



Roj: **STS 2385/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2385**

Id Cendoj: **28079120012021100513**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2021**

Nº de Recurso: **10795/2020**

Nº de Resolución: **519/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección 2ª, 04-11-2020 (rec. 14/2009),
STS 2385/2021**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 519/2021

Fecha de sentencia: 14/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10795/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10795/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 519/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo García

Dª. Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 14 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Víctor, (Alias Raton), contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda de fecha 4 de noviembre de 2020 en el Procedimiento sumario ordinario, Rollo de Sala nº 14/2009, que le condenó por los delitos de **robo con violencia, asociación ilícita, depósito de armas de guerra, falsedad en documento oficial, y uso ilícito de vehículo motor ajeno**, 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 del primero de los indicados, siendo parte como recurrido el Ministerio Fiscal, estando el recurrente representado por la procuradora D^a Adela Gilsanz Madroño, bajo la dirección letrada de D. José Soler Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción nº 8 de Alicante instruyó sumario (procedimiento ordinario) nº 1/2009 contra D. Víctor (Alias: Raton) y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda, que con fecha 4 de noviembre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

" **ÚNICO.-** A mediados del mes de Abril de 2008 y a solicitud del Grupo de Crimen Organizado de la UDYCO B.P.P.J. de Alicante se inició la investigación sobre la persona identificada como Víctor, también conocido como " Chato " o " Raton ", quien había sido policialmente identificado con documentación italiana, presuntamente falsificada, a nombre de Raton, resultando que el mismo estaba relacionado, como uno de los máximos responsables, en un entramado delincuenciales dedicado a las más diversas topologías delictivas pero en el transcurso de las múltiples vigilancias, seguimientos y escuchas se fue conformando el entramado delictivo en torno al mencionado **Víctor**, y confirmado, al menos por seis personas más, algunos ya condenados por estos hechos, quiénes no sólo serían ejecutores materiales de algunos de los hechos que luego se dirán sino que suministraban armas, documentación falsa, dinero, localizadores GPS e instrumental sofisticado para la sustracción de vehículos. Para la consumación de sus actividades delictivas, contaban con unos medios y una infraestructura compleja, relacionada con el producto de otros hechos delictivos, indicativo de su grado de organización, destacando la disponibilidad de vehículos de alta gama a los que daban apariencia de legalidad mediante matrículas sustraídas o dobladas; disponibilidad de lugares seguros para su ocultación; tenencia de instrumentos aptos para facilitar la sustracción de ese tipo de vehículos; disponibilidad de armas de fuego; uso de dinero falsificado o simulado para transacciones fraudulentas; y utilización de sistemas GPS para tener localizada en todo momento la mercancía.

En la madrugada del 4 de agosto de 2008, en ejecución de un plan preconcebido, el acusado, en compañía de, al menos otros cuatro integrantes del grupo la mayor parte ya enjuiciados, se dirigieron a la localidad de San Javier (Murcia) a bordo de dos vehículos, uno de ellos un BMW X5, previamente sustraído el 9 de abril de 2008 a Esmeralda en Madrid, tasado en 23.184€, y al que habían cambiado las matrículas originales por las placas de matrícula italiana NG-....-PS, sustraídas al coche propiedad de Cesar en la localidad de Santomera (Murcia), el 9 de mayo de 2008. Una vez en San Javier se dirigieron a la discoteca "MANA", sita en la carretera F-34, esperando a la hora de cierre, para sobre las 06:00 horas, haciendo uso de pistolas y un fusil de asalto y con el rostro enmascarado, abordar a los vigilantes de seguridad con ánimo de apoderarse de la recaudación, realizando varios disparos intimidatorios, uno de los cuales alcanzó en un pie al jefe de seguridad Demetrio, causándole lesiones que precisaron para su curación una primera asistencia y 38 días, 15 de ellos improductivos, con secuelas consistentes en cicatriz fibrótica en planta del pie que ocasiona molestias y perjuicio estético ligero, valoradas por el Médico Forense en dos puntos, reclamando por ello. Los asaltantes no lograron su objetivo, emprendiendo la huida al detectar que uno de los vigilantes se había ocultado y manifestaba haber avisado a la Policía.

Igualmente, sobre las 21:00 horas del día 8 de agosto de 2008, el procesado Víctor, en compañía de, al menos otros cinco miembros del grupo algunos ya enjuiciados se dirigió en dos vehículos, uno de ellos el ya mencionado BMW X5 matrícula NG-....-PS, al almacén de frutas y verduras "LICA, S.L.", sito en el Polígono Industrial "El Búho", de la localidad de Cieza (Murcia), donde sabían que iba a procederse al pago de trabajadores. Una vez allí, fuertemente armados, con varias pistolas y un fusil de asalto, portando pasamontañas en el rostro y guantes en las manos, comenzaron a efectuar disparos en el exterior de la nave, y mientras varios de ellos vigilaban a los numerosos trabajadores que esperan cobrar sus nominas tres de ellos se dirigieron al interior de las oficinas, donde también efectuaron disparos intimidatorios, consiguiendo hacerse con un botín en torno a 180.000 euros y emprendiendo pocos minutos después la huida.



En fecha no determinada, pero en todo caso entre los días 10 y 13 de agosto de 2008, fue sustraído en la localidad de Santomera (Murcia) el turismo BMW, modelo M3, con matrícula-ZXX, propiedad de Nicolasa, tasado en 29.624€, no habiendo sido aún denunciado este hecho cuando fue recuperado en una cochera de la calle Carcaixent de la localidad de Villafranqueza (Alicante), utilizada por los procesados para ocultar los vehículos sustraídos y otros efectos. El vehículo sufrió daños tasados en 1.479,46€, reclamando por ellos su propietaria.

El 13 de agosto de 2008 de llevaron a cabo diversas entradas y registros, interviniéndose los siguientes efectos:

- A Víctor, en el interior del vehículo Mercedes, modelo 270, con matrícula W...WRK, un inmovilizador de apertura de vehículos y un llavero con una pieza de plástico y una Carta de Identidad y permiso de conducir italianos, a nombre de Raton.

- A Ismael, en su domicilio, un par de guantes de lana y látex y un subfusil simulado, de color negro, marca "Interdynamic Miami FL 9mm LUGER".

- A José, en su domicilio, 1.800€ en efectivo; un billete falso de 100€; dos Walkitalkies marca "Talabout T5522", y otro marca "Motorola T4512"; un juego de ganzúas en un bolsito rojo y en una cesta una ganzúa rota; una pistola simulada marca "Umarex CPS-SPORT" con nº NUM000; dos cajas de GPS con cargador de coche; y una mochila con destornillador, taladro, cargador y guantes.

- A Mateo, en su domicilio, 2.000€ en efectivo; una bolsita de plástico conteniendo un transponedor (chip de arranque de vehículo), dos tarjetas de publicidad de GPS y 3 tickets de compra de 3 receptores de GPS.

- A Nemesio, en su domicilio, dos bolsas de plástico, una con 26 cartuchos y otra con 2 cargadores de subfusil, modelo AK 47, rellenos de balas del mismo calibre que los anteriores; una pistola semiautomática, marca "CZ- CRAVENA-ZASTAR", calibre 9 mm., nº de serie NUM001, y su cargador; un GPS marca "GARMIN", un navegador "TOMTOM" y otro "GARMIN"; una pareja de guantes y la carcasa de un luminoso rotativo policial de color naranja con su correspondiente caja.

- Y en el interior del garaje nº NUM002 de la CALLE000 de Villafranqueza, local de seguridad que los procesados, se intervienen: el turismo BMW, modelo M3, con matrícula-ZXX, antes citado, con los bombines de la cerradura de la puerta y el bombín de arranque forzados; un sistema de inmovilización del motor de arranque y un transponedor (chip de arranque); dos placas de matrícula alemanas (YNU...K); una máquina copiadora de bandas magnéticas, una máquina troqueladora de tarjetas de crédito; 4 paquetes simulados de billetes falsos de 200€ (50 billetes con valor facial de 10.000€); dos pistolas semiautomáticas, carentes de marca y número de serie con 3 y 5 cartuchos, respectivamente en su interior; una pistola semiautomática con silenciador, carente de marca y número de serie con 4 cartuchos en su interior; y un subfusil de asalto, tipo Kalashnikov, carente de marca y número de serie, con 24 cartuchos en su interior.

Las placas de matrícula YNU...K halladas en el garaje de la CALLE000, fueron sustraídas en Alicante el día 23 de marzo de 2008, siendo propiedad de Luis Pablo.

La Carta de identidad italiana intervenida a Víctor ha resultado íntegramente falsa, según Informe de la Brigada Provincial de la Policía Científica, siendo confeccionada por él o por un tercero al que aportó su foto con dicha finalidad.

El BMW X5 sustraído y utilizado en los hechos delictivos de San Javier y Cieza, fue recuperado en la localidad de Punta Umbría el día 14 de agosto de 2009, presentando daños por importe de 8.327,08€, siendo actualmente propiedad de la empresa aseguradora "Grupo Catalana Occidente, que reclama.

El procesado ha entregado antes del juicio 50.000 euros a uno de los dos administradores mancomunados de LICA S.L. en la fecha de los hechos que, junto al otro administrador entonces, han renunciado al ejercicio de acciones." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2ª, dictó sentencia nº 378/2020 con el tenor literal siguiente: "QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Víctor (también conocido como Raton) como autor responsable de los siguientes delitos:

1.- Por un robo con violencia intentado con uso de armas, concurriendo la agravante de disfraz a la pena de dos años y seis meses de prisión.

2.- Por un robo con violencia consumado con uso de armas con la concurrencia de la agravante de disfraz y la atenuante de reparación del daño, a la pena de tres años y seis meses de prisión.



3.- Por el delito de asociación ilícita, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de un año y seis meses de prisión y multa de dieciséis meses, con una cuota diaria de seis euros.

4.- Por un delito de depósito de armas de guerra, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de cinco años de prisión.

5.- Por un delito de falsedad en documento oficial, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de seis meses de prisión y seis meses multa con una cuota diaria de seis euros.

6.- Por un segundo delito de falsedad en documento oficial, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de seis meses de prisión y seis meses multa con una cuota diaria de seis euros.

7.- Por el delito de uso ilícito de vehículo de motor ajeno, a la pena de seis meses multa con una cuota diaria de seis euros.

Todas las penas de prisión llevarán aparejada como accesoria la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. El impago de las multas dará lugar a un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas.

El acusado abonará un 5/27 de las costas causadas.

El acusado deberá indemnizar, solidariamente con los ya condenados y por otros que pudieran serlo por los mismos hechos:

1.- A Demetrio en 1.590 euros por las lesiones y 684,07 por las secuelas, en atención al informe emitido por el Médico Forense al que se hizo referencia al analizar la acusación por el tipo de lesiones.

2.- A la aseguradora Catalana Occidente en la cantidad de 8.327,08 por los daños peritados en el vehículo BMW X5, de datos reiterados, de su propiedad.

Las citadas cantidades devengarán el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución y hasta el completo pago.

Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días, haciendo constar en su escrito de anuncio de dicho recurso si desea Letrado y Procurador del turno de oficio para su actuación en el Tribunal Supremo." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, y de precepto constitucional por la representación del acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D Víctor , (también conocido como Raton) lo basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado en la condena por el delito agravado de depósito de armas de guerra (566.1.1 a) y por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la ley procesal penal, por aplicación indebida del artículo 566.1.1º C.P. en su modalidad cualificada.

2.- Por infracción de ley de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim por infracción del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

3.- Con sede en el art. 5.4 LOPJ por vulneración del artículo 24.2 CE en relación con el 22.2 CP al considerar aplicada indebidamente la circunstancia agravante de disfraz en los delitos de robo.

4.- Por infracción del artículo 66.1.7ª del Código Penal en relación con el artículo 21.5 del Código Penal.

5.- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la LOPJ, al haberse infringido el artículo 24 de la Constitución por inaplicación de los artículos 21.2 en relación con el artículo 20.1, ambos del CP.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 15 de febrero de 2021, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de mayo de 2021 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 8 de junio de 2021.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2ª, condenó al acusado Víctor como autor de un delito intentado de robo con violencia y uso de armas a la pena de 2 años y 6 meses de prisión; como autor de un delito de robo con violencia y uso de armas a la pena de 3 años y 6 meses de prisión; como autor de un delito de asociación ilícita a la pena de 1 año y 6 meses de prisión y multa de 16 meses; como autor de un delito de depósito de armas, en concepto de promotor, a la pena de 5 años de prisión; como autor de dos delitos de falsedad documental a la pena de 6 meses de prisión y multa de 6 meses por cada uno; y como autor de un delito de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno, a la pena de 6 meses de multa. Contra la sentencia interpone recurso de casación.

En el primer motivo denuncia conjuntamente la vulneración de la presunción de inocencia al haber sido condenado como promotor del depósito de armas de guerra, y la infracción del artículo 566.1.1º del Código Penal, pues entiende que de los hechos probados resulta una aplicación indebida del mismo. Argumenta que no se ha declarado probada la actividad del recurrente con respecto a las armas intervenidas, es decir, que no se describe su conducta como organizador o promotor, y califica como arbitrarias las conclusiones alcanzadas para condenarlo en la modalidad agravada. Cuestiona igualmente la decisión de la Audiencia de no reconocer credibilidad a la declaración de una persona ya acusada y condenada por estos mismos hechos como promotor u organizador del depósito de armas, que sostuvo que el subfusil era de su propiedad. Interesa que la condena se produzca en calidad de cooperador. Señala, finalmente, que otros partícipes en los hechos han sido condenados como cooperadores y uno de ellos, al que se ocuparon en su domicilio municiones para el subfusil, lo fue como promotor u organizador.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica, en el marco del proceso penal, que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso con todas las garantías, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2) (STC 185/2014). Todo ello supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza que pueda considerarse objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables.

El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo. Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

2. El recurrente reconoció en el plenario su participación en los dos robos con violencia y uso de armas, tal como se describen en la acusación sostenida por el Ministerio Fiscal, es decir, con utilización en aquellos hechos de un subfusil de asalto que luego fue encontrado en el garaje que utilizaban los acusados. El Tribunal ha declarado probado que se investigó un entramado delictivo del que formaban parte el recurrente y al menos seis personas más, algunos ya condenados por estos hechos, los cuales disponían de unos medios y una infraestructura compleja, y contaban con vehículos de alta gama a los que daban apariencia legal con



matrículas falsificadas o dobladas, con lugares seguros para su ocultación y con armas de fuego. Y también se describe en la sentencia los hechos constitutivos de los delitos de robo en los que se utilizaron las pistolas semiautomáticas y el subfusil que los acusados emplearon, que luego fueron encontrados en el garaje que utilizaban para esconderlos.

Es evidente, por lo tanto, que las armas estaban también a disposición del recurrente y que fueron utilizadas por los integrantes del grupo en sus actos delictivos.

En la valoración de las pruebas que se refieren a esos hechos, no se aprecia vulneración alguna de la presunción de inocencia. El recurrente, que reconoció parte de los hechos, como se ha dicho, tampoco lo afirma, pues su queja, en realidad, se concreta en los aspectos relacionados con la organización o promoción del depósito de armas, admitiendo la existencia de las mismas y su utilización en los robos que se le imputan. Además, los testigos de ambos robos declararon afirmando el empleo de armas, y éstas fueron halladas en el registro del garaje que los acusados utilizaban.

3. Es cierto, sin embargo, que no se describe en el relato fáctico que el recurrente ocupara en la organización o en la aportación, custodia o utilización de las armas, un lugar preponderante respecto de los otros miembros de la organización criminal; tampoco se dice que en la ejecución de los robos actuara como jefe o director de las operaciones delictivas; ni tampoco se describe en los hechos probados que fuera el responsable de la custodia o de la disponibilidad de las armas de fuego.

Desde esta perspectiva, la queja del recurrente se traslada, más bien a una cuestión de tipicidad, que pondría en duda que, con los hechos que se declaran probados, el recurrente pudiera ser considerado promotor u organizador del depósito. No es dudoso que, estando las armas a disposición de todos los integrantes de la asociación delictiva y habiéndolas utilizado el grupo en los dos robos descritos en el relato fáctico, todos ellos son responsables del depósito. Pero para ser considerado promotor u organizador del mismo es preciso algo más, que, generalmente, se traduce en la asunción de la iniciativa o de la responsabilidad en su formación o en su utilización.

Son promotores, se decía en la STS nº 392/2013, de 16 de mayo, "quienes dan vida con su iniciativa a la reunión finalista de las armas y puede serlo una persona que actúe por sí sola, sin coordinación con otras (STS. 2270/2001 de 1.4.2002)".

En el caso, nada de esto se dice en los hechos probados, que se limitan a consignar el uso de las armas y su hallazgo en el garaje que utilizaban para ocultar los vehículos. Es cierto que, en la fundamentación jurídica, se valora que el recurrente tenía en su poder una llave del referido garaje. Pero este dato, aislado de otros que le proporcionen un significado determinado, resulta equívoco y, por lo tanto, insuficiente, en la medida que puede suponer un mero encargo de custodia, ni siquiera exclusiva, y no una responsabilidad sobre la tenencia y el uso de las armas. Por otra parte, como se alega en el motivo, otro de los partícipes en los hechos, en cuyo poder se encontró la munición para el subfusil, ya ha sido condenado como organizador o promotor.

Por todo ello, el motivo se estima, y se dictará segunda sentencia en la que se acuerde la condena del recurrente como cooperador en la formación del depósito de armas de guerra.

SEGUNDO.- En el segundo motivo denuncia la vulneración del principio de igualdad, pues sostiene que en una sentencia anterior, con unos hechos muy similares a los que aquí se han declarado probados, se condenó a los acusados como cooperadores a la formación del depósito de armas.

El motivo queda sin contenido al haberse estimado el anterior.

TERCERO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), sostiene la indebida aplicación de la agravante de disfraz. Sostiene que, aunque reconoció su participación en los hechos, precisó que su aportación fue de vigilancia y que no llevaba pasamontañas ocultando su rostro, como sí hacían los otros partícipes en los hechos.

1. En la sentencia impugnada se declara probado, respecto del primer delito de robo, que el recurrente, junto con al menos otros cuatro integrantes del grupo, actuaron con el rostro enmascarado; y respecto del segundo delito de robo, que el recurrente, junto con al menos otros cinco integrantes del grupo, actuaron con pasamontañas en el rostro y guantes en las manos.

Partiendo del necesario respeto a los hechos probados, se alcanza como conclusión que todos los autores de los robos ocultaban su rostro.

2. De todos modos, la jurisprudencia ha señalado que la agravante de disfraz es aplicable a todos los que, dentro del plan aceptado, participan en el robo, aun cuando alguno de ellos no oculte sus facciones. Decíamos en la STS nº 244/2021, de 17 de marzo, que "En cuanto a la agravante de disfraz nuestra jurisprudencia



también ha expresado que, cuando en la comisión de un hecho delictivo no oculta su rostro quien en el reparto de papeles asume funciones que no implican una actuación directa, pero sí quienes están expuestos a la identificación constante la ejecución del delito, todos ellos se aprovechan de la impunidad que puede aportar a sus designios criminales la ocultación de los rasgos faciales de los expuestos, por lo que también resulta apreciable la agravante a aquellos que, aunque no tienen una actuación directa, sí conocen y aceptaban la utilización del embozo en beneficio de todos (ver por todas STS 372/2019, de 23 de julio). Así pues, es el conocimiento y la aceptación de la utilización de ambos elementos lo que permite la aplicación a todos los partícipes de la agravación de disfraz del art. 22.2.ª del Código Penal".

En consecuencia, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el cuarto motivo denuncia la indebida inaplicación de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada, resaltando que entregó 50.000 euros a la perjudicada por el delito de robo consumado.

1. El artículo 21.5 CP dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Con esta previsión se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos del culpable posteriores al delito, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados.

En cualquier caso, aunque la propia ley prevé la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse de una contribución relevante (STS nº 601/2008, de 10 de octubre y nº 668/2008, de 22 de octubre, entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor, especialmente en los delitos patrimoniales. Solo de forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril), señalando que la reparación no solo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras la STS núm. 1002/2004, de 16 de septiembre; la STS núm. 145/2007, de 28 de febrero; la STS núm. 179/2007, de 7 de marzo; la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, y la STS núm. 2/2007, de 16 de enero.

En cuanto a la aplicación de la atenuante como muy cualificada, la jurisprudencia ha entendido que no puede basarse exclusivamente en una reparación total del daño causado, (STS nº 500/2019, de 24 de octubre), dado que esta posibilidad ya es contemplada en el precepto para dar lugar a la atenuante simple, requiriéndose un especial esfuerzo indemnizatorio para justificar una mayor reducción en la pena. En la STS nº 444/2019, de 3 de octubre, se decía que " *siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29 de enero ; y 868/2009, de 20 de julio). También hemos dicho que, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima (en este sentido, STS 125/2018, de 15 de marzo)*".

2. En el caso, el Tribunal tiene en cuenta la tardanza en reparar y que la cuantía de lo reparado se acerca a una cuarta parte del perjuicio causado. No constan otros datos en la sentencia que permitan considerar que concurren los elementos que permiten considerar la atenuante como muy cualificada, pues no aparece ninguna referencia a un especial esfuerzo del propio recurrente, ignorándose las circunstancias particulares en las que se obtuvo la cantidad entregada como indemnización.

En consecuencia, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el quinto motivo, denuncia infracción de ley por inaplicación de los artículos 20.1 y 21.2 CP, alegando la concurrencia de la atenuante de toxicomanía, al haber sido consumidor de cocaína durante un largo tiempo.

1. Decíamos en la STS nº 439/2021, de 20 de mayo, que "El consumo de drogas puede causar efectos atenuatorios por diferentes vías. De un lado, cuando a causa de sus características, especialmente la intensidad, la duración temporal y el tipo de droga, puede provocar una alteración relevante de las facultades del sujeto de manera que le impidan, parcial o totalmente, comprender la ilicitud de su conducta o ajustar su comportamiento a esa comprensión. De otro lado, sin que pueda afirmarse una absoluta separación respecto



del anterior supuesto, cuando una grave adicción suponga un impulso relevante en la conducta, que aparece así dirigida a obtener los medios para acceder a las sustancias necesarias para el consumo".

En el caso, el recurrente alega que no se ha tenido en cuenta que el análisis de los cabellos revela un consumo alto en los últimos cuatro meses y que el informe pericial recoge que padecía una drogadicción intensa en 2008, dato obtenido desde las manifestaciones del acusado y de la realización de unos tests que considera el recurrente que con objetivos y preparados para personas con los problemas de adicción que dice padecer.

2. Sin embargo, en la sentencia se argumenta que el informe pericial que aparece al folio 262 señala que no se aprecian en el recurrente signos de enfermedad mental o deficiencia psíquica, que las referencias que aporta el propio informado apuntan a un abuso de cocaína y que se carece de datos objetivos que puedan acreditar el consumo de drogas de abuso. Y se añade que el informe aportado por la defensa se basa solamente en las afirmaciones del recurrente y en unos tests, sin que consten datos objetivos de otro tipo que avalen esas afirmaciones.

No se dispone, pues, de elementos suficientes para poder afirmar que el recurrente padeció una adicción de tal intensidad y duración que le causó una debilitación de sus facultades para comprender la ilicitud del hecho o de ajustar su comportamiento a esa comprensión, como requiere el CP.

Todo lo cual conduce a la desestimación del motivo.

FALLO

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

1º. Estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Víctor contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda de fecha 4 de noviembre de 2020 en el Rollo de Sala nº 14/2009, que le condenó por los delitos de robo con violencia, asociación ilícita, depósito de armas de guerra, falsedad en documento oficial, y uso ilícito de vehículo motor ajeno.

2º. Declaramos de oficio las costas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia, a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándoles acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Pablo Llarca Conde D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz D. Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION (P) núm.: 10795/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarca Conde

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 14 de junio de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10795/2020, contra sentencia de fecha 4 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, en el Procedimiento sumario ordinario Rollo nº 14/2009, dimanante del Sumario nº 1/2009 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Alicante. Dicha resolución ha sido casada y anulada por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, proceden a dictar segunda Sentencia con arreglo a los siguientes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con los fundamentos de nuestra sentencia de casación, debemos condenar al acusado D. Víctor como autor de un delito de depósito de armas de guerra en concepto de cooperador a su formación, a la pena de 3 años de prisión, dejando sin efecto su condena como promotor u organizador del depósito.

FALLO

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

1º. Condenamos al acusado D. Víctor como autor de un delito de depósito de armas de guerra en concepto de cooperador a su formación, a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Pablo Llarena Conde D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz D. Ángel Luis Hurtado Adrián