



Roj: **STS 2728/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2728**

Id Cendoj: **28079120012021100583**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2021**

Nº de Recurso: **3914/2019**

Nº de Resolución: **596/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ EXT 794/2019,**
STS 2728/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 596/2021

Fecha de sentencia: 06/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3914/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3914/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 596/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 6 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3914/2019, interpuesto por **Fulgencio**, representado por el procurador D. Miguel Ángel Ayuso Morales, bajo la dirección letrada de D. Eugenio Antonio Lirola Sánchez, contra la sentencia nº 14/2019, de 2 de julio de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el Rollo de Apelación nº 13/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Montijo, instruyó Procedimiento Abreviado nº 1/2018, contra Jorge ; Justino ; Laureano ; Hernan ; y Fulgencio , por un delito de integración en organización criminal y por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, que en el Rollo de Sala nº 19/2018, dictó sentencia nº 188/2018, con fecha 20 de noviembre de 2018, que fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que en el Rollo de Apelación nº 13/2019, dictó sentencia nº 14/2019, de 2 de julio de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<ÚNICO.- Probado, y así se declara, que:

Los acusados son Jorge , NIE núm. NUM000 , Justino , NIE núm. NUM001 , Laureano , NIE núm. NUM002 , Fulgencio , NIE núm. NUM003 , y Hernan , pasaporte núm. NUM004 .

Todos ellos son de nacionalidad rumana y mayores de edad.

Los domicilios de los mismos, a la fecha de los hechos, se hallaban en la localidad de Torrejón de Ardoz (Madrid, en CALLE000 núm. NUM005 , el del acusado Jorge , siendo éste también domicilio, al menos ocasional, del acusado Justino , CALLE001 núm. NUM006 , el de los acusados Fulgencio y Hernan , y CALLE002 núm. NUM007 , el del acusado Laureano .

Al acusados Jorge , a la fecha de los hechos, le constaban cinco condenas, cuatro de ellas por delitos contra el patrimonio, la última de fecha 3 de julio de 2013, firme en fecha 30 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado núm. 289/2011, Ejecutoria núm. 332/2014 del Juzgado de lo Penal núm 15 de Barcelona, por un delito de robo con fuerza en las cosas, a un año de prisión.

A los acusados Justino y Laureano , no le constaban antecedentes penales a la fecha de los hechos.

A los acusados Hernan y Fulgencio , no le constan antecedentes penales.

Todos los acusados se encuentran en situación de prisión provisional por la presente causa, desde el día 25 de febrero de 2017, a excepción de Laureano , cuya prisión provisional fue acordada en fecha 18 de mayo de 2017.

Los acusados se concertaron, al menos desde principios de enero de 2017, para llevar a cabo de forma conjunta una serie de robos en diversos establecimientos de la geografía nacional, con la finalidad de obtener importantes ganancias, en horas de madrugada, aprovechando que los mismos estaban cerrados al público, valiéndose, para acceder a dichos locales, de instrumentos tales como extractor de bombín, formón, pico, maza, cizalla, martillo, hacha, etc., y utilizando como vehículos a tales fines, al menos, los siguientes:

- Vehículo marca y modelo Alfa Romeo 159, matrícula-YTN , de color negro, sin que nos conste su propietario, siendo su conductor habitual el acusado Jorge .

- Vehículo marca y modelo Alfa Romeo 159, matrícula LCF , de color gris, propiedad del acusado Laureano , siendo el mismo su conductor habitual.

- Vehículo marca y modelo Volkswagen Passat, matrícula DPN , de color negro, cuyo titular es doña Magdalena , madre de la pareja del acusado Jorge , siendo éste su conductor habitual.

- Vehículo marca y modelo Saab 9-3, matrícula-BGVX , de color azul, propiedad del acusado Fulgencio , siendo el mismo su conductor habitual.

El grupo actuaba de una forma organizada, sin que se haya podido determinar orden jerárquico.

Los hechos cometidos por los acusados son los siguientes:



1. La madrugada del día 20 al 21 de enero de 2017 los acusados Jorge , Justino y Laureano , y un tercero no identificado, se desplazaron a bordo de los vehículos marca y modelo Alfa Romeo 159, matrícula LCF , conducido por su propietario, Laureano , y acompañado por ese tercero no identificado, y marca y modelo Alfa Romeo 159, matrícula-YTN , conducido por Jorge , y en el que también viajaba Justino , desde la ciudad de Torrejón de Ardoz (Madrid) hasta la localidad de Montijo (Badajoz), concretamente, a la tienda de telefonía móvil "The Phone House", situada en el núm. 1 de la Plaza de la Constitución, propiedad de la entidad Anva Montijo S.L., cuyo representante legal es don Valeriano Sánchez Casablanca, y una vez allí, tras forzar el bombín de la verja de seguridad, apalancar la puerta de entrada e inutilizar el sistema de alarma de seguridad, así como los sensores fotodetectores, se introdujeron en su interior, y en el mismo, tras forzar la puerta del almacén, se apoderaron de 207 teléfonos móviles, tasados pericialmente en 35.238,10 €, y de 2.321,79 € en efectivo, que había en una pequeña caja fuerte, así como de 90 € en efectivo, que había en la caja registradora, causando daños en dicho establecimiento, tasados pericialmente en 2.052,11 €, más 4.933,91 €, por los daños causados en el expositor de los teléfonos móviles, cuyos elementos de seguridad fueron inutilizados y hubieron de ser cambiados.

El propietario de este establecimiento tenía concertado seguro con la entidad Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., que le ha indemnizado en la cantidad de 19.000 €, suma que reclama dicha entidad, reclamando la entidad Anva Montijo S.L. el importe de todos los daños y perjuicios sufridos una vez descontado la suma abonada por su aseguradora.

2. La madrugada del día 8 al 9 de febrero de 2017, los acusados Jorge , Justino y Laureano , se desplazaron a bordo del vehículo marca y modelo Alfa Romeo 159, matrícula LCF , conducido por su propietario, Laureano , desde la ciudad de Torrejón de Ardoz hasta la localidad de Cañaveras (Cuenca), concretamente, al bar-estanco "Avenida", situado en el núm. 45 de la calle Virgen del Pilar, propiedad de don Gabriel , y una vez allí, tras forzar el bombín de la cerradura de la cancela de hierro, apalancar la cerradura de la segunda puerta de acceso e inutilizar el sistema de alarma arrancándola de la pared, se introdujeron en su interior y se apoderaron de 49 cartones de tabaco de diferentes marcas -Marlboro, Fortuna, Ducado, Camel y Chester-, tasados pericialmente en 2.355 €, de 20 botellas de licor de diferentes marcas, tasados pericialmente en 226,21 €, de 1.200 € en efectivo -300 € en billetes de diverso valor -20, 10 y 5- y 100 € en monedas de diverso valor, de la caja registradora, y 800 € de una máquina recreativa, causando también diversos daños tasados pericialmente en 575,77 €.

Este establecimiento, que se encontraba cerrado, constituía una dependencia de la vivienda de su titular y de su familia, en comunicación interior con ella, formando ambos, local y vivienda, una unidad física.

Este perjudicado ha sido indemnizado por su aseguradora, no reclamando en este procedimiento cantidad alguna.

3. La madrugada del día 17 al 18 de febrero de 2017, los acusados Jorge , Justino y Laureano , se desplazaron a bordo del vehículo marca y modelo Volkswagen Passat, matrícula DPN , cuyo titular es doña Magdalena , madre de la pareja de Jorge , conducido por éste, su conductor habitual, desde la ciudad de Torrejón de Ardoz hasta la localidad de Tragacete (Cuenca), concretamente, al establecimiento comercial, estanco, situado en el núm. NUM020 de la PLAZA000 , propiedad de doña Juliana , e intentaron introducirse en su interior con la intención de apoderarse de cuantos efectos de valor hallaran, si bien se vieron obligados a abandonar precipitadamente el lugar al ser sorprendidos por la propietaria, no llegando a causar daños en este establecimiento, de ahí que la propietaria no reclame indemnización alguna.

Este establecimiento, que se encontraba cerrado, constituía una dependencia de la vivienda de su titular y de su familia, en comunicación interior con ella, formando ambos, local y vivienda, una unidad física.

4. La madrugada del día 22 al 23 de febrero de 2017, los acusados Jorge , Justino , Hernan y Fulgencio , tras haber salido de Torrejón de Ardoz el día 21 de febrero de 2017, se desplazaron a bordo de los vehículos marca y modelo Volkswagen Passat, matrícula DPN , conducido por Jorge , y acompañado por Justino , y Saab, matrícula-BGVX , propiedad de Fulgencio , conducido por éste y acompañado por Hernan , a la localidad de Carrión de los Condes (Palencia), concretamente, al establecimiento comercial, estanco, situado en el núm. 10 de la calle Esteban Collantes, propiedad de doña Paloma , y una vez allí, tras forzar el bombín de la cerradura de la puerta principal y romper el cristal de la hoja izquierda, apalancar otras puertas e inutilizar el sistema de alarma, rompiendo el módulo de la misma, se introdujeron en su interior y se apoderaron de gran cantidad de cartones de tabaco de diferentes marcas tasados pericialmente en 24.357,80 €, de numerosos boletos de lotería de la ONCE "Pepitas de Oro", que no ha sido tasados, de un juego de pendientes tasado pericialmente en 120 € y de una televisión marca Samsung, modelo UE43KU6000, de 43 pulgadas, adquirida solo unos días antes por el precio de 489,71 €, y tasada pericialmente en 440,10 €, efectos estos dos últimos



que se encontraban en la parte destinada a vivienda, causando daños en dicho establecimiento, habiendo abonado la perjudicada para la reparación de los mismos las sumas de 774,4 € y 120 €.

Este establecimiento, que se encontraba cerrado, constituía una dependencia de la vivienda de su titular y de su familia, en comunicación interior con ella, formando ambos, local y vivienda, una unidad física.

La perjudicada ha sido indemnizada por la aseguradora del establecimiento comercial, Fiact Mutua de Seguros y Reaseguros, sin que conste su importe y si lo ha sido en su totalidad, no así en cuanto a los efectos sustraídos de su vivienda respecto de la cual tenía concertado seguro con la entidad Mapfre Hogar, por los que no ha percibido indemnización alguna.

Tras estos últimos hechos los acusados Jorge , Justino , Hernan y Fulgencio , fueron detenidos el día 23 de febrero de 2017, y el acusado Laureano , el día 1 de marzo de 2017, todos ellos en la ciudad de Torrejón de Ardoz, por agentes de la Guardia Civil, Grupo de Delincuencia Organizada, de la Unidad Orgánica de Policía Judicial, que les venían realizando seguimientos desde el mes de enero de 2017, procediéndose a la entrada y registro debidamente autorizada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Carrión de los Condes por auto de fecha 24 de febrero de 2017 de los siguientes domicilios, en los que se hallaron, entre otros, los efectos que ahora se dirán:

1) Vivienda sita en CALLE000 núm. NUM005 , de Torrejón de Ardoz, domicilio del acusado Jorge , y domicilio ocasional del acusado Justino .

- Un teléfono móvil marca y modelo Nokia 300, IMEI núm. NUM008 , sustraído en la tienda de telefonía móvil "The Phone House", de Montijo, la madrugada del día 20 al 21 de enero de 2017.

- Una televisión marca y modelo Samsung UE43KU6000, de 43 pulgadas, sustraída en la vivienda unida al estanco de Carrión de los Condes, la madrugada del día 22 al 23 de febrero de 2017.

- Boleto de lotería de la ONCE "Pepitas de Oro" sustraídos en el estanco de Carrión de los Condes, la madrugada del día 22 al 23 de febrero de 2017.

- Dos teléfonos móviles, uno, marca y modelo Huawei Ascend G630-U20, IMEI núm. NUM009 , y otro, marca y modelo Alcatel 6045Y, IMEI núm. NUM010 , y una Tablet marca Innjoo, IMEI núm. NUM011 , sustraídos en el establecimiento comercial de telefonía "Holamobil", sito en Paseo Profesor Tierno Galván núm. 27 de La Carlota (Córdoba) la madrugada del día 12 al 13 de junio de 2016.

- Efectos y herramientas como extractor de bombines, formón, pico, maza, cizalla, martillo, hacha, etc.

2) Vivienda sita en CALLE001 núm. NUM006 , de Torrejón de Ardoz, domicilio de Fulgencio y de Hernan :

Cuatro teléfonos móviles marca Alcatel, modelos Pixi 4, 2008G y 1016D, con IMEI números NUM012 , NUM013 , NUM014 , NUM015 , de los sustraídos en la tienda de telefonía móvil "The Phone House", de Montijo, la madrugada del día 20 al 21 de enero de 2017.

Asimismo, agentes de la Guardia Civil procedieron al registro de los siguientes vehículos, donde se hallaron los siguientes efectos:

1) Vehículo marca y modelo Alfa Romeo 159, matrícula LCF , de color gris, propiedad del acusado Laureano , su conductor habitual:

Un teléfono móvil marca y modelo Alcatel 2008G, de color negro/plata, con núm. de IMEI NUM016 , sustraído en la tienda de telefonía móvil "The Phone House", de Montijo, la madrugada del día 20 al 21 de enero de 2017.

2) Vehículo marca y modelo Volkswagen Passat, matrícula DPN , de color negro, cuyo titular es doña Magdalena , madre de la pareja del acusado Jorge , siendo éste su conductor habitual:

- Un teléfono móvil marca y modelo Samsung S6, con núm. de IMEI NUM017 , sustraído en la tienda de telefonía móvil "The Phone House", de Montijo, la madrugada del día 20 al 21 de enero de 2017.

- Once boletos de lotería de la ONCE "Pepitas de Oro", de los sustraídos en el estanco de Carrión de los Condes, la madrugada del día 22 al 23 de febrero de 2017.

3) Vehículo marca y modelo Saab 9-3, matrícula-BGVX , de color azul, propiedad del acusado Fulgencio , su conductor habitual:

- Once boletos de lotería de la ONCE "Pepitas de Oro", de los sustraídos en el estanco de Carrión de los Condes, la madrugada del día 22 al 23 de febrero de 2017.

Asimismo, al acusado Jorge , al ser detenido, se le intervino un teléfono móvil marca y modelo Samsung S, IMEI núm. NUM018 , sustraído de la tienda de telefonía móvil "The Phone House", de Montijo, la madrugada del día 20 al 21 de enero de 2017.

Los agentes de la Guardia Civil habían iniciado la investigación que les llevó a la detención de los acusados, tras el seguimiento de los mismos, en el marco de las investigaciones que llevaban a cabo por el incremento de robos en establecimientos dedicados a la venta de tabaco en poblaciones de la Comunidad de Madrid y colindantes, tras serle remitida una información de un control de la Guardia Civil en el que se habían identificado a bordo de dos vehículos a varios ciudadanos de nacionalidad rumana, entre ellos, los hoy acusados Jorge y Laureano , el día 25 de octubre de 2016, en la localidad de Venturada (Madrid), interviniéndoles diversas herramientas como extractores de bombines, palanquetas, guantes y linterna. >>

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<DESESTIMAMOS el Recurso de Apelación formulado por el acusado Fulgencio , representado por el Procurador de los Tribunales D. JUAN CARLOS ALMEIDA LORENCES y defendido por el letrado D. MANUEL GARCÍA RUIZ [*Procedimiento Abreviado núm. 0030/2017; Recurso núm. 0120/2017; Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Tercera*], contra la SENTENCIA de 20 de noviembre de 2018, recaída en la instancia, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS, en su integridad y por sus propios términos meritada resolución, sin hacer pronunciamiento en materia de costas. >>

TERCERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Jorge , en quien concurre la circunstancia agravante de Reincidencia del artículo 22.8ª del Código Penal, como autor penalmente responsable de un delito Continuado de Robo con Fuerza en las Cosas, en casa habitada y en local abierto al público fuera de las horas de apertura, revistiendo especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos y a la entidad de los perjuicios ocasionados, y participando como miembro de un grupo criminal, de los artículos 237, 238.2º, 3º y 5º, 241.1, 2, 3 y 4, en relación con el artículo 235.5º y 9º, en relación con el artículo 74, todos ellos del Código Penal, en concurso de normas con un delito de Integración en Grupo Criminal del artículo 570 ter.1 del CP, a las penas de:

- SEIS AÑOS DE PRISIÓN.

- INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Justino , en quien no concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad penal, como autor penalmente responsable de un delito Continuado de Robo con Fuerza en las Cosas, en casa habitada y en local abierto al público fuera de las horas de apertura, revistiendo especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos y a la entidad de los perjuicios ocasionados, y participando como miembro de un grupo criminal, de los artículos 237, 238.2º, 3º y 5º, 241.1, 2, 3 y 4, en relación con el artículo 235.5º y 9º, en relación con el artículo 74, todos ellos del Código Penal, en concurso de normas con un delito de Integración en Grupo Criminal del artículo 570 ter.1 del CP, a las penas de:

- CINCO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN.

- INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Laureano , en quien no concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad penal, como autor penalmente responsable de un delito Continuado de Robo con Fuerza en las Cosas, en casa habitada y en local abierto al público fuera de las horas de apertura, revistiendo especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos y a la entidad de los perjuicios ocasionados, y participando como miembro de un grupo criminal, de los artículos 237, 238.2º, 3º y 5º, 241.1, 2, 3 y 4, en relación con el artículo 235.9º, en relación con el artículo 74, todos ellos del Código Penal, en concurso de normas con un delito de Integración en Grupo Criminal del artículo 570 ter.1 del CP, a las penas de:

- CINCO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN.

- INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Fulgencio , en quien no concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad penal, como autor penalmente responsable de un delito de Robo con Fuerza en las Cosas, en casa habitada y en local abierto al público fuera de las horas de apertura, revistiendo especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos y a la entidad de los perjuicios ocasionados, y

participando como miembro de un grupo criminal, de los artículos 237, 238.2º, 3º y 5º, 241.1, 2, 3 y 4, en relación con el artículo 235.9º, en relación con el artículo 74, todos ellos del Código Penal, en concurso de normas con un delito de Integración en Grupo Criminal del artículo 570 ter.1 del CP, a las penas de:

- CINCO AÑOS DE PRISIÓN.

- INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Hernan , en quien no concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad penal, como autor penalmente responsable de un delito de Robo con Fuerza en las Cosas, en casa habitada y en local abierto al público fuera de las horas de apertura, revistiendo especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos y a la entidad de los perjuicios ocasionados, y participando como miembro de un grupo criminal, de los artículos 237, 238.2º, 3º y 5º, 241.1, 2, 3 y 4, en relación con el artículo 235.9º, en relación con el artículo 74, todos ellos del Código Penal, en concurso de normas con un delito de Integración en Grupo Criminal del artículo 570 ter.1 del CP, a las penas de:

- CINCO AÑOS DE PRISIÓN.

- INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

En concepto de Responsabilidad Civil, los acusados Jorge , Justino y Laureano , han de indemnizar, conjunta y solidariamente, a los siguientes perjudicados, por los siguientes conceptos y cuantías:

1) A la entidad ANVA MONTIJO S.L., a través de su legal representante:

- 35.238,10 €, por los teléfonos sustraídos, cantidad de la que se deberá deducir la suma en la que, en ejecución de sentencia, se tase el valor de depreciación de los teléfonos entregados por la Guardia Civil, más 2.411,79 €, por el metálico sustraído; y,

- 4.933,91 €, por los daños causados en el expositor de los teléfonos móviles, cuyos elementos de seguridad fueron inutilizados y hubieron de ser cambiados, más 2.052,11 €, por el resto de daños causados en su establecimiento.

De la suma total de todos estos conceptos, se descontará la cantidad de 19.000 €, que le fue abonada por su aseguradora.

2) A la entidad ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., 19.000 €, suma abonada a su asegurado.

Y los acusados Jorge , Justino , Hernan y Fulgencio , han de indemnizar, conjunta y solidariamente, a doña Paloma , por los siguientes conceptos y cuantías:

- 489,71 €, por el televisor, y 120 €, por los pendientes, sustraídos en la vivienda.

- 24.357,80 €, por las cajetillas de tabaco sustraídas, más la cantidad en la que, en ejecución de sentencia, sean tasados los boletos de lotería sustraídos, más 774,40 €, por los daños causados en su establecimiento; de la suma de estas cantidades se descontará la abonada por la aseguradora del establecimiento comercial, Fiact Mutua de Seguros y Reaseguros, a determinar en ejecución de sentencia.

Todas estas cantidades se incrementarán con los intereses legales del artículo 576 de la LEC.

Con imposición a cada acusado de 1/5 de las costas procesales causadas.

Procede el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional decretada de los cinco acusados. >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, 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.

QUINTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Fulgencio :

Primero.- Por infracción de ley y quebrantamiento de normas del ordenamiento jurídico, al amparo del art. 849.1 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, por haberse infringido el derecho constitucional a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE, por falta de prueba de cargo.



Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal sustantivo, del art. 570 ter.1 CP, al haberse producido aplicación indebida.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal sustantivo, por indebida aplicación de los arts. 235.5 en relación con el art. 241 CP.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, por infracción del art. 120.3 CE, por falta de motivación a la hora de determinar la pena a imponer sobre el presunto delito.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 30 de junio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Fulgencio

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 2-7-2019, que confirmó íntegramente la dictada en primera instancia por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, desestimando el recurso interpuesto por Fulgencio, se interpone el presente recurso de casación basado en cuatro motivos. El primero por infracción de ley y quebrantamiento de las normas del ordenamiento jurídico al amparo del art. 849.1 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, por haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE por falta de prueba de cargo. El segundo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 570 ter 1 CP (grupo criminal). El tercero al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 235.5 y 241 CP. Y el cuarto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por infracción del art. 120.3 CE, al carecer la sentencia de la motivación suficiente en la determinación de la pena impuesta.

Debemos, por ello, efectuar unas consideraciones previas sobre la reforma operada por Ley 41/2015, de 5-10, de modificación de la LECrim, para la Agilización de la Justicia Penal y el Fortalecimiento de las Garantías Procesales, que introdujo ese previo recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia -previsión competencial que ya recogía la LOPJ desde la reforma LO 19/2003-. De tal recurso de apelación conoce la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

En este sentido hemos dicho en recientes sentencias TS 114/2021, de 11-2; y 552/2021, de 23-6, que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada



por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo y 1249/2009 de 9 de diciembre.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala -SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 7 de mayo de 2019, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección la STS 476/2017, de 26-6, recuerda que la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley 41/2015, publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, ya por las Audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo,



Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Además, la reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende, el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación. La ley ha instaurado una previa apelación lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otra parte, para hacer viable el nuevo sistema y equilibrar el modelo, la Exposición de Motivos de la reforma enumera las medidas previstas: a) la generalización de la casación por el número 1 del art. 849 de la ley procesal, infracción de ley por error de derecho, reservando el resto de los motivos de casación a los delitos más graves; b) se excluyen del régimen de la casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, se excluyen las que hayan sido anuladas en la apelación, para evitar un retraso en la resolución definitiva; y c) se dispone la posibilidad de que los recursos interpuestos contra sentencias en apelación dictadas por la Audiencia provincial o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional puedan inadmitirse a través de una providencia "sucintamente motivada" que se acordará por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación.

Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.). En cuanto al contenido del control cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta, principalmente, que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. En estos supuestos la función de la Sala II se concreta "en verificar si la respuesta



que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos" (STS 163/2017, de 14 de marzo).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta esta doctrina jurisprudencial, analizaremos el motivo primero por infracción de ley y quebrantamiento de normas del ordenamiento jurídico, al amparo de los arts. 849.1 LECrim y 5.4 LOPJ, por haberse infringido el derecho constitucional a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE, por falta de prueba de cargo.

Afirma que en los hechos probados solo se atribuye a este recurrente la participación en el robo cometido en la madrugada del 22 al 23-2-2017, en un estanco de la localidad de Carrión de los Condes (Palencia) por lo que no ha quedado acreditado que éste se concertara con el resto de los acusados para llevar a cabo de forma conjunta una serie de robos. De ahí que considera que no existe prueba indiciaria de su pertenencia a grupo criminal.

2.1.- Expuesto lo que antecede, la cuestión planteada en esta sede casacional ya lo fue ante la Sala de apelación, siendo el motivo reiteración de lo ya argumentado en aquella fase, y resuelto en el fundamento de derecho segundo, que analiza los indicios en los que la Audiencia Provincial se basó para concluir que este recurrente -pese a haber participado en un solo delito de robo-, formaba junto con otras personas Jorge , Justino , Laureano y Hernan , un grupo concertado para la comisión de delitos.

Así, destaca que:

- En el momento de la comisión de los hechos, todos ellos compartían la mismavivienda sita en CALLE000 , núm. NUM005) de Torrejón de Ardoz;

- Todos ellos utilizaban diversos vehículos para la comisión de los hechos delictivos, entre ellos el perteneciente al recurrente, Saab 9-3, matrícula-BGVX que fue utilizado la madrugada del día señalado, 22 al 23 de febrero de 2017, para desplazarse hasta el lugar de los hechos, Carrión de los Condes, siendo conducido por

el recurrente al que acompañaba otra de las personas perteneciente al grupo, Hernan y en el que se utilizó también, según se deriva además de los hechos probados, Volkswagen Passat matrícula DPN conducido por Jorge y acompañado por Justino, vehículo éste que había sido utilizado también en los hechos cometidos la madrugada del día 17 al 18 de febrero de 2017, en cuyos hechos intervinieron Jorge, Hernan y Laureano;

- La vivienda sita en la CALLE001 nº NUM006) de Torrejón de Ardoz, domicilio compartido igualmente por el recurrente y otro de los integrantes del grupo, Hernan y Laureano, se intervinieron cuatro teléfonos móviles marca Alcatel con IMEI números NUM012, NUM013, NUM019, NUM015, sustraídos en la tienda de telefonía móvil "The Phone House", de Montijo, la madrugada del día 20 al 21 de enero de 2017;

- Las vigilancias policiales que detectan la presencia de todos ellos, participando con diferente composición grupal, en la ejecución de los hechos delictivos descritos en los hechos probados y que la sentencia de instancia va pormenorizando e incidiendo en las pruebas en las que se habría basado para declarar probado cada uno de tales hechos que determinarían la existencia de ese conjunto de personas concertadas con cierta permanencia, al menos entre enero y febrero de 2017, para la comisión de diferentes delitos contra el patrimonio a través de la geografía nacional, derivándose de las vigilancias e investigaciones policiales, ratificadas en la vista pública, la existencia de diferentes reuniones entre ellos, la salida desde la vivienda que compartían para la comisión de los hechos, los útiles que utilizaban en todos los casos y el mismo modus operandi. Y en este sentido expresa la imposibilidad de excluir de tal consideración la participación del recurrente, Fulgencio, al derivarse tal integración de: - las actas de vigilancia de los agentes de la Guardia Civil; - los seguimientos realizados que revelan los contactos entre todos ellos; y especialmente, la constatación de como antes de iniciar el desplazamiento para la comisión de los robos de Cañaveras y de Tragacete, madrugada del 8 al 9 de febrero de 2017 y del 17 al 18 de febrero de 2017 respectivamente (hecho probado 2 y 3) el recurrente junto a Hernan, sale del inmueble núm. NUM005 de la CALLE001, que compartían, o como van juntos los días 13-14 de febrero de 2017 hasta la localidad de Écija (Sevilla), aun cuando no conste la comisión de robo alguno en esta localidad;

Y todo ello revelador de la existencia de una estructura desarrollada con unidad de propósito, puesta en común de medios (vehículos), ejecución compartida y reparto de ganancias, con utilización indistinta tanto de la vivienda sita en la CALLE001 como la situada en la CALLE000 de Torrejón de Ardoz.

Consecuentemente, el motivo debe ser desestimado.

2.2.- En efecto, esta Sala de casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la fórmula de indicios (SSTS. 17.11 y 11.12.2000, 21.1 y 29.10.2001, 29.1.2003, 16.3.2004) siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim. la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE., salvo cuando por su especial significación así proceda (STS. 20.1.97).

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc. "un enlace preciso y directo



según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE. los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional y determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim. (SSTS. 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (STS. 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la sentencia de 16.11.2004, es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aun cuando ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia .. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano".

En este sentido el Tribunal Constitucional recuerda que este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común, o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediatez, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 de 18.12, FJ. 24).

Las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007, partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es



directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

Bien entendido que también se ha dicho que la prueba indiciaria necesita de un plus argumentativo. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma la condena (SSTS 587/2014 de 18 de julio, 241/2015 de 17 de abril, 815/2016 de 28 de octubre).

El recurrente cuestiona la suficiencia de los indicios que destaca la sentencia recurrida, pero esta Sala, SSTS 56/2009, de 9 de marzo; 877/2014, de 22 de diciembre; 796/2016, de 27 de septiembre, ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan respectivamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir no resulta aceptable analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarles del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pues la fuerza convectiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (STS. 19.10.2005).

Insistiéndose en las SSTS. 33/2011 de 26.1, 5883/2009 de 8.6, 527/2009 de 25.5, que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

En este sentido la STS. 412/2016 de 13.5, rechazó las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado..." la fragmentación del resultado probatorio para analizar seguidamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar el cuadro probatorio (SSTS. 631/2013 de 7.6, 136/2016 de 24.2).

Bien entendido -hemos dicho en SSTS. 732/2013 de 16.10, y 700/2009 de 18.6- que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de éste último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis éste dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.



Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

TERCERO.- El motivo segundo por infracción de ley, por infracción de precepto penal sustantivo al amparo del art. 849.1 LECrim, del art. 570 ter 1 CP, al haberse producido aplicación indebida.

Insiste en que no ha quedado acreditada la pertenencia a grupo criminal del recurrente y además se ha infringido el art. 570 ter 1 CP y jurisprudencia que lo interpreta, que parecen exigir una pluralidad de delitos, la finalidad es la realización de "delitos" en plural, y en este caso solamente se ha probado y condenado al recurrente por un único delito de robo con fuerza en las cosas, por lo que no cabe la calificación como miembro de grupo criminal.

El motivo se desestima.

3.1.- En efecto, para la adecuada resolución del motivo debemos reiterar la doctrina de esta Sala en orden a la distinción entre organización, grupo criminal y supuestos de mera codelinquencia. Así, en SSTS 720/2017, de 6-11; 86/2018, de 19-2; 714/2018, de 16-1-2019, hemos señalado que entre las novedades, introducidas por la reforma operada en el CP por la LO.5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el T. XXII del L. II, que comprende los arts .570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica "De las organizaciones y grupos criminales", y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente "todas las formas de criminalidad organizada", y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la UE. en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal. Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el "Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada", que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. E igualmente la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Por ello en la Exposición de Motivos de la referida LO. 5/2010 de 5.6, como recuerda la STS. 271/2014 de 25.3- se expone, para justificar las innovaciones relativas a los nuevos tipos penales de organización que "Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes".

"La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010- responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas".

Asimismo en recientes sentencias 513/2014 de 24.6, 371/2014 de 7.5, la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010, contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.



El art. 570 bis define a la organización criminal como: " La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas".

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.

El grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurran alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas -lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal.

La jurisprudencia se ha preocupado de la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal, entre ellas las SSTs. 309/2013 de 1.4, 855/2013 de 11.11, 950/2013 de 5.12, 1035/2013 de 9.1.2014.

En las STS nº 855/2013 y 950/2013, se señalaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles "1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis. 2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter". Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que hacían a las respectivas conductas acreedoras a distinta gravedad en la sanción penal. No debe realizarse, por lo tanto, una interpretación extensa del concepto de organización, ya que conduciría a incluir en el mismo supuestos más propios, por su gravedad, del concepto de grupo criminal, con el riesgo de dejar a este prácticamente vacío de contenido.

Por ello la inclusión de determinadas conductas en el grupo criminal, prescindiendo de la figura de la organización criminal, tanto en relación a los artículos 570 bis y siguientes, como, concretamente, respecto del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal, se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan. (STS. 1035/2013). Por su parte el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente (STS. 950/2013).

La sentencia 277/2016 de 6.4, precisa como "La distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada.

La jurisprudencia posterior a la reforma ha esclarecido la diferenciación entre ambas figuras. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo.

En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles:

"1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis.



2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter".

Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

En consecuencia, debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art 369 1 2º CP, se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor: 1º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal. 2º) acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal".

3.2.- Ahora bien una vez determinada la diferencia entre organización y grupo criminal, habrá que distinguir, entonces el grupo criminal de los supuestos de mera codelinuencia.

La STS. 309/2013 nos dice que la codelinuencia se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el mismo sentido la STS. ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno.

A estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito único, por su naturaleza de tipos con conceptos globales (expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda consumado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir, STS 487/2014, de 9 de junio), sin embargo a los efectos de la tipificación del grupo u organización el tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.



Ello se deduce de la propia naturaleza y finalidad de la tipificación de las figuras de organización criminal, que no pueden excluir el tráfico de estupefacientes, y del hecho de que lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica.

3.3.- En el caso actual, dada la vía casacional del art. 849.1 LECrim que obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados por el tribunal de instancia. Se trata por ello de un recurso de carácter sustantivo penal, cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso, queda limitado al control de la juricidad; o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese realizado el tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado, es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Siendo así, los hechos probados, a estos efectos, señalan que los acusados Jorge , Justino , Laureano , Hernan y el recurrente Fulgencio , todos ellos de nacionalidad rumana y mayores de edad y con domicilios a la fecha de los hechos en la localidad de Torrejón de Ardoz (Madrid), y en concreto en CALLE000 núm. NUM005 , el del acusado Jorge , siendo éste también domicilio, al menos ocasional, del acusado Justino ; en la CALLE001 núm. NUM006 , el de los acusados Fulgencio y Hernan , y en la CALLE002 núm. NUM007 , el del acusado Laureano , se concertaron, al menos desde principios de enero de 2017, para llevar a cabo de forma conjunta una serie de robos en diversos establecimientos de la geografía nacional, con la finalidad de obtener importantes ganancias, en horas de madrugada, aprovechando que los mismos estaban cerrados al público, valiéndose, para acceder a dichos locales, de instrumentos tales como extractor de bombín, formón, pico, maza, cizalla, martillo, hacha, etc., y utilizando como vehículos a tales fines, al menos, los siguientes:

- Vehículo marca y modelo Alfa Romeo 159, matrícula-YTN , de color negro, sin que nos conste su propietario, siendo su conductor habitual el acusado Jorge .
- Vehículo marca y modelo Alfa Romeo 159, matrícula LCF , de color gris, propiedad del acusado Laureano , siendo el mismo su conductor habitual.
- Vehículo marca y modelo Volkswagen Passat, matrícula DPN , de color negro, cuyo titular es doña Magdalena , madre de la pareja del acusado Jorge , siendo éste su conductor habitual y
- Vehículo marca y modelo Saab 9-3, matrícula-BGVX , de color azul, propiedad del acusado Fulgencio , siendo el mismo su conductor habitual.

Señalando a continuación que el grupo actuaba de una forma organizada, sin que se haya podido determinar orden jerárquico y pasando a reflejar finalmente los cuatro hechos cometidos por ellos entre la madrugada del 20 al 21 de enero de 2017 a la madrugada del 23 al 24 de febrero de 2017, detallando las personas integrantes de citado grupo que han participado en cada uno de ellos, los vehículos utilizados, el lugar y forma de comisión, y efectos sustraídos.

La Sala de apelación, confirmando en tal extremo la dictada por la de instancia, subsumió tales hechos en los tipos previstos en los arts. 237, 238. 2º, 3º y 5º y 241. 1, 2, 3 y 4 en relación con el art 235. 5º y 9º y el art 570 ter 1 del C. Penal, siendo el punto de discusión por parte del recurrente la subsunción en el subtipo agravado conforme a art. 235. 9º en relación con el art. 570 ter. Ahora bien, partiendo, como hace la Sala de apelación, de la conceptualización de grupo criminal como la unión de más de dos personas que sin reunir alguna de las características de la organización criminal tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos, constatamos como efectivamente los hechos declarados probados, afirman la existencia de más de dos personas, cinco contando con el recurrente, que se conciertan para la comisión de hechos delictivos, robos en diversos establecimientos de la geografía nacional, con una cierta organización en cuanto se desarrollaban con el mismo "modus operandi", utilizando vehículos pertenecientes a los propios miembros del grupo y con cierta duración en el tiempo en tanto que se llevan a cabo entre finales de enero y finales de febrero de 2017.

3.4.- Es cierto -tal como destaca el Ministerio en su documentado informe impugnando el recurso- que el recurrente no interviene más que en uno de los cuatro hechos delictivos que se declaran probados, pero claramente ello no es óbice para que la subsunción que se realiza también respecto de su actividad esté plenamente ajustada a derecho. Lo determinante es la concertación durante un periodo de tiempo con la finalidad de perpetrar delitos -incluso se ha llegado a admitir el concierto para la comisión de uno solo en supuestos de actividades que revistan cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal



relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares (STS 39/2018, de 24-1)- e independientemente de que sus miembros o alguno de ellos hubiera participado exclusivamente en la comisión de uno solo de tales hechos delictivos o de varios. En definitiva, que tal unión o concierto no haya tenido lugar de forma fortuita y para la comisión inmediata de un delito concreto.

Y esto es, precisamente, lo que se describe en el factum, sin que como hemos señalado, el tipo exija como elemento objetivo del mismo que los miembros del grupo participen todos ellos en la comisión de todos o varios de los hechos delictivos cometidos. En este sentido, la STS 289/2014, 8-4, viene a señalar: "El precepto no incluye como elemento del tipo objetivo, ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuyan. La concertación a que se refiere aquel precepto no evoca, ni siquiera en su significado genuinamente gramatical, la proximidad física entre aquellos que se conciertan. Dicho de forma más gráfica, el acuerdo de voluntades y la asunción de cometidos pueden realizarse a distancia, sin necesidad de compartir el mismo escenario. Es más, no son descartables los casos en los que esa falta de conocimiento personal entre quienes delinquen concertados sea la consecuencia de una elemental estrategia delictiva orientada a evitar la delación".

En base a lo razonado, el motivo deberá ser desestimado.

CUARTO.- El motivo tercero por infracción de precepto penal sustantivo, al amparo del art. 849.1 LECrim, de los arts. 235.5 en relación con el art. 241 CP, al haberse producido aplicación indebida

Considera que en función de las circunstancias concurrentes en los hechos del recurrente, se le debe imponer la pena mínima establecida para el delito de robo y no las muy graves impuestas, comparativamente al resto de los condenados. Por ello entiende que debió imponerse, en todo caso, la pena de dos años de prisión.

El motivo deviene improsperable.

4.1.- Esta cuestión fue también planteada en apelación y resuelta por la sentencia impugnada, fundamento de derecho tercero, en el que se argumenta razonadamente la pena concreta impuesta a este acusado, específicamente la prevista en el tipo delictivo aplicado, 241 del C. Penal, con una básica de entre 2 y 5 años de prisión al tratarse de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada y en establecimiento abierto al público y cometido fuera de horas de apertura y de entre 2 y 6 años de prisión por concurrencia de su apartado 4 que expresamente prevé que los hechos revistan especial gravedad atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y en todo caso cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235, precepto que recoge en su número 9 que el culpable participe en los hechos como miembro de una organización o grupo criminal.

No parece improcedente que el Tribunal, teniendo en cuenta la pena básica señalada, entienda proporcional en el caso concreto la prevista en el apartado 4 en su mitad superior, de entre 4 y 6 años de prisión y que lo haga precisamente en atención a la "gravedad del hecho", por cuanto los condenados consiguieron entrar en el interior de la vivienda propiamente dicha y, además, se apropiaron de efectos valorados en 24.357,80 euros en labores de tabaco; además de numerosos boletos de la ONCE, pendientes de tasar; asimismo de un juego de pendientes y un televisor marca Samsung valorado en 489,71 euros)...E igualmente considera relevante la integración del recurrente en el "grupo criminal"... que actuaba a lo largo de una gran parte de la geografía española-, había ganado un grado de tecnificación y sofisticación considerable; capacitado para violentar puertas o verjas de seguridad mediante el uso de instrumentos expertos "extractor de bombines" o de inutilizar los sistemas de alarmas con que las viviendas se habían procurado protección, lo que añade un plus de peligrosidad valorable a efectos de penalidad ...lo que también se constata... en la gravedad material del hecho y que deriva de la tasación de los efectos depredados (24.357,80 euros), próxima a constituir, por sí sola una agravante específica (235.5º, en relación con el artículo 241.4º del CP)...".

Consecuentemente no resulta viable la alegación del error de subsunción, dado que la pena impuesta se deriva de la aplicación de los preceptos señalados en relación con las normas de individualización penológica previstas en el art. 66 CP, en concreto el apartado 1º, regla 6ª, razonando, además, la Sala que "la extensión temporal de la pena impuesta se halla suficientemente justificada, máxime cuando esta pena sería susceptible de imposición aun cuando el ahora recurrente no se hubiera integrado en el grupo criminal ...".

4.2.- Por último, en cuanto a la denuncia de la falta de proporcionalidad de la concreta pena impuesta en relación con la de otros condenados a los que impone 6 años de prisión. Pretensión que debió, en su caso, articularse por la vía del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por infracción de derechos fundamentales a la igualdad y tutela judicial efectiva, arts. 14 y 24 CE, y que deviene inadmisibile.

En efecto, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo en sentencias 636/2006 de 8.6 y 483/2007 de 4.6, remitiéndose a las sentencias de 26.7.2005, 9.7.93 y 6.11.89, "sólo la diferencia arbitraria, ilógica o



carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico puede determinar una violación del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental". En este sentido se ha manifestado igualmente el Tribunal Constitucional, en sentencia 200/1990 que "el principio de igualdad protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos". El mismo Tribunal en las sentencias 23/1981 y 19/1982 declara que no se excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias injustificadas o arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991). Por lo demás, el principio de igualdad, por lo demás, no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos (STS de 28 de octubre de 2004).

El principio de igualdad se vulnera, dice la STS. 999/2005 de 2 de junio, cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable (STC 106/1994). La alegación sobre su posible vulneración debe examinarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la existencia de un tratamiento desigual a supuestos de igualdad, o incluso desde el tratamiento igualitario de situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente (STS. 10.4.2003), bien entendido que como recordó la STC. 88/2003, "el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad" (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio; 51/1985, de 10 de abril; 40/1989, de 16 de febrero), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos (STS. 502/2004 de 15.4).

Consecuentemente cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros (SSTC 17/1984, de 7 de febrero; 157/1996, de 15 de octubre; 27/2001, de 29 de enero). La no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las sanciones efectivamente impuestas, pues, a estos efectos sólo importa si la conducta sancionada era o no merecedora de dicha sanción.

La STS. 239/2010, de 24-3, señala en relación a penas distintas a distintos acusados:

"cuando las Salas sentenciadoras individualizaron las penas que corresponden imponer a los diversos participantes en una acción delictiva, porque no hacen otro caso que negar de las facultades que la ley les otorga, no se desconoce dicha igualdad cuando se impone para distinta a personas condenadas por un mismo delito, si no concurren los mismos condicionamientos jurídicos, por cuanto es un principio unánimemente aceptado que la culpabilidad de cada partícipe es individual, dado que en el núcleo vigente rige la accesoriadad limitada de la participación, por lo que, si la culpabilidad constituye ya el límite máximo de la pena aplicable y ésta debe apreciarse individualmente para cada partícipe, es claro que no puede afectar dicha individualización al principio constitucional de igualdad (STS 6-3-98)".

En el caso presente la sentencia recurrida se pronuncia sobre tal extremo y argumenta: "Tal criterio resulta asumible y razonable, hallándose dentro de los parámetros legales (artículo 66,1.6º) y sin que la pena acordada sea discriminatoria respecto a las restantes impuestas a los demás copartícipes; primeramente porque tal afirmación no se constata como verdadera pues las que se asignan a (Jorge , Justino o Laureano) son de mayor extensión temporal y, de otra, porque la aplicación la figura jurídica del "delito continuado" (artículo 74.1 del Código Penal) al resto de coautores "mitiga" en grado sumo la penalidad a imponer pues, no se penarán los delitos por separado; así pues tanto en uno como en otro caso se comete, a efectos de penalidad, un único delito de robo, en casa habitada, si bien en relación al resto de copartícipes se entiende de "carácter continuado".

QUINTO.- El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por infracción del art. 120.3 CP por falta de motivación a la hora de determinar la pena.

Insiste en que la resolución impugnada condena al recurrente a una pena de 5 años de prisión, sin motivar el porqué de su extensión.

El motivo se desestima.



5.1.- Es cierto que la jurisprudencia -por todas SSTS 93/2012, de 16-2; y 849/2013, de 12-11-, tiene establecido que el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero.

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el Art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del Art. 24.1 C.E. – conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional– resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril)."

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...."

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11- que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el Art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En este sentido, el Art. 66, regla primera, del Código Penal, disponía que: "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: "razonándolo en la sentencia", no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del Art. 120.3 de la Constitución Española y el Art. 72 del Código penal, modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos



de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del Art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

En el caso actual, en contra de lo sustentado en el motivo y tal como se ha razonado en el precedente, la sentencia explícita de forma suficiente y razonada, los motivos por los que impone la pena en dicha extensión.

SEXTO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas a la parte recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Fulgencio** , contra la sentencia nº 14/2019, de 2 de julio de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el Rollo de Apelación nº 13/2019.

2º) Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese la presente resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Javier Hernández García