



Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 28 Abr. 2010, rec. 10917/2009

Ponente: Martín Pallín, José Antonio.

Nº de Sentencia: 429/2010

Nº de Recurso: 10917/2009

Jurisdicción: PENAL

ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN. Uso de instrumentos peligroso. Condena por dos delitos consumados y uno intentado. El acusado aborda a tres repartidores de pizzas para sustraerles la recaudación amenazándoles con un destornillador y una navaja, que usa en uno de los casos, incrustándolo en el abdomen de la víctima para vencer su resistencia. LESIONES. Graves secuelas consistentes en sordera irreversible total. CONFESIÓN. Exigencia de una actitud colaboradora, sincera, plena y sin subterfugios del acusado, de tal manera que la investigación prácticamente quede agotada por las manifestaciones de la persona implicada. Concurrencia en el caso, ya que el acusado ignora si se han iniciado o no actuaciones judiciales formales, y no obstante decide colaborar con la investigación presentándose voluntariamente en la Comisaría para dar todo género de detalles sobre su participación en los hechos. RESPONSABILIDAD EX DELICTO. Daño moral. Desestimación de la indemnización solicitada por la madre de la víctima. Falta de acreditación sobre la imprescindibilidad y necesidad de la atención materna. COSTAS PROCESALES. Inclusión de las causadas por la acusación particular.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Abril de dos mil diez

SENTENCIA

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los **recursos de casación** por infracción de ley y quebrantamiento de forma, interpuestos por el procesado Modesto, por la Actora civil Marisa y la Acusación particular Jose Ángel, contra sentencia dictada por la **Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª**, que lo **condenó** por delito de **robo con intimidación y uso de arma y otro de lesiones agravadas**. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando el procesado recurrente representado por el



Procurador Sr. Rodríguez Muñoz, la Actora civil y la Acusación particular recurrentes presentadas por la Procuradora Sra López Valero. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Martin Pallin.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Terrasa, instruyó sumario con el número 1/2008, contra Modesto y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª que, con fecha 18 de Mayo de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes *HECHOS PROBADOS*:

ÚNICO.- Se considera probado y así se declara que Modesto, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, los días 25 y 26 de mayo de 2007 llevó a cabo los siguientes hechos:

1º) Entre las 21.00 horas y las 22.00 horas del día 25 de mayo de 2007 y en el número 4 de la calle Ferrer Guardia de Terrasa abordó a Conrado, empleado de Telepizza que se disponía a efectuar la entrega de un pedido, y con el propósito de obtener un beneficio patrimonial, le empujó hacia el ascensor y poniéndole un destornillador en el cuello le conminó a entregarle todo lo que llevaba consiguiendo que aquél atemorizado le hiciera entrega de 58,55 euros, abandonando el lugar tras registrarle los bolsillos.

2º) Sobre las 21.35 horas del día 26 de mayo de 2007 y en el portal del edificio situado en el número 125 de la calle Historiador Cardús de Terrasa con el mismo propósito de obtener un beneficio patrimonial, abordó a Matías que estaba efectuando un reparto de la Pizzería KM.0 y esgrimiendo una navaja, se la colocó en el cuello a la vez que le decía "saca el dinero hijo de puta o te mato" consiguiendo que aquél le entregara 100 euros procedentes de los repartos efectuados.

3º) Sobre las 22.36 horas del mismo día, el procesado, guiado por el mismo propósito y en la calle San Ignacio nº 1 de Terrasa, abordó a Jose Ángel, quien acababa de efectuar el reparto por Telepizza, exigiéndole la entrega del dinero así como del teléfono móvil y las tarjetas y ante la negativa de aquél hizo uso del destornillador que portaba y con conocimiento y voluntad de menoscabar su integridad física y de obtener, venciendo su resistencia, los objetos que pretendía, se lo clavó en la zona abdominal superior, en el oído, pecho, cuello y espalda, abandonado el lugar sin lograr alcanzar su propósito.

A consecuencia de dicha agresión, Jose Ángel, sufrió lesiones consistentes en policontusiones, herida punzante en zona abdominal y hemi cuerpo izquierdo, fractura del peñasco izquierdo con lesión coclear, otorraquia traumática izquierda, fractura de clavícula izquierda, hemopneumotórax izquierdo, perforación cola del páncreas y fístula de líquido pancreático que precisaron para su curación tratamiento



médico quirúrgico consistente en ingreso hospitalario, drenaje lumbar externo del líquido céfalo raquídeo, desbridamiento colección retroperitoneal, prótesis endoscópica de wirsung y antibiótico, tardando en curar 160 días de los cuales estuvo ingresado en centro hospitalario 45 días y 115 incapacitado para sus actividades habituales.

Como secuelas le quedaron, hipoacusia severa irreversible del oído izquierdo, (es decir sordera irreversible total de dicho oído, valorado en 12 puntos), cicatriz lineal en número de tres separadas en 4 centímetros antero posterior en el flanco izquierdo de 2 cm, 5 cm y 2 cm, cicatriz en la parte dorsal parte inferior de 1 cm de aspecto redondo, cicatriz de 0,5 cm en la parte trasera auricular derecha que le ocasiona un afeamiento moderado de carácter permanente.

El procesado, que conocedor de que la policía se había interesado por él en el domicilio de sus padres, acudió voluntariamente a Comisaría donde reconoció los hechos y se inculcó, sufre una importante adicción a la cocaína desde los dieciocho años lo que mermaba levemente su capacidad volitiva en orden a procurarse los medios para su adicción.

Antes del inicio de las sesiones del Juicio Oral, el procesado ha consignado para su pago a los perjudicados la cantidad de 21.313.55 euros.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:***Que debemos condenar y condenamos, a Modesto a las siguientes penas por los siguientes delitos.*

a) Como autor responsable de un delito de robo con intimidación y uso de arma en la persona de Conrado, concurriendo las atenuantes de drogadicción, de reparación del daño y de confesión a las autoridades, a la pena de VEINTIUN MESES DE PRISION, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

b) Como autor responsable de un delito de robo con intimidación y uso de arma en la persona de Matías, concurriendo idénticas circunstancias atenuantes, a la pena de VEINTIUN MESES DE PRISION, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

c) Como autor responsable de un delito de robo con violencia y uso de arma en grado de tentativa acabada la persona de Jose Ángel, concurriendo también idénticas circunstancias atenuantes, a la pena de DIEZ MESES Y QUINCE DIAS DE PRISION con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.



d) Y, como autor responsable de un delito de lesiones agravadas en la persona de Jose Ángel, concurriendo de nuevo las mismas circunstancias, a la pena de cuatro años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Modesto abonara, en concepto de responsabilidad civil las cantidades siguientes a los siguientes perjudicados:

a) A la empresa Pizzería KM.0 la cantidad de 58,55 euros sustraídos a su empleado Conrado

b) A la empresa Telepizza la cantidad de 100 euros sustraídos a su empleado Matías

c) A Jose Ángel la cantidad de 8.655 euros por las lesiones y la cantidad de 12.500 euros por las secuelas.

Se le absuelve libremente de los pedimentos civiles deducidos en su contra por la representación procesal de Marisa.

El procesado deberá abonar las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular ejercida por Jose Ángel.

Para el cumplimiento de las penas que se imponen la procesado declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, siempre que no se les hubiere computado a otra.

Notifíquese esta sentencia al procesado y demás partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma ante este Tribunal y para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por **el procesado, la Acusación particular y la Actora civil**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- La representación del procesado Modesto, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

ÚNICO.- *Al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 124 del Código Penal .*

5.- La representación de la Actora civil Marisa, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- *Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error de valoración en la prueba y al haberse aplicado indebidamente la circunstancia atenuante del*



arrepentimiento espontáneo previsto en el art. 21. 4º del Código Penal , quebrantándose lo preceptuado en los arts. 147.1º, 149.1 º, 237 y 242.1º y 2º del Código Penal .

SEGUNDO.- *Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la valoración de la prueba y al no haberse aplicado correcta y debidamente los arts. 109 a 116 del Código Penal .*

6.- La representación de la Acusación particular Jose Ángel, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- *Por infracción de ley, al amparo del art. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error de valoración en la prueba y al haberse aplicado indebidamente la circunstancia atenuante del arrepentimiento espontáneo, previsto en el artº. 21. 4º del Código Penal , quebrantándose lo preceptuado en los arts. 147. 1º, 149.1º, 237 y 242.1º y 2º del Código Penal .*

SEGUNDO.- *Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la valoración de la prueba y al no haberse aplicado correcta y debidamente los arts. 109 y ss del Código Penal, en relación con la Resolución de 7 de enero de 2007 , de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.*

7.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 7 de Enero de 2010, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnó.

8.- Por Providencia de 17 de Marzo de 2010 se declaró el recurso admitido y quedando **conclusos los autos paraseñalamiento de fallo** cuando por turno correspondiera.

9.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 15 de Abril de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Abordaremos conjuntamente los recursos formalizados por Jose Ángel y Marisa ya que en parte son coincidentes y están redactados en términos parecidos.

1.-Los motivos que llevan el ordinal **primero** de ambos recurrentes son idénticos en cuanto a su planteamiento y contenido. Aunque se canalizan por la vía del error de derecho alegan equivocación en la apreciación de la prueba y, al mismo tiempo, la indebida aplicación de la atenuante del artículo 21.4º del Código Penal (confesión de la infracción) quebrantándose lo preceptuado en los artículos 147.1, 149.1,



237 y 242 1 y 2 del Código Penal. La redacción del motivo es incongruente, ya que nada tiene que ver su desarrollo con las cuestiones relativas a los delitos de lesiones y robo. Solo se trata de dilucidar sí, a la vista del comportamiento del acusado, que se relata en el apartado penúltimo de los hechos probados, concurre o no la atenuante de confesión apreciada por la Sala sentenciadora.

2.-La sentencia afirma textualmente: " *El procesado que condecor de que la policía se había interesado por él en el domicilio de sus padres, acudió voluntariamente a Comisaría donde reconoció los hechos y se inculpó, sufre una importante adicción a la cocaína desde los dieciocho años, lo que mermaba levemente su capacidad volitiva en orden a procurarse los medios para su adicción*". Como elemento objetivo disponemos, de la presentación en Comisaría facilitando los datos para que la investigación se simplificase evitando una adicional tarea de investigación que demoraría la causa y, al mismo tiempo, se constata una adicción a la drogadicción cuyos efectos no se cuestionan en este motivo.

3.-Los recurrentes, para sustentar su oposición a la aplicación de la atenuante realizan un examen de la cronología de los acontecimientos, poniendo de relieve que los hechos delictivos que se persiguen ocurrieron los días 25 y 26 de Mayo de 2007 y, que el día 29 siguiente, el acusado tuvo conocimiento de que la policía le investigaba y había acudido al domicilio de sus padres. Afirma que además tuvo conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial abierto contra él y que el día 30 se personó en la Comisaría y reconoció los hechos. Añade una serie de consideraciones sobre su forma violenta de actuar en el momento de cometer los delitos y sobre la gravedad de los mismos a las que nada tenemos que oponer pero sí matizar que no guardan relación con la atenuante que estamos examinando.

4.-Como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal, *no estamos ante un supuesto en el que pueda valorarse su actitud subjetiva de arrepentimiento, sino ante una posibilidad objetiva, basada exclusivamente en la cronología de los acontecimientos y su comportamiento objetivo ante la policía en orden al reconocimiento de su participación en los hechos que se estaban investigando. El efecto atenuatorio de una conducta de colaboración está subordinado al conocimiento o no de la existencia de un procedimiento judicial en su contra.*

5.-El legislador ha condicionado la aplicación de la atenuante a la concurrencia de un elemento normativo del tipo que es necesario integrar e interpretar. ¿Qué se entiende por procedimiento judicial? No cabe darle un valor puramente formal, considerando su existencia desde el momento en que según los tramites judiciales y de secretaría se procede a la anotación de la entrada de la denuncia, el reparto y la incoación de unas Diligencias Previas de investigación dirigidas contra persona determinada por los denunciante o testigos o bien contra un autor desconocido.



6.-La sentencia, en el hecho probado, no nos facilita este dato, si bien estaba a disposición de la misma. Examinando las actuaciones, se comprueba que las Diligencias Previa se incoaron el 28 de Mayo de 2007. No consta que las víctimas identificaran nominalmente al acusado. Es la policía la que, en el curso de sus averiguaciones, adquiere la sospecha de que el acusado es el autor, por lo que acuden al domicilio de sus padres para identificarle. *El legislador en este punto es bastante preciso al condicionar la atenuante a la actitud del acusado realizada " antes de conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra él".*

7.-Estamos ante un requisito formal que debe ser interpretado, como se sostiene por algún sector al tratar de la prescripción. Esta misma expresión (*cuando el procedimiento se dirija contra el culpable*) se emplea en el artículo 132.2º del Código Penal para interrumpir el plazo de prescripción y se ha entendido por esta Sala que basta con que la acción se dirija contra persona determinada o determinable. *Debe entenderse la confesión como una conducta que realiza el acusado que, como sucede en el caso presente, ignora si se han iniciado o no actuaciones judiciales formales, y no obstante decide colaborar con la investigación presentándose voluntariamente en la Comisaría para dar todo género de detalles sobre su participación en los hechos.*

8.- *Lo trascendente a los efectos atenuatorios es la actitud colaboradora, sincera, plena y sin subterfugios de tal manera que la investigación prácticamente quede agotada en sus elementos esenciales, autor y hechos básicos, por las manifestaciones de la persona implicada que, en algunos casos, incluso puede actuar de manera inmediata o rápida aún conociendo que ya existía un procedimiento judicial.* La sentencia 359/2008, de 19 de Junio, *exige que el fundamento atenuatorio actúe con una especial intensidad, disminuyendo de modo relevante la necesidad de pena, tanto como compensación de la decisiva colaboración del acusado con la Administración de Justicia, como por su positiva contribución al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma, que constituye su forma de reparación simbólica que enlaza con el fundamento de la atenuante prevenida en el art. 21.5 CP. 1995, SSTs. 1132/98 de 6.10, 1258/99 de 17.9 y 1948/2001 de 29.1º, señalándose en esta última resolución que en estos supuestos no solamente concurre la analogía con el art. 21.4 CP.*

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

SEGUNDO.- El motivo segundo se canaliza también por la vía del error de derecho por estimar indebidamente aplicados los artículos 109 y siguientes del Código Penal y la Resolución de 7 de Enero de 2007 *de la Dirección General de Seguros.*

1.-El recurrente recuerda que dicha resolución señala las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal y sostiene que la sentencia es incongruente en cuanto a la



determinación de las indemnizaciones señaladas. Las heridas que se describen son evidentemente graves así como las secuelas. La sentencia matiza que la acusación particular se limitó a globalizar la petición de indemnizaciones desglosándolas en las que se derivan de las lesiones y las que se reclaman por las secuelas. La parte recurrente solicita una indemnización adicional por las cicatrices y su perjuicio estético.

2.-La sentencia contesta adecuadamente a las peticiones de la acusación particular que, como recuerda el Ministerio Fiscal, no desglosó los conceptos limitándose a reclamar una cantidad global. Por otro lado, la Sala dispuso de los informes forenses y la abundante documental médica. No disponemos de otros datos valorativos que no pueden introducirse por la vía elegida por la parte recurrente. Las bases indemnizatorias están descritas en la relación de lesiones y secuelas. Quizá la cantidad sea corta, pero no podemos establecer otros parámetros distintos que los utilizados por la sentencia recurrida.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

TERCERO.- La recurrente Marisa formula recurso en escrito independiente cuya primera cuestión, atenuante de confesión que ya ha sido analizada.

1.-El **motivo segundo** se formaliza por la vía del error de derecho, si bien invoca error en la valoración de la prueba para a continuación denunciar la inaplicación de los artículos 109 a 116 del Código Penal, por no haberse acordado ningún tipo de resarcimiento civil por daños o perjuicios morales, por los que había reclamado 15.000 euros. Reproduce las lesiones sufridas por su hijo y los perjuicios que se le han ocasionado. Todo ello la llevó a personarse como actor civil, reclamando una serie de perjuicios que se le han ocasionado por haber tenido que desplazarse desde Francia donde residía con su pareja. Concreta en sus perjuicios la pérdida de su trabajo y que pensaba casarse al mes siguiente y no pudo hacerlo.

2.-No nos encontramos, como dice la sentencia, ante una falta de credibilidad de las reclamaciones sino ante la alegación de unas circunstancias que no dudamos que son ciertas, pero se trata de dictaminar si son indemnizables sobre la base de su inclusión en el relato de hechos probados. La decisión tomada por la actora no se deriva de una absoluta necesidad que se conecte directamente con la causa originaria, que son las lesiones de su hijo. Para establecer esta causalidad se necesitaba una actividad probatoria que acreditase la imprescindibilidad y necesidad de la atención materna, la imposibilidad de cuidarle en Francia y, desde luego, no puede anudarse por falta de conexidad real las consecuencias morales y no sabemos sí, además, materiales derivadas de la no celebración del matrimonio. En consecuencia, no existen bases fácticas sólidas para establecer una indemnización por daños morales.



Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

CUARTO.- El condenado formaliza un único motivo de casación por indebida aplicación del artículo 124 del Código Penal (*condena al pago de las costas de la acusación particular*).

1.-Considera que la acusación particular no es heterogénea con la sentencia, la pretensión punitiva y resarcitoria y punitiva ejercitada por aquélla. Discrepa de los argumentos de la sentencia que basa la condena en la identidad de las acusaciones sostenidas por el Ministerio Fiscal y la Acusación particular, no puede ésta considerarse ni infundada, ni estéril ni perturbadora por lo que estima legítimo el abono de las costas devengadas por la Acusación particular. Considera que la actuación de la misma fue innecesaria y, además, no fue aceptada íntegramente por la sentencia.

2.-El fundamento de derecho octavo de la sentencia dedica un amplio razonamiento a su decisión de imponer las costas de la acusación particular. Recuerda los preceptos que regulan la imposición de las costas (artículos 123 y 124 del Código Penal y 239 de la ley de Enjuiciamiento Criminal). El artículo 124 impone los honorarios de la acusación particular a los criminalmente responsables en los delitos solo perseguibles a instancia de parte. Como señala la sentencia se ha producido una nueva jurisprudencia que tiene su base en el texto del artículo 126.3º del Código Penal *que se refiere genéricamente y sin matizaciones a las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago*.

3.-Se abre la posibilidad de hacer valoraciones más allá del automatismo que regía anteriormente, tomando en consideración de manera específica la actuación procesal de la acusación particular en el proceso y su contribución al desarrollo del mismo. En realidad y de forma clara sólo se rechaza el pago de las costas de la acusación particular cuando su actuación haya sido infundada o perturbadora. La sentencia considera que estas circunstancias no se dan, por lo que estimamos que dadas las características del delito de lesiones complejas con secuelas estaba justificada la presencia de la Acusación particular a pesar de que se trataba de delitos perseguibles de oficio.

4.-El Ministerio Fiscal nos recuerda la jurisprudencia que establece estos nuevos parámetros y que han consolidado la doctrina de la procedencia intrínseca de la inclusión de las costas de la Acusación particular, salvo cuando haya formulado pretensiones infundadas no aceptadas o absolutamente heterogéneas con las mantenidas por el Ministerio Fiscal, siempre que hayan sido éstas las acogidas por la sentencia. Esta posición puede encontrarse por todas en la sentencia 619/1994 de 18 de Marzo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**



III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGARA LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones legales de Modesto, Marisa y Jose Ángel, **contra la** sentencia dictada el día 18 de Mayo de 2009 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª **en la causa seguida contra el citado Modesto por delito de robo con intimidación y uso de arma y otro de lesiones agravadas. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas** . Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Carlos Granados Perez Perfecto Andres Ibañez Jose Ramon Soriano Soriano** Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACION

.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Jose Antonio Martin Pallin, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.