



Roj: **SAP T 108/2015 - ECLI:ES:APT:2015:108**

Id Cendoj: **43148370022015100055**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **2**

Fecha: **18/02/2015**

Nº de Recurso: **16/2015**

Nº de Resolución: **75/2015**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **SAMANTHA ROMERO ADAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA

### SECCIÓN SEGUNDA

#### Rollo de apelación nº 16/2015

Procedimiento Abreviado: Juicio oral 354/2014

Juzgado de lo Penal Nº 1 de Reus

#### **SENTENCIA Nº 75/2015**

**Tribunal.**

**Magistrados,**

D. Ángel Martínez Sáez (Presidente).

Dña. Samantha Romero Adán.

Dña. M<sup>a</sup> Joana Valldepérez Machí.

En Tarragona, a 18 de Febrero de 2015

Visto ante la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por D. Celestino , representado por el Procurador Sr. Gracia Marías y defendido por la letrada Sra. Espinal, contra la Sentencia de fecha 19 de Diciembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Penal Nº 1 de Reus en el Juicio Oral nº 354/2014 seguido por delito de robo con violencia e intimidación, previsto en el artículo 242.1 y 3 del Código Penal , en el que figura como acusado D. Celestino e interviene como acusación particular la mercantil CAIXABANC, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la **Magistrada Dña. Samantha Romero Adán.**

#### **ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES**

**ACEPTANDO** los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

**Primero.-** La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: "PRIMERO: El 15 de julio de 2014, sobre las 9:45 horas, Celestino entró a la sucursal de Caixabanc sita en el PASEO000 nº NUM000 de Reus, ataviado con un gorro en la cabeza que le llegaba hasta justo encima de las cejas y con una braga en la zona del cuello que le llegaba hasta justo por debajo de la nariz, dejando deliberadamente sólo al descubierto parte del rostro, en concreto la zona de los ojos, la nariz, las cejas y la parte superior de la zona de los labios.

Una vez en la sucursal, se dirigió a la zona de caja sacando una pistola de tamaño medio-pequeño, negra, con apariencia total de arma de fuego real, con culata y disparador en la parte final, y de un calibre aproximado de 4,5 mm y apuntó con ella a un metro de distancia a la empleada Montserrat , a quien tenía frente a frente y a quien le exigió todo el dinero que hubiera, diciéndole: "dame el dinero o te mato".



Serafina , empleada de la caja que estaba al lado de su compañera y vio llegar al Sr. Hipolito de perfil, se levantó y se dirigió hacia Celestino , poniéndose frente a frente de él, entregándole al Sr. Celestino 44 euros y 70 libras esterlinas, con las que el Sr. Celestino huyó inmediatamente del lugar.

Celestino estuvo junto a las empleadas aproximadamente un minuto, un minuto y medio.

SEGUNDO: El 16 de julio de 2014, sobre las 10:30 horas, un hombre de ojos oscuros, entró a la sucursal de Cajamar sita en la Plaza Mercadal nº 17 de Reus, ataviado con un gorro en la cabeza y con una braga en la zona que va desde el cuello hasta el puente de los ojos, dejando deliberadamente sólo al descubierto la zona de los ojos.

Una vez en la sucursal, se dirigió a la zona de caja sacando una pistola de tamaño medio-pequeño, negra, con apariencia total de arma de fuego real, con culata y disparador en la parte final, y de un calibre aproximado de 4,5 mm y exhibiendo el arma, se colocó justo en frente, a un metro, del empleado de la sucursal, Samuel y a dos, tres metros al lado de la empleada, Elisa , a quienes exigió dinero, obteniendo 94.91 euros, con los que inmediatamente se dio a la fuga.

El hombre estuvo frente a Samuel aproximadamente un minuto.

No ha quedado acreditado que el hombre que entró a la sucursal de Cajamar el 16 de julio sea Celestino .

TERCERO: Celestino , el 15 de julio de 2014 era consumidor habitual de cocaína y heroína, estando en tratamiento médico para deshabituarse de dichas sustancias.

CUARTO: Celestino se encuentra en prisión provisional por esta causa desde el 26 de julio de 2014; prisión que fue acordada por Auto de esa fecha dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Reus, y ratificada el 31 de julio de 2014 por Auto de esa fecha dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Reus".

**Segundo.-** Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: "DEBO CONDENAR Y CONDENO a, Celestino como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE ROBO CON INTIMIDACIÓN Y USO DE INSTRUMENTO PELIGROSO previsto y penado en el artículo 237 , 242.1 y 242.3 del CP , concurriendo la circunstancia agravante de disfraz prevista en el artículo 22.2º del CP y la circunstancia atenuante de drogadicción prevista en el artículo 21.2º del CP , a LA PENA DE PRISIÓN DE TRES AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales causadas.

En concepto de responsabilidad civil, Celestino deberá indemnizar al legal representante de Caixabanc en la cantidad de 40 euros y 70 libras esterlinas.

Se mantiene la situación personal de Celestino , en prisión provisional por esta causa, ya que ha recaído sentencia condenatoria y no han variado los motivos que motivaron su adopción.

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A Celestino como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE ROBO CON INTIMIDACIÓN Y USO DE INSTRUMENTO PELIGROSO previsto y penado en el artículo 237 , 242.1 y 242.3 del CP .".

**Tercero.-** Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Celestino , fundamentándolo en los motivos que constan en el escrito articulando el recurso.

**Cuarto.-** Admitido el recurso y dado traslado por diez días a las demás partes para que presentasen escritos de impugnación o adhesión, el Ministerio Fiscal y la representación procesal de la mercantil CAIXABANC impugnaron el recurso de apelación presentado, con base en los argumentos esgrimidos en los escritos presentados.

## HECHOS PROBADOS

**Único.-** Se aceptan los que así se declaran en la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Con la finalidad de dotar de un orden lógico al análisis de las alegaciones que invoca el recurrente analizaremos en primer lugar las pretensiones concernidas a la ausencia de prueba de cargo contraídas a los vicios que, a su juicio, advierte respecto de la identificación del acusado. Particularmente, las invocadas acerca del valor probatorio del reconocimiento fotográfico practicado en sede policial y acerca de la que contaminación de los testigos pendientes de prestar declaración por el hecho de no haberse adoptado medidas por parte del órgano de enjuiciamiento para preservarles de la influencia que pudieran haber ejercido los que depusieron con anterioridad a la interrupción de la vista por razones técnicas. Y, finalmente abordaremos el



análisis relativo a la determinación de la suficiencia o no de la prueba de cargo en la que se asienta la condena del apelante.

Respecto de la primera de las cuestiones invocadas, hemos reiterado en numerosas resoluciones de esta Sala, que el Tribunal Constitucional en sentencias, entre otras muchas, 201/89 (RTC 1989\201 ), 217/89 (RTC 1989\217 ) y 283/93 (RTC 1993\283), ha manifestado que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba efectuados en el juicio oral, contradictoriamente, que la prueba debe ser obtenida y practicada e la forma que regula la Ley Procesal Criminal (LEG 1882\16) y que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la inmediación procesal y que esta actividad y convencimiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia, convencimiento que el Juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando esta sea la propia víctima ( SSTS 19-1 [RJ 1988\383 ], 27-5 [RJ 1988\3851 ] y 6-10-88 [RJ 1988\7676 ], 4-5-90, 9-9-92 [ RJ 1992\7098], 13- 12-92, 24-2-94, 11-10-95, 29-4-97 [RJ 1997\3380], 7-10-98 [ RJ 1998\8049]; TC 28-2-94 [RTC 1994\64]).

Centrándonos en la naturaleza de la diligencia de reconocimiento fotográfico ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo al respecto en múltiples resoluciones, entre otras, la STS núm.1353/2005, de 16 de Noviembre y la STS Núm 128/2006 de 15 de Febrero , afirmando que tales reconocimientos fotográficos no constituyen por sí solos prueba apta para destruir la presunción de inocencia, pudiendo tener eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

Ello es así, por cuanto que se trata de meras actuaciones policiales que permiten abrir una línea de investigación, en ocasiones imprescindible por cuanto que no existe otro medio apto que pueda conducir a la identificación del presunto responsable, añadiéndose que la Policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, procede la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss. LECrim (LEG 1882\16). Asimismo, refiere la misma jurisprudencia que, aunque se hubiera practicado el reconocimiento fotográfico antes de tal rueda judicial, incluso en aquellos casos en que existiera una previa identificación del sospechoso, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

Véanse en este sentido, entre otras muchas, las SSTS de 26.12.1990 (RJ 1990\10082 ), 1500/1992 (RJ 1992\5879 ), 1162/97 (RJ 1997\6498 ), 140/2000 , 1638/2001 (RJ 2001\7858 ), 684/2002 (RJ 2002\4770 ) y 486/2003 (RJ 2003\3842).

Por lo que respecta al reconocimiento en rueda el Alto Tribunal ha manifestado que se trata de una diligencia esencial pero no inexcusable. Supone un medio de identificación, no exclusivo ni excluyente, destinado y dirigido a la nominación y concreción de la persona supuestamente responsable de todo delito investigado, diligencia evidentemente inidónea en el plenario porque su ejecución sería ya imposible. Es pues una actividad probatoria de la fase instructora, por lo que los defectos graves con que la misma se haya desarrollado en su inicio, difícilmente pueden ser subsanados ya con posterioridad precisamente porque en su esencia es una prueba anticipada ( STS 500/2004 de 20.4 [RJ 2004\3451]). Sin embargo, ello no es obstáculo para que el testigo no pueda reconocer a la víctima directamente en el Plenario e inmediatamente a presencia del Tribunal, de forma que incluso un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el Plenario o viceversa cuando en la fase de instrucción se ha producido una rueda de reconocimiento con todas las formalidades legales y el reconociente no ha admitido dudas sobre la identidad del reconocido y en el Plenario las suscita, el Tribunal, previa introducción de dicha diligencia en el juicio oral, puede acoger la que le ofrezca mayor verosimilitud.

Asimismo afirman las precitadas sentencias que mediante el reconocimiento en rueda se pretende la averiguación de la verdad a medio de la identificación del acusado siempre que previamente se ofrezcan dudas de cualquier entidad, de donde se sigue que si no se plantean éstas no es una diligencia preceptiva.

También ha señalado la Jurisprudencia ( STS 1230/99 [RJ 1999\6510]) que la prueba sobre el reconocimiento no la constituye la diligencia practicada en el sumario, sino el testimonio del identificador en el Plenario ante el Tribunal de instancia, añadiendo que la diligencia de reconocimiento en rueda, aún cuando se practique a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario y del Letrado de la defensa, no pasa de ser una diligencia sumarial, pero para que la identificación efectuada en la misma adquiera la condición de prueba de cargo es necesario que, comparecido al juicio oral el reconociente y a presencia del Tribunal, pueda ser sometido al interrogatorio de las partes sobre dicha identificación ( STS 28.11.2003 [RJ 2003\9269]).



Por otra parte, la STS 590/2004 de 6 de Mayo recuerda que la diligencia de reconocimiento fotográfico es una diligencia de investigación policial previa a la imputación del delito por lo que no se puede estimar viciada por la inasistencia de letrado.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha considerado prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores, ( STC 323/1993 [RTC 1993\323] y STC 172/1997 [RTC 1997\172]).

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto debemos concluir que el reconocimiento fotográfico previo, no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

En tal sentido, debemos precisar que, en todo caso, el reconocimiento del acusado por parte del testigo en el acto de juicio, sin ningún género de dudas, es suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia, incluso, aunque existieran irregularidades en la diligencia de reconocimiento fotográfico o de reconocimiento en rueda.

Descendiendo al concreto supuesto analizado debemos significar que en el presente supuesto no se plantean dudas acerca de la identidad del autor de los hechos. Nos pronunciamos en tal sentido, por cuanto al testigo Sra. Serafina identifica al acusado sin ningún género de dudas en el acto de juicio oral, tras un minucioso examen de su persona, en tanto no se limitó a observarle fugazmente sino, antes al contrario, se aproximó a él y, tras examinarlo de perfil (posición en la que se encontraba al tiempo de producirse los hechos en el interior de la sucursal bancaria), lo reconoce sin ningún género de dudas. El reconocimiento así efectuado, de forma minuciosa y no meramente fugaz, dispone de virtualidad incriminatoria en la medida en la que tal identificación dispone de garantías suficientes por cuanto la testigo, en el momento en el que se producen los hechos, disponía de condiciones óptimas para apreciar las características físicas de su autor era de día, había luz solar y tuvo al asaltante frente a ella y, además tal reconocimiento resulta coincidente con el efectuado tanto en sede policial como con el efectuado en sede sumarial. Asimismo dicha testigo reconoció el arma intervenida en la causa como un arma de similares características a la que fue utilizada en el atraco, arma muy similar a la que el acusado reconoció como propia.

Asimismo la citada testigo describe al autor de los hechos como un varón de edad madura, con una especie de bigote y una nariz prominente. Dicha descripción coincide con la efectuada por la testigo Sra. Montserrat cuando afirma que el autor de los hechos era un varón de unos cincuenta años,, de aspecto delgado, con el rostro marcado, arrugas, nariz grandecita y bigote, circunstancia que viene a reforzar el valor incriminatorio del reconocimiento efectuado por la anterior testigo, no obstante estimar el Juzgador "a quo" que el reconocimiento efectuado por esta segunda testigo no ofrece garantías suficientes como para dotarle de suficiencia incriminatoria. Si a ello además se añade que tales características físicas expresadas de forma espontánea por la testigo ya en sede policial, con anterioridad a dar inicio a la diligencia policial de reconocimiento fotográfico, resultan coincidentes con las que presenta el acusado quien cuenta con 55 años de edad, es delgado, moreno de piel, rostro marcado y con arrugas.

En otro orden de cuestiones debemos señalar que no advertimos la influencia que afirma la defensa pudieron ejercer los testigos que ya habían declarado sobre los testigos pendientes de prestar declaración durante la interrupción del acto de juicio si se analiza la coincidencia del testimonio prestado en el acto de juicio oral por ambas con el ya prestado por las testigos en fases anteriores del procedimiento. Además de esta circunstancia debe valorarse el modo en el que aquéllas suministraron la información de la que disponían al órgano de enjuiciamiento, esto es, tras un reflexivo y minucioso examen del acusado, en el primero de los casos, advirtiéndose asimismo una extraordinaria sinceridad en la deponente, circunstancia que podemos predicar de forma extensiva a la segunda de las testigos cuyo reconocimiento plenario, valorado conjuntamente con el resultado de las anteriores diligencias de identificación que llevó a cabo, se estimó insuficiente para erigirse en prueba de cargo en atención a las dudas que de forma sincera expresó la testigo, no obstante la rotundidad que mostró al definir las características físicas del autor de los hechos. En su consecuencia, no advertimos que la información suministrada por ambas testigos en el plenario responda a la influencia contaminante de la información que pudieran haber recibido de los testigos que habían depuesto en primer lugar, en caso de haberse producido la circunstancia que alega la defensa, sino que, antes bien, responde, por sus características a un fiel relato de los hechos por ellas percibidos directamente.

En síntesis, la prueba plenaria ha permitido alcanzar la certeza de que el autor del hecho, respecto del que las testigos no tenían conocimiento previo, ni ánimo espurio alguno constatado, es el acusado, en la medida en la que se advierte una plena coincidencia entre las características físicas que presenta con las descritas por aquéllas, circunstancia que, unida a la rotundidad de la primera de las testigos en el reconocimiento plenario



efectuado, a la convergencia de los rasgos que describe la segunda de las testigos con los expresados por la primera deponente y a las coincidentes características entre el arma que tras ser exhibida fue reconocida por la primera de ellas, con las del arma que el acusado reconoce como propia, permiten dotar de suficiencia incriminatoria a la prueba de cargo practicada en la que se sustenta el pronunciamiento de condena. Y ello, no obstante la versión exculpatoria que sostiene el acusado cuando afirma hallarse en otro lugar cuando se produjo el hecho.

**Tercero.-** En cuanto al error en la calificación jurídica que invoca la parte apelante debemos significar que el concepto y naturaleza de la violencia e intimidación y el marco temporal en el que debe ser ejercida para su apreciación ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia. Así la STS 10 de Octubre de 2006 dispuso que cuando los actos de violencia e intimidación se desarrollan antes de la consumación del delito y tienen por objeto vencer la resistencia personal que impide al culpable la disponibilidad del bien codiciado, estamos ante un delito de robo, "ya afloren las violencias antes, durante o después de la aprehensión material de las cosas" e igualmente se entiende que concurre el tipo de robo en todos los supuestos en los que se emplee fuerza física sobre otro o cuando se amenaza en forma inminente con su empleo, pues tal amenaza tiene ya el efecto coactivo corporal que excluye el ejercicio del derecho a la libertad del coaccionado y da lugar a la intimidación ( STS de 28-2-1998, núm. 255/1998 [RJ 1998\4078]).

Finalmente la STS de 29 de Enero de 2002 por remisión a la STS 12-4-1999 [RJ 1999\3114]) dispone que "la violencia y la intimidación suponen, respectivamente, una conducta que por sí misma suponga una efectiva lesión de un bien jurídico eminentemente personal protegido por la norma penal.

Dicha conducta debe ser relevante, jurídicamente típica, y ejercerse de forma incontestada, pues de mediar consentimiento la conducta carecería de la nota de relevancia penal, es decir, carecería de la entidad suficiente para limitar la voluntad del sujeto pasivo que la recibe y no ha de olvidarse que en el delito de robo la conducta violenta o intimidatoria va dirigida, precisamente, a vencer la voluntad del sujeto pasivo contrario al desapoderamiento de un bien mueble que le pertenece o detenta. La diferencia entre la violencia y la intimidación radica, precisamente, en que la primera consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo, en defensa del bien jurídico mueble bajo su ámbito de dominio en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien mueble que se pretende sustraer".

Sentado lo anterior, debemos concluir que la conducta del acusado consistente en acceder al interior de la sucursal bancaria esgrimiendo un arma y exigiendo dinero, sosteniendo aquélla en todo momento, con la que apuntó un metro de distancia a la empleada al tiempo que profería expresiones como "dame el dinero o te mato", es susceptible de incardinarse en el concepto de intimidación al que se refiere el tipo por cuanto que, con dicha actuación conjunta, el acusado pretendía anular la voluntad de los presentes y mermar su capacidad de decisión con la finalidad de que fueran atendidas sus pretensiones ante el temor de que éste pudiera producir algún menoscabo para su integridad física y, ello es así, por cuanto que, otra de las empleadas le entregó el dinero que demandaba, tras lo cual el acusado huyó del lugar. Advirtiéndose asimismo de tal relato circunstanciado de los hechos el ánimo evidente del acusado de obtener un beneficio patrimonial ilícito y, ello con independencia de la entidad del botín del que finalmente consiguió apropiarse.

**Cuarto.-** Asimismo cuestiona la parte apelante que al arma empleada en el atraco le resulte predicable la consideración de instrumento peligroso por tratarse de un arma simulada.

En tal sentido, la STS nº 1122/2003, de 8 de septiembre (RJ 2003\6200) dispuso que «la agravación penológica establecida en el precepto es de carácter estrictamente objetivo, debiéndose en cada caso discernir sobre el instrumento utilizado por el acusado para verificar si sus características permiten integrar aquél en los términos «armas» o «medio igualmente peligroso», señalando la STS nº 445/2003 de 1 de Septiembre, con remisión a las sentencias de 21 de abril de 1993 (RJ 1993\3165), 10 de febrero de 1995 (RJ 1995\806) y 29 de abril de 1996 (RJ 1996\3764), que el fundamento del mayor reproche antijurídico que encierra el subtipo agravado del último párrafo del art. 501 del CP (actual art. 242.3 CP), se encuentra "en el mayor riesgo que para la vida o la integridad física de la víctima representa la utilización de armas y objetos peligrosos que, aunque pudieran ser inicialmente usados con fines sólo de intimidación, pueden pasar a ser efectivamente empleados en agredir causando efectos letales o de grave vulneración física, pronunciándose en idéntico sentido la STS 1455/2002 de 13-9 (RJ 2002\8651) al tiempo que la STS 417/99 de 16 de marzo (RJ 1999\2111) y la STS 1401/99 de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000\309) cuando señalan que tal uso implica el empleo de instrumentos susceptibles de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor del desapoderamiento, creando un mayor riesgo al atacado, con mengua afectiva de su capacidad de defenderse.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo llegó a declarar la condición de medio peligroso a las pistolas simuladas con apariencia de reales, acentuando el fundamento



subjetivo de la agravación por la intensidad de la intimidación, criterio ya abandonado, con acierto, al destacar que por aparentes que fueran «no pueden desencadenar nunca el peligro efectivo de lesión que la fundamenta» ( STS 5-2-1988 [RJ 1988\899]) proporcionándose un nuevo concepto de medio peligroso a partir de la STS de 6-11-1990 (RJ 1990 \8669) como «todo instrumento que tiene un poder mortífero o vulnerante, potenciando, aumentando o consolidando la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intervención de su portador». Es decir, el medio peligroso debe serlo objetivamente como refuerzo de una finalidad perseguida.

Así la jurisprudencia posterior (cfr. STS 16-3-1999 [RJ 1999\2111]) nos indica que la agravación por el medio peligroso y el arma supone el empleo de un instrumento susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor del desapoderamiento creando un mayor riesgo al atacado con mengua efectiva de su capacidad de defenderse. El arma o medio peligroso debe ser un instrumento objetivamente peligroso susceptible de producir daño a la vida, a la integridad o a la salud del sujeto que recibe la intimidación, aumentando el riesgo y la capacidad agresiva del autor al tiempo que trata de impedir las posibilidades de defensa del perjudicado y de actuar una voluntad contraria al desapoderamiento. (Cfr. además de la citada SSTS 22-9-1998 [RJ 1998\6540 ], 12-4-1999 [RJ 1999\2306 ], 22-4-1999 [RJ 1999\4123], etc.).

Resumiendo, las características de las armas y de los medios peligrosos se derivan de: a) su naturaleza objetiva, pues el medio, por sí mismo, debe serlo, lo que nos permite descartar aquellos instrumentos que aunque generen temor o miedo, objetivamente no lo son; b) su empleo, y dentro de este término cabe la llevanza, pues debe crear o potenciar una situación de riesgo para la vida, la integridad y la salud; y c) su utilización debe estar dirigida, de medio a fin, al desapoderamiento de un bien mueble, pues la violencia o intimidación típica es instrumental al delito de robo y con su empleo debe constreñirse la voluntad del sujeto pasivo al desapoderamiento.

Sin embargo, debe apuntarse que se han considerado como peligrosas aquéllas armas que, aún inutilizadas para el disparo disponen de unas características físicas como el peso o el material consistente utilizado para su fabricación que lo conviertan en un instrumento peligroso por su contundencia ( STS de 13 de Septiembre de 2002 ), integrándose en el presupuesto de la agravación como arma o medio peligroso las botellas de cristal ( STS 16-3-1999 ), gas mostacilla (22-9-1998 ), revólver simulado de estructura metálica compacta ( STS 22-4-1999 ) etc, y respecto de esta última señala la STS de 27 de Febrero de 2002 que "La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que las pistolas de fogeo, detonadoras e incluso simuladas son instrumentos o medios aptos para ser subsumidos en el empleo o uso de las armas o medios peligrosos a que se refiere el tipo penal agravado. En el presente caso, además, la Audiencia subraya la doble peligrosidad consistente, por un lado, en su utilización a corta distancia, y, por otro, en su empleo con medio contundente para vencer la resistencia de la víctima. Tampoco debemos olvidar que la exhibición del arma simulada por sí sola genera psíquicamente en la víctima una situación de temor o desasosiego que multiplica el peligro potencial de aquélla. Por lo tanto los argumentos aducidos por el recurrente no pasan de ser meras especulaciones carentes de fundamento jurídico".

Acerca del arma debemos precisar que no ha resultado probado que la intervenida sea el arma utilizada en acto depredatorio, no obstante presentar similitudes con aquélla si se atiende a la declaración prestada por una de las testigos. Por lo tanto, aún asumiendo la similitud entre ambas, el relato de hechos probados no aporta en lo concernido a su descripción elementos suficientes como para conceptuarla en la categoría doctrinal de instrumento peligroso. Toda vez que, como resulta de la jurisprudencia aplicable, para tal conceptualización no resulta suficiente que el arma disponga de apariencia real y sea susceptible de atemorizar a las personas frente a las que se esgrime con la intención de obtener de ellas el desplazamiento patrimonial pretendido (elementos que sí resultan de la descripción contenida en la declaración de hechos probados), sino que se exige que disponga de unas características físicas como el peso o el material consistente utilizado para su fabricación que la conviertan en un instrumento peligroso por su contundencia. Y, en tal sentido, el relato de hechos probados resulta huérfano de toda descripción concernida a tales características, integrándose en la misma como única característica que se trataba de de una pistola de tamaño medio-pequeño, elemento característico que nos aboca a la estimación del motivo invocado si se atiende al hecho de que, por las similitudes advertidas entre el arma descrita por la testigo y la intervenida, partimos de la consideración de que nos hallamos en presencia de un arma que no es de fuego ni puede ser transformada para serlo y cuyo estado de funcionamiento no es correcto.

**Quinto.-** Finalmente, pretende la defensa que se deje sin efecto la aplicación de la agravante de disfraz aduciendo para ello la inidoneidad del medio empleado en atención a la identificación del acusado como autor del hecho.

Respecto de la agravante de disfraz el ATS 991/2012, de 31 de Mayo , con remisión a la STS 207/2000, de 18 de Febrero , establece que la agravante de disfraz está integrada por un elemento objetivo (uso de un medio



apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona) y otro subjetivo (el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad).

De modo más extenso y preciso la STS 670/2005 de 27 de Mayo , estudia los requisitos cuya concurrencia es necesaria para apreciar la citada agravante y argumenta que el disfraz se ha configurado, doctrinal y jurisprudencialmente, "como el empleo de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia externa de una persona" cuya aplicación exige que sea utilizado al tiempo de la comisión del delito y con la finalidad de facilitar la realización del mismo, dificultando la identificación del autor.

Cuando el disfraz se utiliza no tanto para permitir o facilitar el delito como para evitar la identificación del autor del hecho ilícito, la agravante exige la concurrencia de tres requisitos: 1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona; 2) subjetivo o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades; y 3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento.

Abundando en lo anterior, la STS de 25 de Junio de 2002 dispuso: " El presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés» ( STS de 17 de junio de 1999 )", desapareciendo la razón de ser de la agravante cuando el interesado se desprende en el escenario del delito del medio que oculta su rostro ( STS de 8 de febrero de 2000 ).

De acuerdo con lo dispuesto anteriormente, debemos manifestar que los medios utilizados por el acusado (gorro y braga) resultan hábiles en principio para evitar la identificación o, cuando menos dificultarla, en tanto disponen de aptitud para cubrir el rostro, ocultando los rasgos identificativos más significativos, y fueron utilizados por el acusado al tiempo de llevar a cabo los hechos, si se atiende a la circunstancia de que las víctimas señalan que, el acusado al acceder al interior de la entidad bancaria y durante todo el desarrollo de la secuencia delictiva, lo hizo pertrechado con tales medios aptos para dificultar la identificación. En todo caso, debemos precisar que, no es necesaria para conceptuar la agravación la circunstancia de que el sujeto consiga su propósito para la que no se exige otro requisito que la utilización de medios que, en abstracto, sirvan a tal fin, de modo que, ninguna relevancia merece a efectos de desvirtuar la concurrencia de la citada agravación el hecho de que las víctimas logran finalmente identificar al mismo.

**Sexto.-** La no apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 242.3 del Código Penal , nos sitúa en el marco penológico descrito en el tipo básico ( art. 242.1) que oscila entre los dos y los cinco años de prisión. Junto a ello debemos valorar la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz prevista en el art. 22.2 del Código Penal y la atenuante de drogadicción prevista en el art. 21.1 del mismo texto legal , circunstancias que, a efectos de individualización de la pena a imponer, nos conducen a la aplicación de la regla individualizadora prevista en el art.66.7 del citado texto legal . En su consecuencia, tomando en consideración las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal concurrentes, la entidad de la intimidación ejercitada manifestada tanto en atención a las expresiones vertidas por aquél como en atención al uso de un arma de apariencia real capaz de vencer la voluntad de las víctimas ante el temor real de padecer un menoscabo en su integridad física, estimamos proporcionada a la antijuridicidad del hecho y culpabilidad del autor la imposición de una pena de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida.

**Séptimo.-** En materia de costas, en aplicación analógica de lo dispuesto en los arts. 398 y 394 LEC en relación con lo dispuesto en el art. 239 y 240 LECrim , atendida la estimación parcial del recurso, procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

LA SALA ACUERDA:

- a) **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Celestino .
- b) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha 19 de Diciembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Penal Nº 1 de Reus en el Juicio Oral nº 354/2014 .
- c) **DEJAR SIN EFECTO** la aplicación del subtipo agravado previsto en el art. 242.3 del Código Penal .



d) IMPONER a Celestino como autor responsable de un delito de robo con intimidación previsto en el art. 242.1 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de disfraz prevista en el art. 22.2 del Código Penal y la circunstancia atenuante de drogadicción prevista en el art. 21.1 del mismo texto legal , la pena de 2 años y 3 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia.

e) DECLARAR DE OFICIO las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta es nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ