

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065708

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 711/202, de 21 de septiembre de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10074/2021

**SUMARIO:****Robo. Detención ilegal. Concurso real de delitos. Agravante de abuso de superioridad. Delito de extorsión.**

El delito de detención ilegal exige de un elemento intelectual específico, consistente en concurrir la voluntad de privar a otro de su libertad de movimientos durante un cierto tiempo y saber de la ilegalidad de la conducta. Cuando la privación de libertad sea un instrumento necesario y proporcionado para alcanzar el principal objetivo delictivo que orienta la actuación del autor, en este caso el robo, la respuesta punitiva oportuna es la inherente a la apreciación de concurrencia de un concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento. El punto de referencia que posibilita la discriminación entre el concurso de normas o las reglas previstas para el concurso ideal o real entre el delito de robo con violencia e intimidación que ahora analizamos y el delito de detención ilegal, surge del análisis sobre el modo en que se han proyectado los factores de intensidad y temporalidad en la privación de la libertad deambulatoria de un individuo. Cuando la privación de la libertad deambulatoria supera la mínima restricción temporal o de potencia que resulta precisa para consumir el otro delito (agresión sexual o robo), afectando de manera acumulada y relevante al bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal, nos encontraremos con el concurso ideal impropio (o concurso medial) entre ambas conductas. Y el concurso real entre ambos delitos (art. 74 del Código Penal) sobreviene cuando el exceso de duración o la intensidad de la privación de libertad, con independencia de cuál sea su relación con el delito contra la libertad sexual o robo, se alejan notoriamente de la dinámica comisiva de éste.

La reciente doctrina de esta Sala admite, aun de forma excepcional y con matices, la compatibilidad entre el robo con violencia y la agravante de abuso de superioridad, pero la superioridad no puede venir dada por el uso del arma, dado que ya se ha valorado específicamente al aplicar la modalidad agravada de robo con uso de armas o instrumentos peligrosos, admitiendo que puede proceder del elevado número de agresores unido al uso de una violencia sobreabundante, siempre actuando con un criterio de singularidad.

La acción típica del delito de extorsión consiste en buscar la colaboración del sujeto pasivo para que facilite el in consentido trasvase patrimonial pretendido por el autor, lo que debe de hacerse no sólo con un ánimo lucrativo, sino empleando directamente violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo para mover su voluntad. La acción no consiste en el apoderamiento directo del objeto del delito, sino que busca que el sujeto pasivo ejecute un acto de disposición o un negocio jurídico de cierta complejidad jurídica, de modo que cuando el acto pretendido con la violencia o la intimidación sea la simple entrega de la cosa interesada por el autor del delito, nos encontraríamos realmente ante un robo.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), arts. 8, 20.2, 21, 22.2, 74, 77, 136.1, 147.2, 163.2, 237, 238.2, 241, 242 y 243.

**PONENTE:***Don Pablo Llarena Conde.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don PABLO LLARENA CONDE

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 711/2021

Fecha de sentencia: 21/09/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10074/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 15/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10074/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 711/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 21 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 10074/2021 interpuesto por Luis Miguel, representado por la procuradora doña Adela Gilsanz Madroño, bajo la dirección letrada de don Francisco Javier Escoda Royo; y por Alejandro, representado por la procuradora doña Marta Pradera Rivero, bajo la dirección letrada de don Isaac González Bordas, contra la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo de Apelación Penal 213/2020, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por Luis Miguel y Alejandro y se confirmó la sentencia dictada el 24 de julio de 2020 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el Rollo de Sala 22/2020, en la que se condenó a Alejandro y Luis Miguel como autores responsables de: a) un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada con uso de instrumento peligroso de los artículos 237, 238.2 y 242.1.º, 2.º y 3.º del Código Penal concurriendo las circunstancias agravantes de abuso de superioridad del artículo 22.2 del CP y de reincidencia del artículo 22.8 del CP, junto con la atenuante simple de reparación del daño del artículo 21.5 del CP respecto al primero de ellos; b) un delito de detención ilegal del artículo 163.2 del CP; c) un delito de extorsión en grado de tentativa de los artículos 243 en relación con los artículos 16.2 y 62 del CP; d) un delito de robo con fuerza en casa habitada en grado de tentativa previsto en los artículos 237, 238.2 y 241.1.º del CP en relación con los artículos 16

y 62 del mismo concurriendo respecto a ambos la circunstancia agravante de reincidencia y respecto al primero de ellos la atenuante de reparación del daño como simple; y e) un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del CP. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Tarragona incoó Procedimiento Abreviado 23/2020 por delitos de detención ilegal, robo con violencia, robo con fuerza en casa habitada, extorsión, amenazas y daños, contra Alejandro y Luis Miguel, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta. Incoado el Rollo de Sala 22/2020, con fecha 24 de julio de 2020 dictó sentencia n.º 187/2020 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral, ha resultado acreditado:

**PRIMERO.** El acusado Alejandro ha sido condenado como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas por sentencia firme de fecha de 29 de marzo de 2017, dictada por el juzgado de lo Penal n.º 3 de Tarragona en el procedimiento abreviado n.º 76/2015 a la pena de 1 año de prisión que fue suspendida en fecha de 29 de marzo de 2017 por un plazo de 2 años, remitiéndose definitivamente la misma en fecha de 25 de septiembre de 2019. El acusado Luis Miguel, sin autorización administrativa para residir en España ha sido condenado como autor de un delito de robo con fuerza en casa habitada por sentencia firme de fecha de 23 de julio de 2019, dictada por el juzgado de lo Penal n.º 1 de Tarragona en el procedimiento abreviado n.º 32/2019 a la pena de un año y 9 meses de prisión, que fue suspendida el mismo día por un plazo de 2 años.

**SEGUNDO.** Ambos acusados, de común acuerdo, sobre las 02:30 horas del día 21 de octubre de 2019, en compañía de otras personas no identificadas, se dirigieron al domicilio del Sr. Balbino, sito en la AVENIDA000 número NUM000 del BARRIO000, Tarragona, del que era arrendatario, siendo propietario del mismo Cirilo, forzaron la puerta de entrada del domicilio y fracturaron un cristal anexo y la ventana de la cocina entrando al interior el acusado Sr. Luis Miguel junto con otra persona no identificada, portando sendos cuchillos, mientras el acusado Sr. Alejandro esperaba en el exterior portando un machete de tipo militar.

Una vez en el interior del domicilio, exhibiendo los cuchillos que portaban, exigieron al Sr. Balbino que les entregara el dinero y la cocaína que tuviera, expresando que le iban a matar y a su familia y le acercaban los cuchillos al abdomen.

Al cabo de una hora u hora y media, se marcharon todos del domicilio del Sr. Balbino, acordando los acusados que se quedara el Sr. Luis Miguel vigilando al mismo. Sobre las 06:00 horas volvió al domicilio el otro acusado, el Sr. Alejandro, en compañía de personas no identificadas, se dirigió al denunciante portando el machete y le manifestó que le iba a matar propinando al mismo empujones y un cabezazo en el hombro, mientras le exigía que les entregara el dinero y la droga.

**TERCERO.** Los acusados, sobre las 07:00-07:30 horas, al no conseguir su propósito de que les entregara el dinero y la droga, exigieron al mismo, utilizando las mismas expresiones, que sobre las 12 horas de la mañana les entregara 4000 euros. Los acusados, en compañía de otra persona no identificada contactaron mediante el teléfono NUM001 con el Sr. Balbino reclamándole el dinero, manifestando el mismo que no tenía los 4000 euros. Entonces le requirieron para que acudiera a la fleca del BARRIO000, encontrándose con los mismos sobre las 12:00 horas, más tarde, le obligaron a introducirse en un vehículo mientras le amenazaban con matarle o hacer daño a sus familiares.

Sobre las 15:30 horas volvieron al domicilio del Sr. Balbino, portando los cuchillos y profiriendo expresiones tales como que le iban a matar si no les entregaba la droga y el dinero, cogieron varias plantas .de marihuana, dos teléfonos móviles y una Tablet, abandonando el domicilio del mismo.

**CUARTO.** Esa misma tarde el Sr. Balbino abandonó su domicilio, volviendo ambos acusados a regresar al mismo sobre las 01:00 horas del día siguiente cuando fueron sorprendidos, escondidos en el interior de dicho domicilio, por Una dotación de la Guardia Urbana de Tarragona.

En la casa faltaban a su vez dos televisores y una máquina de gimnasio, no quedando acreditado el momento en que los mismos desaparecieron.

**QUINTO.** La casa en la que vivía el Sr. Balbino sufrió daños, cuya reparación y coste de la misma fue asumido por el denunciante, valorándose tales gastos en la cantidad de 1584 euros.

El valor de los objetos sustraídos, los dos móviles y la Tablet asciende a la cantidad de 1283 euros. Así mismo cogieron 1000 euros que el Sr. Balbino tenía escondidos en la casa.

SEXTO. Balbino sufrió lesiones consistentes en contusiones varias, esguince en el músculo pectoral derecho, excoriaciones y lesiones superficiales y dolor con tumefacción en cara anterointerna de la tibia derecha y dolor en el hombro derecho en la elevación del mismo, que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa tardando 15 días de naturaleza no impeditiva en sanar.

SÉPTIMO. El acusado Alejandro ha consignado con anterioridad a la celebración del juicio la cantidad de 1457,5 euros para el abono de las responsabilidades civiles que se pudieran dimanar."

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

#### **" FALLO**

LA SALA ACUERDA: Que debemos condenar y condenamos a Alejandro Y Luis Miguel, como autores responsables de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada con uso de instrumento peligroso de los artículos 237, 238.2 y 242.10, 2º y 30 del C.P concurriendo las circunstancias agravantes de abuso de superioridad del artículo 22.2 del C.P y de reincidencia del artículo 22.8 del C.P, junto con la atenuante simple de reparación del daño del artículo 21.5 del C.P respecto al primero de ellos, a la pena de 4 años 7 meses y 16 días de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio al derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de condena respecto a Alejandro y a la pena de 4 años y 10 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio al derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de condena respecto al acusado Luis Miguel.

Que debemos condenar y condenamos a Alejandro Y Luis Miguel, como autores responsables de un delito un -delito de detención ilegal del artículo 163.2 del C.P, a la pena; a cada uno de ellos de 2 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio al derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Que debemos condenar y condenamos a Alejandro Y Luis Miguel, como autores responsables de un delito un delito de extorsión en grado de tentativa de los artículos 243 en relación con el artículo 16.2 y 62 del CP a la pena a cada uno de ellos de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio al derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Que debemos condenar y condenamos a Alejandro Y Luis Miguel, como autores responsables de un delito un delito de robo con fuerza en casa habitada en grado de tentativa previsto en los artículos 237, 238.2 y 241.1º del C.P en relación con los artículos 16 y 62 del mismo concurriendo respecto a ambos la circunstancia agravante de reincidencia y respecto al primero de ellos la atenuante de reparación del daño como simple; al Sr. Alejandro a la pena de 1 año y 1 día de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio al derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al acusado Sr. Luis Miguel a la pena de 1 año 6 meses y 1 día de prisión inhabilitación especial para el ejercicio al derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Que debemos condenar y condenamos a Alejandro Y Luis Miguel, como autores responsables de un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del C.P a la pena de 40 días multa con una cuota diaria de 4 euros con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del C.P en caso de impago de la misma.

Así mismo, imponemos a los acusados la pena de prohibición de aproximación a Balbino, a su casa, lugar de trabajo o cualquiera frecuentado de forma habitual por el mismo, así como de realizar cualquier acto de comunicación con el mismo durante un periodo de 10 años.

En materia de responsabilidad civil, Alejandro Y Luis Miguel deberán indemnizar a Balbino en la cantidad de 1284 euros por el valor de los objetos y dinero sustraído, 1000 euros por el dinero en efectivo sustraído, en la cantidad de 1584 euros por los daños ocasionados y en la cantidad de 350 euros por las lesiones causadas al mismo.

Todas las cantidades devengarán los intereses legales previstos en el artículo 576 de la LEC.

Debemos absolver y absolvemos a Alejandro Y Luis Miguel de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada con uso de arma o instrumento peligroso en grado de tentativa, de un delito de amenazas del artículo 169.2 del C.P, de un delito de daños del artículo 263.1 del C.P y de un delito de grupo criminal del artículo 570.ter lb) del C.P.

Condenamos a Alejandro Y Luis Miguel conjunta y solidariamente al abono de las cinco novenas partes de las costas derivadas del presente procedimiento.

Para el cumplimiento de las penas impuestas se le abonará a los condenados el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes acusadas, así como al perjudicado informando que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo de 10 días a Computar desde la última notificación de la sentencia.

Así por esta nuestra -Sentencia, lo pronunciamos, mandarnos y firmamos."

### **Tercero.**

Recurrida la anterior sentencia en apelación por Alejandro y Luis Miguel, se remitieron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en fecha 14 de diciembre de 2020, emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D. Alejandro y de D. Luis Miguel contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, con fecha 24 de julio de 2020 y DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente dicha sentencia, y declaramos de oficio las costas del presente recurso de apelación.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Excma. Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la presente sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

#### **Cuarto.**

Notificada la sentencia a las partes, las representaciones procesales de Alejandro y Luis Miguel, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

#### **Quinto.**

El recurso formalizado por Luis Miguel, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. 1. Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 24 de la Constitución Española por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, por vulneración al derecho a un procedimiento con todas las garantías y por vulneración al derecho a que no se produzca indefensión.

2. Al amparo del artículo 849.1.º LECRIM y de los artículos 163.2, 16.1 y 62 CP por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que debían ser observadas en la aplicación de la ley penal.

3. Al amparo de los artículos 24.2, 9.3 y 120 CE y del artículo 5.4 LOPJ y por concurrir interés casacional, habida cuenta la motivación que razona el fallo de la sentencia recurrida resulta opuesta a la doctrina jurisprudencial del Excmo. Tribunal Supremo y por infracción de precepto constitucional.

SEGUNDO. 1. Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 24 CE por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, por vulneración al derecho a un procedimiento con todas las garantías y por vulneración al derecho a que no se produzca indefensión.

2. Al amparo del artículo 849.1.º LECRIM y de los artículos 243, 16.1 y 62 CP por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que debían ser observadas en la aplicación de la ley penal.

3. Al amparo de los artículos 24.2, 9.3 y 120 CE y 5.4 LOPJ y por concurrir interés casacional habida cuenta la motivación que razona el fallo de la sentencia recurrida resulta opuesta a la doctrina jurisprudencial del Excmo. Tribunal Supremo y por infracción de precepto constitucional.

TERCERO. 1. Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 24 CE por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, por vulneración al derecho a un procedimiento con todas las garantías y por vulneración al derecho a que no se produzca indefensión.

2. Al amparo del artículo 849.1.º LECRIM y de los artículos 237, 238.1, 242.1, 242.2, 242.3, 16.1 y 62 CP por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que debían ser observadas en la aplicación de la ley penal.

3. Al amparo de los artículos 24.2, 9.3 y 120 CE y 5.4 LOPJ y por concurrir interés casacional habida cuenta la motivación que razona el fallo de la sentencia recurrida resulta opuesta a la doctrina jurisprudencial del Excmo. Tribunal Supremo y por infracción de precepto constitucional.

CUARTO. 1. Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 24 CE por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, por vulneración al derecho a un procedimiento con todas las garantías y por vulneración al derecho a que no se produzca indefensión.

2. Al amparo de los artículos 849.1.º LECRIM, 24.2 CE y 21.7 y 21.1 CP por infracción de ley por aplicación inadecuada de dichos artículos.

QUINTO. 1. Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 24 CE por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, por vulneración al derecho a un procedimiento con todas las garantías y por vulneración al derecho a que no se produzca indefensión.

2. Al amparo de los artículos 849.1.º LECRIM, 24.2 CE y 21.2 CP por infracción de ley por aplicación inadecuada de dichos artículos.

SEXTO. Al amparo de los artículos 24.2, 9.3 y 120 CE y 5.4 LOPJ y por concurrir interés casacional habida cuenta la motivación que razona el fallo de la sentencia recurrida resulta opuesta a la doctrina jurisprudencial del Excmo. Tribunal Supremo y por infracción de precepto constitucional.

El recurso formalizado por Alejandro, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. A) Por infracción de precepto constitucional de los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ: por falta de aplicación del artículo 24 de la Constitución (derecho a la presunción de inocencia), en relación a la participación del Sr. Alejandro, derecho a un procedimiento con todas las garantías, falta aplicación del principio de in dubio pro reo. El recurrente es inocente. Por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva por falta de racionalidad en la motivación fáctica y apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia).

B) Por infracción de ley de los artículos 847 y 849.1.º LECRIM: por aplicación indebida de los artículos. 237, 238.2, 242.1.º, 2.º y 3.º CP. Solicitud de carácter subsidiario.

C) Por infracción de ley de los artículos 847 y 849.1.º LECRIM: por aplicación indebida del artículo 163.2 del CP, en relación con la aplicación indebida del artículo 77 del CP e inaplicación del artículo 8.3.ª del mismo cuerpo legal. Solicitud de carácter subsidiario.

D) Por infracción de ley de los artículos 847 y 849.1.º LECRIM: por aplicación indebida del artículo 22.2.2 del CP, al apreciar abuso de superioridad. Solicitud de carácter subsidiario.

E) Por infracción de ley de los artículos 847 y 849.1.º LECRIM: ya que se cumplen los requisitos exigidos en los artículos 21.5 y 66 CP y no se ha aplicado la atenuante de reparación del daño como muy cualificada. Solicitud de carácter subsidiario.

F) Por infracción de ley de los artículos 847 y 849.1.º LECRIM: falta de aplicación del artículo 21.1 en relación con el artículo 20-2.º CP, atenuante muy cualificada/eximente incompleta de cometer los hechos en estado de intoxicación por consumo de sustancias estupefacientes. Solicitud de carácter subsidiario.

G) Por infracción de ley de los artículos 847 y 849.1.º LECRIM: aplicación indebida de la agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP. Solicitud de carácter subsidiario.

#### **Sexto.**

Instruidas las partes del recurso interpuesto, la representación procesal de Alejandro, en escrito presentado telemáticamente el 17 de mayo de 2021, se da por instruida, adhiriéndose al recurso interpuesto por la representación procesal de Luis Miguel. El Ministerio Fiscal, en escrito de 31 de mayo de 2021, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos de los recursos e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 15 de septiembre prolongándose hasta el día de la fecha.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Preliminar.**

La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, en su Procedimiento Abreviado n.º 22/2020, procedente del Procedimiento Abreviado 23/2020, de los del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Tarragona, dictó Sentencia el 24 de julio de 2020, en la que condenó a Alejandro y Luis Miguel: a) Como autores responsables de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada y con uso de instrumento peligroso, concurriendo las circunstancias agravantes de abuso de superioridad y de reincidencia, así como la atenuante de reparación del daño en Alejandro; b) Como autores de un delito de detención ilegal del artículo 163.2 del Código Penal; c) Como autores de un delito intentado de extorsión del artículo 243 del Código Penal; d) Como autores de un delito intentado de robo con fuerza en casa habitada, con las mismas circunstancias modificativas antes expuestas y e) Como autores de un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal.

Contra la sentencia los acusados interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, siendo desestimado en Sentencia de 14 de diciembre de 2020.

Ambos acusados interponen ahora el presente recurso de casación.

Recurso interpuesto por la representación de Alejandro.

#### **Primero.**

1.1. El recurrente formula su primer motivo por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender que se ha producido un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y por falta de aplicación del principio in dubio pro reo.

Reiterando lo expresado en su recurso de apelación, el recurrente sostiene que la sentencia de instancia parte de una presunción de culpabilidad para, sobre esa base, buscar de entre los medios de prueba practicados en el plenario únicamente aquellos que pueden sustentar la declaración de responsabilidad. Aduce que en el proceso han existido dos versiones contradictorias: la del denunciante que sostuvo que los acusados cometieron los hechos en los que descansa su declaración de responsabilidad criminal, y la de los acusados, que negaron haber cometido ninguno de los actos ilícitos que se les han atribuido y que sustentaron que fueron detenidos en la casa del denunciante porque éste les había invitado a fumar a su domicilio después de que le hubieran entrado a robar, pero que el denunciante abandonó la vivienda momentos antes de que llegara la policía. Afirma que no se ha acreditado que ellos robaran al denunciante, ni que le extorsionaran, ni que llevaran cuchillos o le privaran de su libertad.

1.2. Como ya hemos indicado en numerosas sentencias de esta Sala, el principio "in dubio pro reo" solo es invocable en casación en su faz normativa, es decir, si hubiese condena pese a que el Tribunal expresara o mostrara sus dudas respecto a tal pertinencia, pues lo que el principio integra es una regla de valoración probatoria que conduce a adoptar la alternativa más favorable al acusado cuando el Tribunal de enjuiciamiento no ha alcanzado una certeza exenta de dudas razonables; dicho de otro modo, el principio no obliga a dudar, sino a absolver cuando, valorada toda la prueba, persistan dudas en el Tribunal respecto de la culpabilidad del acusado.

Respecto de la discrepancia del recurrente con la valoración que de la prueba ha realizado el Tribunal de instancia, debe recordarse la doctrina de esta Sala al establecer que en los procedimientos con doble instancia contemplados en el artículo 847.1.a) de la LECRIM, el control casacional de las sentencias que les pongan término, no sólo comporta realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación, sino que también puede ajustarse a revisar los juicios de inferencia que se hayan alcanzado en la instancia, a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado el Tribunal de apelación en el caso de que el argumento hubiera sustentado el previo recurso devolutivo ante él, de suerte que, en definitiva, el ámbito del control casacional se refiere a la ponderación y argumentación que sobre la cuestión haya exteriorizado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante.

Se ha explicitado también en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero), que la labor que corresponde al Tribunal de apelación en la encomienda de supervisar la valoración de la prueba hecha por el Juzgador de instancia, cuando se alega ante él la infracción del derecho a la presunción de inocencia, no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador a quo, porque solo a éste corresponde esa función valorativa, sino verificar que, efectivamente, el Tribunal de instancia contó con suficiente prueba de signo acusatorio. Una verificación que entraña que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio ( STS 1125/2001, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Es cierto, como se ha dicho, que la inserción del elemento de la razonabilidad dentro del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia genera un espacio común en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, el control por parte del Tribunal de apelación de la coherencia del juicio probatorio del Tribunal a quo, particularmente cuando lo que se invoca es un quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallan todas las pruebas que se han tenido en cuenta, sino que el Tribunal de instancia fije con claridad cuáles son las razones que ha contemplado el Tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos -muy especialmente cuando hayan sido controvertidos-, tanto porque permite al justiciable, y a la sociedad en general, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, o la corrección técnica de la decisión dada por el Tribunal, cuanto porque facilita el examen de la lógica y racionalidad de sus conclusiones fácticas.

De este modo, por más que no sea necesario razonar lo que resulta obvio, ni sea tampoco exigible un discurso exhaustivo sobre hechos aceptados por el acusado, en lo que se refiere a los hechos negados, no reconocidos por éste o de cualquier forma cuestionados o discutidos, las pruebas a considerar al verificar la racionalidad del proceso valorativo no son sólo aquellas que lógicamente conduzcan a la conclusión obtenida por el Tribunal, sino todas aquellas que hayan sido traídas por las partes y que puedan destruir o debilitar la convicción hasta conducirla al campo de lo incierto, lo remoto o lo especulativo.

Por último, debe recordarse, conforme la doctrina constitucional, que el control de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde la suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable,

cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa). En todo caso, es pacífica la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala que proclama que el control en este último supuesto ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales de instancia quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías, del acervo probatorio; de modo que sólo puede considerarse insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable ( SSTC 300/2005, de 21 de noviembre o 123/2006 de 24 de abril, entre otras).

1.3. Desde esta consideración de la función casacional como evaluadora de que la supervisión que ha hecho el Tribunal de apelación respete las reglas anteriormente expuestas de valoración del juicio probatorio del Tribunal de instancia, debe rechazarse la pretensión que sustenta el motivo.

Contrariamente a lo que se sostiene en el recurso, el Tribunal de instancia ha considerado la versión de los recurrentes y la confrontó al resto de pruebas existentes. Consideró la narración inculpativa del denunciante, quien detalló puntualmente que los acusados no fueron invitados a su casa, sino que entraron forzando la puerta y rompiendo un cristal, para amenazarle después con cuchillos y sustraerle una serie de efectos. El mismo denunciante refirió que estuvo retenido durante horas y que durante ese tiempo fue reiteradamente agredido, habiendo sido puesto en libertad con la exigencia de que les entregara la cantidad de 4.000 euros o que, de otro modo, le matarían o harían daño a su familia. Un relato que el Tribunal valora como verosímil, no sólo por la apariencia de narración sincera, sino porque satisfizo elementos objetivos para su escrutinio.

Destaca la Sala que no se aprecian razones que pudieran impulsar al denunciante a mentir; añade que siempre ha descrito los hechos de una manera semejante y, con particular valor, confirma que los hechos denunciados son acordes con otros elementos probatorios que el denunciante no pudo controlar y corroboran así su versión.

Así, el Tribunal valora la declaración de una vecina del denunciante (la Sra. Tarsila), que confirmó su relato de que la casa fue asaltada en la noche anterior a la detención de los acusados y que los extraños se llevaban algunos efectos, confirmando también que, en la tarde siguiente, vio a unos individuos que conducían al denunciante hasta el interior de su casa. También considera el testimonio del propietario de la vivienda alquilada al denunciante, que confirmó la existencia de unos daños que son coherentes con el asalto objeto de acusación. Contempla además la compatibilidad entre la narración del denunciante y las lesiones que se objetivaron en su cuerpo, tal y como subrayó el dictamen pericial. Por último, proclama el marcado valor incriminatorio que tiene que, a la noche siguiente, los acusados fueran detenidos en el interior de la vivienda del Sr. Balbino, sin que éste estuviera presente y sin que se entienda creíble que pudieran haber sido invitados, pues los acusados trataron de ocultarse a la supervisión policial escondiéndose debajo de una cama y en una buhardilla del inmueble.

La valoración probatoria es conforme con las reglas de la sana crítica y justifica que el Tribunal otorgue la misma credibilidad a los extremos del relato de la víctima que han sido corroborados por otros elementos probatorios como a los que sustentó en su versión y están carentes de otro respaldo.

Así lo proclama también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que se impugna, que en su fundamento segundo recoge:

"Simplemente la versión del acusado de negar los hechos, en respuesta a las preguntas formuladas por su letrado, y manifestar que el día 22 de octubre se encontraba en casa del Sr. Balbino, a quien conocía con anterioridad, porque el mismo se lo había pedido toda vez que unas personas habían tratado de entrar en su casa, y que en un momento dado el Sr. Balbino se marchó de la casa y dejó allí a los acusados, y que entonces llegó la policía y les detuvo, no es en absoluto verosímil, pues contradice frontalmente la versión de la víctima, Sr. Balbino, y de otras pruebas. En efecto, de entrada, de ser cierta dicha versión, es totalmente inexplicable que la Guardia Urbana (testifical de los agentes con tip NUM002, NUM003, NUM004 y NUM005), alertados por un vecino que vio saltar a dos personas la valla del chalet de al lado y entrar en la vivienda de autos, acudiera al lugar y sorprendiera a la 1 hora del 22.10.2019 a los dos acusados escondidos, precisamente al recurrente, Sr. Alejandro "debajo de una cama", y al otro acusado en "una buhardilla", todo ello tras observar la puerta de acceso al inmueble forzada con daños, al igual que el cristal anexo a la misma, y la ventana de la cocina forzada (acta de comprobación de daños, f. 83 y tasación pericial de los daños efectuada por el Sr. Dimas), encontrándose la casa absolutamente revuelta o removida, con restos de plantas de marihuana y un fuerte olor a marihuana. Pero es que además, tal versión del recurrente también contradice la testifical de la Sra. Tarsila, vecina del Sr. Balbino, quien dijo que dicha noche escuchó ruidos y pudo ver como la policía detenía a dos personas en la casa, todo ello tras contar, corroborando la versión del Sr. Balbino, que el día 21 de octubre de 2019 escuchó de madrugada ruidos, como golpes, gritos y jadeos, y escuchó como decían "ábreme la puerta, déjame pasar". Que ella estaba asustada y observó que posteriormente llegó un coche de policía que habló con los que estaban allí, y manifestó que sobre las 15 horas de la tarde del mismo día observó gente fuera de la casa del Sr. Balbino, unas 4 o 5 personas que "lo iban llevando"



hacia el interior de su casa. Asimismo, en el acto del juicio oral se escuchó la llamada que la testigo realizó esa noche al 112, cuya transcripción obra a los folios 379 y ss. de la causa.

Pero es que el denunciante Sr. Balbino siempre ha dicho que no conocía con anterioridad al Sr. Alejandro, pese a ser ambos de la misma nacionalidad colombiana, identificándole en la rueda de reconocimiento practicada, folio 338 de la causa, como la persona que inicialmente estaba en el exterior de la vivienda del Sr. Balbino y que más tarde entró en la misma llevando un machete militar, siendo quien le empujó y golpeó, dando como dato identificativo que al sacarse la gorra pudo observar que tenía tatuado en la frente el número "92", y que tenía el brazo derecho con anomalía (en la pericial forense se determinó por el Dr. Lorenzo, que dicho brazo presentaba amitrofia, pérdida de musculatura), como así se comprobó que era el acusado Sr. Alejandro, a quien el Sr. Balbino vio conducir.

Y la versión dada por el Sr. Balbino es la que consta en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, al que nos remitimos, siendo la misma plenamente verosímil para el tribunal de instancia, y también por este Tribunal de apelación, objetivándose las lesiones sufridas por el Sr. Balbino mediante el correspondiente informe médico forense efectuado por la Dra. Penélope, existiendo además un reportaje fotográfico de sus lesiones, f. 49 a 52.

No sólo se cuenta, pues, con la versión del perjudicado, sino también por otras pruebas distintas, y ajenas a la fuente del perjudicado, que corroboran periféricamente de modo objetivo dicha versión, a la que se enfrenta la extraña versión del recurrente sin apoyo alguno en otras pruebas distintas de la de su declaración".

El motivo se desestima.

### **Segundo.**

2.1. Su segundo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse indebidamente aplicados los artículos 237, 238.2, 242.1, 2 y 3 del Código Penal.

Subsidiariamente al motivo anterior, el recurrente señala que no puede aplicarse el tipo penal de robo en casa habitada en la medida en que no se ha acreditado que la vivienda objeto de autos tuviera ese carácter y no que se tratara de un inmueble utilizado por el denunciante para el cultivo de la marihuana. Añade que tampoco cabe la aplicación del delito de robo con utilización de instrumentos peligrosos, pues no se ha acreditado la utilización de estos efectos, que nunca se intervinieron a los acusados.

2.2. Como expresamos en la STS 121/2008, de 26 de febrero, que "el recurso de casación, cuando se articula por la vía del art. 849.1.º de la LECRIM, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objetivo exclusivo es el enfoque jurídico que, a unos hechos dados ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador.

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado".

Se trata pues de analizar la selección, interpretación y aplicación del derecho sustantivo realizada por el Tribunal de instancia, a partir del pleno respeto de los hechos declarados probados en su sentencia.

2.3. Lo expuesto lleva a la desestimación del motivo.

El artículo 241.2 del Código Penal dispone que " Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar".

A partir de la realidad extraída del material probatorio en los términos que se han expuesto, y por más que el recurrente pretenda contemplar su interesada conclusión sobre lo que está suficientemente acreditado y lo que no, lo cierto es que el Tribunal de instancia constata que los robos se perpetraron en un inmueble sito en la AVENIDA000 n.º NUM000 del BARRIO000, en Tarragona, y entendió que ese inmueble es la vivienda del denunciante. Así lo manifestó el Sr. Balbino, siendo coherente: a) con la declaración del propietario del inmueble; b) con el mobiliario que se encontró en sus dependencias y c) con el hecho de que los acusados dieran con el denunciante en ese lugar, logrando hacerlo en horario de descanso y a altas horas de la madrugada.

2.4. La prueba, en los términos ya detallados, ha constatado que los acusados iban provistos de cuchillos y machete para facilitar la depredación patrimonial que anhelaban, instrumentos que tienen la consideración de arma ( SSTS de 8 de septiembre de 1999 o 1775/1999, de 9 de diciembre, entre muchas otras) a los efectos de la agravación del artículo 242.3 del Código Penal, en atención al aumento o potenciación del riesgo que corre la víctima en función de la mayor capacidad agresiva del autor y de la correlativa mengua de la capacidad defensiva de aquella.

Ambos extremos han sido recogidos en el relato fáctico de la sentencia de instancia, justificando con ello la correcta subsunción de los hechos en el tipo penal que les ha sido aplicado, tal y como destaca la sentencia de apelación impugnada.

Indica la relación de hechos probados que: " SEGUNDO.- Ambos acusados, de común acuerdo, sobre las 02:30 horas del día 21 de octubre de 2019, en compañía de otras personas no identificadas, se dirigieron al domicilio del Sr. Balbino, sito en la AVENIDA000 número NUM000 del BARRIO000, Tarragona, del que era arrendatario, siendo propietario del mismo Cirilo, forzaron la puerta de entrada del domicilio y fracturaron un cristal anexo y la ventana de la cocina entrando al interior el acusado Sr. Luis Miguel junto con otra persona no identificada, portando sendos cuchillos, mientras el acusado Sr. Alejandro esperaba en el exterior portando un machete de tipo militar.

Una vez en el interior del domicilio, exhibiendo los cuchillos que portaban, exigieron al Sr. Balbino que les entregara el dinero y la cocaína que tuviera, expresando que le iban a matar y a su familia y le acercaban los cuchillos al abdomen.

Al cabo de una hora u hora y media, se marcharon todos del domicilio del Sr. Balbino, acordando los acusados que se quedara el Sr. Luis Miguel vigilando al mismo. Sobre las 06:00 horas volvió al domicilio el otro acusado, el Sr. Alejandro, en compañía de personas no identificadas, se dirigió al denunciante portando el machete y le manifestó que le iba a matar propinando al mismo empujones y un cabezazo en el hombro, mientras le exigía que les entregara el dinero y la droga.

### **Tercero.**

Los acusados, sobre las 07:00-07:30 horas, al no conseguir su propósito de que les entregara el dinero y la droga, exigieron al mismo, utilizando las mismas expresiones, que sobre las 12 horas de la mañana les entregara 4000 euros. Los acusados, en compañía de otra persona no identificada contactaron mediante el teléfono NUM001 con el Sr. Balbino reclamándole el dinero, manifestando el mismo que no tenía los 4000 euros. Entonces le requirieron para que acudiera a la fleca del BARRIO000, encontrándose con los mismos sobre las 12:00 horas, más tarde, le obligaron a introducirse en un vehículo mientras le amenazaban con matarle o hacer daño a sus familiares.

Sobre las 15:30 horas volvieron al domicilio del Sr. Balbino, portando los cuchillos y profiriendo expresiones tales como que le iban a matar si no les entregaba la droga y el dinero, cogieron varias plantas .de marihuana, dos teléfonos móviles y una Tablet, abandonando el domicilio del mismo ".

El motivo se desestima.

### **Tercero.**

3.1. Su tercer motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado el artículo 163 del Código Penal.

Además de negar que se privara al denunciante de su libertad deambulatoria (lo que resulta incuestionable en atención al cauce procesal empleado, además de ser una pretensión que contraría la valoración probatoria que se ha expuesto), el alegato sostiene que la restricción de movimientos que pudiera haber sufrido el denunciante estaría integrada en el delito de robo con violencia e intimidación, de modo que no merecería una punición separada.

3.2. Ya hemos expresado, en el fundamento anterior, que el cauce procesal que aquí se emplea sólo tiene por objeto analizar el juicio de subsunción de la sentencia a partir de los hechos proclamados por el Tribunal, esto es, que el instrumento casacional presenta como presupuesto la intangibilidad del relato fáctico, una vez superadas las objeciones o establecidas las correcciones que el recurrente haya defendido por otros cauces de impugnación que resulten adecuados al efecto.

A partir de esta intangibilidad del relato histórico de la sentencia, debe subrayarse que el artículo 163 del Código Penal castiga al particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad.

La acción típica se contiene en los verbos encerrar o detener, entrañando ambos comportamientos un acto coactivo por el que se priva de la libertad de movimientos a un individuo, esto es, cuando la libertad individual de movimientos se coarta obligando a alguien a permanecer en un determinado lugar (encerrar) o impidiéndole moverse libremente (detener), con independencia de cuáles fueran los motivos por los que se realizó la conducta o el lapso más o menos dilatado del encierro o de la restricción deambulatoria. Desde una consideración subjetiva, la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que el delito de detención ilegal exige de un elemento intelectual específico, consistente en concurrir la voluntad de privar a otro de su libertad de movimientos durante un cierto tiempo y saber de la ilegalidad de la conducta ( STS 48/2003, de 23 de enero).

Es cierto que nuestra jurisprudencia resalta que la comisión de algunos delitos, como el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, o las agresiones y abusos sexuales, comportan siempre una limitación de la libertad ambulatoria de la víctima, quien durante la perpetración de la sustracción o constante la comisión de los actos atentatorios contra su libertad sexual, no podrá moverse a su libre albedrío precisamente por el impedimento voluntariamente desplegado por el sujeto activo.

Para estos supuestos nuestra doctrina ha expresado que cuando la privación de libertad sea un instrumento necesario y proporcionado para alcanzar el principal objetivo delictivo que orienta la actuación del autor, la respuesta punitiva oportuna es la inherente a la apreciación de concurrencia de un concurso de normas, con absorción de la

detención ilegal por el robo violento ( SSTS 479/2003, de 31 de marzo; 12/2005, de 20 de enero; 383/2010, de 5 de mayo o 1011/2012, de 12 de diciembre, entre muchas otras).

En todo caso, esta regla de necesidad y proporción de la privación de libertad en la comisión del delito en el que se desarrolla, es la que permite evaluar la sustantividad o autonomía del delito de detención ilegal. Dicho de otro modo, el punto de referencia que posibilita la discriminación entre el concurso de normas o las reglas previstas para el concurso ideal o real entre el delito de robo con violencia e intimidación que ahora analizamos y el delito de detención ilegal, surge del análisis sobre el modo en que se han proyectado los factores de intensidad y temporalidad en la privación de la libertad deambulatoria de un individuo, debiéndose evaluar si la acción del sujeto activo ha comprometido de manera singularizada el bien jurídico protegido por el delito previsto en el artículo 163 del Código Penal o si, por el contrario, las circunstancias concretas de la acción permiten apreciar que la restricción de la libertad individual se ajustó a la previsión legislativa del sometimiento que sufre todo sujeto pasivo de un delito de robo con intimidación.

Con ello, el concurso de normas ( art. 8 del Código Penal) resulta aplicable a aquellos supuestos en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo, se ajustan al tiempo e intensidad estrictamente necesarios para efectuar el ilícito contra la libertad sexual conforme a la dinámica comisiva empleada.

Cuando la privación de la libertad deambulatoria supera la mínima restricción temporal o de potencia que resulta precisa para consumar el delito de agresión sexual, afectando de manera acumulada y relevante al bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal, nos encontraremos con el concurso ideal impropio (o concurso medial) entre ambas conductas ( art. 77 del Código Penal).

Por último, el concurso real entre ambos delitos ( art. 74 del Código Penal) sobreviene cuando el exceso de duración o la intensidad de la privación de libertad, con independencia de cuál sea su relación con el delito contra la libertad sexual, se alejan notoriamente de la dinámica comisiva de éste, esto es, cuando la voluntad que ejerce y mantiene la privación de libertad, desconecta o pasa a ser plenamente innecesaria para la consumación de los actos lascivos.

3.3. Y esta individualidad es la que se plasma en el relato histórico de la sentencia de instancia y en la que se asienta la punición independiente que el recurso impugna, resultando correcta la desestimación que hizo el Tribunal Superior de Justicia de la misma pretensión.

Indica concretamente la sentencia de apelación que "En el caso de autos, se constata que la privación de libertad del Sr. Balbino tuvo lugar desde las 2:30 horas del día 21 de octubre de 2019 en que se inició el robo hasta las 7:30 horas en que los acusados marcharon de la vivienda, o sea cinco horas, pero es que desde las 6 horas en que todos los intervinientes ya se marcharon a excepción del acusado Luis Miguel, por acuerdo de todos ellos, (que siguió amenazando con el cuchillo al Sr. Balbino, reteniéndolo) hasta las 7 horas en que volvió el acusado Sr. Alejandro (y hasta las 7,30 horas en que se marcharon los acusados dejando de retener al mismo) transcurrió un espacio de tiempo considerable en que el Sr. Balbino estuvo retenido sin que por parte de los acusados se estuvieran realizando actos propios de la ejecución del robo. Por consiguiente, la privación de libertad fue excesivamente grave, prolongándose de manera gratuita durante mucho más del tiempo necesario para la ejecución de los actos depredatorios, que por cierto no efectuaron (cuando hubieran podido efectuarlos en dicho momento) hasta que los acusados volvieron a las 15,30 horas del mismo día al domicilio de la víctima, por lo que es aplicable el concurso real de delitos, como hace la sentencia de instancia, al ser la detención si bien relacionada con el robo, independiente o autónoma del mismo".

El motivo se desestima.

#### Cuarto.

4.1. Su cuarto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la LECRIM, al considerarse indebidamente aplicado la circunstancia agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2 del Código Penal.

El recurrente invoca la Sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 2016 para sustentar la incompatibilidad entre el delito de robo con violencia y la agravante de abuso de superioridad, más aún en aquellos supuestos en los que se ha aplicado la modalidad agravada de uso de arma.

4.2. El abuso de superioridad concurre cuando una eventual defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor, que se ve por ello asistido de una mayor facilidad para la comisión del delito ( SSTS 16/2012, de 20 de enero o 683/2013, de 23 de julio, entre muchas otras).

La circunstancia agravante encuentra su fundamento en la prepotencia del sujeto activo o el abuso sobre su víctima. Debe existir un desequilibrio notorio entre las situaciones de poder de los sujetos implicados en el delito, con una potenciación agresiva del autor que favorezca que su acción prospere frente a un sujeto pasivo que se encuentra en situación normal o debilitada, de suerte que en nuestra STS 926/1998, de 4 de julio, proclamábamos que no cabe apreciar esta circunstancia en aquellos supuestos en los que la potencia extraordinaria sea necesaria para la realización del propósito delictivo.

En relación al delito de robo con violencia o intimidación, nuestra doctrina jurisprudencial mayoritaria ha rechazado apreciar esta circunstancia agravante en virtud de una doble circunstancia que se proyecta sobre el fundamento de la agravación. De un lado, porque configurada la agravación como una alevosía menor, esta sólo sería predicable de los delitos contra las personas y debería ser extraña a supuestos en los que el bien jurídico protegido es el patrimonio. De otro, porque en cualquier delito de robo con violencia o intimidación existe una situación de desequilibrio a favor del ejecutor de la acción como consecuencia de la propia dinámica de comisión de los hechos, de modo que las circunstancias que sustentan la agravación están ínsitas en la actuación conforme con el tipo penal aplicado. Por todo ello, hemos considerado que para evitar la vulneración del principio del "non bis in ídem", la agravación sólo debería aplicarse como agravante en la sanción de los actos de violencia física realizados con ocasión del robo ( SSTS 636/2002, de 13 de marzo; 922/2012, de 4 de diciembre), más aún cuando las circunstancias fácticas que sustentan el constatado desequilibrio entre el autor y su víctima, determinan por sí mismas la aplicación del tipo penal agravado de robo, uso de arma o instrumento peligroso o conducen a despreciar que concurra la menor entidad de la violencia que justificaría la aplicación del subtipo atenuado del artículo 242.4 del Código Penal.

Como recuerda nuestra STS núm. 922/2012, de 4 de diciembre (con cita de las SSTS 863/2015, de 30 de diciembre; 93/2012, de 16 de febrero; 1221/2011, de 15 de noviembre; 1236/2011, de 22 de noviembre y 1390/2011, de 27 de noviembre), la agravante de abuso de superioridad requiere así de los siguientes requisitos:

1) Un requisito objetivo, consistente en una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia. Bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurren una pluralidad de atacantes (superioridad personal), siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación.

2) Un resultado, esto es, esta superioridad ha de producir una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando.

3) Un requisito subjetivo, consistente en que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ellas para más fácil realización del delito y

4) Un requisito excluyente, que entraña que la superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Es cierto que la reciente doctrina de esta Sala admite, aun de forma excepcional y con matices, la compatibilidad entre el robo con violencia y la agravante de abuso de superioridad ( STS 863/2015, de 30 de julio, STS 456/2015, de 7 de julio o STS 366/2014, de 12 de mayo). Sin embargo, hemos expresado que la superioridad no puede venir dada por el uso del arma, dado que ya se ha valorado específicamente al aplicar la modalidad agravada de robo con uso de armas o instrumentos peligrosos, admitiendo que puede proceder del elevado número de agresores unido al uso de una violencia sobreabundante, siempre actuando con un criterio de singularidad, como señalan las SSTS de 4 de diciembre de 2012 y 12 de mayo de 2014, para evitar una doble incriminación.

#### 4.3. Lo expuesto muestra la viabilidad del motivo.

La sentencia impugnada rechazó la pretensión que ahora se reitera resaltando que la sentencia de instancia había fundamentado la agravación en que intervinieron tres asaltantes armados de sendos cuchillos, dos de ellos de gran tamaño. Consideró la sentencia impugnada que se cumplían los requisitos jurisprudenciales de la agravación, por concurrir una superioridad personal (dada la diferencia numérica de los autores del delito en relación con la víctima) e instrumental (al hacer uso los autores de armas blancas frente a la víctima que estaba desarmada).

Sin embargo, la conjunción de elementos en los que se hace descansar la agravación es inexistente, pues ninguna consideración punitiva puede derivar de la superioridad instrumental cuando se ha aplicado el subtipo agravado de uso de arma. De otro lado, en lo relativo a la única superioridad que puede tener trascendencia para la apreciación que analizamos, esto es, la superioridad personal, no sólo estuvo marginalmente contemplada a efectos de punición al rechazarse que la violencia presentara una menor entidad a los efectos del artículo 242.4 del Código Penal, sino que no ofrece una morfología o número de responsables que le haga sobresalir sustancialmente de cualquier supuesto de coparticipación. Estas circunstancias, y que no concurra en los hechos una excesiva e innecesaria redundancia en la violencia que pueda cimentar la agravación, pues las lesiones derivadas del asalto, además de haber sido penadas separadamente, no precisaron para su curación ningún tipo de tratamiento médico o quirúrgico y sanaron en el escaso tiempo de quince días, determina que la aplicación de la agravación introduzca un exceso de punición enfrentado a la proscripción del bis in ídem.

El motivo debe ser estimado.

#### Quinto.

5.1. El quinto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la LECRIM, al entender que la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, debió apreciarse como muy cualificada.

Entiende el recurrente que la Sala debió apreciar la circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada, aduciendo que el Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales solicitó una indemnización de 1.284,93 euros por los objetos sustraídos y 1.584 euros por los daños ocasionados, habiendo consignado el recurrente la cantidad de 1.457,50 euros.

5.2. La atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal está fundada por razones objetivas de política criminal, para premiar las conductas que hubieran servido para reparar el daño causado a la víctima o, al menos, disminuirlo dando satisfacción a ésta, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino de toda la comunidad ( SSTS 536/2006, de 3 de mayo, 809/2007, de 11 de octubre o 50/2008, de 29 de enero). Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS 285/2003, de 28 de febrero, entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, logrando que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención al perjudicado adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

Hemos indicado que la atenuante requiere de un elemento cronológico fijado por el legislador al exigir que la reparación se realice en cualquier momento del procedimiento pero, en todo caso, antes de que se inicie la celebración del juicio oral. Si el reconocimiento de la rebaja punitiva obedece a la voluntad de incentivar la reparación o disminución del daño sufrido por el damnificado, y si viene impulsado por la victimología que orienta el derecho penal actual, el comportamiento que se privilegia es aquel que no se hace depender del resultado de la respuesta del Estado al delito, sino de la irrevocable e incondicional liberalidad del acusado.

Nuestra jurisprudencia recoge que el fundamento material a la existencia de la atenuación es la realización de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, de 23 de marzo, 542/2005, de 29 de abril). De este modo, la atenuante precisa de una actuación objetiva y personal del acusado, normalmente integrada por el resarcimiento o por la minoración de los perjuicios materiales derivados de la acción que se enjuicia, que coloque al perjudicado en mejor situación que aquella en la que quedó sumido tras el delito y con independencia del cuál sea el resultado imperativo del proceso penal.

Eliminado el contenido subjetivo inherente a la antigua atenuante de arrepentimiento, corresponde al acusado apreciar cuándo considera que su comportamiento, aun creyendo que no es penalmente antijurídico, ha podido generar determinados perjuicios en otros individuos, estando por ello dispuesto a abordar un proceder libre e irrevocable de compensación a los damnificados. De este modo, la actuación compensatoria que se privilegia es plenamente compatible con posicionamientos procesales en los que el acusado asume la responsabilidad material de un resultado, pero rechaza o discrepa de que pueda exigírsele una responsabilidad criminal por ellos. La reparación del resultado dañoso derivado de una acción u omisión, puede abordarse sin contradicción en todos aquellos supuestos en los que la defensa asume una responsabilidad causal más o menos cercana al resultado, por más que discrepe de que los hechos tengan una dimensión punitiva que justifique su condena, bien porque no está conforme con el juicio de subsunción sustentado en las tesis acusatorias, bien porque entiende que en la ejecución de los hechos concurren circunstancias fácticas que justifican la desaparición o la minoración del reproche penal exigido por la acusación, consecuencia última de su discrepancia respecto al grado de ejecución del delito, el modo de su participación o de la existencia o inexistencia de circunstancias excluyentes o atenuantes de la responsabilidad criminal.

Sin embargo, cuando la actuación económica consiste en consignar una cantidad dineraria antes del juicio y no se deja constancia expresa de que el dinero se aplique a reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados al perjudicado y con independencia del resultado del proceso, no existe título para que la autoridad judicial pueda aplicar el dinero a otro destino que cubrir la fianza que se haya podido establecer de manera imperativa en una resolución judicial previa, de manera que sólo podrá hacerse pago al perjudicado en la eventualidad de que, terminado el juicio, se declare una responsabilidad penal y civil de la que el consignante discrepa. En estos supuestos, no nos encontramos con la actuación configuradora de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, sino con una consignación en garantía de las eventuales responsabilidades civiles que puedan llegar a dictarse. En tal coyuntura, la actuación procesal se limita a dar cumplimiento a la previsión de los artículos 589 y 591 de la LECRIM, que establecen que cualquier fianza monetaria podrá constituirse en dinero en efectivo, eludiéndose el embargo subsidiario contemplado en el artículo 597 de la LECRIM, así como la propia previsión subsidiaria del artículo 738.2 en relación con el artículo 585 de la LEC, que permite eludir y suspender el embargo consignando la cantidad por la que éste se hubiera despachado ( STS 757/2018, de 2 de abril de 2019).

De otro lado, nuestra jurisprudencia ha indicado que la especial cualificación de esta circunstancia requiere ( SSTS 868/2009, de 20 de julio o 988/2013, de 23 de diciembre) que el esfuerzo realizado por el culpable sea

particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. Si la reparación total, cuando realmente se produzca, se considerara sistemáticamente como atenuante muy cualificada, se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena normalmente prevista por el legislador ( STS 1156/2010, de 28 de diciembre), exigiéndose por ello que concurra un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante ( SSTS 50/2008, de 29 de enero y 868/2009, de 20 de julio).

Por último, debe significarse que los daños ocasionados respecto de bienes jurídicos personales son irreparables y carecen de vuelta atrás ( STS 612/2005, de 12 de mayo), quedando necesariamente insatisfechos cuando el comportamiento delictivo que se persigue es de suma gravedad y comporta para la víctima una lesividad difícil de integrar en su experiencia vital.

5.3. Lo expuesto muestra la improcedencia de considerar, como muy cualificada, la atenuante apreciada en la instancia. No solo el recurso evidencia que la consignación no tuvo por finalidad reparar incondicionalmente al perjudicado, sino que ni se deja constancia de circunstancias que evidencien el particular esfuerzo del recurrente para aportar la cantidad consignada, ni esta se acerca a cubrir unos perjuicios que ascienden a 4.218 euros por las lesiones, daños y valor de los objetos sustraídos, además del perjuicio moral y aflictivo derivado de una experiencia delictiva particularmente intensa.

El motivo se desestima.

### **Sexto.**

6.1. Su sexto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la LECRIM, al entender indebidamente inaplicable el artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el artículo 20.2 del mismo texto.

Afirma el recurrente que procede la eximente incompleta o la atenuante muy cualificada de drogadicción, en atención a la documental aportada por la defensa en el acto del plenario (documentos 3 al 11) y las manifestaciones del acusado respecto a su problema de adicción a sustancias estupefacientes.

6.2. El recurso plantea la incidencia que la drogadicción pudo tener en la responsabilidad penal que se le atribuye.

Nuestra jurisprudencia condiciona la afectación de la imputabilidad desde una serie de criterios que podemos sintetizar del siguiente modo:

A) La aplicación de la eximente completa del artículo 20.1 del Código Penal es oportuna cuando se acredite que el sujeto activo padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión ( STS 21/2005, de 19 de enero). Nuestra jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpativos cuando se anula totalmente la culpabilidad, lo que puede acontecer bien porque el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, puesto que, en esos supuestos, el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador al que se encontrare sometido ( Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A estas situaciones se refiere el art. 20.2.º del Código Penal, cuando requiere una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La eximente incompleta precisa de una profunda perturbación que, sin anularla, sí disminuya sensiblemente la capacidad culpabilística, si bien conservando el sujeto activo la apreciación de la antijuridicidad del hecho que ejecuta.

No cabe duda de que en la eximente incompleta, la influencia de la droga también puede manifestarse por la ingestión inmediata de la misma, o porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada del drogodependiente y como manifestación de una personalidad conflictiva ( art. 21.1.ª CP).

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad ( STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

C) Respecto a la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal, se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal, en cuanto esta se realiza a causa de aquella. Es decir, el beneficio

de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto. Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

La circunstancia atenuante del artículo 21.2 del Código Penal es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que, al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, la atenuante se configura por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquella ( SSTS 4.de diciembre de 2000 y 29.de mayo de 2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" ( STS. 23 de febrero de 1999). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del artículo 20.2 del Código Penal. y su correlativa atenuante, artículo 21.1 del Código Penal, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

Nuestra jurisprudencia ha declarado que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS. 817/2006, de 26 de julio, recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado, no siendo aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la exigente incompleta.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia, lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal.

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No puede solicitarse la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas en una u otra escala, porque la exclusión total o parcial, o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos, debe resolverse en función de la imputabilidad o de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

Con todo ello podemos sintetizar que para poder apreciarse la drogadicción, sea como una circunstancia atenuante, sea como exigente, aun 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 a la intensidad de la dependencia y a la singularizada alteración que sufriera en el momento de los hechos, con la influencia que por ello tuviera en las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones ( SSTS 16 de octubre de 2000; 6 de febrero de 2001; 6 de marzo de 2001; 25 de abril de 2001; 19 de septiembre de 2002; 16 de julio de 2002 o 259/2017, de 6 de abril, entre muchas).

6.3. Lo expuesto justifica que la pretensión atenuatoria fuera rechazada en la instancia, tal y como sostiene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Las pruebas practicadas en el plenario no acreditaron para el Tribunal de instancia que los acusados tuvieran afectadas el día de los hechos, ni de forma moderada, ni ligeramente, sus facultades volitivas y cognitivas como consecuencia de una presunta y grave adicción al consumo de drogas. Aun cuando se presentó una documentación que plasma el consumo de drogas de abuso, ni esta, ni la prueba pericial que rechazó cualquier tipo de vestigio físico o psíquico, permitió al Tribunal identificar una situación de dependencia estructural que afectara funcional, compulsiva o cognitivamente a los acusados.

El motivo se desestima.

### **Séptimo.**

7.1. Su último motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la LECRIM, al entender indebidamente aplicada la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal.

Asume el recurrente que fue condenado como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas que fue perpetrado con anterioridad a los robos que ahora se enjuician. Como quiera que se suspendió la ejecución de la pena de un año de prisión que se le impuso y puesto que el recurrente remitió definitivamente la pena el 25 de septiembre de 2019, considera que sus antecedentes penales no son computables para delitos cometidos con posterioridad a esa fecha.

7.2. El relato de hechos probados indica que el recurrente " ha sido condenado como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas por sentencia firme de fecha de 29 de marzo de 2017, dictada por el juzgado de lo Penal 3 de Tarragona en el procedimiento abreviado 76/2015 , a la pena de 1 año de prisión, que fue suspendida en fecha de 29 de marzo de 2017 por un plazo de 2 años, remitiéndose definitivamente la misma en fecha de 25 de septiembre de 2019".

Consecuentemente, habiéndose perpetrado los hechos que aquí se enjuician los días 21 y 22 de octubre de 2019, sus antecedentes penales estaban vigentes y resultan operativos para la apreciación de la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal.

El indicado precepto plasma que hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza, expresando además que a los efectos de esta agravación no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

El artículo 136.1.b del Código Penal expresa que los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener la cancelación de sus antecedentes penales cuando hayan transcurrido dos años sin haber vuelto a delinquir, siempre que se trate de un delito doloso menos grave y que la pena impuesta no exceda de doce meses. Si embargo, el artículo 136.2 del mismo texto fija que " Los plazos a que se refiere el apartado anterior se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retro trayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión".

Conforme a lo dispuesto, debe entenderse cumplida la pena el 29 de marzo de 2018 y que los antecedentes penales del acusado no podrían ser cancelados hasta el 30 de marzo de 2020.

El motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Luis Miguel.

#### **Octavo.**

8.1. Con ostensible incorrección técnica, el primer motivo del recurso entremezcla la denuncia de una infracción de ley por indebida aplicación del artículo 163 del Código Penal, con el quebranto de los preceptos constitucionales que proclaman el derecho a la tutela judicial efectiva, a un procedimiento con todas las garantías y a sufrir indefensión.

En su alegato la impugnación se proyecta sobre el derecho a la presunción de inocencia, pues la representación del recurrente cuestiona el relato de hechos probados y, a partir de ello, niega que hubiera un delito de detención ilegal. Argumenta que nadie impidió al denunciante que saliera del inmueble, expresando además que, aunque el relato histórico proclama que el recurrente se quedó en el domicilio del Sr. Balbino vigilando a éste, el significado de vigilar no tiene por qué ser equivalente a privar de libertad. Añade reflexiones que a su juicio evidenciarían que no se privó al denunciante de su libertad deambulatoria, como que no pidiera ayuda cuando la policía se presentó en su domicilio o que compareciera al día siguiente en el lugar en el que le citaron los acusados.

8.2. El primer fundamento de esta resolución ha expresado las razones por las que la valoración probatoria realizada por el Tribunal de instancia se ajusta a los criterios de razonabilidad que deben regirla, sin que sea función de esta Sala que las convicciones obtenidas por el Tribunal que practicó la prueba en inmediación sean sustituidas por las interesadas lecturas que extrae el recurrente para sustentar su tesis absolutoria.

En concreto, el denunciante refirió una serie de acontecimientos subrayando que los acusados - amenazándole con cuchillos y sometiendo su voluntad a golpes- le retuvieron en su casa durante horas y trataron de forzarle a que les entregara una serie de objetos de su propiedad. Esta versión ha sido corroborada por otros elementos probatorios, incluso en aspectos directamente conectados con el delito que ahora se cuestiona, como es el caso de la vecina del Sr. Balbino, que testificó en el plenario que los acusados entraron en el domicilio del denunciante forzando la puerta y dando gritos perceptibles. Expresó que entraron de madrugada y que estuvieron un largo tiempo en el interior, llegando a detallar que esa misma tarde vio cómo varias personas sacaban al denunciante de un coche y le conducían de nuevo hasta el interior de su domicilio.

De este modo el motivo, en su alegación de haberse producido un quebranto del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, está desasistido de cualquier fundamento de viabilidad, como lo está también su alegación de que los hechos probados no sean subsumibles en el delito de detención ilegal del artículo 163 del Código Penal en los términos que también se han plasmado en el segundo fundamento de esta sentencia.



El motivo se desestima.

#### **Noveno.**

9.1. El segundo motivo se formaliza en los confusos términos del anterior. El recurrente denuncia simultáneamente la ausencia de prueba de cargo que sustente su responsabilidad como autor de un delito de extorsión del artículo 243 del Código Penal, con la consideración de que se ha producido una infracción de ley por aplicación indebida del mencionado tipo penal.

Su objeción de que el material probatorio no acredita que los acusados exigieran al denunciante la entrega de 4.000 euros bajo la amenaza de matarle o de causar daño a su familia, no puede ser acogida. Como se ha expuesto, el denunciante describió esa realidad y su relato ha sido tenido fundadamente por veraz en la medida en que confluyeron con él otros testimonios o elementos objetivos que corroboran extremos esenciales de su narración.

9.2. Debe acogerse, sin embargo, la indebida aplicación del tipo penal que el recurso denuncia y abandona en su argumentación.

El artículo 243 del Código Penal sanciona como autor de un delito de extorsión al que " con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero".

La jurisprudencia de esta Sala ha expresado que en esta figura delictiva la acción típica consiste en buscar la colaboración del sujeto pasivo para que facilite el in consentido trasvase patrimonial pretendido por el autor, lo que debe de hacerse no sólo con un ánimo lucrativo, sino empleando directamente violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo para mover su voluntad. Por ello nos hemos hecho eco de que la proximidad entre el delito de extorsión y el delito de robo reside en el empleo de la violencia o la intimidación para la obtención de un lucro patrimonial, mas subrayando como diferencia, no sólo que la extorsión no tiene por qué recaer sobre el contenido mobiliario del patrimonio sino, sustancialmente, que la acción no consiste en el apoderamiento directo del objeto del delito, sino que busca que el sujeto pasivo ejecute un acto de disposición o un negocio jurídico de cierta complejidad jurídica, de modo que cuando el acto pretendido con la violencia o la intimidación sea la simple entrega de la cosa interesada por el autor del delito, nos encontraríamos realmente ante un robo ( STS 1022/2009, de 22 de octubre).

Lo expuesto comporta que la intimidante conminación al denunciante para que entregara 4.000 euros a los acusados, es subsumible en el tipo penal de robo con violencia e intimidación y, con ello, que formó parte y se integró en la dinámica comisiva del robo perpetrado el 21 de octubre de 2019 por el que han sido condenados los recurrentes.

La sentencia aprecia la existencia de un único delito de robo con violencia e intimidación a partir de una serie de actuaciones depredatorias que se extienden en el tiempo. El relato de hechos probados proclama que los acusados entraron en casa del denunciante sobre las 2.30 horas de la madrugada del día 21 de octubre de 2019 y que, intimidándole con cuchillos y con diversos golpes, le exigieron la entrega de los efectos de valor que eran de su interés. Afirma que dos de los asaltantes se fueron a la hora y media, quedando el acusado Luis Miguel vigilando al Sr. Balbino. Volvieron los asaltantes ausentes sobre las 6.00 de la madrugada y persistieron en las amenazas armadas para la obtención del dinero y la droga, lo que no consiguieron, por lo que los asaltantes abandonaron la casa sobre las 7.30 horas. Afirma también la sentencia que los acusados volvieron a encontrarse con el denunciante a mediodía y que, tras conducirlo de nuevo a su casa sobre las 15.30 horas, prosiguieron con amenazas semejantes para que les entregara el dinero y la droga, terminando por abandonar el lugar sobre las 17.00 horas, tras apropiarse (esta vez sí) de varias plantas de marihuana, dos teléfonos móviles y una Tablet.

Al ignorarse en qué momento se apropiaron los acusados del resto de efectos desaparecidos (dos televisores y una máquina de gimnasio), el Tribunal de instancia concluye que la actuación completa que se ha descrito integra un único delito de robo, considerando que desde el inicio de la acción el ánimo de los acusados fue depredatorio y que los distintos actos descritos se orientaron a satisfacer un mismo objetivo, que se alcanzó sobre las 17.00 horas de ese mismo día. Proclama así que el delito de robo con violencia e intimidación se inició en la madrugada del día 21 y se consumó en la tarde de la misma fecha, existiendo una continuidad en las acciones delictivas ejecutadas por los acusados para la consecución del mismo fin.

Y es en esa misma dinámica comisiva en la que se inserta la fallida exigencia al denunciante de que obtuviera 4.000 euros y se los entregara a los acusados. La exigencia se materializó cuando los acusados abandonaron la casa del Sr. Balbino a las 7.30 de la madrugada y fue a mediodía cuando, al no entregar el dinero, los acusados decidieron volver a privar de libertad a su víctima y le condujeron hasta el domicilio, donde terminaron por apoderarse de los efectos que se han descrito y dieron término al robo con intimidación por el que se les condena.

El motivo debe estimarse, con extensión de sus efectos al otro acusado, en los términos previstos en el artículo 903 de la LECRIM.

#### **Décimo.**

Con igual confusión de cauces de impugnación se cuestiona la condena del recurrente como autor de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada y uso de arma.

El alegato argumenta, en relación con el delito de robo con violencia e intimidación, que no se ha acreditado ni existe prueba que justifique el uso en los hechos acontecidos de armas u otros instrumentos peligrosos. Igualmente señala que no consta que el inmueble en el que se ejecutaron los hechos fuera el domicilio de la víctima.

El motivo es así coincidente con el segundo motivo formalizado por el recurrente anterior, por lo que, en aras a evitar repeticiones innecesarias, nos remitimos a lo expuesto en el fundamento segundo de nuestra sentencia, así como a la supervisión del análisis probatorio abordada en el primer fundamento.

El motivo se desestima.

#### **Undécimo.**

El cuarto motivo nuevamente se formaliza al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y de los artículos 24 de la CE y 849.1 de la LECRIM, entendiéndose indebidamente inaplicados los artículos 21.7 y 21.1 del Código Penal.

El recurrente denuncia que no se haya aplicado la atenuante simple de toxicomanía, si bien los motivos de su rechazo en la sentencia de instancia y en la impugnada han sido analizados para ambos acusados en el fundamento sexto de esta resolución. A ello nos remitimos.

El motivo se desestima.

#### **Duodécimo.**

Sin que el sexto motivo concrete una reclamación específica que deba y pueda ser resuelta, el quinto motivo, también por los incompatibles cauces previstos en los artículos 5.4 de la LOPJ y 849.1.º de la LECRIM, denuncia la indebida aplicación de la agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2 del Código Penal, pretensión que se ha estimado al resolver la impugnación semejante formalizada por el otro acusado. Nos remitimos por ello a lo ya expuesto en el cuarto fundamento de esta sentencia.

El motivo debe estimarse.

#### **Decimotercero.**

De conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM, procede declarar de oficio las costas causadas en la tramitación de los recursos.

### **FALLO**

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

Estimar los motivos que, por infracción de ley e indebida aplicación de la agravante de abuso de superioridad, han formalizado ambos recurrentes. En su consecuencia, casamos la sentencia en el sentido de anular la apreciación de concurrir tal circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en el delito de robo con violencia e intimidación por el que han sido condenados.

Estimar el motivo que, por infracción de ley e indebida aplicación del artículo 243 del Código Penal, formalizó la representación de Luis Miguel, extendiéndose los efectos de la estimación al resto de condenados. En su consecuencia, casamos la sentencia en el sentido de anular la condena impuesta a ambos acusados como autores responsables de un delito intentado de extorsión.

Todo ello desestimando el resto de pretensiones sostenidas por Luis Miguel y Alejandro, por lo que se mantienen el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia, además de declararse de oficio las costas derivadas de la tramitación del recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION (P) núm.: 10074/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 21 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto la causa Rollo de Apelación Penal n.º 213/2020, seguido por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el día 24 de julio de 2020 por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta, en el Rollo de Sala 22/2020, dimanante del Procedimiento Abreviado 23/2020, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Tarragona, por los delitos de detención ilegal, robo con violencia, robo con fuerza en casa habitada, extorsión, amenazas y daños contra Alejandro, con DNI NUM006, nacido el NUM007 de 1992 en Medellín (Colombia), hijo de Pío y de María Luisa; y Luis Miguel, con n.º de documento argelino NUM008, nacido el NUM009 de 1997 en Argelia, hijo de Sabino y de Agustina, en la que se dictó sentencia por el mencionado Tribunal Superior de Justicia el 14 de diciembre de 2020, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Único.**

Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **Primero.**

El fundamento noveno de nuestra sentencia rescindente declaró la indebida aplicación del delito de extorsión del artículo 243 del Código Penal por el que habían sido condenados los recurrentes, recogándose en nuestro pronunciamiento la nulidad de ese concreto pronunciamiento. Procede, en consecuencia, absolver de este delito a los acusados.

##### **Segundo.**

Los fundamentos cuarto y decimosegundo de la sentencia rescindente, declaran la indebida apreciación de la agravante de abuso de superioridad respecto del delito de robo con violencia e intimidación por el que fueron condenados ambos acusados.

En su consecuencia, excluida la concurrencia de esta circunstancia agravatoria, la Sala considera procedente imponer:

1. A Alejandro, en su condición de autor de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada y con uso de arma, concurriendo la agravante de reincidencia, así como la atenuante simple de reparación del daño, las penas de prisión por tiempo de 4 años, 3 meses y 1 día e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2. A Luis Miguel, en su condición de autor de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada y con uso de arma, concurriendo la agravante de reincidencia, las penas de prisión por tiempo de 4 años, 7 meses y 16 días e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

### FALLO

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

Condenamos a Alejandro, en su condición de autor de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada y con uso de arma, concurriendo la agravante de reincidencia, así como la atenuante simple de reparación del daño, a las penas de prisión por tiempo de 4 años, 3 meses y 1 día e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Condenamos a Luis Miguel, en su condición de autor de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada y con uso de arma, concurriendo la agravante de reincidencia, a las penas de prisión por tiempo de 4 años, 7 meses y 16 días e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Absolvemos a ambos acusados del delito intentado de extorsión por el que fueron condenados en la sentencia de instancia.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

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.