



Roj: **STS 2737/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2737**

Id Cendoj: **28079120012020100442**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2020**

Nº de Recurso: **10677/2019**

Nº de Resolución: **413/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2737/2020,**
SAP V 6358/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 413/2020

Fecha de sentencia: 21/07/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10677/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia. Sección Cuarta

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

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10677/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 413/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 21 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10677/2019 interpuesto por **Julián**, representado por la procuradora DOÑA MARÍA ALMUDENA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ bajo la dirección letrada de DON JULIO IBAÑEZ CASES, contra la sentencia dictada el 10 octubre de 2019 por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 18/2019, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter 1 c) del Código Penal; dos delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada del artículo 242.1 y 2 del Código Penal; un delito de lesiones y delito de lesiones leves del artículo 147.1 del Código Penal, un delito de estafa leve del artículo 249 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción número 2 de Moncada incoó Sumario Ordinario 2/2015 por delitos de robo con violencia en casa habitada, estafa, lesiones, agresión sexual, pertenencia a grupo criminal y receptación, causa seguida contra Julián y otros, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta. Incoado el Sumario Ordinario 18/19, con fecha 10 de octubre de 2019 dictó sentencia número 536/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" PRIMERO.- Ha resultado probado y así se declara expresamente que Julián, se concertó con Virgilio, Martina y Jose Augusto, quienes ya han sido juzgados por los hechos, para la comisión de delitos de robo con violencia e intimidación en domicilios como de una cadena de oro, una medalla cuadrada, dos anillos, unos pendientes de oro con perla, unas perlas de pendientes de oro, ocho monedas antiguas de plata de Alfonso XII y una pulsera de plata.

Tras apoderarse de los objetos de valor que hallaron se marcharon de la vivienda.

Las joyas sustraídas han sido pericialmente tasadas en 726'05 euros y fueron vendidas por Virgilio a Jose Augusto, quien regentaba un establecimiento de compraventa de oro llamado Oro y Más, sito en la calle los Leones no25 de Valencia y las adquiría con conocimiento de su origen ilícito, sin solicitar DNI del vendedor, ni efectuar el correspondiente registro de las transacciones, hechos por los que Jose Augusto también ha sido ya juzgado y condenado por estos hechos.

Como consecuencia de estos hechos la Sra. Sofía sufrió lesiones consistentes en ansiedad, contusión en hombro izquierdo y pie izquierdo, con fractura del quinto MTT del pie izquierdo, para cuya curación requirió reposo relativo, inmovilización con férula enyesada, de ambulación en descarga, fármacos analgésicos, aines:y miorrelajantes. Con posterioridad requirió tratamiento ortopédico (vendaje durante cuatro semanas, de ambulación en descarga con silla de ruedas muletas con reinicio progresivos de la carga), tratamiento farmacológico (analgésicos, antiinflamatorio y ansiolíticos) y recuperación funcional domiciliaria. Tardo en curar 30 días durante los cuales estuvo impedida para el desempeño de sus ocupaciones habituales, quedándole secuela metatarsalgia postraumática inespecífica, valorada en tres puntos y trastorno por estrés postraumático, valorado en dos puntos.

2) El día 8 de mayo de 2014, Julián, puesto de común acuerdo con Virgilio, a quien no alcanza esta sentencia, al haber sido ya juzgado y condenado por estos hechos, y con ánimo de ilícito beneficio patrimonial, sobre las 02:30 horas de la madrugada, acudió en su compañía a la localidad de Albalat dels Sorrells.

Una vez allí, llamaron a la puerta del domicilio de la anciana María Purificación, nacida el NUM000 de 1944, y tras identificarse como agentes de la Guardia Civil, le manifestaron que habían detenido a su hijo, por lo que la Sra. María Purificación abrió la puerta.

Nada más abrir la señora, Julián y Virgilio la cogieron y la llevaron hacia el dormitorio, lugar en el que le ataron un suéter en el cuello y le taparon la boca. Virgilio se colocó encima de ella y le dijo que si gritaba la mataría, golpeándola en la cara y cuerpo en numerosas ocasiones, arrancándole la cadena y pulsera de oro que llevaba puestas, pericialmente tasadas las joyas en 296'65 euros.

Mientras tanto, Julián registró la casa apoderándose de 300 € en efectivo y una cartilla bancaria, valorada en 1 euro, correspondiente a la cuenta NUM001 de la Entidad Caixa Albalat, junto con la que estaba anotado el PIN, con la que Julián y Virgilio se dirigieron a la entidad bancaria Cajamar de Albalat dels Sorrells, e introduciendo el PIN, realizaron dos extracciones de dinero de 300 y 60 euros, a las 03:02 y 03:03 horas.



Como consecuencia de estos hechos, la Sra. María Purificación sufrió lesiones consistentes en eritema a nivel del cuello, excoriación a nivel nasal, arañazo en mejilla derecha y labio superior y ansiedad, lesiones para cuya curación requirió cura local y tratamiento sintomático analgésico y ansiolítico, tardando en curar 30 días durante los cuales estuvo impedida para el desempeño de sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela una agravación o desestabilización de otros trastornos mentales, valorada en dos puntos.

TERCERO.- No ha resultado debidamente acreditado que Julián, participará en la realización de los siguientes hechos:

1) Hechos ocurridos el día 17 de marzo de 2014, sobre las 12:30 horas, en la localidad de Bonrepos i Mirambell, en los que la anciana Estrella, nacida el NUM002 de 1925; actualmente fallecida, fue abordada violentamente en su domicilio; sito en la CALLE000 no NUM003 de dicha localidad, por Martina mientras Virgilio vigilaba y esperaba en un coche en el exterior, apoderándose de diversas joyas.

Ha quedado acreditado, en particular, que dicho día 17 de marzo de 2014, sobre las 12:30 horas Virgilio Y Martina y un tercero, puestos de común acuerdo y con ánimo de ilícito beneficio patrimonial, acudieron a la localidad de Bonrepos i Mirambell. Una vez allí, mientras Virgilio se mantenía en el coche en funciones de vigilancia Martina y el tercero llamaron a la puerta del domicilio de la anciana Estrella, solicitándole un euro para comer. Tras entregarle esta moneda, le solicitaron un vaso de agua. Tras traer Estrella el vaso y cuando iba a devolver el mismo vacío a la cocina, el varón que acompañaba a Martina, le tapó la boca mientras le decía "no grites, no digas nada", la condujo al comedor y la sentó en una silla, mientras Martina registraba la casa en busca de objetos de valor. Tras apoderarse de un reloj de pulsera, un par de pendientes y sortija de perlas, un par de pendientes de oro con dos perlas grandes, una cadena de oro con una cruz, una sortija de oro con una esmeralda, dos sortijas de oro con brillantes y tres sortijas de oro, se marcharon de la vivienda.

Los objetos sustraídos han sido pericialmente tasados en 961 '42 euros y el Seguro de hogar con la aseguradora Mapfre indemnizó a la Sra. Estrella en la cantidad de 977'46 euros.

2) Hechos ocurridos el día 28 de marzo de 2014, sobre las 12:30 horas, en la localidad de Albuxech, en los que la anciana Rosa, nacida el NUM004 de 1931, fue abordada violentamente en su domicilio sito en la CALLE001 no NUM005 de dicha localidad, por Martina y dos más, quienes, con ánimo de ilícito beneficio patrimonial, se apoderaron de diversas joyas de aquella y de su hija.

Ha quedado acreditado, en particular, que dicho día 28 de marzo de 2014, sobre las 12:30 horas, Martina, y dos varones más, puestos de común acuerdo y con ánimo de lucro acudieron a la localidad de Albuxech. Una vez allí, siguieron a Rosa, quien regresaba a su domicilio, tras hacer la compra, procediendo a abordar a la anciana Martina y uno de los varones, mientras el otro se quedaba en el coche vigilando y esperando: Así, tras acceder a la finca, subir al primer piso e ir a abrir la puerta de su vivienda, Martina le solicitó una limosna, a lo que la SRA Rosa le dijo que esperara a que pusiera las bolsas en la cocina y le daría algo. Tras abrir la puerta, Martina le propinó un empujón para meterla en la casa, momento en el que el varón que la acompañaba tapó la cara a la víctima y la tiró sobre el sofá, diciéndole de forma intimidatoria que no hablara, "porque si no...", mientras la sujetaba por los hombros. El varón le preguntó dónde estaba el dinero, a lo que la SRA. Rosa le contestó que no tenía, por lo que este comenzó a registrar las habitaciones, apoderándose de las joyas que la hija de la SRA. Rosa, Blanca, tenía en el domicilio, en concreto, dos juegos de aderezos con juegos de pendientes, collar, pulsera y anillo de comunión, un sello de oro con iniciales, una cadena de oro, una medalla, un anillo de oro, un pequeño diamante, un anillo de circonita, un anillo de oro liso, una pulsera de oro con forma de triángulos pequeños, unos pendientes con perlas, joyas pericialmente tasadas en euros 1.624'55 euros así como 576 euros en efectivo. Asimismo, dicho individuo le arranca a Rosa una cruz de Caravaca de oro y unos pendientes de oro que llevaba puestos, pericialmente tasados en 160'92 euros, marchándose el mismo y Martina del lugar.

Las joyas fueron vendidas a Jose Augusto, en su establecimiento de compraventa ORO Y MÁS, quien las adquirió con conocimiento de su origen ilícito, sin solicitar DNI del vendedor, ni efectuar el correspondiente registro de las transacciones.

Las Sras. Blanca Y Rosa han sido indemnizadas por el seguro de hogar que tenían contratado con la entidad aseguradora Santa Lucia en la cantidad de 2.395'43 euros.

3) Hechos ocurridos el día 3 de abril de 2014, sobre las 10:30 horas, en la localidad de Foios, en los que la anciana Laura, nacida el NUM006 de 1921 y fallecida en fecha 22 de septiembre de 2018, fue abordada violentamente en su domicilio, sito en la CALLE002 no NUM007 de dicha localidad, por Martina y un tercero, mientras Virgilio vigilaba y esperaba en el exterior en un coche, apoderándose diversas joyas y causando diversas lesiones a la anciana.



Ha quedado acreditado, en particular que dicho día 3 de abril de 2014, sobre las 10:30 horas, Virgilio, Martina y un tercero, puestos de común acuerdo y con ánimo de ilícito beneficio patrimonial, acudieron a la localidad de Foios.

Una vez allí, mientras Virgilio se mantenía en el coche en funciones de vigilancia, Martina y el otro varón, llamaron a la puerta del domicilio de Laura, diciendo que vendían cupones, por lo que la anciana se introdujo en la vivienda para coger un euro y comprar un cupón. Tras entregarles el dinero, Martina y el hombre, quienes habían entrado al domicilio mientras la Sra. Laura iba a por el dinero, cerraron la puerta. El hombre tapó la boca de la Sra. Laura, la arrastró hasta el final de la casa, golpeándola y le arrancó un pendiente y un collar que llevaba puestos, mientras Martina registró el domicilio, apoderándose de un joyero, una pulserita, una sortija tipo sello y un pasador de corbata con imperdible de oro. Tras percatarse de que la Sra. Laura accionaba el botón de tele-asistencia que portaba, se marcharon del lugar.

Las joyas sustraídas han sido valoradas pericialmente en 707'66 euros y fueron vendidas a Jose Augusto, en su establecimiento de compraventa ORO Y MÁS, quien las adquirió con conocimiento de su origen ilícito, sin solicitar DNI del vendedor, ni efectuar el correspondiente registro de las transacciones.

Como consecuencia de estos hechos la Laura sufrió contusión en la rodilla derecha y excoriaciones faciales, lesiones para cuya curación tan solo requirió una primera asistencia facultativa, consistente en cura local y analgesia, tardando en curar entre 1 y 20 días, 4 de los cuales pudo haber sido impeditivo para el desempeño de sus ocupaciones habituales.

4) Hechos ocurridos el día 17 de mayo de 2014, sobre las 13:00 horas, en la localidad de Tavernes Blanques, en la que la anciana Teodora, nacida el NUM008 de 1926, fue abordada violentamente en su domicilio, sito en la CALLE003 NUM009 de dicha localidad, por Virgilio y un tercero, quienes con ánimo de ilícito beneficio patrimonial, se apoderaron de diversas joyas, y con ánimo libidinoso sometieron a aquella a tocamientos, causándole lesiones.

Ha quedado acreditado, en particular; que dicho día 17 de mayo de 2014, sobre las 13:00 horas, aquellos individuos llamaron a la puerta de la vivienda de Teodora, y tras mirar esta por la mirilla, le dijeron que venían de parte de Apolonia, de asuntos sociales, para traerle un paquete de comida, exhibiendo a la Sra. Teodora un paquete de comida que portaban, procedente del Banco de alimentos del Ayuntamiento de Tavernes, por lo que la anciana les abrió la puerta y les dejó pasar.

Una vez en el interior de la vivienda, uno de los varones la sujetó y le tocó los pechos, dándole besos en la cara: Acto seguido le taparon la boca y la arrastraron a la habitación. Una vez allí entre los dos la tumbaron encima de la cama y le quitaron la ropa interior, llegando a tocarle el pubis, diciéndole que si hacía algún ruido o gritaba la violarían, permaneciendo Virgilio con ella, tapándole la boca, mientras el otro procedió a registrar la vivienda, apoderándose de 300 euros en efectivo y una esclava de oro.

A continuación ambos se abalanzaron sobre ella y le arrancaron las joyas que llevaba puestas, cuatro pulseras de oro, una cadena de oro con un corazón y una perla colgando, una cadena con un búho colgando y unos pendientes de oro.

Las joyas sustraídas han sido pericialmente tasadas en 1.238'32 euros y fueron vendidas a Jose Augusto, en su establecimiento de compraventa ORO Y MÁS, quien las adquirió con conocimiento de su origen ilícito, sin solicitar DNI del vendedor, ni efectuar el correspondiente registro de las transacciones.

Como consecuencia de estos hechos Teodora sufrió ansiedad, para la que tuvo que ser asistida en el Hospital Clínico donde le prescribieron tratamiento ansiolítico, tardando en curar 30 días, de los cuales no estuvo impedida para el desempeño de sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela un trastorno adaptativo que cursa con sintomatología depresiva que precisa de tratamiento sintomático farmacológico, prescrito por atención primaria, y valorado en tres puntos.

CUARTO,- Martina, Virgilio y Jose Augusto ya han sido juzgados por los hechos anteriormente señalados, por la Sección Segunda, en sentencia dictada en fecha 6 de marzo de 2017 en el Rollo de Sala 37/2015, confirmada parcialmente por la STS, Sala 2, no 784/2017 de 30 de Noviembre de 2017, recurso no 10291/2017, resultando definitivamente lo siguiente:

- Martina fue condenada en firme como autora de cuatro delitos de robo con violencia en casa habitada, un delito menos grave de lesiones y un delito de lesiones leves, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, la atenuante muy cualificada de reparación del daño y atenuante de confesión y un delito de pertenencia a grupo criminal, con la: concurrencia de la atenuante de confesión.
- Virgilio fue condenado en firme como autor de cinco delitos de robo con violencia en casa habitada con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, un delito de agresión sexual agravada,



un delito de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, tres delitos de lesiones leves con la de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, un delito leve de estafa y un delito de pertenencia a grupo criminal.

- Jose Augusto fue condenado en firme como autor de un delito continuado de receptación.

QUINTO.- Julián ha sido ejecutoriamente condenado en fecha 22 de febrero de 2015 por sentencia firme del Juzgado de lo Penal número 11 de Valencia como autor de un delito de robo con violencia e intimidación, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión y como autor de un delito de lesiones a la pena de seis meses de prisión, que quedaron ambas cumplidas en fecha 28 de julio de 2016."

SEGUNDO. - La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Julián , como autor criminalmente responsable de un delito de pertenencia a grupo criminal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de drogadicción, de dos delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de abuso de situación de superioridad y de reincidencia y la circunstancia atenuante analógica de drogadicción y de un delito de lesiones antes definido; con la concurrencia de las circunstancias agravantes de abuso de situación de superioridad y de reincidencia y la circunstancia atenuante analógica de drogadicción, a las siguientes penas:

- Por el delito de pertenencia a grupo criminal, a la pena de 4 meses y 15 días de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por los dos delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada, a las penas de 5 años de prisión, por cada uno de los dos delitos (en total 10 años de prisión) e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por el delito de lesiones a pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo, DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Julián , como autor criminalmente responsable de un delito leve de lesiones y de un delito leve de estafa, a las siguientes penas:

Por el delito leve de lesiones a la pena de 3 meses de multa, con una cuota diaria de 10€.

Por el delito leve de estafa a la pena de multa de 3 meses, con una cuota diaria de 10€.

Se condena también a Julián a indemnizar a Sofía en la cantidad de 726,5 por las joyas sustraídas, y en la cantidad de 1.800 € por las lesiones sufridas y 15 € por el dinero sustraído, y a los herederos de María Purificación , en la cantidad de 296,75 € por las joyas sustraídas, en la cantidad de 660 euros por el metálico sustraído, en la de 1.800 € por las lesiones y en la de 1.800 euros por las secuelas. Todo ello con el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia hasta la de su total ejecución.

Y DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE A Julián por los otros cuatro delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada, por los otros dos delitos leves de lesiones y por el delito de agresión sexual por los que venía también acusado.

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Julián , como autor criminalmente responsable de un delito de pertenencia a grupo criminal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de drogadicción, de dos delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de abuso de situación de superioridad y de reincidencia y la circunstancia atenuante analógica de drogadicción y de un delito de lesiones antes definido; con la concurrencia de las circunstancias agravantes de abuso de situación de superioridad y de reincidencia y la circunstancia atenuante analógica de drogadicción, a las siguientes penas:

- Por el delito de pertenencia a grupo criminal, a la pena de 4 meses y 15 días de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por los dos delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada, a las penas de 5 años de prisión, por cada uno de los dos delitos (en total 10 años de prisión) e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por el delito de lesiones a pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo, DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Julián , como autor criminalmente responsable de un delito leve de lesiones y de un delito leve de estafa, a las siguientes penas:



Por el delito leve de lesiones a la pena de 3 meses de multa, con una cuota diaria de 10€.

Por el delito leve de estafa a la pena de multa de 3 meses, con una cuota diaria de 10€.

Se condena también a Julián a indemnizar a Sofía en la cantidad de 726,5 por las joyas sustraídas, y en la cantidad de 1.800 € por las lesiones sufridas y 15 € por el dinero sustraído, y a los herederos de María Purificación, en la cantidad de 296,75 € por las joyas sustraídas, en la cantidad de 660 euros por el metálico sustraído, en la de 1.800 € por las lesiones y en la de 1.800 euros por las secuelas. Todo ello con el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia hasta la de su total ejecución

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE A Julián por los otros cuatro delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada, por los otros dos delitos leves de lesiones y por el delito de agresión sexual por los que venía también acusado.

El condenado deberá abonar las costas de este procedimiento, incluida una cuarta parte de las de la acusación particular."

TERCERO. - El 25 de octubre de 2019, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó auto aclaratorio de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"Se suprime del apartado noveno de los fundamentos de derecho el párrafo descrito en el antecedente de hecho."

CUARTO. - Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, la representación procesal de Julián, anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO. - El recurso formalizado por Julián, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por vulneración de precepto constitucional, en relación el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender infringido el artículo 24 de la Constitución y la indebida aplicación del tipo del artículo 242.1 y 2 del Código Penal y el artículo 147 del mismo cuerpo legal.

Segundo. - Por infracción de ley, al amparo del número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 21.2 del Código Penal en relación con el artículo 21.7 del mismo texto legal.

SEXTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 21 de enero del 2020, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo alguno de los motivos del recurso. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de julio de 2020 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. El recurrente ha sido condenado por dos delitos de robo violento en casa habitada, por delito de pertenencia a grupo criminal, por dos delitos leves de lesiones y un delito de estafa y en el primer motivo del recurso se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia

En relación con el hecho ocurrido el 11/04/2014 se alega que el acusado negó toda participación y la víctima no le reconoció ni en rueda, ni en el acto del juicio. Se afirma que la testigo Martina no fue preguntada siquiera por este suceso, limitándose a relatar de forma genérica que había participado en los robos junto a su ex pareja y el tío de éste, el hoy recurrente. Se destaca que en el anterior juicio en que fue condenada negó su participación en este hecho.

En relación al hecho ocurrido el 08/05/2014 el acusado también negó su participación y, siendo cierto que la víctima reconoció al autor fotográficamente, no le reconoció en el juicio porque la testigo había fallecido, circunstancia que, se dice, no puede perjudicar al acusado. Además, se alega que no se obtuvieron vestigios de ADN del acusado en la vivienda de la víctima, no se hallaron huellas, no se acreditó que hubiera vendido joyas pertenecientes a la víctima (tal y como sí se hizo con otro partícipe y condenado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia Rollo de Sala 37/2015). Tampoco fue reconocido en las grabaciones de las cámaras del cajero donde los autores retiraron dinero de la víctima minutos después de producirse el robo, no se realizó pericial antropomórfica y no se señaló ningún rasgo significativo que pudiera llevar a pensar que era el Sr. Julián la persona que retiró ese dinero.



Por último y como alegación común a todos los hechos se pone en cuestión la suficiencia probatoria de la declaración testifical de la coacusada, por ausencia de corroboración alguna de su testimonio.

2. Para abordar esta queja resulta necesario hacer una sucinta referencia al control que corresponde a este tribunal cuando se invoca la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ya que el recurso de casación no es un recurso ordinario que permita una nueva valoración de las pruebas o que sirva de oportunidad para que esta Sala forme su personal convicción de los hechos tras un nuevo examen de las pruebas, muchas de las cuales no ha presenciado. No se trata de eso. Según recuerda la STS 377/2016, de 3 de mayo, con cita de las SSTS 383/2014 de 16 de mayo; 596/2014 de 23 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre; 881/2014 de 15 de diciembre y 375/2015 de 2 de junio "la invocación en casación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

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

Venimos reiterando que el juicio sobre la prueba es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos y también venimos repitiendo que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

3. En el presente caso el recurrente cuestiona la suficiencia de la prueba y para determinar si esa deficiencia ha existido es necesario determinar la naturaleza de la declaración prestada por la testigo fundamental, Martina .

Esta mujer fue juzgada con anterioridad por los mismos hechos y condenada, y compareció a este nuevo juicio con la condición de testigo, prestando juramento o promesa.

En el Acuerdo de Pleno de 16/12/2008 declaramos que "la persona que ha sido juzgado por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismo hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad".

Pero precisando ese Acuerdo, en la STS 881/2012, de 28 de septiembre, se analizó si la declaración del copartícipe que ya ha sido juzgado tiene la naturaleza de prueba testifical o de declaración de coacusado. Esta Sala consideró que lo determinante era si el sujeto en cuestión había participado en los hechos porque, en tal caso, los intereses y sentimientos derivados de la coparticipación eran muy relevantes para valorar su credibilidad, por tal razón concluyó declarando que "aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos, como ocurre en el caso sometido a nuestra consideración".

Tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala vienen reiterando que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, al tratarse de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad. Sin embargo, se trata de una prueba "sospechosa" y se viene exigiendo que este tipo de declaraciones estén corroboradas mínimamente.



En palabras del Tribunal Constitucional (STC 340/2005, de 20 de diciembre) la "[...] exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser necesariamente plena -pues para llegar a tal conclusión este Tribunal tendría que efectuar una valoración global de la prueba practicada ante los órganos jurisdiccionales, realizando una actividad que le está vedada-, sino que basta con que al menos sea mínima; y, por otra parte, que no cabe establecer su alcance en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa. A lo que hemos añadido que la corroboración mínima resulta exigible, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, y que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración. Igualmente hemos destacado, en fin, que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (por todas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3; 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1; 165/2005, de 20 de junio, FJ 14) [...]" .

En esa misma dirección la citada STS 881/2012, de 28 de septiembre, señaló que "(...) no basta la pura y desnuda declaración de los coprocesados para sustentar una sentencia condenatoria. Además esas corroboraciones no pueden ser puramente internas, intrínsecas a las propias declaraciones, o circulares. Han de ser datos externos que confirmen en algunos puntos, más o menos accesorios o principales, la veracidad de las declaraciones (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre o 142/2003, de 14 de julio) Pueden bastar elementos periféricos que, no siendo pruebas suficientes por sí mismos, robustezcan la declaración del co-procesado en lo relativo a la imputación del delito y no a otros extremos marginales (...) " .

4. Hemos visionado la grabación del juicio y al igual que apreciara el tribunal de instancia, la testigo ha declarado con firmeza, con contundencia, con precisión, no ha omitido ninguna pregunta que se la haya formulado sobre los hechos y se ha ratificado íntegramente en su declaración sumarial, en donde afirmó que el hoy recurrente participó de forma activa en los dos hechos por los que ha sido condenado, concretando de forma precisa su intervención.

Para desacreditar ese testimonio se ha alegado que la coacusada ha prestado declaración por despecho, porque sus requerimientos afectivos hacia el recurrente no fueron atendidos.

Dejando al margen que la testigo ha negado esa circunstancia y que no hay prueba que evidencie que sea cierta, la existencia de este tipo de conflictos no invalida el testimonio. Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su informe, con cita de la STS 786/2015, de 4 de diciembre, "[...] la condición de un testigo o coimputado como fuente de prueba no exige como presupuesto de validez que quien declara lo haga con una fingida distancia y frialdad respecto de los hechos que narra. De ser así, estaríamos postulando una exigencia que, en la mayoría de las ocasiones, es incompatible con el impacto emocional que el hecho enjuiciado puede haber ocasionado en el declarante. De hecho, no faltan precedentes en los que hemos afirmado, por ejemplo, que "... los celos presentes o pasados de un denunciante no tienen por qué invalidar la veracidad del relato. Es cierto que obligan al órgano decisorio a una valoración probatoria sometida a las máximas cautelas. Pero la idea de que un denunciante celoso sólo puede ofrecer al órgano jurisdiccional un relato falso de las causas que han producido sus heridas, carece de sentido (STS 956/2012, de 28 de noviembre) [...]"

También se cuestiona la suficiencia de la declaración al entender que está ausente de todo elemento corroborador, afirmación que no podemos compartir.

De un lado, la declaración de la coimputada ha sido en buena medida confirmada por la declaración del otro coacusado, Virgilio quien, lejos de negar la participación del recurrente, afirmó que en sus declaraciones anteriores había reconocido la participación del recurrente pero que ahora no se acordaba. El Tribunal, con las ventajas que le proporciona la inmediación, ha valorado racionalmente lo que no es sino una manifiesta contradicción y ha considerado que el testimonio de ese coacusado, que fue testigo directo de los dos hechos, confirma las manifestaciones de Martina , quien conoce los hechos, por ser participe directo en uno de ellos y por referencia de lo manifestado por el Sr. Virgilio en el otro.

De otro lado, también corrobora la declaración de la testigo los reconocimientos fotográficos realizados por las víctimas y ratificados a presencia judicial.

En el caso del delito cometido el 11/04/2014, la víctima, Sofía , reconoció fotográficamente al recurrente y ratificó esa identificación en el juicio, si bien manifestó sobre el acusado que "le parecía que era él" pero especificó que "ahora estaba más delgado", lo que para el tribunal revelaba que la mujer era buena fisonomista. Ya hemos dicho que la corroboración no exige una prueba plena sino un elemento externo que confirme la veracidad de la declaración de la coacusada, exigencia que se cumple con ese reconocimiento.



Y en el caso del delito cometido el día 08/05/2014 ocurre algo similar. También la víctima reconoció fotográficamente al recurrente y ratificó esa identificación a presencia judicial en la instrucción y con contradicción, ya que se hizo en presencia de las defensas que en ese momento estaban personadas. Ese reconocimiento no fue ratificado en el plenario porque la testigo había fallecido y tampoco pudo ser confirmado en rueda de reconocimiento porque el acusado estuvo en paradero desconocido durante años.

En estas circunstancias los reconocimientos fotográficos son un elemento de corroboración y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en alguna de sus sentencias (STC 57/2009, de 9 de marzo).

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO. - 1. En el segundo motivo del recurso y con amparo en el artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la indebida aplicación del artículo 21.2 del Código Penal, considerando que debiera haber sido aplicada la eximente incompleta de drogadicción, afirmando que el recurrente en el momento de los hechos se hallaba bajo la influencia de un síndrome de abstinencia por consumo de drogas, que le impedía comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión.

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatorios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido.

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Y la drogadicción también puede dar lugar a la apreciación de una eximente incompleta, pero se precisa de una profunda perturbación que, sin anularla, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1ª CP).

Pues bien, en este caso no hay prueba de que el autor actuara bajo el síndrome de abstinencia o de que tuviera sus facultades intelectivas y volitivas gravemente disminuidas. Del informe pericial elaborado en 2017 no se deducen semejantes conclusiones, lo que conduce a la desestimación del motivo.

Conviene recordar que cuando se censura la sentencia por el cauce de la infracción de ley es requisito imprescindible que se respete el relato de hechos probados de la sentencia de instancia. En el motivo casacional regulado en el artículo 849.1 de la LECrim sólo se puede cuestionar el juicio de tipicidad realizado en la sentencia de instancia a partir de su juicio histórico y no de los hechos que libremente afirme el recurrente y basta la lectura de la sentencia para comprobar que en los hechos probados no se declara que el recurrente actuara bajo el síndrome de abstinencia o con sus capacidades intelectivas y volitivas gravemente mermadas, y lo hace con toda razón ya que un informe del año 2017, basado en un reconocimiento efectuado en esa fecha, difícilmente puede dar cuenta del estado del sujeto tres años antes.

2. No obstante lo anterior y con motivo de la revisión de la penalidad que se interesa en el recurso y atendiendo a la voluntad impugnativa, nos vemos en la necesidad de corregir en beneficio del reo un error en la aplicación de la ley penal, que está suficientemente constatado por la lectura de los hechos probados y del fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia.

Nos referimos a la agravante de reincidencia, que ha sido aplicada a pesar de que la condena que sirve de base a su apreciación es de fecha posterior a los hechos enjuiciados. En efecto, los hechos datan del 11/04/2014 y 08/05/2014 y la sentencia condenatoria por la que se ha apreciado la reincidencia es de 22/02/2015.

El artículo 22.8 CP es claro al afirma que la reincidencia sólo puede ser apreciada "cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza". En este caso la condena es posterior al delito por lo que no cabe apreciar la agravante.

3. La exclusión de este factor de agravación obliga a realizar una nueva individualización de las penas en los siguientes términos:



- a) Se mantiene la pena impuesta por el delito de pertenencia a organización criminal de 4 meses y 15 días de prisión.
- b) Respecto de los dos delitos de robo con violencia, en los que concurre la agravante de abuso de superioridad y la atenuante analógica de drogadicción, atendiendo al criterio de ponderación del artículo 66.1.6º CP estimamos procedente imponer la pena en su mitad superior y ligeramente por encima de su límite mínimo, dada la relevancia que asignamos al hecho de actuar violentamente contra ancianas. Por tal se fija la extensión de la pena en 3 años y 6 meses por cada uno de los delitos de robo.
- c) En relación con el delito de lesiones cometido el 11/04/14 procede hacer la misma consideración que en el caso anterior y fijar la pena en 2 años y 3 meses de prisión.
- d) Se mantienen las penas impuestas por los delitos leves de lesiones y estafa al estar fijadas con criterios de libre y prudente arbitrio conforme al artículo 662.2 CP, sin que se aprecie desproporción alguna en su fijación.

El motivo, en consecuencia, se estima parcialmente.

TERCERO. - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales derivadas del recurso de casación.

FALLO

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

1º **ESTIMAR** parcialmente el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Julián contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia número 536/2019, de 10 de octubre de 2019, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. **DECLARAR** de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION (P) núm.: 10677/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 21 de julio de 2020.

Esta sala ha visto la causa 10677/2019, seguida por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante del Sumario n.º 18/19, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 2, de los de Moncada, por delito de pertenencia a grupo criminal; delito de robo violento; delito de lesiones y delito de estafa, contra Julián con D.N.I. número NUM010, hijo de Lucas y de Begoña, nacido en AIBAR (NAVARRA), el día NUM011 de 1981,



con domicilio en CALLE004 , NUM012 de SAGUNTO, con antecedentes penales, y en situación de prisión provisional por esta causa desde el 30 de junio de 2017.

La citada sentencia ha sido recurrida en casación ,y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede dejar sin efecto la agravante de reincidencia apreciada en la sentencia de instancia, lo que obliga a una nueva individualización de las penas, que se establece en los siguientes términos:

- a) Se mantiene la pena impuesta por el delito de pertenencia a organización criminal de 4 meses y 15 días de prisión.
- b) Respecto de los dos delitos de robo con violencia, en los que concurre la agravante de abuso de superioridad y la atenuante analógica de drogadicción, atendiendo al criterio de ponderación del artículo 66.1. 6º CP estimamos procedente imponer la pena en su mitad superior y ligeramente por encima de su límite mínimo, dada la relevancia que asignamos al hecho de actuar violentamente contra ancianas. Por tal se fija la extensión de la pena en 3 años y 6 meses por cada uno de los delitos de robo.
- c) En relación con el delito de lesiones cometido el 11/04/14 procede hacer la misma consideración que en el caso anterior y fijar la pena en 2 años y 3 meses de prisión.
- d) Se mantienen las penas impuestas por los delitos leves de lesiones y estafa al estar fijadas con criterios de libre y prudente arbitrio conforme al artículo 662.2 CP, sin que se aprecie desproporción alguna en su fijación.

FALLO

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

PRIMERO. - Que debemos condenar a Julián como autor responsable de dos delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada, concurriendo la agravante de abuso de superioridad y la atenuante analógica de drogadicción, a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES de prisión por cada uno de los delitos, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

SEGUNDO. - Le condenamos igualmente por la comisión de un delito de lesiones, concurriendo la agravante de abuso de superioridad y la atenuante analógica de drogadicción, a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

TERCERO. - Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes contra esta sentencia no podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina