



Roj: STS 3058/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3058
Id Cendoj: 28079120012015100411
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2413/2014
Nº de Resolución: 435/2015
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ANDRES PALOMO DEL ARCO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por las representaciones procesales de Cesareo y Héctor contra Sentencia de fecha veintiuno de abril de 2014, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en causa seguida contra los mismos por delito de robo con violencia, tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal; estando los recurrentes, Cesareo y Héctor representados por la Procuradora Sra. Carmona Alonso y Sra. Díaz Solano respectivamente; como parte recurrida, intervienen Romulo y la mercantil Ferratrus, S.L., representados por la Procuradora Sra. Arnés Bueno.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 9 de Málaga, tramitó Sumario núm. 3/2008, contra Cesareo, Héctor y otros no recurrentes, por delito de robo con violencia, tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Tercera (Rollo núm.10/2008) dictó Sentencia en fecha 24 de abril de 2015 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

"Se declaran probados los siguientes hechos:

Que Abilio, Cesareo y Héctor, concertaron efectuar un robo en una empresa de construcción denominada Ferratrus sita en la C/ Sardiná de esta localidad el día 15 de septiembre de 2006, al conocer que era día de pago a los empleados puesto que un primo de Abilio trabajaba allí. Que los tres de forma conjunta planearon el robo distribuyéndose las diversas funciones y reconociendo el terreno en varias ocasiones antes de cometer el atraco.

En ejecución del plan previsto, el mencionado día 15 de septiembre de 2006, Abilio e Cesareo compran dos monos de trabajo de color azul, que más tarde utilizaran par el robo. Posteriormente entre las 10:30 y 12:00 horas pasaron en varias ocasiones en una moto marca honda de color oscuro por varias calles próximas al lugar de los hechos; que recogieron a Héctor y los tres subidos en el ciclomotor se dirigieron a la FINCA000 donde Abilio e Cesareo se pusieron los monos de trabajo que habían comprado previamente y los tres estuvieron ultimando el robo acordando que Abilio llevaría un cuchillo, Cesareo una pistola y Héctor no llevaría armas, siendo este último el que conduciría la motocicleta hasta la nave. Sobre las 12:20 horas, los tres se dirigen hacia la nave de la empresa Ferratrus sita en la C/ Sardiná, entrando en la oficina que hay en el interior de la nave, Abilio portando un cuchillo, Cesareo portando una pistola y Héctor sin arma alguna, todos portando en la cabeza sendos cascos de motocicleta de tipo integral que les tapaban la cara. Que se dirigen hacia Romulo (que es uno de los dueños y administrador de la empresa), única persona que se encontraba en el interior de la oficina en ese momento y esgrimiendo las armas le conminaron para que le diera el dinero manifestándole que sabían que allí había dinero. Que se apoderan de los sobres que contenían el dinero y cuando procedían a marcharse Romulo intentó impedirlo, teniendo un forcejeo con Abilio al que logra quitarle el casco y la camiseta que le tapaba la cara, cayéndose algunos de los sobres en el forcejeo en

uno de los cuales quedan impresas huellas dactilares de Abilio . Que cuando Romulo está forcejeando con Abilio , Cesareo le apunta con el arma y le dispara en el brazo derecho, saliendo los tres acusados corriendo; que Romulo sale detrás de ellos disparándole nuevamente Cesareo esta vez en la pierna; Que los tres acusados suben a la moto que es conducida por Héctor y ya en la moto Cesareo dispara a Romulo en otras tres ocasiones impactándole las tres veces en la pierna, consiguiendo los tres huir llevándose el dinero que ascendía a 36.000 euros así como un teléfono móvil y una cámara de fotos digital. Que posteriormente se dirigieron a la carretera de Olías donde, en una cañada que hay pasada la venta de las maravillas, ocultaron los dos monos de trabajo azul, un casco de motorista, el cuchillo y varios sobres vacíos de la empresa, los cuales fueron encontrados por la policía por las indicaciones que les dio Abilio al ser detenido. Que en uno de los monos se encuentran restos biológicos de los cuales se logra extraer ADN que coincide con el perfil genético de Cesareo .

Como consecuencia de los disparos Romulo sufrió heridas por arma de fuego en extremidad superior derecha y en ambas extremidades inferiores, por las que fue sometido a intervención quirúrgica para extracción de proyectiles, necesitando posteriormente curas locales, antibióticos vía oral y analgésicos. La curación de estas lesiones exigió siete días de estancia hospitalaria y supuso, además, 23 días de impedimento par las ocupaciones habituales. La curación se produjo con las siguientes secuelas: 4 cicatrices redondeadas en muslo (tres en muslo derecho y una en muslo izquierdo) y una lineal en brazo derecho. Las lesiones no afectaron a ningún órgano vital.

Que el arma de fuego con la que Cesareo disparó a Romulo no ha sido hallada si bien en la inspección llevada a cabo por la Policía Científica se intervinieron cinco vainas metálicas, percutidas troqueladas "SPEER 25 AUTO" y "S&B 6,35 Br" y tres balas blindadas disparadas. Que ninguno de los acusados estaba en posesión de licencia de armas.

Que Abilio , tenía ligeramente disminuidas sus facultades volitivas como consecuencia de su adicción a la cocaína.

Que Cesareo (sic) había sido condenado anteriormente por un delito de lesiones en sentencia firme de 24 de septiembre de 2004 dictada por el Juzgado de Penal nº 8 de Málaga en la causa 227/2004 (Ejecutoria 591/2004)".

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

" FALLAMOS

*Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Felipe Arribas Moreno , por falta de acusación, del delito de encubrimiento del que venía siendo acusado.*

*Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Cesareo como autor responsable de **un delito de robo con violencia con uso de armas de los artículos 237 y 242.1 . y 3 CP** , concurriendo la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de **4 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena**, como autor responsable de **un delito de lesiones agravado del artículo 148.1 CP** concurriendo las agravantes de disfraz y de reincidencia y la atenuante de dilaciones indebidas, a la **pena de 4 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la accesoria de prohibición de aproximarse a Romulo a su domicilio o lugar de trabajo y comunicarse con el por cualquier medio por un período de cinco años y como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1 CP** concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la **pena de un año y dos meses de prisión** , inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de un tercio de las costas causadas.*

*Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Abilio como autor responsable de un **delito de robo con violencia con uso de armas de los artículos 237 y 242.1 . y 3 CP** , concurriendo la agravante de disfraz y las atenuantes de dilaciones indebidas y la analógica de drogadicción, a la **pena de 3 años y 6 meses años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena**, como autor responsable de un **delito de lesiones agravado del artículo 148.1 CP** concurriendo la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones indebidas, a la **pena de 2 años de prisión**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la accesoria de prohibición de aproximarse a Romulo a su domicilio o lugar de trabajo y comunicarse con él por cualquier medio por un período de cinco años y como autor responsable de un **delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1 CP** concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la **pena un año de prisión** , inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de un tercio de las costas causadas.*

Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Héctor como autor responsable de un **delito de robo con violencia con uso de armas de los artículos 237 y 242.1 . y 3 CP** , concurriendo la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones indebidas, a **la pena de 3 años y 6 meses de prisión** e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como autor responsable de un **delito de lesiones agravado del artículo 148.1 CP** concurriendo la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones indebidas, a **la pena de 2 años de prisión** , inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la accesoria de prohibición de aproximarse a Romulo a su domicilio o lugar de trabajo y comunicarse con él por cualquier medio por un período de cinco años y como autor responsable de un **delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1. CP** concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a **la pena de un año de prisión** , inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de un tercio de las costas causadas.

Abilio , Cesareo y Héctor , indemnizarán, conjunta y solidariamente, a Romulo (sic) con la cantidad de 17.280,2 euros y a la entidad FERRATRUS S.L. en la cantidad de 36.000 euros con el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia, firme que sea.

Abónese a los condenados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta el tiempo que hubieren estado privados de libertad por esta causa, y ello siempre que no le hubiese sido aplicado a otra.

Líbrese testimonio de la presente resolución a la Policía Local, Policía Nacional y Guardia Civil del lugar del domicilio de la víctima Romulo , para que vigilen el cumplimiento de la pena de alejamiento e incomunicación que se impone en esta resolución. Indíquese en oficio adjunto cual sea el domicilio concreto de aquélla.

Firme esta resolución, dese traslado al Ministerio Fiscal, a la acusación particular y a la defensa para que el primero informe y el resto alegue lo oportuno en cuanto a la posible suspensión de la ejecución de las penas de prisión impuestas en esta sentencia, para cuya supuesta concesión será imprescindible el abono de las responsabilidades civiles, incluidas, en su caso, las que han de cuantificarse en fase de ejecución de sentencia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Cesareo y de Héctor , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Los recursos de casación interpuestos se basaron en los siguientes **MOTIVOS:**

La representación procesal de Cesareo :

Motivo Primero. - Por infracción del precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim , al haber quebrantado la sentencia que se recurre el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE .

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el artículo 22.8 CP en relación con el artículo 148.1 CP . (En caso de inadmisión del primer motivo de casación)

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por inaplicación de la circunstancia de dilaciones indebidas, prevista en el artículo 22.6 CP , con carácter de muy cualificada (En caso de inadmisión del primer motivo de casación).

La representación de Héctor :

Por quebrantamiento de forma :

Motivo Único.- Al amparo del núm. 1 del artículo 851 de la LECrim , al no expresarse en la sentencia de forma clara y terminante cuáles son los hechos que se consideran probados o existir manifiesta contradicción entre los mismos.

Por infracción de Ley :

Motivo Primero.- Al amparo del núm. 2 del artículo 849 de la LECrim , pues ha existido error en la valoración de la prueba documental obrante en autos.

Motivo Segundo.- Al amparo del núm. 2 del artículo 849 de la LECrim , por infracción de los arts 242, 1 y 3 , 148.1 ; 564.1.1 y 28 párrafo 1º del CP .

Motivo Tercero.- Al amparo del núm. 2 del artículo 849 de la LECrim , por infracción del art. 20.1 y 20.2 del CP de 1995 , por la no aplicación de la circunstancia de atenuación por drogadicción, siquiera fuera como analógica.

Motivo Cuarto.- Al amparo del núm. 2 del artículo 849 de la LECrim , por infracción del art. 21.5 del CP de 1995 , por la no aplicación de la circunstancia de atenuación por reparación del daño o disminución de sus efectos.

Motivo Quinto.- Al amparo del núm. 2 del artículo 849 de la LECrim , por la no aplicación de la circunstancia analógica de atenuación del art. 21.7 en relación con el art. 19 del CP .

Motivo Sexto.- Al amparo del núm. 2 del artículo 849 de la LECrim , por infracción del art. 21 núm. 6 del CP , al no aplicarse dicha circunstancia en la sentencia como muy cualificada, al contenerse consignados hechos que evidencian la concurrencia de la misma, con infracción por su no aplicación del art. 66 del CP , con reducción de la pena en un grado.

Por infracción de preceptos constitucionales :

Motivo Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim y nº 4 del art. 5 de la LOPJ , al haberse vulnerado el derecho de mi mandante a la tutela judicial efectiva, reconocido como derecho fundamental por el art. 24.1 de la CE por falta de motivación de la sentencia en relación con la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Motivo Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim y nº 4 del art. 5 de la LOPJ , al no haberse respetado en la sentencia el derecho de mi mandante a la defensa, que como derecho fundamental reconoce el art. 24.2 de la CE con quebranto del principio acusatorio, causando indefensión al recurrente.

Motivo Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim y nº 4 del art. 5 de la LOPJ , al no haberse respetado en la sentencia el derecho de mi mandante a un proceso con todas las garantías, que como derecho fundamental reconoce el art. 24.2 de la CE .

Motivo Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim y nº 4 del art. 5 de la LOPJ , al no haberse respetado en la sentencia el derecho de mi mandante a la presunción de inocencia, que como derecho fundamental reconoce el art. 24.2 de la CE .

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión de todos los motivos formulados, impugnando los mismos, y solicitando su desestimación de conformidad con lo alegado en su informe de fecha 10 de marzo de 2015. Asimismo, la representación de Romulo y de Ferratrus, S.L. interesa igualmente la inadmisión de los motivos aducidos así como su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiere.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 1 de julio de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Cesareo

PRIMERO. - El primer motivo lo formula por infracción del precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECr , el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE .

En su argumentación analiza la prueba de cargo ponderada por el Tribunal de instancia y reprocha por una parte que se otorgue esta calificación a la declaración de los coimputados en sede policial, cuando no fue ratificada por ninguno en sede judicial; y por otra otorga explicación de descargo sobre los otros indicios utilizados: a) el tiempo que medió desde que Carlos , el hermano de Romulo los vio pasar a los tres en la moto, hasta la sustracción y los disparos, no fue de diez minutos, sino a menos de cuarenta (Carlos los ve a las 12:10 y Romulo a preguntas del Ministerio Fiscal, contesta que aquello -el robo- ocurrió a la una menos diez, menos cuarto, por lo que entiende viable que el recurrente desistiera del robo y se encontrara un sustituto en ese intervalo de tiempo; y b) el hallazgo de ADN del recurrente en uno de los monos utilizados en el atraco, se explica porque fue a comprar uno a un establecimiento cerca de la Plaza de Toros y se lo probó un par de ocasiones o tres.

El motivo debe ser desestimado, porque aún prescindiendo de la incidencia valorativa de las declaraciones efectuadas en sede policial, los otros dos indicios restantes gozan de gran fuerza concluyente, al ser vistos los inculpados en la motocicleta dando vueltas en las proximidades del lugar de autos momentos

antes del atraco y detectar el ADN del recurrente en uno de los monos utilizados; pues carece de virtualidad de descargo que el tiempo que medió entre su estancia en las proximidades acompañado de los otros coautores y la comisión delictiva, fuere de 15, 30 ó 45 minutos, ya que en ese tiempo no es razonable que de tiempo a un recambio personal o dicho de otro modo: a buscar, encontrar, proponer y que se aceptara participar en un hecho de esa naturaleza sin más y volver al lugar de autos para su ejecución sin solución de continuidad; ni tampoco, que sea el ADN, que se encuentra, el de quien meramente se prueba el mono y no de quien con el mismo puesto durante un tiempo prolongado, donde media un período de fuerte estrés y realiza alguna carrera, aunque fuere corta; pues es justamente en esta última situación donde el sudor cobra efectiva posibilidad.

Pero también, porque siendo cierto que la jurisprudencia citada por la sentencia sobre el valor probatorio de las declaraciones efectuadas en Comisaría, no ratificadas a presencia judicial (como es el caso, pues ni Abilio ni Héctor se ratifican), resulta ampliamente sobrepasada, tanto por la jurisprudencia constitucional, como de esta Sala Segunda; existen en autos circunstancias que determinan, aunque las manifestaciones policiales de Abilio no integran medio de prueba, que puedan considerarse objeto de prueba.

Dadas las reticencias que originaba jurisprudencia como la citada por la sentencia recurrida, en Pleno no jurisdiccional del 28 de noviembre de 2006, esta Sala Segunda, adoptó el siguiente Acuerdo: *las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la Jurisprudencia.*

Cuyo alcance, no pacífico, resultó clarificado tras la STC 68/2010, de 18 de octubre, donde tras superar algunas disensiones minoritarias previas (*ad exemplum* SSTC 79/1994, 51/1995, ó 206/2003), por el Tribunal Constitucional se indicaba que las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales, no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituída, en cuanto que no se efectúan en presencia de autoridad judicial; y por ello, tampoco es dable la valoración de los testimonios de los agentes policiales que presenciaron la declaración, en la medida que integran la corroboración del testimonio de coimputado cuya invalidez probatoria se acaba de describir.

Es relevante, la STC 165/2014, de 8 de octubre, donde tras proclamar que "la declaración autoinculpatoria en el curso de las diligencias policiales no es una prueba de confesión pero sí una de manifestación voluntaria y libre documentada que cuando se realiza con observancia de requisitos legales adquiere existencia jurídica. De una parte, como elemento de contraste con las declaraciones judiciales posteriores, incidiendo en su propia credibilidad. De otra, la declaración policial puede contener datos cuya veracidad resulte comprobada mediante verdaderos medios de prueba", en el análisis del concreto supuesto de autos, en el fundamento jurídico sexto, in fine, esta STC 165/2014, concluye:

Por una parte se considera acreditado el contenido de las autoinculpaciones en atención a la declaración en el plenario de la víctima supérstite, que dio detalles de las acciones llevadas a cabo por las dos personas que les asaltaron y que resultan coincidentes con lo declarado por los recurrentes en sede policial. En concreto, que "el conductor que tapaba la cara con una braga y una gorra, sacó una pistola al dirigirse al coche, el otro llevaba una braga algo oscura y un cuchillo. Cuando llegó a la ventanilla, el piloto sacó la pistola y apuntó a Rosendo. Los dos hablaron y les pidieron lo que tuvieran. El de su lado intentó abrir la puerta. Rompió la ventanilla en ese momento el que estaba por el lado de Rosendo dijo vamos que le disparo...". Afirma el Tribunal Supremo que esta coincidencia solo puede tener por explicación la presencia de los recurrentes en el lugar de los hechos.

*De otra parte, quedó demostrada la veracidad de su relato, al haberse acreditado por otros medios de prueba la participación en los hechos de don Pablo Jesús, a quienes los recurrentes atribuyeron la autoría material del disparo mortal "a cañón tocante", siendo así que tal participación quedó posteriormente acreditada mediante prueba pericial que evidenció la existencia de restos de pólvora en su mano y por el hallazgo en su domicilio de documentos y prendas con restos de sangre de la víctima. Igualmente pone de relieve la **Sala de lo Penal** del Tribunal Supremo la contradicción en que incurrieron los recurrentes en la diligencia de careo que se practicó en el juicio oral, dando tres versiones dispares acerca de la razón por la que inculparon a Pablo Jesús en sus declaraciones policiales.*

Estos elementos probatorios, ajenos a las declaraciones autoinculpatorias pero que acreditaron la veracidad de éstas, son los que han llevado a los órganos de la jurisdicción penal a alcanzar un juicio sobre la responsabilidad penal de los demandantes, sin incurrir en vulneración de sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

En congruencia con esta doctrina, ya observada y anticipada en algunas resoluciones, como la STS núm. 726/2011, de 6 de julio, se avanzaba en la línea constitucional descrita:

...si en la declaración policial autoinculpatoria, que no opera en sí misma como prueba de cargo, se contienen datos objetivos cuya existencia es después comprobada mediante otras diligencias, estas diligencias, incorporadas debidamente al juicio oral, por ejemplo a través de la testifical de quienes las practicaron y la aportación material de sus resultados, pueden ser valoradas como elementos relevantes dentro de un razonamiento inferencial al objeto de establecer conclusiones en el aspecto fáctico.

...Por lo tanto, cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal puede proceder a la valoración de la comprobación posterior de los datos objetivos contenidos en aquella declaración, una vez que tal comprobación ha sido incorporada debidamente al plenario a través de otros medios de prueba, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas por vía inferencial en función de la valoración del conjunto de la prueba.

Evolución que desemboca en el reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de 3 de junio de 2015 (con énfasis ahora añadido):

" Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR . Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECR .

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

*Sin embargo, **cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba , el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias . Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.***

Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en 28 de noviembre de 2006"

Justamente, lo acaecido en autos, donde el coimputado Abilio , presta declaración en dependencias policiales, asistido de Letrado, que se presta con observancia de las garantías procesales constitucionalmente exigibles, donde manifiesta como acontecieron los hechos, cuál fue la participación de cada de uno de los imputados y donde escondieron casco, monos, cuchillo; siendo las declaraciones de cómo aconteció el suceso coincidentes plenamente con el testimonio de la víctima y siendo encontrados dichos objetos, conjuntamente con algunas hojas con cuentas e importes en euros encabezados por nombres que se comprobó correspondían a la empresa Ferratrus, donde realizaron la sustracción, en el lugar recóndito que indicó y que sólo en su compañía y del Instructor, la pareja comisionada pudo hallarlos, dado el difícil acceso al recóndito lugar; siendo en uno de esos monos donde fue hallado el ADN del recurrente.

Acontecer detallado y secuenciado de lo sucedido durante la sustracción y ubicación de diversos de los objetos utilizados que sólo podía conocer si efectivamente había participado en los hechos imputados; contradictoriamente interrogado sobre la razón del cambio de versión, no niega que esa fuera su manifestación y se limita a enunciar motivos fútiles del cambio del relato histórico; de igual modo, los agentes que realizan el hallazgo siguiendo la indicación del imputado, testimonian cómo se llevó a cabo, de modo que integran elementos probatorios como el testimonio de quien los ve en las inmediaciones de la empresa Ferratrus , el testimonio de la víctima y el resultado del ADN en uno de esos monos, ajenos a la declaración auto y heteroinculpatoria, pero que acreditan su veracidad; que al igual que en la STC 165/2014 , permiten *alcanzar un juicio sobre la responsabilidad penal de los demandantes, sin incurrir en vulneración de sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia* ; tanto más en autos, cuando meramente integra un elemento de cargo más, no absolutamente imprescindible dentro del cuadro probatorio para enervar dicha presunción.

SEGUNDO. - El segundo motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECr , por indebida aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el artículo 22.8 CP en relación con el artículo 148.1 CP .

Alega que no se recoge en la narración fáctica la existencia de la condena por previa por delito de lesiones; y cuando de manera indebida e insuficiente se alude a ella en la fundamentación jurídica, no se indica a fecha de sentencia, sólo de firmeza y tampoco se indica la pena impuesta.

En definitiva, invoca la doctrina consolidada de esta Sala Segunda, recogida entre otras en la STS 211/2015, de 14 de abril, donde con cita de la núm.675/2012, de 24 de julio y otras varias donde se afirma:

" para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el "factum" de la sentencia los siguientes datos: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último extremo sólo será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho que es objeto del enjuiciamiento actual, por cuanto la aplicación "contra reo" de cualquier precepto sólo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE ".

Así mismo, esta doctrina establece que las dudas sobre la reincidencia han de abocar a su no apreciación (STS 420/2013, de 23 de mayo).

Por ende, todos los datos requeridos, además de la existencia de la condena por delito de igual naturaleza comprendido en el mismo Título, son los precisos para determinar que la cancelación no ha podido operar; de manera que, como expresa la propia jurisprudencia citada in extenso por el recurrente, la fecha en que el penado dejó la pena efectivamente extinguida, será innecesario cuando el plazo de cancelación no haya podido transcurrir (STS 693/2004, de 23 de mayo ; 314/2013, de 23 de abril).

En autos, los datos que aparecen son así recogidos por el propio recurrente:

En los Hechos Probados de la sentencia ahora impugnada se contiene el siguiente tenor literal: "*Que Cesareo había sido condenado anteriormente por un delito de lesiones en sentencia firme de 24 de septiembre de 2004 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Málaga en la causa 227/2004 (ejecutoria 591/2004)*"

Por su parte, en el F.J. Quinto de la sentencia de instancia se afirma lo siguiente: "*Concurre en el procesado Cesareo la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el art. 22. 8ª CP ; hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este código, siempre que se a de la misma naturaleza, en el caso que nos ocupa el día de los hechos 15 de septiembre de 2006, no se hallaban cancelados los antecedentes penales que al mismo le constaba por una previa condena por un delito de lesiones en sentencia firme de 24 de septiembre de 2004 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Málaga en la causa 227/2004 (ejecutoria 519/2004). Luego es evidente que cuando cometió el delito de lesiones aquí enjuiciado (15 de septiembre de 2006) no había podido transcurrir el plazo de tres años previsto en el artículo 136.2.2º y 3 del Código Penal a constar desde la extinción de aquella primera pena para la cancelación de los antecedentes penales.*"

Por ende, carecemos del dato de la pena o penas impuestas y la fecha en que las dejó efectivamente extinguidas; y si bien en principio, aunque la pena fuere la mínima imponible por delito, incluso multa y la hubiera dejado extinguida (prisión preventiva igual o superior, indulto...), el mismo día en que resta firme 24 de septiembre de 2004, el 15 de septiembre de 2006, aún no habían transcurrido dos años, de modo que parece inviable que dichos antecedentes por delito de lesiones, hubiera podido ser cancelados dados los plazos establecidos en el artículo 136 CP ; sin embargo, como argumenta el propio recurrente, si hubiera sido de aplicación el artículo 801.2 LECr o hubiera procedido degradación por las diversas causas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro I del Código Penal (tentativa, complicidad, eximente incompleta, atenuante muy cualificada, varias atenuantes, etc.), proyectadas sobre el 147, especialmente si se hubiera aplicado el artículo 147.2 , dicha cancelación, aunque resulta improbable, hubiera podido acaecer, lo que determina, dada la interpretación en esta materia favorable al reo, la estimación de este motivo.

Debe tenerse presente, como a su vez recuerda la citada STS núm. 211/2015 , que está lógica y radicalmente prohibida una consulta de los autos cuando lo que se busca es un complemento del hecho probado en contra del reo; menos aún cuando nos movemos en el marco del art. 849.1º LECr en que en rigor y según la técnica casacional clásica ni siquiera tendríamos la disponibilidad de la causa (sería totalmente rechazable aprovechar que la causa se ha remitido como consecuencia de estar entablados otros motivos -vulneración de precepto constitucional- para resolver el motivo por infracción de ley del art. 849.1 a espaldas de lo que exige la disciplina casacional). Por ello, las elucubraciones antes efectuadas sobre la cancelabilidad, aunque resultaran desdichas con el simple contraste con la hoja de antecedentes penales, devienen necesarias en cuanto exigencias irrenunciables de la técnica casacional y los principios penales.

TERCERO. - El tercer motivo, lo formula también por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECr , por inaplicación de la circunstancia de dilaciones indebidas, prevista en el artículo 22.6 CP , con carácter de muy cualificada.

Argumenta que si bien los hechos ocurrieron el 15 de septiembre de 2006, aunque el recurrente no fue detenido y puesto a disposición judicial el 8 de junio de 2007, el juicio oral no inicia hasta el 10 de febrero de 2014; que el auto de conclusión de sumario fue revocado por dos veces, para foliar las actuaciones y para adverbación de las conversaciones telefónicas, simples diligencias en las que se emplearon dos años; que desde el segundo auto de procesamiento hasta que el Ministerio Fiscal presente escrito de conclusiones provisionales, transcurrieron diecinueve meses y que el señalamiento se realizó para casi once meses después de la diligencia de ordenación que lo fijaba.

Reitera esta Sala en STS núm. 360/2014, de 21 de abril , que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

De modo que la casuística, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso, pondera que se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6ª del C. Penal . Y así se consideraron plazos irrazonables: nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo ; y 506/2002, de 21 de marzo); ocho años (STS 291/2003, de 3 de marzo); 7 años (SSTS 91/2010, de 15 de febrero ; 235/2010, de 1 de febrero ; 338/2010, de 16 de abril ; y 590/2010, de 2 de junio); 5 años y medio (STS 551/2008, de 29 de septiembre); y 5 años (SSTS 271/2010, de 30 de marzo ; y 470/2010, de 20 de mayo). Mientras que para la estimación de esta atenuante como muy cualificada, en las sentencias de casación se suele aplicar, nos recuerda la STS 360/2014, de 21 de abril , en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); y 37/2013, de 30 de enero (ocho años).

En autos, donde la tramitación del procedimiento ha tenido una duración de siete años y cinco meses, uno de los imputados no ha estado a disposición judicial durante ocho meses; no se concretan periodos de inactividad sino que simplemente se concreta el tiempo transcurrido entre dos hitos procesales no necesariamente consecutivos en absoluto identificables con intervalos de inacción, sin que describan un específico perjuicio aparte de los genéricamente derivados de la tardanza para todo imputado, no es dable estimar la atenuante de dilaciones como muy cualificada, cuando ya la simple requiere que las mismas sean "extraordinarias".

Recurso de Héctor

CUARTO. - Formula un inicial motivo pro quebrantamiento de forma al amparo del núm. 1 del artículo 851 de la LECr al no expresarse en la sentencia de forma clara y terminante cuáles son los hechos que se consideran probados o existir manifiesta contradicción entre los mismos.

Alega la existencia de oscuridad en: a) la falta de concreción sobre que los imputados hubieran convenido hacer uso de las armas, ni que el recurrente conociera que los otros las portaban; y b) que los cascos dificultaran el reconocimiento de quienes los portaban.

Conforme reitera la doctrina de esta Sala (vd. STS núm. 893/2014, de 22 de diciembre), la oscuridad de comprensión atinente al vicio de forma que el motivo elegido obliga a examinar, ha de provenir, de los propios términos y de la construcción semántica, gramatical o lógica de lo descrito, es decir, supone una

ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones.

Presupuestos desde los que necesariamente el motivo debe ser desestimado; pues el relato de hechos probados describe:

a) ... los tres estuvieron ultimando el robo acordando que Abilio llevaría un cuchillo, Cesareo una pistola y Héctor no llevaría armas, siendo este último el que conduciría la motocicleta hasta al nave.

b) ... todos portando en la cabeza sendos cascos de motocicleta de tipo integral que les tapaban la cara.

En relación con la aceptación del uso del arma, el relato contiene el presupuesto o sustrato fáctico de ese elemento subjetivo (sobre el que se proyecta la suficiencia de prueba de cargo -vd SSTC 127/1990 , 93/1994 ó 87/2001), cuya inferencia es ulteriormente argumentada; pues como veremos, la inferencia de que quien acuerda portar armas, no rechaza su uso y por ende acepta su eventual utilización, es máxima de experiencia, plenamente aceptada, que no requiere alambicada explicación.

QUINTO. - Sobre estos mismos extremos, este recurrente, formula cuatro motivos por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECr y nº 4 del art. 5 de la LOPJ , que expresamente afirma e "intima conexión", por:

i) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24.1 CE por falta de motivación de la sentencia en relación con la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE); donde alega que los elementos objetivos y subjetivos que fundamentan la condena por delito de lesiones y tenencia ilícita de armas, así como la agravante de disfraz, no se contenían en los escritos de calificación definitiva; y tampoco la fundamentación jurídica de la sentencia hace referencia a la prueba indiciaria que ha tenido en cuenta para deducir el elemento subjetivo en los tipos penales que ha aplicado, ni para el acuerdo previo para la utilización de armas.

ii) quebranto del principio acusatorio, causando indefensión al recurrente con la consiguiente vulneración del art. 24.2 CE ; donde alega que si bien en la calificación definitiva el Ministerio Fiscal, introdujo que también Héctor llevaba casco, no incluyó que el mismo le tapara la cara; y sí introdujo que Héctor entró en el establecimiento, es el Tribunal quien incluye que el recurrente pactó con los otros acusados respecto del uso de armas y que tuviera la disponibilidad de arma.

iii) quebranto del derecho de mi mandante a un proceso con todas las garantías, que como derecho fundamental reconoce el art. 24.2 de la CE ; donde reitera que se ha desconocido el principio acusatorio, al introducir el Tribunal hechos nuevos que no se contenían en las conclusiones definitivas.

iv) vulneración del derecho presunción de inocencia del art. 24.2 CE , que concreta en la falta de evidencia sobre el acuerdo en el uso de armas o medios peligrosos ni del conocimiento ex ante de la aptitud del arma para el disparo.

De manera sucinta, pues el planteamiento no atañe tanto a la concepción de los derechos que se indican quebrantados como a la peculiar descripción de lo acontecido procesalmente, hemos de recordar respecto de la doctrina jurisprudencial sobre los motivos alegados:

i) El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la necesaria motivación, en el caso de la *quaestio facti* se concreta en el derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo (STS 796/2014, de 26 de noviembre).

ii) En cuanto a la doctrina del principio acusatorio vinculado al derecho a ser informado de la acusación, efectivamente, los elementos estructurales de ese principio forman parte de las garantías constitucionales sustanciales del proceso penal, y en particular en la dimensión expresamente reconocida por el art. 24.2 CE de que nadie pueda ser condenado sin que se formule previamente una acusación de la que tenga conocimiento y posibilidades de defenderse de manera contradictoria. Así, una de las manifestaciones del principio acusatorio es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo, en virtud del cual nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiendo por "cosa", en este contexto, no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica.

Ese deber de congruencia, sin embargo, no implica un deber incondicionado para el órgano judicial de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación, ya que, más allá de dicha congruencia, lo decisivo a efectos de la lesión del art. 24.2 CE es la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos, pues lo determinante es verificar que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo (vd. STC STC 133/2014, de 22 de julio ó STS 277/2015, de 3 de junio).

iii) La función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución , ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: i) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; ii) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y iii) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba (SSTS 593/2013 y 383/2014).

Pues bien, en autos, resulta suficientemente motivada la sentencia recurrida, tanto la valoración probatoria, la calificación jurídica como la imposición de la pena, al margen de que la motivación que contenga sea o no compartida.

La calificación de la acusación pública, incluye tanto el hecho de que los acusados actuaron de común acuerdo como que el recurrente intervino de manera decisiva en todos los hechos según el plan elaborado. Ningún quebranto del principio acusatorio se produce. Es acusado de acudir de manera acordada a un robo donde porta un cuchillo y una pistola que luego en el curso del mismo, es disparada y origina lesiones; y por ello se le solicita la imposición de determinadas penas como autor del robo violento, de las lesiones con arma y de la tenencia del arma. Tras la modificación de las conclusiones provisionales, las definitivas indicaban que no sólo los otros dos acusados Cesareo y Abilio portaban casco de motocicleta tipo integral que les tapaba la cara, sino que también Héctor portaba casco, literalmente dicha acta de acusación definitiva en este particular decía: portando los tres cascos de moto para ocultar sus rostros.

Ningún quebranto pues del principio acusatorio; y en relación con la presunción de inocencia, el propio recurrente admite el concierto para realizar el robo, que conducía la moto y que portaba casco, pero niega que entrara en el establecimiento y que supiera que portaban armas; sin embargo, Romulo , la víctima, testimonia que entraron los tres en la oficina, de unos nueve metros cuadrados, que uno le puso el cuchillo en el cuello y luego el otro también la pistola al otro lado del cuello y el tercero también estaba dentro; de modo que necesariamente presenciaba la conminación con las armas. También indica este testigo que sólo reconoce a Abilio , que es a quien en el forcejeo se le cae el casco que portaba, que a los otros dos no les vio la cara. Aún prescindiendo de otras corroboraciones, no resulta sostenible negar el conocimiento sobre el porte de armas; tanto más si añadimos las válidas inferencias ya explicitadas que se obtienen de la probanza sobre la veracidad de los datos objetivos que contenía la declaración de Abilio en dependencias policiales asistido por Letrado, ponderando dicha declaración, no como medio de prueba, sino mero objeto de prueba.

Es reiterada la jurisprudencia (vd. por todas 10938/2011, de 22 de diciembre y las que allí se citan) que afirma que la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución, coautoría adhesiva, cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Incluso se ha admitido la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el último expuesto, en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

En autos, al margen de diversas declaraciones ya examinadas que afirman que la decisión conjunta, fue previa, también respecto al porte de armas, en cualquier caso, con el propio testimonio de la víctima, incontrovertidamente resulta acreditada coautoría de naturaleza adhesiva, en relación con el empleo de la pistola, que se usa casi desde el inicio como elemento de intimidación, con inexcusable visibilidad por parte del recurrente en una habitación de nueve metros cuadrados; empleo de la pistola, luego conforme a su propia aptitud de disparo para lesionar.

En la STS de 14 de Julio del 2010 resolviendo el recurso 10085/2010 ya habíamos asumido esas definiciones, aplicándolas al sujeto que, en virtud de tal acuerdo realiza funciones decisivas de espera y cobertura en el exterior del inmueble en el que el coautor lleva a cabo el hecho delictivo. Relacionábamos allí la aportación causal con la denominada teoría del dominio funcional del hecho, y el acuerdo entre los coautores con el elemento subjetivo soporte de la denominada por la doctrina *imputación recíproca* de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Consecuentemente, explicita la STS citada 10938/2011 , en cuanto al alcance del elemento subjetivo, esa imputación recíproca justifica la extensión del concepto de autor a hipótesis en las que el comportamiento del otro sujeto era suficientemente previsible.

Decíamos en la Sentencia TS 1500/2002, de 18 de septiembre , con carácter general que, "aunque admitiéramos que el «pactum sceleris» entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993 , 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994 , 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001).

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 se indica que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

Las inferencias de la Audiencia Provincial, además de estar sustentadas en hechos base plenamente acreditados, eran pues, conforme a la jurisprudencia expuesta, acordes también con las máximas de experiencia.

Por tanto, los cuatro motivos formulados por infracción de precepto constitucional, deben ser desestimados.

SEXTO. - También formula este recurrente, seis motivos por infracción de ley, que si bien se hace constar siempre que se formulan al amparo del artículo 849.2º, lo cierto es que sólo en el primero de ellos, invoca error en la valoración de la prueba documental obrante en autos.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECr , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario (STS núm. 126/2015, de 12 de mayo); si bien el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes.

Desde una perspectiva estrictamente procesal le compete al recurrente la obligación de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo -- art. 855 LECr -- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso, pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la sentencia de esta Sala 332/2004 de 11 de marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" tales extremos (vd STS núm. 1186/2011, de 10 de noviembre). Consecuentemente, salvo que entendiéramos que el resto se

han formulado al amparo del artículo 849.1 por *error iuris* y no por *error facti*, del artículo 849.2, resultarían ya desestimados.

Los particulares que invoca en este primer motivo son las manifestaciones de Doña Penélope, madre del recurrente, en relación a la constitución de la fianza por importe de 8.000 euros, cedida con anterioridad al acto del juicio oral a favor del perjudicado para reparar el daño o disminuir los efectos del delito.

Sin posibilidad de estimación pues como hemos dicho el error o la omisión deben tener incidencia causal en el fallo; y en autos esa fianza y su destino en relación con su incidencia en una atenuante de reparación del daño "siquiera sea de forma analógica", al margen de haber sido constituida por la madre y quien hace la comparecencia de cesión, es el acusado, ya es analizada por la sentencia de instancia, que adecuadamente deniega su estimación:

En relación a la cesión de las cantidades que fueron depositadas como fianza para eludir la prisión provisional, basta decir por evidente y como también pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe que la reparación ha de ser real y efectiva lo cual no ocurre en este caso puesto que según el artículo 541 LECr la fianza sólo se cancelará por el dictado de sentencia absolutoria o si fuere condenatoria por el inicio de la ejecución en que se devuelve el dinero a los fiadores.

Es decir, no resultaba disponible por los acusados, de modo que el adecuado razonamiento de la sentencia recurrida, determina igualmente, la desestimación del motivo cuarto formulado por infracción de ley del art. 21.5 CP, por la no aplicación de la circunstancia de atenuación por reparación del daño o disminución de sus efectos.

SÉPTIMO. - El segundo motivo por infracción de ley, se formula al amparo del núm. 2 (sic) del artículo 849 de la LECr por infracción de los arts 242, 1 y 3, 148.1; 564.1.1 y 28 párrafo 1º del CP.

Niega la existencia de coautoría, pero no por error de subsunción, sino porque media error de valoración probatoria sobre el previo conocimiento de que los otros portaban armas ni las condiciones de las mismas. Como antes expresamos, si se formula pro el art. 849.2, exige la invocación de un documento literosuficiente que lo sustente, requisito no cumplimentado.

Pero si se formula al amparo del artículo 849.1, exige respetar la literalidad de los hechos declarados probados. Es motivo "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr" (STS núm. 579/2014, de 16 de julio con cita de otras varias).

En todo caso, en sede de presunción de inocencia, ya describimos, como respecto de la coautoría, no sólo las inferencias que conducían a su calificación eran adecuadas, sino que existía prueba directa, a través del testimonio de Romulo, la víctima, cuando declara que entraron los tres en la oficina de unos nueve metros cuadrados, que uno le puso el cuchillo en el cuello y otro la pistola en el otro lado del cuello, estando los tres dentro de la habitación; es decir con pleno conocimiento del porte de armas, cuchillo que se usa para intimidar y pistola que se utiliza inicialmente con el mismo fin y también posteriormente origina lesiones, coadyuva con su presencia a los actos ejecutivos, a procurar la apropiación del dinero y facilitar la huida para lograr la plena disponibilidad de lo sustraído en la moto; además de las válidas inferencias ya explicitadas que se obtienen de la probanza sobre la veracidad de los datos objetivos que contenía la declaración policial de Abilio en cuanto mero objeto de prueba.

OCTAVO. - El tercer motivo por infracción de ley, también los formula al amparo del núm. 2 (sic) del artículo 849 de la LECr por infracción del art. 20.1 y 20.2 del CP de 1995, por la no aplicación de la circunstancia de atenuación por drogadicción, siquiera fuera como analógica.

En este caso, sí existe un documento, cual es el análisis de cabello del Instituto Nacional de Toxicología, donde se reconoce el resultado positivo al consumo del cannabis al tiempo de los hechos.

Pero este documento no es literosuficiente, pues no acredita por sí solo que la adicción sea grave ni que integrara motivación en la comisión de los hechos delictivos; pues es doctrina jurisprudencial reiterada que para poder apreciarse la drogadicción, sea como una circunstancia atenuante, sea como una eximente

incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia, así como a la influencia que de ello pudiera derivarse sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica afirmación de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles, permita autorizar o configurar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SSTS 577/2008, de 1 de diciembre ; 315/2011, de 6 de abril ; ó 1240/2011, de 17 de noviembre).

NOVENO. - El quinto motivo por infracción de ley, también se formula al amparo del núm. 2 (sic) del artículo 849 de la LECr por la no aplicación de la circunstancia analógica de atenuación del art. 21.7 en relación con el art. 19 del CP .

Argumenta que como nacido el 5 de agosto de 1988, a la fecha de la comisión de los hechos, sólo hacía un mes que había cumplido los dieciocho años.

El motivo no puede ser apreciado. En la STS núm. 922/2012, de 4 de diciembre , expresábamos que: *por lo que se refiere a la edad próxima a los dieciocho años, esta Sala se ha pronunciado recientemente en la STS 154/2009, de 6 de febrero , diciendo que "por sí sola, la edad del autor del delito, una vez superada la legalmente prevista para la aplicación de la Legislación especial relativa a la responsabilidad penal de los menores, no puede operar influyendo en la culpabilidad del autor del ilícito .*

Este criterio constituye doctrina consolidada, recogido en sentencias como la núm. 1299/1999, de 24 de septiembre o la 733/2000, de 27 de abril , en la que se indica que "la menor edad en nuestros códigos penales viene siendo aplicada en base a unas consideraciones estrictamente cronológicas que no tienen en cuenta nunca la capacidad psíquica real del sujeto al que se refieren, para cuya incidencia hay previstas otras normas penales diferentes (...) hay que partir de esa naturaleza objetiva que sólo tiene en cuenta para su aplicación el dato cronológico de la edad. Al día siguiente del aniversario correspondiente ya es aplicable el sistema de la mayoría de edad penal, sin posibilidad alguna de aplicación para estos supuestos de la circunstancia atenuante por analogía del actual art. 21.6ª que se corresponde con la del art. 10.10ª del CP anterior. Respecto de un joven que ya había cumplido los 18 años cuando delinquiró, no cabe atenuación alguna de su responsabilidad criminal en consideración a su edad".

En la STS 1638/98, de 29 de diciembre , adecuadamente citada en la resolución recurrida, ya se señalaba que: "Tampoco es de apreciar una atenuante analógica de menor edad en base a los arts. 19 , 21.1 y 21.6 CP . La edad de 18 años no determina una menor culpabilidad ni la gravedad de la culpabilidad aumenta con la edad. La ley penal excluye a los menores de 18 años de su régimen, o establece en las normas todavía vigentes una atenuación de la pena, por razones que no tienen su razón de ser en la menor culpabilidad, sino en consideraciones preventivo-especiales: se admite como premisa político-criminal que es conveniente evitar que, por debajo de cierta edad, una persona sea introducida en el sistema penal, pues se piensa que todavía es posible completar su educación social con medios predominantemente pedagógicos. Por estas razones, que el autor sea menor de 18 años, aunque tenga efectos sobre la duración de las penas, no puede ser considerado una eximente o una atenuante, sino un elemento que define al sujeto del derecho penal. Por sí solo el límite de 18 años no determina ni una mayor ni una menor culpabilidad y no puede ser considerado, por lo tanto, como una eximente incompleta, dado que tampoco tiene la menor incidencia en la gravedad de la ilicitud".

Al igual que acontece con la también citada, STS núm. 1050/2002, de 6 de junio , que descarta la posibilidad de una atenuante analógica a la de menor edad porque "el art. 19 CP no establece una atenuante con la que cualquier otra circunstancia no prevista en la ley pueda tener analogía sino, sencillamente, el límite que marca la diferencia entre la responsabilidad penal del mayor de edad y la del menor".

Legalmente, mayor de edad se es o no se es, pero no se prevé que se pueda ser penalmente mayor de edad de forma incompleta. La minoría de edad no se integra a base de requisitos que permitan considerar una situación incompleta por ausencia de alguno, ni es divisible o graduable, por lo que la doctrina jurisprudencial no acepta una minoría de edad incompleta que pueda dar lugar a la aplicación de una atenuante analógica. Por ello, en los casos de acreditada inmadurez mental del agente que ya ha cumplido 18 años lo que procede no es la atenuante analógica con la minoría de edad, sino, en su caso, la eximente incompleta o la atenuante analógica referidas a la anomalía o alteración psíquicas. Esta Sala ha admitido que pudieran encauzarse casos de acreditada inmadurez por la vía de la atenuante analógica con la anomalía psíquica (STS 948/2000, de 29 de mayo y 1050/2002, de 6 de junio). Circunstancias de inmadurez, que no constan en la causa ni aparecen en el relato de hechos declarados probados.

DÉCIMO. - El sexto y último motivo por infracción de ley, es también formulado al amparo del núm. 2 (sic) del artículo 849 de la LECr , en este caso por infracción del art. 21 núm. 6 del CP , al no aplicarse dicha circunstancia en la sentencia como muy cualificada y consiguientemente infracción del art.66.1.2ª al no reducir la pena en un grado.

Motivo coincidente con el formulado por el anterior recurrente, analizado en el fundamento tercero de esta resolución, a cuya argumentación nos remitimos para su desestimación.

UNDÉCIMO. - La imposición de las costas causadas se rige por el artículo 901 LECr , declaración de oficio si se estimare el recurso; y si se desestimare, condena al recurrente.

III. FALLO

Debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formulado por la representación procesal de **Héctor** contra Sentencia de fecha veintiuno de abril de 2014, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga , en causa seguida contra el mismo por delito de robo con violencia, lesiones y tenencia ilícita de armas.

Imponemos al recurrente las costas originadas su recurso.

Debemos declarar y declaramos HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación formulado por la representación procesal de Cesareo contra Sentencia de fecha veintiuno de abril de 2014, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga , en causa seguida contra el mismo por delito de robo con violencia, lesiones y tenencia ilícita de armas, en cuanto que dejamos sin efecto la agravante de reincidencia estimada contra el mismo en el delito de lesiones, con declaración de oficio de las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil quince.

En la causa seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, por delito de robo con violencia, lesiones y tenencia ilícita de armas, contra Cesareo y Héctor , se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha de 21 de abril de 2014 , que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO. - Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con los razonamientos incluidos en el fundamento segundo de la sentencia casacional, debemos declarar la improcedencia de la agravante de reincidencia estimada en el delito de lesiones, al poder ser cancelable el antecedente, lo que conduce a reindividualizar la pena; donde en atención a los criterios seguidos en la sentencia de instancia, donde al ponderar la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones indebidas establecen que no prevalece fundamento cualificado de atenuación ni de agravación, pudiendo por ende recorrerse todo el tramo previsto para el delito de lesiones agravado del artículo 148.1º CP , pero atendiendo a que fue el autor material de los disparos que lesionaron al perjudicado y el grave riesgo producido al disparar hasta en cinco ocasiones contra la víctima, añadido ahora a la existencia del antecedente que aunque no integre agravante, si es ponderable vía artículo 66 CP , procede que la precedente pena de prisión de cuatro años impuesta al aplicar también la agravante de reincidencia, eliminada esta circunstancia, reste en tres años y seis meses.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos a Cesareo , como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones agravado del artículo 148.1º CP , concurriendo la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones



indebidas, a la pena de **TRES AÑOS Y SEIS MESES** de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la accesoria de prohibición de aproximarse a Romulo a su domicilio o lugar de trabajo y comunicarse con el por cualquier medio por un período de cinco años.

Ello, con el mantenimiento íntegro del resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida no afectados por la presente resolución.

Notifíquese esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ