



Roj: **STS 1389/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1389**

Id Cendoj: **28079120012021100315**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/04/2021**

Nº de Recurso: **10529/2020**

Nº de Resolución: **323/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 7709/2020,**
STS 1389/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 323/2021

Fecha de sentencia: 21/04/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10529/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ICR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10529/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 323/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca



D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Estanislao , representado por la procuradora Dña. Aránzazu Fernández Pérez, bajo la dirección letrada de Dña. Raquel Mercedes Martínez Sevilla, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 29 de julio de 2020, en el Rollo de Apelación 113/2020-J, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tarrasa, en el procedimiento abreviado núm. 56/2020, en la que fue condenado como autor de un delito de robo con violencia e intimidación en establecimiento abierto al público, con uso de instrumento peligroso y concurriendo la circunstancia agravante de uso de disfraz y de reincidencia; siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 1 de Tarrasa, dictó sentencia de fecha 27 de mayo de 2020 (procedimiento abreviado nº 56/2020), seguido por un delito de robo con violencia e intimidación y un delito leve de lesiones, contra D. Estanislao , que contiene los siguientes hechos probados:

"De la apreciación de las pruebas practicadas resulta probado y así se declara:

PRIMERO.- Que el acusado, D. Estanislao , el 8 de abril de 2020 sobre las 13:50 hora, entró en establecimiento Plataforma de Distribución Cárnica sito en la calle Solsona de Terrassa, que se encontraba abierto al público. En el interior, D. Estanislao , con la intención de obtener un inmediato e ilícito beneficio patrimonial, cubriendo su rostro con una mascarilla y un gorro, sacó una pistola de fogueo del interior de una bolsa, y exigió a Dña. Tarsila que le diese que lo hubiese en el interior de la caja registradora, momento en el que con la pistola le golpeó en el segundo dedo de la mano derecha. D. Estanislao huyó instantes después con el dinero, el cual ha sido cuantificado en 1.350 euros, por los que su propietario no reclama, al haber sido indemnizado por su compañía de seguros.

SEGUNDO.- Queda probado que, como consecuencia de los hechos descritos en el párrafo anterior, Dña. Tarsila sufrió dolor a nivel de la articulación interfalángica distal del segundo dedo de la mano derecha, de la que tardó en sanar cuatro días no impeditivos, con sólo la primera asistencia facultativa.

TERCERO.- Queda probado que la pistola era un arma reglamentaria de aire comprimido, de calibre 6 mm., con un correcto estado de funcionamiento pero no se ha podido determinar el grado de operatividad al carecer de cargador.

CUARTO.- Queda probado que D. Estanislao ha sido ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 03/04/19, del Juzgado de lo Penal nº 11 de Barcelona, como autor de un delito de robo con fuerza a la pena de un año y un día de prisión, cuya ejecución fue suspendida condicionándola a que D. Estanislao no delinquiese en el plazo de dos años.

QUINTO.- El acusado, D. Estanislao , se encuentra privado de libertad por esta causa desde el 11 de abril de 2020". (sic)



SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Que debo condenar y condeno a D. Estanislao , como autor criminalmente responsable de un delito de robo con violencia e intimidación en establecimiento abierto al público, con uso de instrumento peligroso y concurriendo la circunstancia agravante de uso de disfraz y de reincidencia, ya definido, a la pena de CUATRO AÑOS, SIETE MESES y DIECISÉIS DÍAS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno a D. Estanislao , como autor criminalmente responsable de un delito leve de lesiones, ya definido, a la pena de UN MES de MULTA, con una cuota diaria de DIEZ euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Todo ello con abono de las costas de este procedimiento.

En concepto de responsabilidad civil, D. Estanislao deberá indemnizar a Dña. Tarsila en la cantidad total de 140 euros. A dicha cantidad le será aplicable el art. 576 de la LEC.

Manténgase la situación de privación de libertad provisional de D. Estanislao acordada por auto de fecha 11 de abril de 2020, en tanto adquiera firmeza esta sentencia, en cuyo caso pasará a ser penado por esta causa, salvo que la misma sea revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona, o hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en esta sentencia de acuerdo con el artículo 504 de la LECrim.

En el cumplimiento de estas penas serán de abono al procesado el tiempo que cautelarmente haya permanecido privado de libertad en este procedimiento, salvo que le hubiese sido aplicada en otra causa" (sic).

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Estanislao , dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 29 de julio de 2020, (Rollo de Apelación nº 113/2020-J), cuyo Fallo es el siguiente:

"FALLAMOS: Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS, íntegramente, el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Estanislao contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Terrassa, con fecha 27 de mayo de 2020, en sus autos de Procedimiento Abreviado arriba referenciado y, en su consecuencia, CONFIRMAMOS la misma, en todos sus pronunciamientos, con declaración de oficio de las costas causadas" (sic).

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Estanislao , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a este Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Infracción de ley. Aplicación indebida del artículo 242.3 CP y artículo 24.2 de la CE y 5.4 LOPJ, toda vez que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia mi patrocinado. (sic)

Segundo.- Infracción de ley. Aplicación indebida del artículo 22.2 CP. Ejecutar el hecho mediante disfraz. (sic)

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

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 14 de abril de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 90/2020, fechada el día 27 de mayo del mismo año, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Tarrasa, condenó al acusado Estanislao como autor criminalmente responsable de un delito de robo con violencia e intimidación en establecimiento abierto al público, con uso de instrumento peligroso, con la circunstancia agravante de uso de disfraz y de reincidencia a la pena de 4 años, 7 meses y 16 días de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito leve de lesiones a la pena de 1 mes de multa, con una cuota diaria de 10 euros.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante la sentencia núm. 379, fechada el 29 de julio de 2020, desestimó el recurso de apelación promovido por la representación legal del acusado.

Contra esta resolución se interpone ahora recurso de casación. Se formalizan dos motivos.



2.- El primero de ellos se enuncia en los siguientes términos: "infracción de ley, aplicación indebida del artículo 242.3 del CP y artículo 24.2 de la CE y 5.4 LOPJ, toda vez que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia mi patrocinado" (*sic*).

Sucede, sin embargo, que la línea argumental que inspira el desarrollo del motivo no cuestiona un posible error de derecho en la calificación atribuida a los hechos imputados. Lo que se censura es la falta de racionalidad del discurso incriminatorio suscrito por el Juez de lo Penal y avalado por la Audiencia Provincial, ya que "...las inferencias (...) respecto del Sr. Estanislao son tan abiertas que en su seno caben una pluralidad de conclusiones alternativas, por lo que ninguna puede darse por probada". La rotunda negativa del acusado - aduce la defensa- y la debilidad de los indicios, debería llevar a la anulación de la sentencia.

No tiene razón la defensa. El motivo no puede prosperar.

En su minucioso y documentado informe, el Ministerio Fiscal ofrece las claves para justificar la inadmisión -ahora desestimación- de la queja que hace valer la defensa. En efecto, esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva de la vía que habilita el art. 847 de la LECrim, cuando permite el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, limitando su viabilidad al cauce previsto en el art. 849.1 de la LECrim.

Se excluye, por tanto, la posibilidad de invocar vulneración de precepto constitucional, de suerte que la impugnación sólo adquiere sentido "...cuando el objeto del recurso gira en torno a la discusión acerca del acierto en el juicio de subsunción" (SSTS 137/2018, 22 de marzo; 255/2020, de 28 de mayo y 519/2019, 29 de octubre, entre otras muchas). En este sentido se pronuncian también el ATS 21 de junio de 2018 (recaído en el recurso de queja núm. 20190/2018) y el ATS 29 de junio de 2018 (recurso de queja 20468/2018), en los que se señala que "...una cosa es que se admita, siguiendo los dictados del acuerdo plenario, la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, y otra bien distinta es que se permita el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales en los que se prescinde del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria".

Esta interpretación restrictiva, acorde con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y, sobre todo, con la generalizada extensión del recurso de apelación a raíz de la reforma de 2015, fue respaldada por el Tribunal Constitucional, que en su ATC 40/2018, de 13 de abril, inadmitió el recurso de amparo frente a una providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, acogiendo como fundamento de su decisión el tenor literal de los arts. 847.1 b) y 792.4 LECrim, el preámbulo de la Ley 41/2015, el propio Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, y la jurisprudencia de esta Sala, citando la primera STS 210/2017, de 28 de marzo; razones a las que añade la integración sistemática de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en la nueva regulación de la casación penal.

Por consiguiente, desbordando los límites de la crítica al juicio de tipicidad proclamado en la instancia, resulta obligado el rechazo del motivo, al amparo de los arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim.

3.- El segundo motivo, con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim denuncia aplicación indebida del art. 22.2 del CP, agravante de disfraz.

No basta portar una mascarilla para justificar la aplicación de esa agravante. En el presente caso, no puede afirmarse que concurra "...el elemento subjetivo que se exige para la tipicidad de la agravante cual es la intención de ocultar el rostro". A ese dato hay que añadir -se reitera por la defensa- que "...desde el pasado 12 de marzo España decretó el estado de alarma y que si bien el uso de la mascarilla no fue obligatorio hasta el mes de junio, las autoridades sanitarias recomendaban su uso a quienes pudieran tener acceso a ella. Por esta circunstancia la agravante de uso de disfraz no puede aplicarse porque no se practicó en el plenario ninguna prueba acreditativa de la concurrencia de otra intención que la de protegerse y proteger frente al contagio del COVID-19".

El motivo no puede ser acogido.

3.1.- Tiene razón la defensa cuando argumenta que la agravación de la conducta derivada del uso de disfraz sólo se justifica por el deseo preordenado de ocultar el rostro, impidiendo o dificultando así la identificación del autor. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes, como son las SSTS 1113/2009, 10 de noviembre; 183/2012, 13 de marzo; 365/2012, 15 de mayo, aunque no faltan resoluciones que debilitan la intensidad en la exigencia de esa preordenación, llegando a afirmar que "...el autoenmascaramiento del sujeto es indiferente que sea buscado de propósito o aprovechado (...) pues tanto en un supuesto como en otro es evidente el deseo de buscar la impunidad de la acción delictiva a través de ese medio de autoprotección que por ello es más reprochable" (STS 429/2000, 17 de marzo).



Hemos dicho que son tres los requisitos para la estimación de la agravante de disfraz prevista en el núm. 2 del art. 22 del CP: 1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, aunque no sea de plena eficacia desfiguradora, sea parcialmente imperfecta o demasiado rudimentario, por lo que para apreciarlo será preciso que sea descrito en los hechos probados de la sentencia; 2) subjetivo o propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o de evitar su propia identificación para alcanzar la impunidad por su comisión y así eludir sus responsabilidades; y 3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios si se utiliza antes o después de tal momento. (cfr. STS 286/2016, 7 de abril y ATS 795/2020, 12 de noviembre).

A partir de estas premisas, el casuismo jurisprudencial es muy variado, enlazando todos los supuestos con la idea de obstaculizar el conocimiento de la identidad del autor del hecho. Hemos considerado aplicable la agravante de disfraz en supuestos en los que el autor o los autores portaban "pasamontañas, pañuelos y gorros" (STS 244/2021, 17 de marzo); "pasamontañas o malla" (STS 123/2021, 11 de febrero; 731/2014, 31 de octubre y 488/2002, 18 de marzo); "pasamontañas y guantes" (STS 78/2021, 1 de febrero); "peluca, pañuelo y bufanda" (STS 833/1997, 11 de junio); "bigote y peluca" (STS 1333/1998, 4 de noviembre); "braga y cuello del jersey" (STS 1025/1999, 17 de junio); "bufanda" (STS 618/2004, 5 de mayo); "media con la que el acusado ocultaba el rostro hasta la boca" (STS 415/2004, 25 de marzo); "pañuelo que tapa la cara" (STS 1270/1999, 15 de septiembre); "una pieza textil" (STS 347/2002, 1 de marzo); "gorro y gafas" (STS 1421/2004, 2 de diciembre); "casco de motocicleta" (STS 1262/1999, 10 de septiembre).

En otras resoluciones la utilización de una mascarilla sirve de base para la apreciación de la agravante de disfraz. Es el caso, por ejemplo, de las SSTs 331/2012, 4 de mayo y 1421/2004, 2 de diciembre. Con mayor detalle, el ATS 2059/2013, 31 de octubre, asocia la agravación al empleo deliberado de "...casco, mascarilla, guantes, y un cojín que se colocó dentro de un anorak que vestía, a la altura del abdomen, para aparentar ser más gordo y dificultar más la identificación".

3.2.- Una singularidad define el caso que ahora centra nuestra atención. La *mascarilla* empleada por el acusado para dificultar su identificación en el atraco que ejecutó en el establecimiento *Plataforma de Distribución Cárnica*, sito en la calle Solsona de Tarrasa, era una mascarilla sanitaria inicialmente concebida para evitar el contagio del COVID 19. Así se desprende, pese al laconismo descriptivo del juicio histórico, de la afirmación que se contiene en el FJ 2º de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en el que aquella se describe como un objeto "...claramente diferenciable de otros de la misma especie, por la forma y los colores, (mascarilla gris oscura con válvula y piezas de agarre de color verde)".

Y si bien es cierto que esa descripción es ajena al relato de hechos probados, se trata de una puntualización morfológica de clarísimo significado fáctico. Además, su carácter sanitario es invocado por la defensa en la formalización del recurso para impedir, precisamente, la objetiva aplicación de la agravante de disfraz. Se trataría -razona la defensa- de una mascarilla de uso obligado, incluso legalmente, para evitar la propagación de la pandemia provocada por el COVID-19.

No tiene razón la defensa.

De entrada, conviene hacer una precisión inicial. Y es que, con carácter general, la aplicación de la agravante de disfraz, una vez impuesto el uso obligatorio de mascarillas sanitarias para prevenir la difusión y el contagio del COVID-19, exigiría algo más que la simple constatación objetiva de que el autor del hecho se ocultaba el rostro con una mascarilla sanitaria. De lo contrario, estaríamos alentando la idea de que el acatamiento del deber ciudadano de no contribuir al contagio de terceros impondría, siempre y en todo caso, la agravación del hecho ejecutado. Cobra, por tanto, pleno sentido la exigencia histórica de nuestra jurisprudencia -anotada *supra*- que requiere una dimensión subjetiva en la aplicación de la agravante, vinculada al propósito preordenado de hacer imposible o dificultar la identificación del autor.

En el presente caso, sin embargo, no debemos perder de vista que el uso obligatorio de la mascarilla se impuso con posterioridad a la fecha de ejecución del hecho (8 de abril de 2020). La Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicada en el BOE 20 de mayo de 2020, obligó a la utilización de mascarillas. Esa norma reglamentaria entró en vigor el 21 de mayo de 2020 y tuvo una vigencia temporal en los términos indicados en su Disposición Final Segunda. Como derecho de excepción perdió vigencia desde las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, al haberse dejado sin efecto la primera declaración de estado de alarma. Con posterioridad se han sucedido distintas regulaciones que, pese a su incuestionable interés jurídico, carecen de proyección práctica para dar respuesta al motivo formalizado por la defensa.

Por consiguiente, la invocación por la defensa del carácter obligatorio del empleo de mascarilla, de suerte que la entrada en un establecimiento público sin hacer uso de ella expusiera a una sanción al recurrente, es tan



legítima desde el punto de vista estratégico como rechazable para argumentar la incorrecta aplicación de la agravante de disfraz. En el presente caso, además, se da la circunstancia de que la dificultad de identificación de Estanislao se obtuvo mediante el uso combinado de una mascarilla sanitaria -de uso no obligatorio en aquellas fechas- y un gorro, que provocaron el efecto de ocultar el rostro del recurrente. Así se proclama en el juicio histórico, que ofrece de esta forma los presupuestos fácticos sobre los que se apoya la correcta aplicación de la agravante prevista en el art. 22.2 del CP.

4.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Estanislao contra la sentencia núm. 379, fechada el 29 de julio de 2020, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 90/2020, fechada el día 27 de mayo del mismo año, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Tarrasa.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.