

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066874

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 805/2023, de 26 de octubre de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 6856/2021

SUMARIO:

Delitos contra el patrimonio. Hurto cualificado. Utilización de menores. Hurto cualificado del art. 235.1.8º C. Penal. Inexistencia de doctrina jurisprudencial en torno al subtipo agravado del art. 235.1.8º CP (cuando el autor utilice menores de 16 años), que, por razones de coherencia, se acude a la del tipo agravado del art. 370.1 CP del delito contra la salud pública. Agravación introducida por LO 5/2010, inicialmente en el 235.1.5º, en que era por utilización de menor de 14 años, y problemática que plantea la elevación de la edad a los 16 años, que tiene lugar con la reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo, habida cuenta que a los menores entre 14 y 16 años les es exigible responsabilidad por la LO 5/2000 de 12 de enero.

El mayor de 14 años ya deja de ser inimputable y responderá penalmente por su conducta, con lo que, en caso de la perpetración del hurto de un menor de esta edad, con un mayor, mediando un acuerdo consciente y voluntario, el tratamiento habrá de ser enfocado como un caso de autoría o participación, con desplazamiento del tipo agravado y que cada cual responda por su hecho propio. En el caso de los menores que no superan los 14 años de edad el conflicto interpretativo no se presenta, porque, por su inimputabilidad, pasan a convertirles a modo de en un instrumento del mayor, y, en principio, no habrá problemas para acudir al hurto agravado del art. 235.1.8º CP. Estaríamos ante un supuesto de autoría mediata por parte del mayor. No significa que en los casos de mayores de 14 a 16 años, quepa acudir al mismo tipo agravado del art. 235.1.8º, en la medida que tal edad no es incompatible con que el mismo pueda ser utilizado como un instrumento del proyecto delictivo del mayor y actúe al margen de cualquier prestación de consentimiento con él. Al final será el resultado de la prueba practicada lo que determine si en la realización del hecho medió ese acuerdo entre ambos, o si el mayor se sirvió del menor como un instrumento, necesitando por tanto entre 14 y 16 años del menor el deber de distinguir si hay acuerdo entre el menor y el mayor, en que decae el subtipo agravado, y cuando solo se utiliza al menor: el menor como instrumento del mayor como autor mediato existiendo mayor reproche si quien utiliza al menor es uno de sus padres.

En este caso, ninguna de las tres hijas tuviera autonomía propia como para tomar la decisión de apropiarse de los efectos que sustrajeron, sino que se vieron sometidas a la voluntad de quien tenía capacidad para controlarlas por la situación de ascendencia con lo que se está describiendo una intervención que en modo alguno se aproxima a un supuesto de coautoría o participación, que en el caso de la mayor de 14 años hiciera derivar la situación a un supuesto de coautoría o participación. Estamos, pues, ante un caso de autoría mediata utilizando a las hijas como instrumento aplicándose agravación del delito de hurto.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 235.1.8.º y 370.1.
Código Civil, arts. 154 y 155.

PONENTE:

Don Ángel Luis Hurtado Adrián.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 805/2023

Fecha de sentencia: 26/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6856/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 25/10/2023

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6856/2021

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Pablo Llarena Conde
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 26 de octubre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 6856/2021, interpuesto por Tarsila, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Olga Martín Vázquez y bajo la dirección letrada de D. Cristóbal Sitjar Fernández, contra la sentencia Nº 550, dictada con fecha 8 de noviembre de 2021, por la Audiencia Provincial de Madrid sección 3^a, que resuelve la apelación (Rollo de apelación P.A. nº 1434/2021) contra la sentencia Nº 282 del Juzgado de lo penal nº 3 de Madrid, de fecha 15 de septiembre de 2021.

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

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el procedimiento abreviado 320/2023 (dimanante del PA 572/2020, del Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid), seguido ante el Juzgado de lo Penal nº 3 de Madrid, con fecha 15 de septiembre de 2021, se dictó sentencia

condenatoria para Tarsila, como autora responsable de un delito de hurto en grado de tentativa con utilización de menores, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Queda probado y así se declara que, la acusada Tarsila, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo las 20:00 horas del día 5/03/2020 se encontraba en el interior del establecimiento comercial DIRECCION000 sito en CALLE000 de Madrid y, con ánimo de obtener una ventaja patrimonial ilícita, valiéndose de sus hijas menores de edad, María Consuelo, María Inmaculada y Eva María de 8, 13 y 1 5 años, se apropió de 31 artículos propiedad del indicado establecimiento cuyo precio de venta al público asciende a la cantidad de 208,50 euros y lo hizo introduciendo en un primer momento parte de ellos en una bolsa que entrega a una de sus hijas menores, y mientras realizaba una pequeña compra que abonó en caja retornó para encontrarse con las menores en las escaleras mecánicas de la planta superior para seguidamente bajar todas juntas por las mismas al tiempo que las menores ocultaban de nuevo más prendas propiedad de la tienda para no ser vistas una bolsa que, portaba su madre.

Fueron interceptadas a su salida del comercio sin haber realizado pago la acusada de los efectos aprendidos y que previamente habían ocultado.

No se ha formulado reclamo indemnizatorio por el establecimiento perjudicado".

Segundo.

El Juzgado de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"CONDENO a Tarsila como autora penalmente responsable de un delito de hurto en grado de tentativa con utilización de menores para su comisión, a la pena de PRISIÓN DE 5 MESES y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena. Costas devengadas.

Hágase entrega definitiva de los efectos depositados y que fueron recuperados al establecimiento, propietario.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma es susceptible de ser recurrida en apelación ante la Iltra. Audiencia Provincial".

Tercero.

Interpuesto Recurso de Apelación por Tarsila contra la sentencia anteriormente citada, la Audiencia Provincial de Madrid Sección 3ª dictó sentencia de fecha 8 de noviembre de 2021, con el siguiente encabezamiento:

"Vistos por esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en grado de apelación, el Juicio Oral nº 320/2020 procedente del Juzgado de lo Penal nº 3 de esta Capital y seguido por delito de hurto siendo parte en esta alzada como apelante Tarsila, representada por el Procurador Sra. Martín Márquez y como apelado el Ministerio Fiscal. Ponente el Magistrado DÑA. MARIA DEL PILAR ABAD ARROYO".

Y el FALLO de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 3ª, de fecha 8 de noviembre de 2021, es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de Tarsila contra la sentencia de fecha 15-9-2021 dictada por el Juzgado Penal número 3 de los de Madrid en Juicio Oral 320/2020, DEBEMOS CONFIRMAR y CONFIRMAMOS INTEGRAMENTE la citada resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación".

Cuarto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Tarsila, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

La representación legal de Tarsila alegó el siguiente motivo de casación:

ÚNICO MOTIVO DE CASACIÓN.- Por infracción de Ley del artículo 849 - 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 235 - 1 - 8º del Código Penal ya que en el relato de hechos contenido en la sentencia dictada no se establecen los elementos objetivos del tipo penal aplicado ya que no consta el que la madre ordenara, coaccionara o se aprovechara de los menores de manera alguna en la comisión del delito, tratándose, más bien, de un supuesto de coautoría de todos los intervinientes ya que los menores no consta que actuaran en contra de su voluntad.

Sexto.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 6 de febrero de 2022; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 25 de octubre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. En Pleno No Jurisdiccional de esta Sala Segunda, de 9 de junio de 2016, para unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación, se llegó al siguiente Acuerdo:

"PRIMERO: Interpretación del art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

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

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

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

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

SEGUNDO: Posibilidad de recurso de casación contra sentencias recaídas en procesos de delitos leves.

ACUERDO: El art. 847 b) Lecrim debe ser interpretado en relación con los arts. 792 4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el art. 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art. 847, en el art. 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno.

En consecuencia el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves".

2. Esta línea, si se quiere más exigente, en la medida que la mira la pone en la finalidad de introducir una serie de filtros que ayuden a paliar la carga de trabajo en esta Sala Segunda ante pretensiones carentes de

fundamento, derivando el control sobre su procedencia al órgano "a quo", la encontramos con la reforma relativa al recurso de casación introducida en la LECrim. mediante Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio de 2023, que, aunque, ciertamente, no estaba en vigor al haberse presentado este recurso con anterioridad a ello, no quita para que, en nuestra misión nomofiláctica, hagamos las siguientes consideraciones.

Conforme al art. 855 LECrim. se mantiene que la preparación del recurso se efectuará ante el Tribunal que haya dictado la resolución definitiva, aunque se introduce un segundo párrafo que establece, "cuando se pretenda interponer recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por infracción de ley, el recurrente deberá presentar escrito consignando, en párrafos separados, con la mayor claridad y concisión, la concurrencia de los requisitos exigidos, identificando el precepto o preceptos sustantivos que se consideran infringidos y explicando de modo sucinto las razones que fundan tal infracción".

Es razonable, pues, que, si estamos hablando de un recurso de casación, exclusivamente, por "error iuris", esto es, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, se exija al recurrente la carga de identificar dicho precepto y un mínimo fundamento en el propio escrito de preparación, y, puesto que esa carga ha de quedar satisfecha en fase de preparación del recurso, que ha de tener lugar en el tribunal a quo, es coherente que corresponda a éste el control a tal efecto; y así se contempla en el nuevo párrafo segundo que se introduce en el art. 858 LECrim. con la reforma, que dice como sigue:

"Cuando se trate de recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el Tribunal denegará, por auto motivado, la preparación cuando se aleguen motivos distintos al previsto en el artículo 849.1, no se identifique un precepto sustantivo supuestamente infringido, no se consigne el breve extracto exigido, o su contenido se aparte del ámbito del artículo 849.1.º".

Y que ésta ha de ser la pauta a seguir, lo confirma el Preámbulo del referido Real Decreto-ley en el siguiente párrafo:

"Por otro lado, se modifica la regulación del recurso de casación penal para, ante la situación existente en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, introducir una serie de filtros consistentes, por un lado, en exigir que se incluya en el escrito un breve extracto del motivo o motivos de casación que se pretenden esgrimir, así como que se cite el precepto del Código Penal de carácter sustantivo que se considere vulnerado; y, por otro, prever expresamente que la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional puedan tener por no preparado el recurso, en el caso de que el motivo o motivos se aleguen por otra vía distinta a la prevista en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (error de Derecho) o no se cite el precepto del Código Penal de carácter sustantivo, que se considere vulnerado".

Segundo.

En una única alegación, plantea la recurrente un motivo casación por error iuris, sobre una cuestión de la que no consta que exista doctrina jurisprudencial de esta Sala; de hecho, en apoyo de su discurso acude a la que hay en torno al art. 370.1 CP, que contempla como un subtipo agravado del delito contra la salud pública del art. 368 CP, cuando "se utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer estos delito".

1. Consideramos, pues, que la cuestión suscita el suficiente interés casacional como para que la abordemos, pero siempre teniendo en cuenta que hemos de partir del más absoluto respeto a los hechos probados, de los que, sin perjuicio a la transcripción que hemos hecho de ellos en el primer antecedente de esta misma sentencia, reiteramos los que, ahora, consideramos, fundamentales a los efectos de lo que nos toca resolver, que sería el pasaje en que se declara probado que la condenada "se encontraba en el interior del establecimiento DIRECCION000 sito en la CALLE000 de Madrid y, con ánimo de obtener una ventaja patrimonial ilícita, valiéndose de sus hijas menores de edad, María Consuelo, María Inmaculada y Eva María de 8, 13 y 15 años, se apropió de 31 artículos propiedad del indicado establecimiento cuyo precio de venta al público asciende a 208,50 euros".

Como decimos, la parte recurrente, en apoyo de su argumentación, esgrime que, por analogía, sería de aplicación el Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de 26 de febrero de 2009, referido a dicha agravación en que se dijo : "el tipo agravado previsto en el art. 370.1 del CP resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata".

Entre la jurisprudencia más reciente que ha tratado dicha agravación, tenemos la STS 1013/2022, de 12 de enero de 2023, que en relación con la misma, transcripción del referido Acuerdo y mención a doctrina traída de las STSs 176/2009 y 311/2009, recordaba que la agravación "ha sido justificada por esta Sala, no sólo por la necesidad de dispensar adecuada tutela a los menores, sino también por otros factores, tales como la mayor facilidad para la comisión del delito, eludiendo responsabilidades penales y dificultado la administración de justicia. Al incorporarse al menor a la mecánica delictiva es indudable la potencialidad de afección de otros bienes jurídicos y, desde luego, lesionada queda su dignidad al servirse de él y hacerlo objeto de tan repudiables maniobras. El verbo nuclear es

"utilizar", comprendiendo en dicha acción cualquier papel que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental, como el transporte o tenencia mediata (cfr. (SSTS 1397/2000, 15 de septiembre , 304/2007, 10 de abril y 314/2007, 25 de abril)"; y más adelante continuaba, "la interpretación del término utilizar, se orientó ahora hacia supuestos en que los menores, bien por el prevalimiento de la ascendencia sobre ellos a la hora de ser captados o porque se abusara de su inmadurez o vulnerabilidad, fueran empleados como meros instrumentos exentos de responsabilidad, incluida la propia de las personas menores de edad. Situaciones muy distintas de aquellas en la que los menores aceptan voluntariamente su intervención, propiciando relaciones que quedarían englobadas en la coautoría o en la participación de un menor en el delito de un mayor".

En la argumentación empleada en el motivo late alguna de las anteriores consideraciones, en la medida que mantiene que estamos ante un supuesto de coautoría de un delito leve de hurto y no de un tipo penal agravado, y para ello esgrime que, en ese pasaje de los hechos probados que hemos transcrito más arriba, "no consta que las menores se vieran obligadas o coaccionadas a la comisión del delito objeto de enjuiciamiento sino que, más bien, el que las mismas participaron libre y voluntariamente en el mismo acompañadas de su madre".

Y, ciertamente, no consta en los hechos probados aquellas menciones sobre las menores; ahora bien, mantener que más bien parece que las niñas participaran libre y voluntariamente en los hechos no podemos mantenerlo, cuando, entre ellas, hay una niña de 8 años, que es difícil asumir que tuviera capacidad de discernimiento para decidir, sino que se limitó a hacer lo que, simplemente, le indicara su madre, y esto sería suficiente razón para rechazar la tesis del recurso, en lo que no nos quedaremos, pues consideramos que hay más razones para ello.

2. El hurto agravado que contempla el art. 235.1.8º CP, fue producto de la reforma que tuvo lugar en el CP mediante LO 5/2010, de 22 de junio, introducido entonces en el numeral 5º, si bien cuando para la comisión del delito se utilizasen menores de 14 años, edad de los menores que se eleva a los 16 años y se desplaza la agravación al numeral 8º, lo que ha generado problemas de interpretación, que la doctrina ha puesto en relación con la responsabilidad penal de los mayores de 14 años y menores de 16, por el juego de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, conforme a la cual el mayor de 14 años ya deja de ser inimputable y responderá penalmente por su conducta, con lo que, al ser así, en caso de la perpetración del hurto de un menor de esta edad, con un mayor, mediando un acuerdo consciente y voluntario, el tratamiento habrá de ser enfocado como un caso de autoría o participación, con desplazamiento del tipo agravado y que cada cual responda por su hecho propio. En definitiva, es la solución que aporta la jurisprudencia más arriba citada en relación con la aplicación del tipo agravado del art. 370.1 CP para los delitos contra la salud pública, y que, reiteramos, es la hipótesis que se plantea en el recurso.

En el caso de los menores que no superan los 14 años de edad el conflicto interpretativo no se presenta, porque, por su inimputabilidad, pasan a convertirlos a modo de en un instrumento del mayor, y, en principio, no habrá problemas para acudir al hurto agravado del art. 235.1.8º CP. Estaríamos ante un supuesto de autoría mediata por parte del mayor. Así, con anterioridad a la reforma de 2015 no habría problema porque la agravación iba referida al menor de 14 años.

Frente a las anteriores hipótesis, en principio, más diáfanos, no significa que en los casos de mayores de 14 a 16 años, quepa acudir al mismo tipo agravado del art. 235.1.8º, en la medida que tal edad no es incompatible con que el mismo pueda ser utilizado como un instrumento del proyecto delictivo del mayor y actúe al margen de cualquier prestación de consentimiento con él. Es cierto que, tras la reforma de 2015, el mayor de 14 años y menor de 16 puede incurrir en responsabilidad penal propia, pero, sin embargo, no implica que, necesariamente, haya que derivar la cuestión a supuestos de coautoría o participación delictiva, sino que cabrá acudir al tipo agravado, si se vale de él el mayor como instrumento.

Al final será el resultado de la prueba practicada lo que determine si en la realización del hecho medió ese acuerdo entre ambos, o si el mayor se sirvió del menor como un instrumento, lo que deriva el problema a otro plano, en la medida que el enjuiciamiento de ambos no será viable en un mismo procedimiento, el uno sujeto al de la LO 5/2000 y el otro a los trámites de la LECrim, con los problemas que, por ruptura de la continencia de la causa, ello conlleva.

3. Tal como han quedado relatados los hechos probados no dejan de describir una situación de autoría mediata, en que, a quien cabe atribuir la sustracción, es a quien está detrás de quienes la ejecutan, como fue la madre, que se valió del instrumento que eran sus hijas, desde luego las dos menores de 14 años, pero también de la de 15 años, pues, tal como han quedado redactados, no da pie para entender que ninguna de las tres tuviera autonomía propia como para tomar la decisión de apropiarse de los efectos que sustrajeron, sino que se vieron sometidas a la voluntad de quien tenía capacidad para controlarlas por la situación de ascendencia que, como madre, poseía sobre ellas, descripción en ese factum que es propia de quien tiene un ascendiente, o "predominio moral o influencia", en acepción del Diccionario de la RAE, con capacidad de incidir sobre el comportamiento de otro.

Así resulta de esos hechos probados, que no hablan de acuerdo entre madre e hijas, sino de la madre "valiéndose de sus hijas menores de edad", lo que encierra una idea de utilización de las mismas, propia del verbo valer cuando es empleado como intransitivo pronominal, equivalente a "servirse de algo o de alguien, utilizándolo para algún fin", según nos enseña el Diccionario Panhispánico de Dudas, con lo que se está describiendo una intervención que en modo alguno se aproxima a un supuesto de coautoría o participación, que en el caso de la mayor de 14 años hiciera derivar la situación a un supuesto de coautoría o participación.

Si lo anterior lo ponemos en relación con artículos, como el 155 C.Civil, que establece que "los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre", o el 154, que "los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores", aportan argumentos en línea de que la sola indicación de la madre a las hijas para que se fueran apoderando de lo que se apoderaron fue suficiente para que lo llevaran a cabo.

Estamos, pues, ante un caso de autoría mediata, en que la autora, la madre, no realizó el hecho personalmente, sino que se valió de sus hijas, de las dos menores de 14, al no ser responsables penalmente, como un instrumento, pero de la mayor de 14 años también, en cuanto la utilizó al mismo fin que sus hermanas, por la simple ascendencia que tenía sobre ella como hija, actuación de la que ha de responder la madre, por ser ella quien tenía el dominio funcional del hecho delictivo perpetrado por sus hijas.

En el caso que nos ocupa se puede decir más, por lo reprochable que cabe considerar la conducta de la madre, tal como se comportó, en contravención de su obligación de ejercer la patria potestad "en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental", o de cumplir con su deber para con ellos de "educarlos y procurarles una formación integral" (art. 155 C.Civil), y ello nos lleva a decir que son trasladables a esta agravación del delito de hurto las consideraciones que hacíamos en la más arriba citada STS 1013/2022, de 12 de enero de 2023, en relación con la agravación que para el delito contra la salud pública del art. 370.1, en el sentido de que la agravación está justificada por la necesidad de dispensar adecuada tutela a los menores y la afectación a su dignidad; con mayor razón si quienes se sirven de ellos son los padres, o por la mayor facilidad para la comisión del delito y posibilidades de eludir responsabilidades, etc.

Procede, pues, la desestimación del recurso.

Tercero.

La desestimación del recurso lleva aparejado, por disposición del art. 901 LECrim, la condena al recurrente al pago de las costas ocasionadas con motivo de su recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Tarsila contra la sentencia 550/2021, dictada con fecha 8 de noviembre de 2021 por la Sección nº 03 de la Audiencia Provincial de Madrid, en Apelación Sentencias 1434/2021, que se confirma, con imposición a la recurrente de las costas ocasionadas con motivo del presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

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