de forma genérica como sectorialmente".

La normalidad de su utilización aparece expresada en preceptos legales que ofrecen cobertura a la decisión adoptada por la Audiencia Nacional (en el caso actual la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca). **En efecto, los apartados 2 y 3 del art. 229 de la LOPJ recuerdan que "las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, (...) podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal"**. En desarrollo de este principio general, el art. 731 bis de la Lecrim , reiterando para el juicio oral lo prevenido en el art. 325 en fase de instrucción, dispone que " **el Tribunal,**



de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido ".

La lectura contrastada de estos preceptos evidencia que mientras el art. 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa, el art. 731 bis de la Lecrim rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato.

La creación de un espacio judicial europeo ha hecho de la videoconferencia un medio reglado de extendida aplicación en los distintos instrumentos jurídicos llamados a regular la cooperación judicial entre Estados.

De forma bien reciente, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, regula en los apartados 5 a 7 del art. 24 las condiciones para la utilización de videoconferencia, descartando cualquier género de dudas referidas a la identidad del declarante y el respeto a los derechos que como tal le asisten. En línea similar, la Información 2014/C 182/02 del Plan de Acción plurianual 2014- 2018, relativo a la Justicia en red europea incluye entre los objetivos de la red la ampliación del empleo de videoconferencias, teleconferencias u otros medios adecuados de comunicación a distancia para las vistas orales, con el fin de evitar los desplazamientos a la sede del Tribunal ante el que se practiquen las pruebas (epígrafe B, apartado 1.25).

No es ajena a esta tendencia la Directiva 2013/48/UE de 22 Octubre, relativa al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en procedimientos relativos a la orden de detención europea, y derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad. También ahora la videoconferencia aparece como un instrumento técnico susceptible de hacer posible la asistencia letrada, si bien adoptando las debidas prevenciones con el fin de que su utilización no vaya en detrimento del contenido material de aquel derecho. Así se expresa el considerando 23, en el que se proclama que "los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas sobre la duración, la frecuencia y los medios de dicha comunicación, incluido el uso de la videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas a comunicarse con sus letrados".

La videoconferencia aparece también como la fórmula técnica para hacer oír a la víctima residente en el extranjero, según dispone el art. 17.1.b) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

En definitiva, la pionera regulación adoptada en su día por el art. 10 del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado en Bruselas el 29 de mayo de 2000, ha inspirado en el ámbito europeo otras normas que no han hecho sino profundizar en las ventajas que ofrece aquella solución técnica para salvar, con las debidas garantías, la distancia geográfica entre el declarante y el órgano jurisdiccional que ha de valorar el significado probatorio de ese testimonio".

En consecuencia la decisión del Tribunal sentenciador disponía de una cobertura jurídica de respaldo a la decisión adoptada de que una de las víctimas pudiese declarar por videoconferencia, argumentado razones de seguridad y orden público, sin que pueda apreciarse que esta decisión, en las circunstancias del caso concreto que es objeto de recurso, pudiese conllevar algún tipo de indefensión para la parte recurrente.

Como señala la sentencia invocada, STS 161/2015, de 17 de marzo, "Es cierto, con carácter general, que tanto los arts. 229.3 de la LOPJ y 731 bis de la Lecrim, evocan una idea de justificada excepcionalidad. Con meridiana claridad acerca de la conveniencia de una utilización no generalizada de la videoconferencia, el primer instrumento jurídico de la Unión Europea que abordó una regulación detallada de esa posibilidad tecnológica al alcance de los Tribunales - Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000-, exigía que no fuera posible u oportuno el desplazamiento del testigo para comparecer personalmente ante la autoridad judicial que está llevando a cabo el procedimiento. El informe explicativo del Convenio (publicado en el DO C 379, de 29 de diciembre de 2000, págs. 7-29) se esforzaba en ofrecer ejemplos de casos susceptibles de ser etiquetados en la indeterminación de lo imposible o inoportuno. Conforme a esta idea, no sería «oportuno» el desplazamiento en el caso de un testigo especialmente joven, de edad muy avanzada, o que no gozase de buena salud; y que no sería «posible» cuando la comparecencia del testigo en el Estado requirente implicara un grave riesgo para su persona. Obviamente, se trata sólo de una proclamación ad exemplum que no excluye la existencia de otros presupuestos de posibilidad u oportunidad



que, lo que resulta decisivo, han de ser valorados por el Tribunal ante el que se suscite la utilización de la videoconferencia .

La casuística jurisprudencial ha visto plenamente justificada la videoconferencia, por ejemplo, cuando un testigo residente en la península tiene que declarar en Mallorca (STS 172/2007, de 27 de febrero de 2007), o cuando unos peritos de A Coruña tienen que declarar en Las Palmas de Gran Canaria (ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006). Con mayor motivo, por tanto, cuando el testigo reside en Gran Bretaña (ATS 2171/2006, de 26 de octubre de 2006). El ATS de 19 de septiembre de 2002 contempla el supuesto de un testigo que está de baja médica durante un período de seis meses, y concluye que en tal caso es razonable acudir a la videoconferencia. En la STS 971/2004, de 23 de julio de 2004 , por ejemplo, admitimos la validez de la declaración de un testigo prestada mediante videoconferencia desde Estados Unidos, antes incluso de su regulación expresa en nuestras leyes procesales.

Sobre su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, hemos reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción (cfr. SSTS 641/2009, de 16 de junio ; AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005 ; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006 ; 1462/2006, de 21 de junio de 2006 ; SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006 ; 1351/2007, de 5 de enero de 2007). El ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006 , subraya que el interrogatorio de testigos mediante videoconferencia no vulnera los derechos de contradicción e inmediación de la prueba, «sino lo contrario».

Pese a todo ello, la progresiva familiarización del proceso penal con las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, no se ha despojado de cierto aroma de subsidiaria excepcionalidad. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 120/2009, 18 de mayo de 2009, FJ 6º y 2/2010, 11 de enero , FJ 3º ha proclamado que, si bien es cierto que "en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ", no es menos cierto que " cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista" .

Esa idea restrictiva bebe sus fuentes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso *Marcello Viola c. Italia* , §§ 67, 70, 72 a 76 ; y de 27 de noviembre de 2007, caso *Zagaría c. Italia* , § 29, ha admitido el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos -tales como " la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable" -, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado.

La restricción tampoco es ajena a la literalidad del art. 731 bis de la Lecrim , que, desde luego, no sugiere una relación de absoluta equivalencia. El recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado -en lo que aquí interesa, a tenor de los términos de la impugnación- a la concurrencia de razones de " utilidad " o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario "resulte gravosa o perjudicial". Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados. Lo pone de relieve la STS 779/2012, 10 de diciembre , que, saliendo al paso del reproche de existencia de vulneración del principio de inmediación por el uso de la videoconferencia , niega que se hubiera producido, debido a que ese recurso técnico permitió " someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el fiscal " y " las declaraciones de [los] testigos [fueron] percibidas directamente por los miembros del tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas "; por la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido que aquella hace posible.

Cuestión distinta, ajena al recurso que nos ocupa, es la prevención referida a la utilización de la videoconferencia para el interrogatorio del acusado. En este caso, parece evidente que el sacrificio de la comunicación directa de aquél con su Abogado puede encerrar, como regla general, una inevitable erosión del derecho de defensa. De ahí que, pese a la mención específica que el art. 731 bis de la Lecrim hace al imputado entre aquellos cuyo testimonio puede ser ofrecido mediante videoconferencia, es lógica la exigencia de fundadas razones de excepcionalidad que, mediante el adecuado juicio de proporcionalidad, respalden la decisión de impedir el contacto visualmente directo del órgano de enjuiciamiento con el imputado (cfr. STS 678/2005, 16 de mayo).



E) El ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de inmediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurren razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas.

Se ha dicho, con razón, que el principio de inmediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos, a saber, el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas, las partes y la opinión pública. Respecto del primero de sus destinatarios, el principio de inmediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el Tribunal y la fuente de prueba. La inmediación mira también a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción. De hecho, la inmediación es presupuesto sine qua non para la contradicción. Y no falta un nexo -no siempre subrayado en la configuración histórica de este principio- entre la inmediación y la opinión pública. Y es que su significado posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia".

En el caso actual nos encontramos con una peculiaridad. La declaración por video conferencia no está justificada porque la comparecencia del testigo resulte gravosa desde la perspectiva de su desplazamiento a la sede del Tribunal, sino por razones de seguridad dado el temor y nerviosismo que su comparecencia ante los acusados le producía por la especial brutalidad de la experiencia sufrida. Pero un análisis minucioso de la norma procesal aplicada permite constatar que el art 731 bis de la Lecrim no limita la declaración por video conferencia a supuestos de perjuicios ocasionados por los desplazamientos, sino en términos generales a **razones de utilidad, seguridad o de orden público apreciadas por el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, refiriéndose especialmente a cuando se trate de un menor, por lo que la ley no excluye la video conferencia en supuestos en que la víctima se encuentre especialmente afectada, y su estado de nerviosismo pueda ocasionar incidentes perjudiciales si la declaración se realiza en el propio Salón de Vistas, en presencia de los acusados.**

En definitiva se ha de concluir que el examen por videoconferencia de una de las víctimas no afectó de manera sustancial a la materialidad del derecho a la tutela judicial del recurrente. La motivación expresada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca al exponer las razones que justificaban el recurso a los medios tecnológicos al alcance de la Sala, no es arbitraria, por lo que el motivo ha de desestimarse.

DECIMOSEXTO- El tercer motivo alega error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º de la Lecrim, basándose en los informes periciales del Instituto de Toxicología y Ciencia Forense y de la propia médico forense del Juzgado, relativos a la drogadicción del recurrente.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013, entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim.; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo la doctrina de esta Sala (sentencia 834/96, de 11 de Noviembre, entre otras muchas), admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando



solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del Tribunal. En el primero porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos, como dice la sentencia nº 310/95, de 6 de Marzo, ante un "discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico".

En el caso actual no concurren los referidos requisitos, por lo que el motivo debe ser desestimado. En efecto, el Tribunal sentenciador dispuso de varios dictámenes diferentes y los valoró razonablemente.

DECIMOSEPTIMO.- El cuarto motivo, por infracción de ley denuncia la indebida inaplicación de la drogadicción como atenuante o eximente. Su desestimación se impone por ser subsidiario del anterior y no respetar el relato fáctico.

DECIMOCTAVO.- El quinto motivo, por infracción de ley, denuncia la inaplicación de la atenuante del art 21 5º CP, y al mismo tiempo por vulneración constitucional al amparo del art 852 denuncia la vulneración del principio de igualdad.

Su desestimación se impone por las razones ya expuestas al resolver el motivo correlativo de los anteriores recurrentes.

DECIMONOVENO.- El sexto motivo alega error de hecho en la valoración de la prueba, referido a la indemnización. Su desestimación se impone conforme a la doctrina ya expuesta, ya que la Sala dispuso de varios informes periciales y aceptó razonablemente el que estimó más adecuado.

RECURSO DE Rosendo Fernando .

VIGÉSIMO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de este condenado alega vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia en lo que se refiere al delito de tráfico de drogas. Considera el recurrente que no existe prueba de cargo válida y suficiente de que la droga ocupada en su dormitorio le perteneciese precisamente a él, cuestionando asimismo que la habitación donde se encontró la droga fuese la ocupada por él en el domicilio registrado, en el que también vivían otras personas.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.



Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

En el caso actual es claro que el Tribunal sentenciador dispuso de una prueba suficiente y válida. En primer lugar en el registro en el que se localizó la droga fue el propio recurrente el que identificó su dormitorio. En segundo lugar también otro de los coimputados señaló en el juicio que el dormitorio donde estaba la droga era el del acusado. Y la novia de este coimputado, que también residía en la casa. Patricia Virginia, ratificó la propiedad de la droga por parte del recurrente. La valoración de esta prueba por el Tribunal sentenciador es razonable, por lo que el motivo carece de fundamento.

VIGESIMOPRIMERO.- De forma poco sistemática, la parte recurrente acumula en este mismo motivo casacional una denuncia por falta de imparcialidad del Tribunal, por la intervención en la declaración de uno de los Magistrados, que hizo alguna pregunta y realizó alguna manifestación que ponían de relieve una cierta convicción sobre la culpabilidad del recurrente.

Esta Sala ya se ha pronunciado de modo reciente sobre la especial relevancia del principio de imparcialidad, y la incidencia en ella de las solicitudes de aclaración de los miembros del Tribunal. En la STS 721/2015, de 22 de octubre, se recuerda que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, STC 178/2014, de 3 de noviembre, entre otras, el derecho a la imparcialidad del juzgador constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, que condiciona su propia existencia.

Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, siendo la recusación el instrumento legal establecido para preservarlo, constituyendo en sí mismo un derecho fundamental integrado en el más amplio derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). Pero en el caso actual no concurre causa de recusación alguna, por lo que la parte recurrente basa exclusivamente su alegación en su personal percepción de la actuación de un miembro del Tribunal durante el juicio.

Como ha señalado la doctrina la imparcialidad, al margen de las garantías institucionales que han de asegurarla, debe constituir un hábito intelectual y moral de quien decide y se concreta en la total ausencia de interés personal o privado en el resultado de la causa: nadie puede ser Juez de su propia causa y por ello nadie puede ser Juez de una causa en la que el resultado le pueda ocasionar un provecho material o moral, más allá de la satisfacción de hacer Justicia.

Es cierto que en materia de imparcialidad del Juzgador las apariencias son importantes, ya que lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. Pero ello no significa que deba primar la subjetividad de una de las partes a la que le resulte suficiente para excluir al Juez predeterminado por la Ley, con levantar unas sospechas carentes de fundamento objetivo, y que no resulten razonables para un observador externo, pues ello conduciría a un sistema de Juez a la carta. En todo caso debe partirse de que en un Estado de Derecho, en el que los Tribunales están organizados sobre la base de un criterio de ajenidad a la causa, la imparcialidad se presume como regla de principio, por lo que es a la parte que alega su ausencia a la que le corresponde acreditar la base fáctica que fundamente su pretensión.

Durante el Juicio el Juez o Presidente del Tribunal debe adoptar una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, como un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas (STC 130/2002, de 3 de junio). Pero neutralidad no equivale a pasividad, por lo que el Juzgador puede, y debe, desempeñar funciones de ordenación del proceso, dirigiendo los debates y cuidando de evitar las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad (art 683 Lecrim), así como de garante de la equidad, el "fair play" y la buena fe entre las partes, evitando durante los interrogatorios las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes (arts. 709 y 850 4º Lecrim).

Asimismo la propia norma procesal faculta al Presidente, por sí o a excitación de los demás componentes del Tribunal, para dirigir a los testigos preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren (art 708 Lecrim). La práctica y la doctrina jurisprudencial extiende como sujetos pasivos de esta actividad de solicitud de aclaraciones a los acusados (STS 780/2006, de 3 de julio), siempre con moderación y prudencia para evitar una actividad inquisitiva encubierta (STS 538/2008, de 1 de septiembre o STS 31/2011, de 2 de febrero), y como sujetos activos al Ponente u otro Magistrado (STS 1164/98, de 6 de octubre), con autorización del Presidente.

En el caso actual se reprocha a uno de los Magistrados haber realizado determinados comentarios sobre la declaración del acusado que ponían de relieve su incredulidad, al manifestar que el declarante había realizado



un relato humorístico y haber efectuado una solicitud de explicaciones de orden inquisitivo. Es cierto que las aclaraciones o preguntas de los Magistrados deben realizarse a través de la Presidencia, o en todo caso previa solicitud a la Presidencia, lo que no consta en el caso actual, y que en todo caso estas aclaraciones o preguntas del Tribunal deben ser respetuosas con el declarante al que se dirigen, por lo que puede apreciarse en el caso actual una irregularidad en la intervención a la que se refiere el recurrente, efectuada personalmente por uno de los Magistrados. Pero también lo es que dicha intervención, que pretendía aclarar los hechos, no puede apreciarse que afecte al derecho fundamental del acusado a la imparcialidad del Tribunal, pues no pone de relieve ningún prejuicio anterior que afectase a la objetividad del enjuiciamiento, y lo cierto es que a lo largo de la práctica de la prueba los miembros del Tribunal van formándose un criterio, por lo que un eventual exceso de celo en la solicitud de aclaraciones no determina por sí mismo la vulneración del citado derecho fundamental.

VIGESIMOSEGUNDO .- El segundo motivo, por infracción de ley, denuncia la indebida aplicación del concurso medial prevenido en el art 77 CP . El recurso tiene la misma redacción que el de los anteriores recurrente, por lo que debe desestimarse por las razones ya expuestas.

VIGESIMOTERCERO .- El tercer motivo, por infracción constitucional, coincide con el segundo motivo del recurrente Casimiro Fermin , por lo que debe ser desestimado por las razones ya expuestas.

VIGESIMOCUARTO .- El cuarto motivo, por error de hecho en la valoración de la prueba, así como el quinto por infracción de ley, se refiere a la misma cuestión ya examinada y resuelta de la in aplicación de la drogadicción, como atenuante o eximente, por lo que debemos remitirnos a lo ya expuesto al resolver los anteriores motivos.

VIGESIMOQUINTO .- El sexto motivo, por vulneración constitucional reitera las alegaciones sobre pérdida de la imparcialidad sobrevenida en el juicio, ya analizadas en el primer motivo, por lo que debemos remitirnos al mismo.

VIGESIMOSEXTO .- El séptimo motivo, por inaplicación de la atenuante del art 21 5º y vulneración del derecho de igualdad, reitera lo expuesto en el motivo quinto del recurrente Casimiro Fermin , por lo que nos remitimos al mismo.

VIGESIMOSEPTIMO .- Y el octavo motivo es reproducción del sexto motivo del recurso de Casimiro Fermin , por lo que debe ser desestimado por las razones ya expuestas.

RECURSO DE Jesus Jorge

VIGESIMOCTAVO .- El primero de los motivos, por vulneración constitucional, se queja de la gravedad de las penas, que considera desproporcionadas. El motivo carece de fundamento, pues las penas se han impuesto dentro del marco legal y se corresponden con la acentuada gravedad de los hechos.

VIGESIMONOVENO .- El segundo motivo, por infracción de ley, impugna la construcción del concurso entre los delitos de robo y detención ilegal. Esta materia ha sido ya tratada con anterioridad, ratificando la corrección del criterio seguido por el Tribunal de instancia, por lo que el motivo debe ser desestimado.

TRIGÉSIMO .- El tercer motivo, por infracción de ley, interesa la apreciación de la atenuante de drogadicción. El motivo debe ser desestimado por las razones ya expuestas al resolver los recursos de los demás condenados.

TRIGESIMOPRIMERO .- El cuarto motivo, por error de hecho, se refiere también a la apreciación de la drogadicción, sin aportar documentación fehaciente en términos casacionales, por lo que debe ser desestimado por las razones expuestas en relación con los demás recurrentes.

ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA PENALIDAD DEL CONCURSO MEDIAL EN LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE 2015.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Procede, por todo ello, la integra desestimación de los recursos interpuestos, con imposición de costas a los recurrentes, con la excepción del primer motivo del recurrente Marcelino Cesareo .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, parcialmente, al motivo Primero del recurso de casación interpuesto por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Marcelino Cesareo** , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Mallorca de fecha 28 de octubre de 2014 , en causa seguida al mismo y otros por delitos de robo con fuerza en casa habitada, detención ilegal, lesiones y contra la salud pública; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Bernabe Justiniano , Jesus Jorge , Rosendo Fernando y Casimiro Fermin , contra la anterior sentencia. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte 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

10924/2014P

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

Fallo: 17/12/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 863/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

D. Joaquín Giménez García

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 la siguiente

SENTENCIA



En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil quince.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Ibiza incoó Procedimiento Abreviado y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, con el número 42/2014, por delitos de robo con fuerza en casa habitada, detención ilegal, lesiones y contra la salud pública contra Marcelino Cesareo con DNI NUM010 , nacido el NUM005 /1983 en Madrid, hijo de Rodolfo Teodosio y Marina Coro , sin antecedentes penales y cuya solvencia no consta; contra Bernabe Justiniano , con NIE NUM011 , nacido en Marruecos el NUM006 /1985, hijo de Norberto Joaquin y Teresa Herminia , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta; contra Rosendo Fernando , con DNI NUM012 , nacido en Ibiza el NUM007 /1986, hijo de Amadeo Norberto y Inocencia Azucena , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta; contra Casimiro Fermin , con DNI NUM013 , nacido en Ibiza el NUM008 /1981, sin antecedentes penales y cuya solvencia no consta; y contra Jesus Jorge , con DNI NUM014 , nacido en Salamanca el NUM009 /1981, hijo de Rodolfo Teodosio y Inocencia Azucena , con antecedentes penales, y cuya solvencia no consta; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 28 de octubre de 2014 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos reducir la condena impuesta al recurrente **Marcelino Cesareo** por el delito de lesiones en un año de prisión, diferenciándola así de la pena impuesta a los otros acusados en los que no se aprecian atenuantes.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Marcelino Cesareo por el delito de lesiones a la pena de cuatro años de prisión, dejando totalmente subsistentes el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, mientras se celebraba 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.