

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065611

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 551/2021, de 23 de junio de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10715/2020

SUMARIO:**Procedimiento penal. Agravante de abuso superioridad. Non bis in ídem. Delito de robo. Delito de lesiones.**

El interés casacional de este caso se concreta en la aplicabilidad, o no, de la agravante de abuso de superioridad en caso de condena por delitos de robo con violencia y de lesiones en ambos delitos.

El principio non bis in ídem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismo hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones.

Se estima el recurso en evitación de bis in ídem, ya que en el delito de robo con violencia, si la violencia que se ejerce es connatural a la dinámica comisiva de la sustracción, por inherente al robo, no ha de llevar mayor reproche que el que corresponda por este, y solo cuando haya una sobreabundancia en el despliegue de esa violencia, merecerá un mayor reproche, en cuyo caso habrá que valorar la intensidad de esa sobreabundancia, porque si la misma es menor, de manera que no alcanza la autonomía como para definir un delito distinto, cabrá hablar de abuso de superioridad en el delito de robo, debido a su relación con la violencia, pero si esa violencia, por su mayor sobreabundancia, permite dar sustantividad propia a otro delito en que se vea afectado un bien jurídico personal, al ser éste el que justifica la aplicación de la agravante, a él le deberá ser aplicada, sin que quepa nueva aplicación al delito patrimonial.

Es, por lo tanto, en el elemento violencia, por ser lo que afecta al bien jurídico personal, donde se ha de centrar la atención a la hora de decidir sobre la aplicación de la agravante de abuso de superioridad, por más que estemos ante un delito patrimonial.

PRECEPTOS:Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.4, 21.5 y 22.2.^a.

Constitución Española, arts. 9.3 y 25.1.

PONENTE:*Don Ángel Luis Hurtado Adrián.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 551/2021

Fecha de sentencia: 23/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10715/2020 P

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 22/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 21

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10715/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Antonio del Moral García
D^a. Carmen Lamela Díaz
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10715/2020P interpuesto por Carlos Alberto, representado por la Procuradora de los Tribunales D.^a Adela Gilsanz Madroño y bajo la dirección letrada de D. Oscar I. Marín Godoy y Luis Francisco, representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Anaya García y bajo la dirección letrada de D. Eloi Castellarnau Fort contra la sentencia nº 149 dictada con fecha 10 de septiembre de 2020 por la Secc. 21^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que resuelve la apelación (Rollo de apelación 53/2020) contra la sentencia del juzgado de lo Penal nº 2 de Barcelona nº 136/20, de 4 de julio de 2020.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el Procedimiento Abreviado 153/2020 (dimanante de las Diligencias Previas nº 2325/19, seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 2 L`Hospitalet), seguido ante el Juzgado de lo Penal nº 2 de Barcelona, con fecha 4 de junio de 2020, se dictó sentencia condenatoria para Pedro Jesús, Luis Francisco y Carlos Alberto como responsables de un delito de robo con violencia y un delito de lesiones, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara que los acusados, Pedro Jesús, mayor de edad, nacido en Colombia, con NIE NUM000, sin residencia legal en España, Luis Francisco, mayor de edad, nacido en Colombia, con NIE NUM001, con residencia legal en España, y Carlos Alberto, mayor de edad, nacido en Colombia, con tarjeta de residencia colombiana NUM002, sin residencia legal en España, todos ellos sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo con una mujer no identificada en cuanto al resultado y finalidad de conseguir un beneficio económico

inmediato e ilícito, sobre las 06.30h del día 24 de noviembre de 2019, se aproximaron a Armando cuando iba andando por la calle Prat de la Riba, a la altura del no 125 de L'Hospitalet de Llobregat y, aprovechando su superioridad numérica, empezaron a registrarle los bolsillos consiguiendo sustraerle el teléfono móvil de la marca Apple, modelo Iphone 5 que llevaba en el bolsillo. Al intentar la víctima recuperar el teléfono, los acusados, actuando de común acuerdo y para obtener la efectiva disposición del teléfono móvil, le propinaron múltiples golpes al Sr Armando provocando que cayera al suelo donde continuaron propinándole múltiples patadas y golpes.

Como consecuencia de los hechos, el Sr Armando sufrió hematoma en las dos rodillas, hematoma en muñeca derecha, hematoma en la nariz, excoriaciones en los nudillos de ambas manos, hematoma en la sien derecha y la región frontal, hematoma en la mandíbula derecha, fractura del tercio distal de la pieza dental 11 con afectación de esmalte y dentina pero sin exposición pulpar, subluxación de la pieza dental 11 con movilidad de dicha pieza y periodontitis apical; lesiones que requirieron para su sanidad tratamiento médico quirúrgico consistente en reposo relativo, tratamiento analgésico-antiinflamatorio con frío local, paracetamol, ibuprofeno, tratamiento endodóncico y restaurador, tardando en sanar 27 días, 5 de los cuales improductivos para el ejercicio de sus ocupaciones habituales quedando como secuelas pérdida incompleta de la pieza dental 11 (0,5 puntos) con un perjuicio estético moderado (7 puntos) y que se ha procedido a reparar mediante la restauración de la pieza 11 con composite.

El teléfono móvil ha sido recuperado con la pantalla rota y con un coste de reparación, según documentación aportada por el perjudicado, de 159 €.

Armando ha abonado la cantidad de 250 € para la reparación del diente parcialmente roto. El Sr Armando reclama por todos los conceptos.

Los acusados se encuentran en situación de prisión provisional en virtud de Auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Hospitalet de Llobregat de fecha 25 de noviembre de 2019.

No ha quedado acreditado que los acusados tengan arraigo laboral, familiar y social en España.

El acusado, Carlos Alberto, ha ingresado en la cuenta del juzgado, con carácter previo al acto del juicio oral, la suma de 400€".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo condenar y condeno a Pedro Jesús, Luis Francisco y Carlos Alberto, como autores responsables de un delito de robo con violencia y de un delito de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad en ambos delitos, a las penas de: por el primer delito, 4 AÑOS DE PRISIÓN; y por el segundo, 20 MESES DE PRISIÓN. Se acuerda la sustitución parcial de las penas de prisión impuestas por la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por 7 años, acordándose el cumplimiento de las 2/3 partes de la pena impuesta y la sustitución del resto por la expulsión del territorio nacional cuando cumplan las 2/3 partes de la pena impuesta, accedan al tercer grado o se les conceda la libertad condicional.

Así como al pago de las costas procesales causadas por terceras partes.

Debiendo indemnizar, conjunta y solidariamente, a Armando en 1095 € por lesiones; en 7469€ por secuelas, en 159 € por daños en el teléfono móvil y en 250 € por el tratamiento odontológico".

Tercero.

Interpuestos Recursos de Apelación por Pedro Jesús, Luis Francisco y Carlos Alberto contra la sentencia anteriormente citada, la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia de fecha 10 de septiembre de 2020, con el siguiente encabezamiento:

"Vistas por la presente Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, las presentes actuaciones, en Rollo de Apelación Penal número 53/2020, seguido en virtud de recurso interpuesto contra Sentencia dictada en fecha 4 de junio de 2020 por el Juzgado de lo Penal no 2 de Barcelona en Procedimiento Abreviado 153/20, por un delito de robo con violencia y un delito de lesiones, contra Pedro Jesús, Luis Francisco y Carlos Alberto".

Y el FALLO de la sentencia de la Secc. 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de septiembre de 2020 es del siguiente tenor literal:

"QUE DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por Pedro Jesús, Luis Francisco y Carlos Alberto contra la Sentencia dictada en fecha 4 de junio de 2020 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Barcelona en Procedimiento Abreviado 153/20, CONFIRMANDO ÍNTEGRAMENTE LA MISMA".

Cuarto.

- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Luis Francisco y Carlos Alberto, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

Quinto.

- La representación legal de Carlos Alberto alegó los siguientes motivos de casación:

1. "POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 22. 2ª en relación al artículo 242, ambos del Código Penal".
2. "POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 21. 5ª del Código Penal".

Sexto.

- La representación legal de Luis Francisco alegó los siguientes motivos de casación:

- "Primera. - Aplicación indebida de la circunstancia agravante de abuso de superioridad: falta de concurrencia del elemento subjetivo".
"Del quebranto del principio non bis in idem en relación a su aplicación al delito de robo con violencia y al delito de lesiones".
"Tercera. - Vulneración del Derecho a la Presunción de Inocencia".
"Cuarta. - De la ausencia de antijuridicidad: indebida aplicación del artículo 20.4 Código penal, desestimación de la legítima defensa".

Séptimo.

- Conferido traslado para instrucción, la representación de Luis Francisco se adhiere al recurso formulado por el Sr Carlos Alberto. Y la representación de Carlos Alberto solicita la admisión del recurso. El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de algunos motivos de casación y señaló uno de ellos con interés casacional, el relativo al bis in idem en la aplicación de la agravante de superioridad en ambos delitos, esto es, tanto en el de robo con violencia como en el de lesiones, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 6 de abril de 2021; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 22 de junio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

En Sentencia del Pleno de esta Sala Segunda, 357/2020, de 30 de junio de 2020, en relación con el recurso de casación por interés casacional, decíamos lo siguiente:

"Con carácter previo, se impone una puntualización acerca de los términos en que ha sido formulado el recurso y a la necesidad de restringir el alcance del discurso crítico de la defensa. En efecto, pese a las vías de impugnación que pretende hacer valer el Letrado, lo cierto es que su discrepancia con la sentencia objeto de recurso sólo puede activarse por el cauce que habilita el art. 847.1.b de la LECrim, que autoriza el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, pero sólo en los términos fijados por el art. 849.1 de la LECrim.

Se trata, como es sabido, de la novedosa vía ofrecida por la Ley 41/2015, 5 de octubre, que amplió los límites del recurso extraordinario de casación. Esa reforma ha supuesto una ruptura con el entendimiento histórico de este recurso, justificada por la necesidad de atribuir a esa Sala la posibilidad de unificar la interpretación de preceptos penales que no estaban siendo aplicados con la deseable uniformidad por las Audiencias Provinciales.

Es evidente que esta modificación va más allá de una simple redefinición del objeto del recurso, habiendo afectado a su propia funcionalidad. En efecto, si la falta de desarrollo de la doble instancia ha venido tolerando una

relajación de los límites propios del recurso de casación, es lógico que cuando el objeto del recurso no está constituido por una sentencia dictada en primera y única instancia, sino por una resolución de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. No se trata de iniciar un viaje que resucite el modelo casacional decimonónico, pero sí de intentar despojarle de todos los aditamentos que la pereza del legislador ha obligado a añadir a su diseño. Si bien se mira, ese positivo paso hacia un nuevo modelo de impugnación encierra, en el fondo, una vuelta atrás en el papel histórico reservado a este recurso extraordinario. La tantas veces invocada función nomofiláctica del recurso de casación, ha sido progresivamente arrinconada. La reforma de 1949 -que suprimió el acceso a la casación de las sentencias recaídas en juicios de faltas- y la creación en 1988 de los Juzgados de lo Penal, apartaron el recurso de casación de su anclaje histórico. Se ha dicho con razón que la historia de la casación penal es la historia de un constante alejamiento de sus bases fundacionales. Dicho con otras palabras, aquellas reformas han potenciado el carácter judicialista del recurso, apartándolo de un modelo de casación puro. Sea como fuere, justificado o no ese desapoderamiento histórico de la labor integradora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reforma abre un espacio que, estamos seguros, contribuirá a mejorar la seguridad jurídica como valor constitucional (art. 9.3 CE).

Cuando el recurso de casación se formaliza por la vía del art. 849.1 de las LECrim, las alegaciones del recurrente -hemos dicho en una histórica e incesante jurisprudencia de cita prescindible- han de ajustarse a un ineludible presupuesto metodológico, que no es otro que la aceptación del relato de hechos probados proclamado en la instancia. El incumplimiento de este punto de partida, opera como causa de inadmisión que ahora se convierte en causa de desestimación (cfr. arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).

El debate sobre si se ha aplicado o no correctamente cualquier precepto penal sustantivo debe aceptar como premisa lo que el juicio histórico declara como probado. No es posible remitirse a lo razonado en el motivo que cuestiona las bases probatorias del factum para, a partir de ahí, concluir que se ha vulnerado también, por su incorrecta aplicación, el precepto con el que los hechos han sido calificados. La vía casacional que habilita el art. 849.1 de la LECrim sólo permite discutir el acierto o desacierto del juicio de subsunción, no el sostén probatorio que a esa tipicidad ofrece el relato de hechos probados".

Por otra parte, respecto de este recurso de casación por interés casacional, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en reunión de Pleno No Jurisdiccional, de 9 de junio de 2016, para unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la LECrim. de 2015, en el ámbito del recurso de casación, tomaba el siguiente Acuerdo, en relación con la interpretación de su art. 847.1, letra b).

"A) El art. 847 1º letra b) de la Lecrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la Lecrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 Lecrim).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (art. 892 Lecrim)".

Como vemos, el anterior Acuerdo reproduce los criterios para apreciar "interés casacional" recogidos en el Preámbulo de la Ley 41/2015, que, sin embargo, no se trasladan al articulado, lo que implica que esos criterios, que, sin duda, sirven como guía orientativa, sin embargo no se deben considerar vinculantes ni excluyentes, y la consecuencia es que, junto a los mismos, pueden existir otros que quepan dentro de ese concepto indeterminado, que es el interés casacional, en la medida que no es fácil prever cuántas cuestiones de derecho penal sustantivo se lleguen a presentar, y de qué tipo, que puedan tener relevancia casacional, necesarias para esa homogeneización de la ley penal, a canalizar a través de la función nomofiláctica del recurso de casación, que es la misión llamada a cumplir por este recurso.

Segundo.

Dadas las limitaciones del recurso ante el que nos encontramos, conviene comenzar fijando su objeto, esto es, lo que consideramos de interés casacional, que se concreta en la denuncia por vulneración del principio non bis in idem al haber sido aplicada la agravante de abuso de superioridad tanto en el delito de robo con violencia como en el de lesiones por el que fueron condenados los recurrentes, al ser ésta una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales.

Al ser ésta la cuestión que nos ha de ocupar, trataremos conjuntamente la impugnación que, en cada uno de los recursos, se hace de la misma; bien entendido que es ese particular el único que reúne interés casacional, por lo que cualquier otra queja, como la relativa a su indebida aplicación por ausencia de requisitos o por su incompatibilidad en supuestos de coautoría, no será atendida, al igual que tampoco se abordará el resto de cuestiones ajenas a ese interés casacional, como hemos visto que es la postura de nuestra jurisprudencia, apoyada en los artículos, la jurisprudencia y Acuerdo del Pleno mencionados en el fundamento anterior.

En este sentido, si, al no ser la cuestión de interés casacional, cabe su inadmisión por una providencia, que no es recurrible (arts. 889 y 892 LECrim.), no porque se presente junto a otra que lo tenga deberá merecer un tratamiento procesal distinto, ya que su naturaleza no varía; por ello los motivos de los recursos relativos a las quejas por indebida inaplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5ª CP, que se recoge en el recurso formulado por la representación de Carlos Alberto, o por desestimación de la circunstancia de legítima defensa del art. 20.4º CP, o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (salvo en lo que pueda servir para reforzar el exclusivo motivo por infracción de una norma penal sustantiva), que aparecen en el formulado por la representación de Luis Francisco, que debieron ser inadmitidos, quedan desestimados desde este momento.

Asimismo, conviene recordar que, al ser un recurso por error iuris, hemos de partir de un escrupuloso respeto a los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, lo que implica que no entraremos en consideración alguna relacionada con temas probatorios que pretendan la más mínima alteración de esos hechos, pues estamos ante un motivo de recurso destinado, exclusivamente, a la revisión del juicio de subsunción sobre la cuestión de derecho penal sustantivo que dichos hechos suscitan.

Y transcribimos la parte de los hechos probados que interesan a los efectos del presente recurso, que son, que los tres acusados, "aprovechando la superioridad numérica, empezaron a registrarle [a su víctima, el Sr. Armando] los bolsillos consiguiendo sustraerle el teléfono móvil de la marca Apple, modelo Iphone 5 que llevaba en el bolsillo. Al intentar la víctima recuperar el teléfono, los acusados, actuando de común acuerdo y para obtener la efectiva disposición del teléfono móvil, le propinaron múltiples golpes al Sr Armando provocando que cayera al suelo donde continuaron propinándole múltiples patadas y golpes".

Tercero.

Centrado así el objeto del recurso, la cuestión que nos ocupa se concreta en la revisión sobre el criterio que sigue la sentencia de instancia, mantenido en la de apelación, sobre la compatibilidad de aplicar la circunstancia agravante de abuso de superioridad tanto en el delito de robo con violencia, como en el de lesiones, por los que se condena, o si no cabe tal decisión, por vulneración del principio non bis in idem.

Reiteraba el TC en su Sentencia 91/2008, de 21 de julio, "que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones".

A partir de esta premisa, nos corresponde valorar si, efectivamente, ese mismo hecho en que consiste ese abuso de superioridad, ha sido aplicado, sobre la base del mismo fundamento, en dos ocasiones, y si ello, en último término, supone una doble agravación acumulada que, por tener como base ese mismo fundamento, conlleva esa reacción punitiva desproporcionada, a evitar según la sentencia constitucional citada.

La sentencia de instancia, tras reproducir, de los pasajes de la STS 216/2010, de 2 de marzo de 2010, los requisitos que han de concurrir para apreciar la circunstancia agravante de abuso de superioridad, y decir que los mismos concurren en el caso que nos ocupa, acaba considerando que esta circunstancia es totalmente compatible con el delito de robo con violencia o intimidación; sin embargo, hay que tener en cuenta que en aquel caso se enjuició un delito de homicidio; se trataba, por tanto, de una acción, con lo que no se hacía frente al problema con que nos encontramos, en que el debate surge en relación con su aplicación cuando nos encontremos dos acciones, una contra la propiedad, como es un robo, y otra contra la integridad física, como fueron unas lesiones, producto de la violencia ejercida cuando se roba, y aunque la cita de la jurisprudencia es correcta, no se detiene en analizar si la violencia ejercida es inherente, o no, a cuál de las dos acciones, determinante para su aplicación.

Haciendo un repaso por nuestra jurisprudencia, encontramos la STS 1049/1998, de 21 de septiembre de 1998, en la que, tras un reconocimiento a la exhaustiva exposición que hace el M.F. de la jurisprudencia existente hasta el momento en relación con la aplicabilidad de la circunstancia agravante de abuso de superioridad al delito

de robo con violencia, reconoce "que tal doctrina no ha sido unánime sobre la aplicabilidad de tal circunstancia en el delito de robo violento o intimidatorio. Ya la sentencia de 19 de diciembre de 1988 se hizo eco de esta cuestión, señalando las discrepancias en la cristalización jurisprudencial. Mientras determinadas resoluciones han señalado que el abuso de superioridad se encuentra ínsito en el robo con intimidación -ver sentencias de 17 de junio de 1985, 7 de marzo de 1986 y 15 de marzo de 1987- otras han apreciado tal agravación -ver sentencias de 23 y 28 de enero de 1986, 4 de noviembre de 1992, 23 de marzo y 30 de noviembre de 1994 y 5 de junio de 1995-".

Por su parte, la sentencia de apelación, que ratifica el criterio de la de instancia, acude a la STS 787/2016, de 20 de octubre de 2016, que confirma la tesis favorable de nuestra jurisprudencia a considerar, en general, compatible la agravante de abuso de superioridad con el delito de robo con violencia, frente a otras posiciones que no la consideraban de aplicación por encontrarse ínsito en el propio delito robo, porque cuando "no la ha apreciado ha sido más bien porque la violencia o intimidación empleadas no superaron la propia del delito cometido y por lo tanto no ha existido un propio abuso de la superioridad existente", y, ciertamente, en el caso, ratificó la aplicación dicha agravante tanto en el delito de homicidio, como en el robo que venía de la instancia.

De la anterior sentencia es interesante destacar la jurisprudencia que menciona, entre ella, la STS 863/2015, de 30 de diciembre, que se remite a lo que considerara doctrina general en lo relativo a la aplicación de la agravante que nos ocupa, que trae de la STS 922/2012, de 4 de diciembre, la cual aborda la cuestión a partir del fundamento de derecho decimoquinto que dice como sigue:

"Con respecto a la primera cuestión, la STS. de 29 de noviembre de 2007, después de reconocer que no son abundantes los pronunciamientos sobre la concurrencia de esta agravante en delitos violentos contra el patrimonio, admite sin embargo su compatibilidad, ya que esta circunstancia agravante se puede aplicar en todas aquellas conductas delictivas que presupongan una agresión física a la víctima, sin que exista razón alguna que limite su aplicación a los delitos contra la vida o integridad física, pudiendo aplicarse también en aquellos que contemplan conjuntamente el ataque a la vida y la integridad personal junto con la agresión a otros bienes jurídicamente protegidos, como ya señaló la STS 8 de febrero de 1991.

Desde esta perspectiva es posible su apreciación en aquellas figuras delictivas en las que la conducta delictiva incluya el ataque a la vida y la integridad personal, ataque que es indudable que está presente en los delitos de robo con violencia, pero teniendo en cuenta que es el bien jurídico personal, y no el patrimonial, el que justifica la posibilidad de su apreciación. Por ello habrá que examinar cada caso en concreto no solo para determinar si se ha usado violencia con una víctima que se encuentra en evidente de desequilibrio de fuerzas, sino también para tomar en consideración los efectos que puede producir el hecho de que es la agresión personal y no la patrimonial la que justifica la agravación, con el fin de evitar la posibilidad de una aplicación redundante o duplicada de la agravación. Es decir que es necesario impedir que la agravante produzca un doble efecto en perjuicio del imputado cuando los actos de violencia física se sancionen separadamente, exacerbando en estos supuestos de forma duplicada la pena al aplicarse como agravante en ambos tipos delictivos. Por ello, en estos supuestos, y para evitar la vulneración del principio "non bis in ídem", solo debe aplicarse como agravante en la sanción de los actos de violencia física realizados.

El citado principio no impide sancionar dos delitos independientes, con las circunstancias cualificadoras que concurran en la ejecución de cada uno, pero en el caso de los robos con violencia es únicamente el bien jurídico personal, y no el patrimonial, el que justifica la posibilidad de la apreciación de la agravante genérica de abuso de superioridad, por lo que al sancionarse separadamente los actos de violencia física incluyendo la apreciación de la agravante, ya no se justifica su aplicación duplicada en el delito patrimonial".

El fundamento de derecho decimosexto se refiere a la violencia, para distinguir cuando es connatural a la situación de desequilibrio propia de la dinámica comisiva del robo, en que no cabría su aplicación, de aquella otra que se considere sobreabundante, en que sí, señalando como resumen de su excurso jurisprudencial lo siguiente:

"1º) La agravante de abuso de superioridad puede aplicarse al robo con violencia, en la medida en que este tipo contempla conjuntamente el ataque a la vida y la integridad personal junto con la agresión a un bien jurídico patrimonial.

2º) La aplicación de la agravante exige que se trate de un supuesto singular o que la violencia utilizada para cometer el robo sea sobreabundante, pues de otro modo queda ínsito en el delito patrimonial, que por su propia naturaleza implica el aprovechamiento de una situación de superioridad.

3º) La agravante no es aplicable en los supuestos del subtipo agravado del art 242 3º, uso de armas o instrumentos peligrosos, que constituye en si mismo una modalidad de abuso de superioridad ya sancionada de modo específico.

4º) La aplicación en el tipo básico no debe surtir un doble efecto en perjuicio del reo, por lo que quedará excluida cuando los actos de violencia física se sancionen separadamente con aplicación de la agravante de abuso de superioridad, pues en este caso es improcedente la aplicación duplicada de la agravante al delito patrimonial, quedando absorbido el mayor desvalor de la acción por la agravación del delito contra las personas".

Cuarto.

Por lo que de aplicación al caso que nos ocupa se refiere, a mayor resumen de la anterior doctrina, podemos sintetizarla diciendo que en el delito de robo con violencia, si la que se ejerce es connatural a la dinámica comisiva de la sustracción, por inherente al robo, no ha de llevar mayor reproche que el que corresponda por este, y solo cuando haya una sobreabundancia en el despliegue de esa violencia, merecerá un mayor reproche, en cuyo caso habrá que valorar la intensidad de esa sobreabundancia, porque si la misma es menor, de manera que no alcanza la autonomía como para definir un delito distinto, cabrá hablar de abuso de superioridad en el delito de robo, debido a su relación con la violencia, pero si esa violencia, por su mayor sobreabundancia, permite dar sustantividad propia a otro delito en que se vea afectado un bien jurídico personal, al ser éste el que justifica la aplicación de la agravante, a él le deberá ser aplicada, sin que quepa nueva aplicación al delito patrimonial.

El delito de robo con violencia es un delito complejo, en la medida que lo componen dos acciones, cada una, por sí misma, eventualmente delictiva; es, en consecuencia, un tipo que puede lesionar dos bienes jurídicos, ya que, junto al ataque a la propiedad ajena, bien jurídico patrimonial, se despliega una violencia que, de la misma manera que puede ser inherente a la sustracción, cabe que la supere y cobre autonomía propia, si bien, en uno y otro caso, con mayor o menor intensidad, se ven afectados bienes jurídicos personales, siendo, precisamente, por la afectación a estos lo que explica la posible aplicación de la circunstancia de abuso de superioridad (conocida como alevosía menor, solo de apreciación en delitos contra las personas) en el delito de robo con violencia, de manera que, si el ataque al bien jurídico personal es el determinante, y la violencia ha cobrado autonomía para ser valorada independiente, habrá de ser el delito en que esta se encuentre en el que sea de aplicación. Lo contrario, es decir, tener en consideración dos veces esa misma circunstancia, cuando es igual su fundamento en ambos casos, supone una reduplicación con perjudiciales efectos punitivos, que no debe ser tolerada según la doctrina constitucional expuesta.

Es, por lo tanto, en el elemento violencia, por ser lo que afecta al bien jurídico personal, donde se ha de centrar la atención a la hora de decidir sobre la aplicación de la agravante de abuso de superioridad, por más que estemos ante un delito patrimonial, lo que no han hecho las sentencias de instancia y apelación, para si, en función su intensidad, ésta alcanza la autonomía como para dar sustantividad a un delito propio, aplicar la agravante en éste solo y no en los dos.

Procede, pues, la estimación del recurso, con la consiguiente reducción de la pena por el delito de robo, de los cuatro años de prisión, impuesta para todos los condenados en la instancia, no por la mínima imponible de dos años, sino por la de DOS años y SEIS meses, en atención a las consideraciones que se hacen en la sentencia del Juzgado para no ir a ese mínimo, que compartimos (arg. art. 66.6ª CP)

Quinto.

La estimación del recurso conlleva la declaración de las costas de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR HABER LUGAR a los recursos de casación por infracción de ley, interpuestos por las representaciones procesales de Carlos Alberto y de Luis Francisco, y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia 149/20, dictada con fecha 10 de septiembre de 2020 por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Rollo de Apelación 53/2020, que desestimó el recurso de apelación formulado contra la sentencia 136/20, dictada con fecha 4 de junio de 2020 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Barcelona, con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) NÚM.: 10715/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Antonio del Moral García
D^a. Carmen Lamela Díaz
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación num. 10715/2020P, interpuesto por la representación procesal de Carlos Alberto y Luis Francisco, contra la sentencia dictada con fecha 10 de septiembre de 2020 por la Secc. 21^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que ha sido casada y anulada por la anterior sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como queda expresado al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional procede suprimir la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad en el robo.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, procede suprimir la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad en el delito de robo, para todos los condenados, sustituyendo la pena impuesta por este delito, de cuatro años de prisión, por la de DOS años y SEIS meses de prisión para cada uno de ellos, manteniendo la condena impuesta por el delito de lesiones en sus propios términos.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

Así se acuerda y firma.

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.