



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 686/2015, 28 de octubre de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10557/2015

SUMARIO:

Individualización penológica. Dosimetría penal: las reglas de los arts. 68 y 66 CP son acumulativas. Concurriendo simultáneamente una eximente incompleta y una agravante, y una vez degradada la pena conforme a lo establecido en el art. 68, ¿hay que estar a lo establecido en el art. 66.1.7.^a (discrecionalidad orientada por criterios pero no por reglas)?; o, por el contrario, ¿sería de aplicación preferente la regla 3.^a del art. 66.1 CP (mitad superior de la pena degradada)? Si se desciende un grado por imperativo del art. 68, sobre el tramo de pena así obtenido habrá que buscar la mitad inferior (si concurre una atenuante ordinaria) o superior (si concurren una o más agravantes) por aplicación de las reglas del art. 66 CP.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.1, 2 y 7, 62, 66, 68, 70, 77, 163, 182 y 188.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Octubre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gerona que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de detención ilegal, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Siendo parte recurrida Balbino, representado por la Procuradora Sra. Clemente Mármol.



I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. Cuatro de La Bisbal D'Empordá (Gerona) inició Procedimiento Abreviado con el nº 41/2014, contra Balbino , y una vez concluido lo remitió a la Audiencia Provincial de Gerona (Sección Tercera) que, con fecha diecisiete de abril de dos mil quince, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<ÚNICO.- Sobre las 16:30 horas del día 31 de julio de 2014, en el carrer Oriente de Palamós, el acusado, Don. Balbino , mayor de edad, nacido el NUM000 /1963 en Posadas, con DNI NUM001 , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, encontrándose con sus facultades intelectivas y volitivas notablemente limitadas como consecuencia de su dependencia al consumo de sustancias estupefacientes, se introdujo repentinamente en el vehículo Citroen modelo C2 matrícula-DFG que se encontraba allí estacionado, aprovechando para ello que el Sr. Felicísimo acababa de desbloquear el cierre de las puertas con su mando para introducirse en su interior pero se encontraba limitado en sus movimientos por el uso de muletas, el acusado, guiado por el ánimo de atemorizar y de privar de su libertad deambulatoria al Sr. Felicísimo y (aprovechándose, además, de que éste sufría una restricción de su movilidad que le limitaba escapar) le dijo "no te pongas chulo, que te vuelo la cabeza, llevo un arma aquí, llévame a Quart", a lo que el acusado se metía la mano en el lateral de su cuerpo como si tocase un arma, procediendo el Sr. Felicísimo a arrancar el vehículo y emprender la marcha por el grave temor que le producía el acusado. Durante el trayecto hacia Quart, el acusado, en repetidas ocasiones le decía al Sr. Felicísimo "no te pares en ninguna gasolinera que te mato", "que te vuelo la cabeza", al tiempo que le colocaba los dedos detrás de la oreja, y "con esta pipa ya he atracado un bar de La Bisbal". Asimismo, durante el trayecto hacia Quart, con las mismas expresiones atemorizantes, el acusado le preguntó "cuánto dinero llevas", exigiéndole primero la entrega de 20 euros y posteriormente de 50 euros. Finalmente, el acusado, cuando ya se encontraban en la carretera C-66 de la localidad de Flagá, manifestó al Sr. Felicísimo que tenía ganas de orinar, por lo cual éste detuvo el vehículo, el acusado, a continuación, bajó del automóvil tras indicarle al Sr. Felicísimo "no me la jugarás ¿ verdad?", aprovechando ese momento el Sr. Felicísimo para arrancar repentinamente su vehículo con la puerta del copiloto aún abierta y escapar del Sr. Balbino .

No consta que el acusado consiguiese apropiarse de objeto alguno>>.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Que CONDENAMOS al acusado Balbino como autor responsable de un delito de DETENCIÓN ILEGAL, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de reincidencia y eximente incompleta de drogadicción, a las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena con PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN del acusado a Felicísimo , a su domicilio, lugar de trabajo, cualquier otro lugar donde se encuentre o lugar que sea frecuentado por éste a una distancia inferior a 150 metros, y la PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN por cualquier medio del acusado con Don. Felicísimo , ambas prohibiciones por un tiempo de 3 AÑOS y costas.



www.civil-mercantil.com

Y de un delito de ROBO con intimidación concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal indicadas en el anterior delito la pena de 6 MESES DE PRISIÓN acordándose así mismo la PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN del acusado Don. Felicísimo , a su domicilio, lugar de trabajo, cualquier lugar donde se encuentre o lugar que sea frecuentado por éste a una distancia inferior a 150 metros, y la PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN por cualquier medio del acusado con Don. Felicísimo , ambas prohibiciones por un tiempo de 2 AÑOS y costas.

Contra esta Sentencia puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá presentarse ante esta Audiencia provincial, en el plazo de cinco días a partir de la última notificación>>.

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida de los arts. 68 y 66.1.3 CP .

Motivo segundo .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim , por inaplicación indebida de los arts. 68 y 66.1.3 CP en relación con el delito de robo con intimidación.

Cuarto.

El recurrido D. Balbino se instruyó del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal impugnando sus motivos; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veintiocho de octubre de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Interpone recurso el Ministerio Fiscal. Son dos motivos sustentados por idéntica argumentación. Denuncia un mismo error en la individualización penológica que ha trascendido a las dos penas privativas de libertad impuestas: una por el delito de detención ilegal; la otra por el delito de robo con intimidación en grado de tentativa. Las penas de alejamiento quedan al margen de la pretensión impugnatoria pues, como se cuida de explicar el recurrente, pese a que alguna de ellas adolece de igual inexactitud, la posición del Fiscal en la instancia le priva del gravamen indispensable para protestar por tal eventual desajuste.



www.civil-mercantil.com

La cuestión es de estricta dosimetría penal: coordinación de las reglas contenidas en los arts. 66 y 68 CP . El interrogante a responder se enuncia así: concurriendo simultáneamente una eximente incompleta y una agravante, y una vez degradada la pena conforme a lo establecido en el art. 68, ¿hay que estar a lo establecido en el art. 66.1.7ª (discrecionalidad orientada por criterios pero no por reglas)?; o, por el contrario, ¿sería de aplicación preferente la regla 3ª del art. 66.1 CP (mitad superior de la pena degradada)?

La Audiencia, aún no debatiendo específicamente ese punto, da por supuesto que debe acudir al art. 66.1.7ª. CP En efecto tras la degradación impuesta por el art. 68 CP derivada de la apreciación de una eximente incompleta del art. 21.1 (baja un solo escalón, aunque sería posible descender dos), a la hora de decidir cómo debe jugar la agravante de abuso de superioridad, también apreciada, realiza una valoración conjunta y global, sintiéndose liberada de la necesidad de imponer la mitad superior (art. 66.1.3ª CP) en virtud de lo que entiende fundamento cualificado o intensificado de atenuación.

El Fiscal, por su parte, resalta cómo el inciso final del art. 68 CP salva expresamente la aplicabilidad del art. 66, lo que no puede interpretarse más que en un sentido: si se ha obtenido un nuevo marco penal derivado de la aplicación de la eximente bajando un único grado (si se hubiesen descendido dos se recuperaría la discrecionalidad total: art. 66.1.8), dentro de la horquilla así fijada habrá que ajustarse a las reglas del art. 66: mitad inferior si hay una atenuante; mitad superior si concurre una agravante; compensación racional si concurren circunstancias de uno y otro signo.

Tiene razón el Fiscal. Eso es lo que se desprende a la literalidad del art. 68 CP . Si la Audiencia (como explica para el primer delito de manera expresa; en el otro, implícitamente) optó por conferir a la exención incompleta una moderada eficacia concretada en una única degradación, dentro de la franja penal así obtenida deberá tomar en consideración el resto de circunstancias para concretar la penalidad.

Los dos motivos han de acogerse, como se razona a continuación más detenidamente.

Segundo.

En contra de la forma de operar que postula el Fiscal podrían militar dos líneas de razonamiento de tipo sistemático o lógico:

a) Puede argüirse un argumento de coherencia interna. Si el Tribunal está facultado para imponer tanto una pena inferior (rebaja en dos grados) como una más alta (mitad superior de la pena rebajada en un grado), no es lógico que no pueda elegir los tramos intermedios. No es muy inteligible, por ejemplo, que sea legal imponer tres años; que también lo sea imponer un año (doble degradación); pero que la franja intermedia esté excluida; es decir que la discrecionalidad no se extienda a imponer la pena de dos años (se puede imponer lo más; también lo menos; pero no lo intermedio). El argumento tiene fuerza pero carece de capacidad para quebrar la literalidad clara del texto legal. Es quizás algo sobre lo que el legislador podría reflexionar pero no permite soluciones por vía interpretativa. No es éste el único caso en que sucede algo semejante: en todos los supuestos de penalidad alternativa (vid. por ejemplo, arts. 188 o 182 CP) apetece esa paradoja: el tribunal puede imponer una multa; o una pena privativa de libertad. Si concurre una agravante podrá optar por la multa y por la mitad superior de la pena privativa de libertad; pero no por la mitad inferior de ésta.

b) En línea de razonamiento paralela, puede llamar la atención que si en lugar de haberse apreciado una eximente incompleta del art. 21.1 CP se hubiese catalogado la situación como atenuante analógica cualificada (art. 21.7 en relación con el 21.2 CP y el art. 66.1.2ª), según la opinión más segura, el Tribunal podría haberse acogido al art. 66.1.7ª recuperando la



www.civil-mercantil.com

máxima discrecionalidad. Por las razones que hemos rechazado el argumento anterior, este tampoco puede ser acogido. La claridad de la ley no permite interpretaciones que tuerquen el sentido natural de su literalidad aunque lleven a soluciones que alguien podría reputar más razonables.

Y es que, como argumenta el recurso, el art. 68 CP ha de considerarse regla especial frente al art. 66.1.7ª que solo contempla la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes ordinarias y no las singulares del art. 21.1 CP .

La jurisprudencia no siempre ha sido unánime sobre este extremo. Las SSTS de 23 y 27 de marzo de 1998 , en pocos días, mantuvieron dos posturas contradictorias. A la larga ha prevalecido la asumida por la segunda sentencia citada que es la coincidente con el criterio aquí sostenido por el Fiscal.

Sí ha dicho la jurisprudencia (Pleno no jurisdiccional de 1 de marzo de 2005 y STS 374/2005, de 17 de marzo a la que acompaña un voto particular) que el art. 68 CP cuando remite al art. 66 no excluye ninguna de sus reglas y entre ellas la del nº 8º del art. 66.1. Tal aseveración no tendría sentido si no entendiésemos de aplicación el art. 66.1.3ª. En ese planteamiento sería indiferente bajar uno o dos grados: en cualquier caso quedaría abierta la máxima discrecionalidad del juzgador por mor del art. 66.1.7ª . No habría cuestión alguna en cuanto a la regla 8ª y el debate del citado Pleno carecería de sentido.

Cita el Fiscal igualmente algunas sentencias que, aunque en alguna de ellas lo sea a modo de obiter dicta o, al menos, no como ratio decidendi jurisprudencial, muestran el predominio de esa concepción en la doctrina jurisprudencial: SSTS 169/2002, de 14 de octubre , 420/2009, de 24 de abril , 158/2015, de 17 de marzo . A ese listado hay que añadir otras: como las SSTS 317/2000, de 25 de febrero ; 369/2004, de 11 de marzo , 1849/1999, de 23 de diciembre ó 190/2008, de 21 de abril .

Tercero.

Con la rectificación derivada de la estimación del recurso hay que proceder a una reevaluación penológica para comprobar si a través del art. 77 CP (estamos ante un claro concurso medial, aunque no se diga expresamente, quizás porque la forma en que se individualizaron las penas permitía soslayar esa cuestión y aunque el Fiscal trate de argumentar en sentido contrario en temática que al final se revelará como absolutamente intrascendente).

a) Penando por separado acogeremos los mínimos legales que serán tres años por el delito de detención ilegal (mitad superior de la horquilla comprendida entre dos y cuatro años menos un día: arts. 66.1.3ª, 68 y 70 CP); y nueve meses por el delito de robo (resultante de la doble degradación de la pena del tipo - arts. 68 y 62 CP -, prisión de seis meses a un año menos un día-, y de la elección dentro de ese tramo del mínimo de la mitad superior por mor de la agravante de abuso de superioridad).

b) Si optásemos por penar conjuntamente tendríamos que partir de la pena del delito más grave en su mitad superior, es decir, una pena comprendida entre cinco y seis años de prisión (arts. 70 y 163 CP). La rebaja en un grado como consecuencia de la eximente incompleta (art. 68) nos desplaza a una pena comprendida entre dos años y seis meses y cinco años menos un día (art. 70 CP). Si sobre esa franja establecemos el mínimo de la mitad superior como consecuencia de la agravante (art. 66.1.3) nos situaremos, en el mejor de los casos, en una pena única no inferior a tres años y nueve meses.



www.civil-mercantil.com

c) Tal penalidad en duración es igual a la que resulta penando separadamente; pero desde alguna otra perspectiva puede resultar hipotéticamente más perjudicial (piénsese en una futura posibilidad de aplicación del art. 76 CP : el triplo de la pena más grave serían no nueve años sino, diez años y seis meses). Hay que optar, así pues, por la punición separada.

d) Queda por precisar que la nueva redacción del art. 77 (Ley Orgánica 1/2015), sea cual la interpretación que se asuma de sus enrevesados términos, permitiría llegar a penalidades superiores, sin que se considere procedente una penalidad inferior a los antes señalados (tres años y nueve meses respectivamente).

Cuarto.

Las costas deben declararse de oficio a la vista tanto de la estimación del recurso como de la parte que recurre.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL , contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gerona que condenó a Balbino como autor responsable de un delito de detención ilegal, por estimación de los dos motivos de su recurso y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia .

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Manuel Marchena Gomez Jose Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo , constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Octubre de dos mil quince.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado Central de Instrucción nº 4, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Gerona (Sección Tercera) y que fue seguida por un delito de detención ilegal contra Balbino , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:



www.civil-mercantil.com

I. ANTECEDENTES

Único.

- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones que se hacen constar en la anterior sentencia las penas procedentes son las que se expresarán en la parte dispositiva en extensión que ha quedado justificada igualmente en la sentencia anterior y que no precisa de motivación adicional alguna al no sobrepasarse los mínimos legales.

III. FALLO

Que CONDENAMOS al acusado Balbino como autor responsable de un delito de DETENCIÓN ILEGAL , con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de abuso de superioridad y eximente incompleta de drogadicción a las penas de TRES AÑOS DE PRISIÓN con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena con PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN del acusado a Felicísimo , a su domicilio, lugar de trabajo, cualquier otro lugar donde se encuentre o lugar que sea frecuentado por éste a una distancia inferior a 150 metros, y la PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN por cualquier medio del acusado con Don. Felicísimo , ambas prohibiciones por un tiempo de TRES AÑOS ; y como autor de un delito de ROBO con intimidación en grado de tentativa concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal indicadas en el anterior delito a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN con PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN Don. Felicísimo , a su domicilio, lugar de trabajo, cualquier lugar donde se encuentre o lugar que sea frecuentado por éste a una distancia inferior a 150 metros, y la PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN por cualquier medio del acusado con Don. Felicísimo , ambas prohibiciones por un tiempo de DOS AÑOS .

Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia y en particular lo relativo al pago de las costas .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Manuel Marchena Gomez Jose Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.