

Roj: STS 4268/2016 - **ECLI:**ES:TS:2016:4268

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10199/2016

Nº de Resolución: 731/2016

Fecha de Resolución: 04/10/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBÁÑEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

Nº: 10199 / 2016P

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 27/09/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 731/2016

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Ana María Ferrer García

D. Perfecto Andrés Ibáñez

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 cuatro de Octubre de dos mil dieciséis.

Esta Sala, ha visto el recurso de casación n.º 10199/2016-P, interpuesto por el

Ministerio Fiscal, y por los recurrentes; Ginesy Pedro, representados ambos por el procurador don Carlos Sáez Silvestre y bajo la dirección letrada de don Jorge García-Gasco Lominchar; Juan Pedro, representado por el procurador don Antonio Albaladejo Martínez y bajo la dirección letrada de José Manuel Blas Torrecilla; Laura, representada por la procuradora doña María Esperanza Azpeitia Calvín y bajo la dirección letrada de don Julio Vallés Sales, contra la sentencia dictada el 29 de enero de 2016, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón. Es parte el Ministerio Fiscal y ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

1 .- El Juzgado de Instrucción número 2 de Nules, incoó sumario con el número 2/2014, seguido por los delitos de homicidio, robo y detención ilegal, contra Gines, Pedro, Juan Pedro, Lauray Ezequias, y concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón cuya Sección Primera, dictó en el Rollo de Sala n.º 4/2015, sentencia en fecha 29 de enero de 2016, con los siguientes hechos probados:

<< **I.** La acusada Laura, ciudadana rumana, mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajaba desde septiembre de 2012 cuidando a D. Olegario, de 88 años de edad y de su esposa D^a Belen, de 86 años de edad y con movilidad reducida, que residían en la CALLE000, número NUM000, NUM001, de Vall de Uxó (Castellón), siendo su horario de trabajo de las 15 horas del sábado hasta las 14 horas del domingo, pernoctando en la vivienda la noche del sábado. La referida acusada Laura mantenía una relación afectiva con el también acusado Juan Pedro, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, con el que convivía y al que puso al corriente de las circunstancias de la vivienda y de los Sres. Belen Olegario, así como de la existencia de dos cajas fuertes en el despacho de la casa, información que igualmente transmitieron a familiares residentes en Rumanía, concretamente, a Gines, alias "Chipiron", (también conocido como "Borja", "Hugo", y Romeo), mayor de edad y con antecedentes penales no computables, y a Pedro, mayor de edad, sin que consten los *antecedentes penales, y a un hermano de estos que no es ahora juzgado por no haber sido localizado.*

En este contexto Juan Pedro, Laura, Ginesy Pedro planearon robar en la vivienda de los Sres. Belen Olegario y a tal fin Juan Pedro adquirió una tarjeta de teléfono con número NUM002 que entregó luego a Pedro, tras su llegada el 18 de febrero de 2013 a la estación de autobuses de Castellón junto con su hermano Gines, procedentes de Rumania, siendo recogidos por Juan Pedro que los trasladó a su vivienda sita en Vall de Uxó, CARRETERA000 nº NUM003 NUM004 NUM005 NUM006, donde se alojaron todos ellos y planificaron la acción delictiva.

II . Así, entre las 00,00 y las 01,15 horas del día 24 de febrero de 2013, puestos de común acuerdo y con ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, Juan Pedro, Ginesy Pedro, con las cabezas cubiertas con capuchas que cubrían sus caras, a excepción de los ojos, y portando cuerdas de nylon blancas, cinta adhesiva americana gris, y una barra de hierro, entraron en el domicilio de D. Olegario y su esposa D^a Belen, que se encontraban dormidos, siéndoles facilitada la entrada desde el interior por Laura que, tras ser avisada al teléfono móvil que portaba para la ocasión número NUM002, bajó al portal para abrirles la puerta, subiendo los tres tras ella.

III. Una vez en el interior del domicilio, y con la cara cubierta, entraron los tres en la habitación en la que se encontraban durmiendo los ancianos a los que ataron de pies y manos y a la cama con seis metros y medio de la cuerda de nylon de color

blanco y la cinta adhesiva que portaban. Olegario, que se quejó y gritó, fue atado con gran fuerza y amordazado con la cinta adhesiva, y un sujetador encima anudado al cuello, que le cubrían los orificios respiratorios impidiéndole una normal respiración, lo cual le produjo una situación de hipoxia. Asimismo, le propinaron diversos golpes en cabeza, cara, brazos y manos sufriendo a consecuencia de estos hechos 21 lesiones, entre ellas la luxación completa del hombro derecho, especialmente dolorosa, falleciendo poco después por asfixia mecánica fruto de la oclusión de los orificios respiratorios por la mordaza.

A Belenle dijo uno de los atacantes "te mato si no te estás quieta", produciéndose un forcejeo mientras era maniatada que le produjo excoriaciones en ambas muñecas y tobillos, hematomas en zona facial, y eritema nasal, lesiones que precisaron de una primera asistencia, alcanzando la sanidad sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, pese a permanecer hospitalizada.

Mientras tanto Laura, que conocía el plan, de actuación y lo aceptaba, permaneció en su dormitorio libre de ataduras con un teléfono móvil en su poder, escuchando los gritos y quejas de los ancianos sin hacer nada por impedirlo, ni pedir ayuda, pese a que su trabajo en la vivienda era precisamente el cuidado de los Sres Belen Olegario,

IV. Asimismo, utilizando una barra de hierro y otras herramientas que también portaban los procesados extrajeron por la fuerza las dos cajas de seguridad que se encontraban en el interior de un armario del despacho. Antes de abandonar la vivienda, ataron y amordazaron, si bien no tan fuertemente, a Laura, y forzaron la puerta de acceso a la galería de la vivienda para simular que la entrada había sido desde el exterior, sin ayuda desde interior, y hacer creer que la empleada de hogar había sido víctima de los hechos.

V. Tras ello los tres huyeron, dejando a las víctimas atadas y amordazadas, sin la Sra. Belenpudiese desatarse por sí misma dadas las características de las ataduras, llevándose las dos cajas fuertes en cuyo interior había dinero en metálico por importe aproximado de 9.000 euros, de los que 3.000 euros no han sido recuperados, y joyas tasadas pericialmente en 16.800 euros, introduciendo las mismas en el vehículo Audi A-4 con matrícula D-....-D, propiedad del también procesado Ezequias, que prestó el vehículo ese día a su amigo Juan Pedro, sin que conste que tuviera conocimiento de que iba a ser utilizado a los anteriores fines.

Seguidamente los tres procesados se trasladaron hasta el Barranco de la Puente donde abrieron una de las cajas de seguridad quedándose Juan Pedro 1.000 euros, y acordando repartirse el contenido de la otra caja, marchando Ginesy Pedro hacia Rumanía, sin repartir el contenido con el otro procesado, por lo que éste se personó en el domicilio de Ezequias, mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan, para devolverle el vehículo y, tras contarle lo sucedido, acordaron ambos viajar a Rumanía para recuperar la parte del botín que se habían llevado los otros dos procesados, llegando a emprender viaje en el mismo vehículo, y regresando después de recorridos unos 200 km al percatarse que la Guardia Civil les iba siguiendo. Ezequiasse quedó con los 1.000 euros sustraídos para ocultarlos a sabiendas de que dicha Cantidad procedía del robo, procediendo después a la devolución a la Guardia Civil del dinero que obraba en su poder tras repostar en el viaje.

VI. Laurareconoció inicialmente su participación en el robo, colaborando en la identificación de los partícipes, siendo dicha identificación relevante para que

podiera dirigirse el procedimiento contra ellos.

VII. *D^a Beleny sus tres hijos D. Rogelio, Da Teresay D. Samuel, hijos también de D. Olegario, que no convivían con ellos en esas fechas, han reclamando la indemnización que les corresponda como perjudicados.>>*

2 .- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<I. *Debemos condenar y condenamos a Juan Pedro, Ginesy Pedrocomo autores responsables de 1) un delito consumado de homicidio, y 2) un delito consumado de robo violento en casa habitada en concurso con dos delitos de detención ilegal, ya definidos, con las circunstancias agravantes de disfraz, y de abuso de superioridad en todos ellos, a las penas de **catorce años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, por el primero de los delitos, y **seis años de prisión** con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el segundo.*

II. *Condenamos a Laura, como autora responsable de 1) un delito consumado de homicidio, y 2) un delito de robo violento en casa habitada en concurso con dos delitos de detención ilegal, ya definidos, con las circunstancias agravantes de disfraz, y de abuso de superioridad en todos ellos, y la atenuante de colaboración, a las penas de trece años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, por el primero de los delitos, y cinco años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el segundo.*

III. *Condenamos a Ezequiascomo autor responsable de un delito de encubrimiento, ya definido, con la circunstancia atenuante de reparación, a la pena de diez meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.*

IV . *En concepto de responsabilidad civil derivada de las infracciones penales Juan Pedro, Laura, Ginesy Pedroindemnizaran conjunta y solidariamente a D^a Belenen 89.800 euros, que se incrementará con la indemnización por lesiones a determinar en fase de ejecución de sentencia, y a D. Rogelio, D^a Teresay D. Samuelen 6.000 euros cada uno, cantidades todas ellas que devengarán el interés legal delart. 576 LEC.*

V. *Las costas del juicio se imponen a los condenados a razón de una onceava parte Ezequias, y dos onceavas partes cada uno de los restantes condenados.*

Para el cumplimiento de las responsabilidades personales que se imponen, se abona a los condenados el tiempo privados de libertad por esa causa.>>

3 .- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por el Ministerio Fiscal y los acusados, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 849.1 Lecrim, por infracción de ley al haberse aplicado indebidamente el artículo 8.3 e inaplicado el artículo 163.1 ambos del Código Penal.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 Lecrim, por infracción de ley al haberse inaplicado indebidamente el artículo 22.6ª CPenal.

5.- La representación procesal de Gines, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- (numerado como segunda alegación). Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Segundo.- (numerado como tercera alegación). Al amparo del artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente el artículo 142 CP.

Tercero .- (numerado como cuarta alegación). Sin señalar vía casacional, se alega vulneración de derechos fundamentales, mencionando el derecho a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, el principio de legalidad, los principios de proporcionalidad e igualdad, el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* , remitiéndose únicamente al artículo 24 CE.

6.- La representación procesal de Pedro, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- (numerado como segunda alegación). Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Segundo.- (numerado como tercera alegación). Al amparo del artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente el artículo 142 CP.

Tercero.- (numerado como cuarta alegación). Sin señalar vía casacional, se alega vulneración de derechos fundamentales, mencionando el derecho a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, el principio de legalidad, los principios de proporcionalidad e igualdad, el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* , remitiéndose únicamente al artículo 24 CE.

7.- La representación procesal de Juan Pedro, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente el artículo 142 CP.

Segundo.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1y2 CE).

Tercero.- Al amparo del artículo 851.3 LECrim, por no resolverse en la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de la defensa. Se alega que no se ha

resuelto sobre la aplicabilidad de la atenuante analógica del artículo 21.7ª CP.

8.- La representación procesal de Laura, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero .- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 y 2 CE).

Segundo.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim (aunque se alude al artículo 849.1 LECrim, el contenido del motivo se dirige a modificar los hechos probados en base a documentos que se señalan) por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Tercero.- Sin señalar vía casacional, se arguye que D.ª Laurano puede ser condenada como autora del delito de homicidio del artículo 138 CP porque no pudo prever el resultado ni tuvo conocimiento del mismo por no estar en el lugar. Tampoco puede ser condenada como cómplice de ese delito por la misma ignorancia sobre el hecho y porque no pudo impedirlo. Sobre el robo se argumenta que no intervino y que también fue privada de libertad. Finalmente se dice que no se ha aplicado la atenuante de colaboración en la determinación de la pena por el robo por lo que debe imponerse la pena mínima de 3 años y 6 meses de prisión.

9. - Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal, solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

10.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 27 de septiembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Gines

Primero. Invocando el art. 849, 2º Lecrim, se denuncia error en la apreciación de la prueba resultante de documentos que acreditarían la equivocación del juzgador, sin estar desmentidos por otras pruebas. Al respecto, se señala como documentos el informe de autopsia, la declaración del recurrente y la declaración de un agente policial, del que se dice que intervino en primer lugar; y se hacen algunas consideraciones sobre las lesiones.

El Fiscal se ha opuesto al motivo, señalando con razón que ninguno de los tres medios de prueba a que alude el recurrente tiene encaje ni puede ser valorado en el contexto del precepto que se cita.

Como es sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849, 2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción

entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba. De otra parte, hay que tener en cuenta que, como regla, los informes periciales carecen de la calidad de documentos (en sentido técnico-procesal) a los efectos del art. 849,2º, por más que puedan acogerse como tales en algún caso, como cuando existiendo una sola pericia o varias coincidentes, el tribunal se hubiera apartado sin motivación razonable del contenido de los mismos. Y que tampoco tienen esa condición las declaraciones de imputados y testigos que, regularmente aparecen transcritas en las causas, ni las diligencias policiales con manifestaciones de los propios agentes o de otras personas, recogidas por ellos e incorporadas al atestado.

Pues bien, el planteamiento del motivo no puede ser más incorrecto, pues lo que trataría de ponerse de manifiesto, como supuesto error del tribunal de instancia, no se concreta en alguna precisa afirmación de los hechos que fuera antagónica de otra documentada que la desmintiera netamente. En efecto, ya que nada de esto resulta del informe de la autopsia. Las declaraciones a las que se alude no pueden ser tomadas en consideración, por lo expuesto. Y, en fin, incluso estando a las afirmaciones del impugnante, siempre existirían otros medios de prueba hábiles para fundar su condena.

Por todo, el motivo tiene que rechazarse.

Segundo. Por el cauce del art. 849,1º Lecrim, se ha alegado infracción de ley, en concreto, del art. 142 Cpenal, que se dice indebidamente inaplicado. El argumento es que la prueba no ha sido correctamente valorada y que la muerte se produjo en virtud de un mecanismo distinto del que se dice en la sentencia. Esto por entender que el fatal desenlace no pudo ser previsto por los acusados.

El Fiscal se ha opuesto al motivo.

El motivo es de infracción de ley y, en consecuencia, solo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos en un precepto legal. Y ocurre que en los hechos probados se cifra la causa de la muerte en el hecho de que la víctima, un anciano de 88 años, "fue atado con gran fuerza y amordazado con la cinta adhesiva y un sujetador encima anudado al cuello, que le cubrían los orificios respiratorios impidiéndole una normal respiración, lo cual le produjo una situación de hipoxia", determinante del fallecimiento "por asfixia mecánica fruto de la oclusión de los orificios respiratorios por la mordaza". Todo sin contar con que, de forma prácticamente simultánea, los autores del hecho produjeron también una lluvia de golpes sobre aquel, causándole 21 traumatismos.

A tenor de estas consideraciones, el motivo es inatendible. De un lado, por la incorrección del planteamiento. Y, de otro, porque, en las circunstancias dadas, una acción como la realizada sobre Olegario, conducía con el más alto grado de probabilidad al resultado que efectivamente produjo. Por eso, sugerir ahora la hipótesis de la muerte por imprudencia es algo que, en términos de experiencia, choca con la lógica más elemental y, como argumento, solo puede entenderse en un ejercicio vehemente del derecho de defensa. Así, el motivo tiene que desestimarse.

Tercero. Lo alegado ahora es la vulneración de derechos fundamentales, de los que se mencionan el derecho a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, el principio de legalidad, los de proporcionalidad e igualdad, el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, todo con cita del art. 24 CE.

La argumentación de sustento se agota en la afirmación de que esos derechos y principios han sido vulnerados, debido a una inadecuada valoración de la prueba.

El hecho de que la supuesta vulneración del derecho y del principio citados en último haya sido ya descartada, y la inanidad del planteamiento a la que acaba de aludirse, hace que la impugnación así planteada no pueda siquiera tomarse como tal, por falta de las indicaciones precisas para saber a qué atenderse al respecto; y que el motivo solo pueda rechazarse.

Recurso de Pedro

Primero. El reproche es de error en la valoración de la prueba basado en documentos (art. 849,2º Lecrim). Y en apoyo de este aserto se objeta que la prueba ha sido mal valorada, como lo demostraría el contenido de las declaraciones de los acusados, de la víctima que sobrevivió y de otra testigo, y la información relativa a ciertas llamadas telefónicas. De esto se seguiría que el que recurre no llegó a subir a la casa, sino que se habría quedado en el auto.

El Fiscal se ha opuesto al motivo.

De estarse al tenor del planteamiento del recurrente, el motivo tendría que ser desestimado de plano, debido a que su formulación no se ajusta en absoluto a los requerimientos técnicos del precepto regulador del cauce procesal utilizado.

Ahora bien, siendo esto cierto, lo es también que el desarrollo de la impugnación permite ver claramente que, en realidad, lo postulado es que, en la valoración de la prueba, el tribunal de instancia ha vulnerado el derecho del recurrente a la presunción de inocencia como regla de juicio, al haber dejado de considerar con el rigor requerido una serie de elementos del cuadro probatorio.

Estos son: que Lauradijo claramente (folio 1136) no haber visto nunca a Pedro dentro de la casa; que su hermano Ginesse manifestó en idéntico sentido; que Belén (folios 773 y 774) no vio como ataban a su marido, y habló de uno o dos hombres (no de tres), y en el juicio, de que los estaban metiendo prisa desde la calle; que Rafaela (folios 97 y 939) dijo haber visto desde el balcón cómo salía del portal (de la casa asaltada) solo una persona con un bulto. Por otra parte, se afirma que lo afirmado por el también acusado, Juan Pedro, situando a Pedro en la vivienda no puede ser tenido en cuenta, por lo contradictoria de todas sus declaraciones.

A lo anterior, entiende el recurrente, habría que unir el hecho de estar acreditado (folios 883-884, 948-961 y 1017-1035, tomo IV) un intercambio de llamadas entre los números NUM002 (que la policía atribuye a uno de los Gines Pedro), usado por Pedro, y el NUM007 utilizado por Juan Pedro, producido entre las 21,18 y las 05,12 horas. Y la circunstancia de que (folio 1149, tomo IV) consta una llamada realizada desde el primer número a Belinda, esposa de Pedro. Todo, se dice, cuando consta por manifestación de Laura en la vista que, en el momento de la entrada en la casa ella hizo entrega del primer móvil citado a Juan Pedro, quien, a su vez, se lo entregó a Pedro.

La conclusión es que Pedro no estuvo en la vivienda durante la realización de los actos que constan y esto haría que no pueda implicársele en la acción homicida.

La sala de instancia no hace una referencia pormenorizada a los elementos de juicio a los que acaba de hacerse referencia, y cifra su conclusión al respecto, sobre todo, en que Belennarró que una persone le ató a ella, otra a su marido y que oía ruidos en la casa, que, es la conclusión, debía producir un tercero; también en la cierta complejidad dinámica de los hechos: atar a los ancianos, obtener de ellos las claves de las cajas, arrancarlas, en otro caso, y sacarlas del domicilio, que reclamaba esa intervención; y en que la existencia de las llamadas, además de no invalidar estas otras consideraciones, pudo haber sido provocada para su ulterior utilización con fines exculpatorios.

Pero lo cierto es que hay datos, presentes en el desarrollo de la sentencia, que abonan la conclusión acerca de este recurrente que ahora se cuestiona. El primero es que, ni siquiera admitiendo (a efectos puramente discursivos) la hipótesis defensiva, podría decirse excluida la posibilidad, ciertamente razonable y plausible, de que Pedrohubiera entrado efectivamente en la casa, aun sin permanecer en ella todo el tiempo del desarrollo de las acciones criminales. Algo que, por otra parte, es perfectamente compatible con la existencia de las llamadas, posteriormente celebradas. Y, desde luego, abonado por la aludida naturaleza complejidad de los hechos a realizar en la casa.

Y en este marco, no puede dejar de considerarse que Pedrose había desplazado de Rumanía, precisamente, para realizar esta acción; que estaba plenamente integrado en el proyecto criminal, y al mismo nivel que su hermano y que Juan Pedro; que, por tanto, contemplaba y aceptaba, como ellos, la hipótesis de un ejercicio de violencia, no solo para inmovilizar a los moradores, sino para forzarlos a facilitar la información que precisaban. Y que había asumido el encargo de prestar una contribución esencial al proyecto, propiciando el transporte de todos los implicados y de su botín. Por último, es claro, sin excluir en modo alguno su presencia en la casa, siquiera en algún momento; algo, no importa insistir, incluso racionalmente modo demandado por las previsibles dificultades del proyecto; lo cierto es que Pedro, estando de acuerdo en todo con Ginesy con Juan Pedro, prestó una actividad de vigilancia, que la jurisprudencia de esta sala (por todas SSTs 814/2002, de 6 de junio, y 294/2002, de 18 de febrero) ha considerado "principal y relevante" [...] decisiva, eficaz y causal", que justifica la inclusión del que la presta en el círculo de la autoría.

En consecuencia, y por todo, el motivo debe rechazarse.

Segundo. Lo denunciado, por el cauce del art. 849, 1º Lecrim, es infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente, se dice, el art. 63 Cpenal y aplicado, en este caso de forma indebida, el art. 66 Cpenal.

En cuanto a lo primero, se sostiene que la muerte fue producido por un exceso de fuerza o violencia en la aplicación de las mordazas, lo que evidenciaría que ese resultado no fue planeado ni previsto por ninguno de los atacantes; y que, en todo caso, tal efecto no puede hacerse pesar sobre quien, como el recurrente, no participó en los hechos concretos. Se señala, además, que su intervención habría sido secundaria, accesoria y totalmente prescindible, lo que permitiría a lo sumo tratarle de cómplice.

A propósito del segundo precepto se dice que no quedó probado que el impugnante fuera con la cara tapada, a diferencia de los demás.

En fin, se entiende que Pedro tendría que ser absuelto de los delitos de

homicidio y robo con violencia; o, en otro caso, condenado a una pena de privación de libertad de entre dos años y seis meses y cinco años.

El Fiscal se ha opuesto al motivo.

De entrada, se impone reiterar que el precepto del art. 849,1º del Código Penal autoriza a cuestionar el tratamiento del cuadro probatorio, sino que obliga a partir de los hechos declarados probados, para discutir algún aspecto relacionado con la subsunción de estos en un precepto penal. Y, en el caso, resulta que en los hechos probados se afirma que Pedro estuvo en el interior de la vivienda y se implicó directamente en las acciones producidas en su interior, que allí se describen. Por tanto, la pretensión objeto de examen está por completo fuera de lugar.

Además, incluso siguiendo al recurrente en su modo de argumental, está todo lo razonado en el examen del motivo anterior, que justifica plenamente en derecho la inaplicación del art. 63 del Código Penal, visto que, en último término, por su plena implicación en el proyecto criminal y por la naturaleza esencial de su aportación, en ningún caso le sería aplicable el art. 29 del Código Penal.

Así las cosas, el motivo no es atendible.

Recurso de Juan Pedro

Primero. Como infracción de ley, de las del art. 849,1º del Código Penal, se ha denunciado la inaplicación del art. 142 del Código Penal. El argumento de apoyo es que el propósito de los acusados se limitaba al robo, que exigía inmovilizar a los propietarios; y que se empleó violencia sobre Olegario para conocer la clave de la caja fuerte, pero no cabe concluir que la muerte de este estuviera planeada, ya que no se debió a ninguna de las lesiones sino a una parada cardio-respiratoria. Se señala que incluso el recurrente trató de reanimar a la víctima.

El Fiscal se ha opuesto al motivo.

De nuevo se hace preciso poner de relieve que el motivo es de infracción de ley y, en consecuencia, solo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos en un precepto legal. Y lo cierto es que en el desarrollo del motivo se prescinde del contenido de estos, de donde resulta que el fallecimiento se produjo por asfixia, dado el modo como aquel fue amordazado, y sobre lo que ya se ha discurrecido antes. De esta forma, acreditado que la actuación sobre Olegario consistió en atarle fuertemente con taponamiento de sus vías respiratorias, la única conclusión que cabe es que el resultado de muerte fue el único racionalmente esperable, y, desde luego, necesariamente previsible en los términos más elementales de una experiencia corriente.

Así, por lo impropio del planteamiento y porque el razonamiento de sustento de la impugnación, además de impertinente en el marco procesal elegido, peca de una obvia irracionalidad, el motivo solo puede rechazarse.

Segundo. Invocando el art. 5,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se dice vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, por la ausencia de un propósito de causar la muerte y porque los acusados retiraron la mordaza al advertir que Olegario tenía problemas respiratorios, en un intento de reanimarla.

El Fiscal se ha opuesto al motivo.

La sala de instancia ha tomado en consideración ese intento, pero poniendo de relieve su inoperancia, a tenor del carácter irreversible de la situación a la que la víctima había sido llevada, en virtud de una acción rigurosa y totalmente previsible para causar ese efecto.

Esto hace inviable la pretensión del recurrente; que ni siquiera a él ha debido pasarle desapercibida, vista la inevitable pobreza, mejor carencia práctica, de desarrollo argumental de soporte.

Es por lo que el motivo es inatendible.

Tercero. Lo reprochado, invocando ahora, citando el art. 851,3º Lecrim, es que el tribunal no ha resuelto sobre todas las cuestiones suscitadas por el ahora recurrente, en concreto, sobre la concurrencia de la atenuante analógica del art. 21,7ª planteada de forma alternativa, dado que este reconoció los hechos en su declaración en el juicio.

El Fiscal se ha opuesto al motivo, señalando que antes de formular este motivo tendría que haberse acudido al expediente previsto en el art. 267,5º LOPJ, en solicitud de una complementación de la sentencia. Hace ver también que la jurisprudencia de esta sala requiere, para la existencia de una omisión apreciable, que se hubiera producido falta de respuesta a una petición previamente formalizada en las conclusiones de la parte (y no en el informe, como habría sido el caso). Y, en fin, es condición, asimismo reiterada en conocida jurisprudencia que, para la apreciación de una circunstancia como la de que se trata, sería preciso que el impugnante, en su tardía confesión hubiese aportado alguna información relevante para el esclarecimiento de los hechos, no bastando el mero reconocimiento de los que ya estuvieran avalados por otras pruebas.

Pues bien, el Fiscal tiene razón en todas las objeciones y esto hace que el motivo tenga que rechazarse.

Recurso de Laura

Primero. Lo alegado, por el cauce del art. 5,4 LOPJ es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. En apoyo de esta afirmación se dice que Laura reconoció desde el primer momento su intervención en los hechos, facilitó toda la información de que disponía, contribuyendo así al esclarecimiento de aquellos. Se afirma, además, que los ejecutores materiales del robo no llevaban armas sino solo útiles para la inmovilización de las víctimas y que nunca estuvo en la mente de la que recurre causar a estas algún daño, dándose la circunstancia de que, además, habría permanecido todo el tiempo lejos de la habitación de aquellas.

El Fiscal se ha opuesto al motivo.

La condena de la recurrente, también como autora del homicidio, se funda en que fue, con su información a los otros implicados, la que contribuyó decididamente a la puesta en marcha del plan de ejecución del robo. En que la realización de este exigía el ejercicio de una violencia sobre los ancianos que incluía su reducción mediante ligaduras y su amordazamiento. Y en que durante el curso de las acciones puestas en

práctica con este fin, siendo, precisamente, la persona que tenía encomendado contractualmente el cuidado de aquellos, permaneció en su habitación, cuando disponía, además, de un teléfono móvil que podría haber utilizado para poner fin a la situación.

Con tales presupuestos, la propuesta de una cierta ajenidad a lo nuclear de los hechos constitutivos del delito de homicidio, es francamente inviable. En esencia, porque un ejercicio de fuerza como el previsto, con ligaduras y amordazamiento de personas (de 88 y 86 años), cuya fragilidad y vulnerabilidad conocía bien y es lo que, precisamente, justificaba la previsión de los cuidados que ella misma se había obligado a prestar, es claro que, en términos de experiencia corriente podría desencadenar un efecto letal como el que se produjo en uno de los casos. Y si esto era razonablemente previsible en abstracto, esa previsión tuvo que convertirse en evidencia próxima a la certeza cuando, por la práctica contigüidad del cuarto de los ancianos y del de Laura, esta fue testigo indiferente de la brutal acometida.

Por eso, hay que entender que la conclusión de la sala de instancia que se cuestiona goza de pleno fundamento y guarda una relación de lineal coherencia con los antecedentes probatorios de que aquella pudo disponer.

Es por lo que el motivo tiene que rechazarse.

Segundo. Lo denunciado, con cierta impropiedad en el enunciado del motivo, es la existencia de un error de apreciación en la sala, susceptible de acreditarse mediante documentos de la causa, a cuyo tenor habría debido excluirse la participación de Laura en el delito de homicidio, ni siquiera como detención ilegal. Como documentos se señalan en lo que sigue, las declaraciones del acusado Juan Pedro, de dos funcionarios de la Guardia Civil, del acusado Pedro. Se señala, además, que ella también habría sido atada y que hubo que emplear un cuchillo para cortar las ligaduras.

El Fiscal se ha opuesto al motivo

Este acusa el mismo defecto esencial de planteamiento que los ya examinados de los otros recurrentes. En efecto, pues no se atiene en absoluto a los requerimientos legales del art. 849, 2º Lecrim, ni siquiera en algo tan elemental como la toma en consideración de auténticos documentos en sentido técnico. Por eso, por la falta de adecuación del desarrollo del motivo al canon jurisprudencial ya citado, y, en fin, porque, según se ha hecho ver al tratar del anterior motivo, la sala ha contado con elementos de juicio de un valor acreditativo inobjetable, este motivo tiene que ser asimismo desatendido.

Tercero. El reproche se concreta en que tendría que absolverse a Laura del delito de homicidio por lo ya expuesto, es decir, la ausencia de dolo y que no intervino ni pudo prever lo sucedido ni presencié la acción finalmente homicida. Esto, se dice, impediría también la condena en concepto de cómplice; y la puesta a su cargo de las agravantes de disfraz y de abuso de superioridad.

El Fiscal se ha opuesto al motivo, esencialmente, por entender que, formulado con patente claridad como de infracción de ley, prescinde abiertamente del contenido de los hechos probados.

Y tiene razón. De un lado, por lo ya razonado en el examen del primer motivo,

que no hace falta reiterar. Y, de otro, porque el tribunal dice bien que sabía de la previsión de utilizar cinta adhesiva de la llamada americana y de cuerdas para la inmovilización. Y de la más que probable eventualidad de una intervención violenta, dirigida a obtener la información necesaria para abrir las cajas de seguridad de personas cuya fragilidad le constaba de la forma más directa. También señala que tuvo el dominio sobre los hechos, porque decidió facilitar el acceso de los asaltantes a la vivienda, cuando podría haberlo impedido.

A este hay que unir el hecho de que, por razón de la ya aludida proximidad de los cuartos, pudo seguir, prácticamente *en directo* el brutal empleo de fuerza sobre los ancianos, consintiendo en su producción, cuando también habría podido hacer algo para impedirlo.

En definitiva, la plena inscripción de Laura en un plan de acción con semejantes implicaciones justifica plenamente la redacción dada a los hechos probados, en lo que a ella se refiere, y, en consecuencia, a la valoración jurídica de sus actos, por eso cuestionada con la impropiedad que se ha hecho ver. La misma impropiedad presente en su cuestionamiento de la pena impuesta, que *se funda* exclusivamente en algo tan poco sostenible como "que no intervino, sino que fue a su vez limitada en sus movimientos".

Por todo, motivo tiene que desestimarse.

Recurso del Ministerio Fiscal

Primero. Invocando el art. 849,1º Lecrim, se denuncia como indebidas la aplicación del art. 8,3 y la inaplicación del art. 163,1º ambos del Código Penal. Al respecto se argumenta que la sala condenó por dos delitos de detención ilegal en concurso medial con un delito de robo con violencia a una única pena. Por lo que se entiende que, sin decirlo, se ha considerado que la detención ilegal sufrida por el fallecido Olegario queda absorbida por el delito de robo, al no exceder el tiempo de la detención del necesario para cometer el delito contra la propiedad. Y la conclusión es que el desvalor de esa conducta no se satisface con la absorción de la detención ilegal en el delito de robo; por lo que existirá, se dice, concurso medial de un delito de detención ilegal con el delito de robo con violencia y otro delito de detención ilegal a penar separadamente.

En lo que se refiere a Olegario, afirma la sala, en el tercero de los fundamentos de derecho, que "su fallecimiento en el curso de los hechos produjo el cese de la tutela penal de su derecho a la libertad personal, bien o derecho de la personalidad que se extingue con la muerte, por lo que, aun cuando el dolo de los autores era el mismo, la detención ilegal cesó antes por causa del fallecimiento en el curso del robo". Y, al fin, condena por dos delitos de detención ilegal.

Pero ocurre que ninguna de las dos opciones de derecho presentes en lo que acaba de escribirse se acomoda realmente al curso de los acontecimientos y a su incidencia en los bienes jurídicos en presencia, en el caso de lo sucedido con Olegario.

Al respecto, tiene razón el tribunal al entender que su fallecimiento produjo el cese de la tutela penal de su derecho a la libertad personal, obviamente, por el dato de que este derecho había dejado de existir como tal. Y siendo así, lo que hubo fue un curso de acción inicialmente dirigido a la inmovilización de la víctima, necesaria para perpetrar el delito de robo, que, sin experimentar solución alguna de continuidad en el

propio *iter* , estando este dotado de aptitud suficiente para ocasionar la muerte, la produjo enseguida. Por lo que, de este modo, no cabe hablar de un atentado contra la libertad personal disociable o susceptible de una consideración autónoma del inmediatamente transmutado en atentado contra la vida. Así, en el caso de Olegario, lo que hubo fue la directa puesta en práctica de una acción, objetivamente, hábil para causar la muerte, que realmente la ocasionó de manera prácticamente inmediata, siendo este un resultado perfectamente previsible, dada la fragilidad y patente vulnerabilidad de aquel y el potencial agresivo del acometimiento de que se le hizo objeto.

Por tanto, la conclusión que se impone no es ni la contemplada por la sala ni la postulada por el Fiscal, sino la de que en el caso de Olegario llegó a cometerse el delito de detención ilegal, del que, en consecuencia deben ser absueltos los condenados. Y por eso, el motivo no puede estimarse.

Segundo. Con apoyo asimismo en el art. 849,1º Lecrim, se entiende indebidamente inaplicable el art. 22,6ª Cpenal. Al respecto, se argumenta que Laura estaba acusada de los delitos que constan cometidos con abuso de confianza; y se objeta que la sala de instancia admitiendo que concurrió tal abuso, consideró que el presupuesto fáctico del mismo ya habría sido valorado al establecer su participación en los hechos apreciando su situación de garante respecto de las víctimas del asalto.

Lo que consta de la acción de Laura en este punto es que se sirvió de lo sabido sobre las circunstancias y hábitos de vida de estas merced a su relación laboral, para suministrar a los demás implicados en la causa la información necesaria para la ejecución del delito o delitos luego programados. También que ella se implicó activamente facilitando a estos el acceso a la vivienda durante la noche. Y que, pudiendo haber intervenido para tratar de cortar el curso de los acontecimientos, cuando supo directamente del grado de violencia utilizado, no lo hizo.

La objeción de la sala a la apreciación de la agravante carece realmente de sustento, porque señalar la posición de garante de Laura en relación con sus asistidos no deja de ser un mero recurso argumental; de posible utilización, incluso, en el caso de que la misma hubiese limitado su actuación al hecho de informar. Pero, tiene razón el Fiscal, la intensidad de su implicación presta base suficiente para la apreciación de la circunstancia, porque, aunque solo fuera por la contribución representada por las dos últimas de sus aportaciones que acaban de reseñarse, concurriría sin duda el presupuesto básico de la misma, por la extrema profundización del quebrantamiento de la lealtad que la obligaba con sus contratantes.

Así, el motivo debe estimarse.

III. FALLO

Se estima el motivo segundo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, desestimando los demás formulados por este; declarándose de oficio las costas de su recurso. Se desestiman los recursos interpuestos por las representaciones de Gines, Pedro, Juan Pedro y Laura, condenándoles al pago de las costas de causadas en sus recursos, todos promovidos contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 29 de enero de 2016, en la causa seguida por los delitos de homicidio, robo y detención ilegal y, en consecuencia, anulamos parcialmente esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta.

Comuníquese ambas resoluciones a la Audiencia Provincial de Castellón, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto JorgeBarreiro

Ana María Ferrer García Perfecto Andrés Ibáñez

10199/2016P

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 27/09/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Encabezamiento

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 731/2016

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Ana María Ferrer García

D. Perfecto Andrés Ibáñez

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 cuatro de Octubre de dos mil dieciséis.

En la causa número 4/2015, con origen en las diligencias de Sumario número 2/2014, procedente del Juzgado de instrucción número 2 de Nules, seguida por los delitos de homicidio, robo y detención ilegal, contra Gines, con NIE número NUM008,

hijo de Juan Luisy de Nieves, nacido en Dolhasca (Rumania), el día NUM009de 1982; Pedro, con NIE número NUM010, hijo de Juan Luisy de Rosana, nacido en Suceava (Rumania), el día NUM011de 1977; Juan Pedro, con NIE número NUM012, hijo de Edemiroy de Yolanda, nacido en Rumania, el día NUM013de 1989; Laura, con NIE número NUM014, hija de Belarminoy de Tamara, nacida en Rumania el día NUM015de 1975 y contra Ezequias, con NIE número NUM016, hijo de Desiderioy de Begoña, nacido en Rumania, el día NUM017de 1990; laSección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, dictó sentencia condenatoria en fecha 29 de enero de 2016, que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, la acción tratada como delito de detención ilegal en el caso de Olegario, debe considerarse integrante del *iter* de la actuación homicida desarrollada sobre el mismo. Por tanto, solo existió un delito de detención ilegal, el cometido sobre Belen. Aunque esto no obstante, dado el modo de proceder de la sala en este punto, en el que la acción relativa al primero tiene una consideración meramente jurídico-formal, sin trascendencia a efectos de penalidad, la pena impuesta al respecto no debe experimentar ninguna modificación, salvo en el caso de Laura, como ahora se dirá.

Por lo también razonado en la sentencia de casación, debe apreciarse en la conducta de esta, y por lo que se refiere a los dos delitos por los que ha sido condenada, la agravante delart. 22,6ª Cpenal, de abuso de confianza. Y, en consecuencia, se elevan las penas impuestas a trece años y seis meses, en el caso del delito de homicidio, y cinco años y seis meses por el de robo en concurso con el de detención ilegal.

III. FALLO

Se impone a Laura, al concurrir en ella, además de las agravantes de disfraz y de abuso de superioridad, la de abuso de confianza, la pena de trece años y seis meses de prisión por el delito de homicidio, y la de cinco años y seis meses de prisión por el de robo violento en casa habitada en concurso con un delito de detención ilegal. Se mantiene en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia.

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

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Alberto JorgeBarreiro

Ana María Ferrer García Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACION.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, mientras se celebraba

audiencia publica en el dia de su fecha Ia Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de Ia Administración de Justicia, certifico.