

TÍTULO PRELIMINAR

DE LAS GARANTÍAS PENALES Y DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Artículo 1

1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.

2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley.

Artículo 2

1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

Artículo 3

1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

Artículo 4

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna

de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

4. Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

ACUERDO PLENO 20-ABRIL-2001.

El tribunal supremo será competente para informar indultos, como tribunal sentenciador, cuando dicte segunda sentencia.

Artículo 5

No hay pena sin dolo o imprudencia.

DOLO

Sentencia: nº 1061/2009 de fecha 26/10/2009

«2. Ciertamente, el art. 5 CP proclama que no hay pena sin dolo o culpa. Y con la recurrente hay que coincidir en que el dolo requiere conocimiento de todos o cada uno de los elementos del hecho que constituye el delito, y que ese conocimiento debe ser anterior o simultáneo a la comisión, pues caso de ser posterior mal se podría evitar.

Dogmáticamente se ha venido distinguiendo entre el dolo directo que existe cuando de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen (Cfr. STS de 29-1-92), y el dolo eventual, en el que, desde una postura ecléctica -conjugando la tesis de la probabilidad con la del consentimiento- podemos decir que se exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se reproduzca el resultado, y que además, se conforme con dicha producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquél resultado se produzca. Siendo exigible, en todo caso, la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (Cfr. SSTS 348/93, de 20 de febrero; y, 2164/2001, de 12 de noviembre).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal.

En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado.

Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización.

Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos.

Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico». (F. J. 12º).

DOLO. DELITO DE OMISIÓN.

Sentencia: nº 1061/2009 de fecha 26/10/2009

«3. La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico cuarto, atribuye a la procesada, ahora recurrente, ser criminalmente responsable -entre otros delitos- del de las lesiones del art. 148.3º CP (correspondientes a los hechos declarados probados en el apartado A) del factum), en concepto de autora por comisión por omisión, invocando el art. 11 del CP.

Siguiendo a la STS de 2-7-2009, nº 716/2009, es necesario recordar en este sede casacional que la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico.

De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico.

La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Pues bien, la jurisprudencia (Cfr. STS 1480/99, de 13-10), ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y, conforme al actual art. 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

- a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice).
- b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar casualmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución.
- c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, se refiere formalmente, el art. 11, apartado b) CP, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado.

No se puede olvidar que en la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

4. En el caso presente puede establecerse, en principio, la existencia en la recurrente de una obligación legal de actuar dada su posición de garante que, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, se contempla con carácter general en el art. 154 del Código Civil -incluso con anterioridad a la reforma LO 54/2007 de 28.12- como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiales incumbe a los padres.

La responsabilidad por la omisión arranca del carácter de madre de la niña, ya que, los deberes positivos de protección y cuidado derivan -se dice en la STS 21/2007 de 19 de enero- no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (deber moral) sino de su traducción e exigencias normativas (deber legal).

El Código Civil impone a los padres el de velar por los hijos menores -art. 154,1º- y permite a los progenitores, en el ejercicio de su potestad recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento.

Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros (SSTS de 31-10-91; 1161/2000, de 26-6).

Es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante.

5. Centrándonos en el elemento que se cuestiona del delito, habrá que recordar, siguiendo a la STS de 2-7-2009, nº 716/2009, que el dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tienen caracteres que si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos.

La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido.

Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente.

A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias 25-4 y 30-6-88, en las que sostuvo que: "en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción".

En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir, también, a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS 950/97, de 27-6).

Por ello, quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente (STS de 24-10-90).

5. En el supuesto que nos ocupa, con arreglo al relato histórico, conociéndola acusada las lesiones cuando éstas se evidenciaron, y sin aviso previo de que las mismas pudieran producirse, no resulta para la misma el requerido conocimiento

de ninguna situación de peligro para la niña que determinara su deber de actuar en protección de la misma, poniéndola a salvo de las agresiones y lesiones; ni puede establecerse que omitió -en este caso- una actuación que le era debida. Si no tuvo conocimiento de la situación de hecho que generara el deber de actuar, no puede reprochársele, en la ocasión, que no actuara. Producida la lesión, ya no podía evitarla. Por tanto, no existe el dolo en los términos que hemos definido más arriba, necesario para integrar el tipo subjetivo de la figura penal aplicada». (F. J. 12º)

TRIBUNAL DEL JURADO. EL PRONUNCIAMIENTO SOBRE CULPABILIDAD INCULPABILIDAD, REQUIERE DECLARACIÓN DE PREEXISTENCIA DEL HECHO.

Sentencia: nº 595/2008 de fecha 03/10/2008

«...Y, en ese sentido, asumiendo, por consiguiente, el criterio de la Sentencia dictada en la primera instancia y los lógicos razonamientos en los que aquella se apoyó, tan sólo nos restaría aquí poner de relieve, para reforzar semejante conclusión, alguna de las graves consecuencias a las que nos conduciría las tesis de la del Tribunal Superior, secundadas por la Fiscalía y el resto de las Acusaciones.

En efecto, la anulación del Acta del veredicto y repetición del Juicio ante un nuevo Jurado, más allá de los graves inconvenientes de todo orden que ello reporta y lo contraria que resulta respecto del régimen propio del procedimiento seguido ante la Justicia técnica, habida cuenta de que el defecto apreciado se referiría, en ese caso, a un quebrantamiento formal “in iudicando”, no “in procedendo”, y, por ello los efectos de tal anulación se retrotraerían, tan sólo, al momento de la comisión de ese vicio formal, es decir, al de la devolución del Acta por el Presidente al Jurado para que éste prosiguiera su deliberación respetando los pronunciamientos ya alcanzados correctamente en ella, constituye, no obstante, la solución prevista expresamente y de manera especial en la Ley del Jurado, aunque exclusivamente para el Recurso de Apelación (arts. 846 bis f) en relación con el 846 bis a)), toda vez que el correspondiente precepto de la Casación lo que establece, a semejanza de lo ya dicho para la generalidad de los procedimientos, es que “*Cuando la Sala estime haberse cometido el quebrantamiento de forma en que se funda el recurso, declarará haber lugar a él y ordenará la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho.*”

Precepto que en principio es el que había que aplicar si fuera este Tribunal y no el de Apelación quien acordase la anulación del procedimiento de instancia.

Solución ésta de la repetición íntegra del Juicio en casos como el presente, sin previsión expresa en la regulación del Recurso de Casación, que, no obstante, se vería por supuesto mucho más aconsejada y facilitada, a pesar de todos los inconvenientes legales y prácticos existentes, si la decisión última del Jurado hubiere conducido a una Resolución condenatoria pues, en ese caso, la expectativa de un resultado distinto y más favorable para el reo podría avalar su razón de ser, desde el reconocimiento a éste de su derecho a un Juicio con todas las garantías (art. 24 CE), para depurar la integridad del enjuiciamiento.

Pero no podemos olvidar que aquí nos hallamos ante una absolución, apoyada en el dato incontestable de un pronunciamiento sobre los hechos, ya correctamente alcanzado por el Juzgador legalmente constituido en el progresivo discurrir lógico de su decisión, que excluye la base fáctica necesaria para la declaración de culpabilidad y que las Acusaciones, en buena lógica y en el nuevo Juicio, pretenderían sustituir con la obtención de una futura condena.

Porque de optar por la repetición íntegra del Juicio ante un nuevo Jurado, como hace la Sentencia recurrida, sin duda en su caso y por tratarse de una Apelación aplicando con la previsión de la Ley especial para esta clase de supuestos, nos encontraríamos con que quien ya fue juzgado, con todas las garantías y requisitos legales para ello, tanto materiales como formales, obteniendo un indiscutible pronunciamiento fáctico, adoptado también de acuerdo a los requisitos establecidos en la propia Ley, que declaraba la insuficiencia de acreditación de su participación delictiva en los hechos enjuiciados, todo ello conforme a la convicción de un Jurado compuesto expresamente para ese enjuiciamiento, ahora se enfrentaría a la eventualidad contradictoria de ser hallado partícipe en ellos, por un nuevo y distinto Tribunal, y lo que pudiera resultar aún más insoportable, incluso con una nueva calificación jurídica de lo acaecido como delito de Asesinato, cuando dicha hipótesis, que era la inicial de las Acusaciones, ya se encuentra rechazada con plena firmeza para el otro acusado, objeto de condena como autor material de un Homicidio.

Así decía a propósito de esta cuestión, la STS de 14 de Noviembre de 2001: *“Ha de tenerse en cuenta que la estimación de este motivo de recurso conlleva la anulación del juicio y su íntegra repetición ante un nuevo jurado. La anulación determina que el nuevo Jurado deba pronunciarse sobre la totalidad de las cuestiones suscitadas, con posibilidad de que la nueva sentencia resulte incluso más gravosa para el recurrente: por ejemplo en el caso actual un nuevo juicio podría determinar una condena por asesinato y no por simple homicidio. Por ello la estimación de este motivo debe producirse en supuestos muy excepcionales, como expresa la propia norma legal, pues no es suficiente con que el Tribunal de Apelación haya apreciado alguna infracción de las normas y garantías procesales sino que es **imprescindible que dicha infracción haya ocasionado indefensi** Esta indefensión, concebida como la denegación de la tutela judicial en su conjunto y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 de la Constitución Española, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por eso, en materia de derecho, fundamentales, ha de hablarse siempre de indefensión material y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, no bastando la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías, en relación con algún interés de quien lo invoca (SSTC 181/1994, de 20 de junio, 316/1994, de 28 de noviembre, 137/1996, de 16 de septiembre y 105/1999, de 14 de junio, y STS núm. 243/2001 de 21 de febrero, entre otras).”*

Razones, en definitiva, que nos llevan a confirmar, aún más si cabe, el acierto del Magistrado-Presidente del Jurado en el criterio aplicado para la resolución de un problema procesal tan complejo y difícil como el abordado en esta ocasión». (F. J. 5º)

Artículo 6

1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

ACUERDO PLENO 31-MARZO-2009.

Límite máximo de la medida de seguridad de internamiento.

La duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate.

MEDIDAS DE SEGURIDAD. DURACIÓN.

Sentencia: nº 603/2009 de fecha 11/06/2009

«..Centrándonos, por tanto, en la duración de la medida de internamiento, el principio de proporcionalidad de las medidas (art. 6 CP), exige como presupuesto de la aplicación de una medida de internamiento que la pena señalada al delito sea privativa de libertad. Dicho presupuesto debe distinguirse de la cantidad o gravedad de la pena privativa de libertad que juega como límite temporal del internamiento.

La “pena-presupuesto” y la “pena-límite” tratándose de eximentes incompletas se establece, como regla especial, en el art. 104: la pena privativa de libertad como presupuesto de la medida debe considerarse “concretamente” (el instrumento solo cabe si “la pena impuesta” es privativa de libertad) lo que conduce, obviamente, a su completa determinación. Ello es explicable si se recuerda que estamos ante un sujeto responsable parcialmente y acreedor de una pena que podría hacerse cumplir sin aplicación de medida alguna.

En cambio, la pena que juega como límite temporal al internamiento de tal eximente incompleta es la pena abstracta señalada al delito (art. 104: su duración no podrá exceder de la “pena prevista” por el Código para el delito). La razón se encuentra en el carácter atenuado de la pena privativa de libertad que, por aplicación de la eximente incompleta habrá resultado en la determinación concreta de la misma. La razón parece clara: la pena se basa en la culpabilidad que aquí

estaría disminuida seriamente, lo que aconsejaría una pena -rebajada en uno o dos grados-. La medida se fundamenta en la peligrosidad que, sin embargo, probablemente se haya incrementado, lo que justificaría una duración superior.

Es decir, que el límite máximo en estos casos no es la pena concretamente impuesta por el Tribunal, sino la que el Código prevé con carácter general, pues no hay referencia alguna al resultado de la individualización.

No de otro modo se ha pronunciado esta Sala refiriéndose a la pena prevista en abstracto en todos los casos de eximentes completas o incompletas, pese a la diferente redacción. STS n° 210712001, de 12 de noviembre.

(...)

Criterio éste que, en definitiva, fue el recogido en el reciente Pleno no jurisdiccional de la Sala de 31.3.2009, que adoptó el siguiente acuerdo: “la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate”.

Por último, las alegaciones de la recurrente en su escrito de 13.2.2009 cumplimentando el trámite del art. 882.2 LECrim. en relación a que el pronóstico de peligrosidad es una presunción en contra del reo y agravar la pena con una medida de seguridad implica necesariamente una infracción del principio non bis in idem, pues al fin y al cabo no hay diferencia entre estar en un psiquiátrico y estar en la cárcel, dado que en ambos casos se está privado de libertad, devienen inaceptables. Por varias razones:

a) Supone olvidar la finalidad terapéutica de la medida de internamiento y que los límites de su duración son siempre máximos y, por tanto, no son irreversibles o inmodificables, cesando el internamiento cuando conste la curación o desaparición de la peligrosidad del sujeto (STS. 22.1.2001), por cuanto la gravedad del delito puede ser un dato para el diagnóstico de la peligrosidad y fijación del tratamiento, pero no tiene, necesariamente, que tener el mismo valor decisivo en la fijación de la consecuencia jurídica -la medida- que cuando se trata de aplicar una pena.

Por ello el control que deben ejercer los Jueces y Tribunales, según el art. 3.2 CP, sobre la ejecución de la medida, supone, de una parte, el imperativo de que las medidas no puedan exceder -art. 6.2- el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto, y de otra, la lógica precisión de que la medida resulte adecuada al grado y a la índole de la peligrosidad, y como consecuencia de aquel imperativo y de esta exigencia, la necesidad de individualizar al máximo y permanentemente la medida. De ahí que el art. 97 CP, modificado por LO. 15/2003 de 25.11, obligue al Juez o Tribunal sentenciador -al que incumbe el control de la ejecución de la medida- a acordar mediante procedimiento contradictorio y previa propuesta, que al menos anualmente está obligado a elevarle el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando los informes médicos emitidos por los facultativos y profesiones que asisten al sometido a la medida de seguridad (art. 98 CP) -el mantenimiento, cese, sustitución o dejar en suspenso la medida de seguridad impuesta, de forma motivada, con el fin de evitar que la persistencia de la medida aparezca como resultado de un mero arbitrio o voluntarismo judicial y deberá basarse en algún tipo de prueba objetivable-.

b) Y no tener en cuenta que en el supuesto de semi-imputables, el art. 104 CP. establece que en los casos de eximente incompleta de alteración mental, intoxicación plena y alteración de la percepción, el Juez o Tribunal “podrá” imponer además de la correspondiente pena (atenuada) las medidas previstas para los inimputables en los arts. 101, 102 y 103.

Esta posible acumulación de penas y medidas se aplica con el denominado sistema vicarial y prohíbe la aplicación de una medida de internamiento si la pena no es privativa de libertad (art. 104).

El sistema vicarial regulado en el art. 99 CP. (“en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal, podrá si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos proseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3”), se aparta del dualismo puro -por el que se acumularían sin más la pena y la medida- ya que consiste en evitar que la duración de la pena y la medida se sumen e incrementen así la afflictividad de la privación de libertad. Básicamente consiste en comenzar por la aplicación de la medida y computar el periodo de internamiento como cumplimiento de la pena. La aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena prevista por el CP. para el delito, art. 104 CP, es decir en abstracto. Si se alza la medida de seguridad antes de alcanzar este tope y todavía resta pena por cumplir, el Juez o Tribunal podrá suspenderla o imponer alguna medida no privativa de libertad, arts. 99 y 96.3 CP.

Con esta previsión se da respuesta a los casos en que el sujeto es responsable del delito, pero se le reconoce una imputabilidad disminuida, que desaconseja el ingreso en prisión y requiere la suspensión o levantamiento. Sería el supuesto de anomalías que no siempre alcanza la exención total (por ejemplo las psicopatías o las toxicomanías) pero que sería funesto remitir a la cárcel.

En el sistema vicarial, por tanto, la pena y la medida no se acumulan materialmente, sino que se integran mutuamente. Ello permite evitar los inconvenientes que se advierten en relación al principio non bis in idem si la pena y la medida se aplicaran acumulativamente, ya que en el sistema que se analiza no se produce su “intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados”, lo que según la STC. 27.11.85 infringiría dicho principio». (F. J. 5º)

Artículo 7

A los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.

Artículo 8

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
3. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
4. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

ROBO Y DETENCIÓN ILEGAL. MODO DE PRODUCIRSE LOS HECHOS Y TIPICIDAD. SUBTIPO ATENUADO.

Sentencia 23 de noviembre de 2010.

En la sentencia de instancia ha sido condenado como autor de un delito de detención ilegal a la pena de cuatro años de prisión. Interpone recurso de casación, y en el motivo cuarto se queja de que la sentencia no expresa de manera clara y terminante de dónde deduce que el recurrente es autor de un delito de detención ilegal.

1. Como ya hemos señalado en otras ocasiones, las sentencias penales deben estar construidas de tal forma que sea posible su comprensión, y no sólo por el justiciable a quien afectan directamente, sino también por el Tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso, y además, por el resto de los ciudadanos, en cuanto puedan tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los Tribunales. Esta exigencia comprende en su ámbito, naturalmente, el relato de hechos probados. Con éstos han de relacionarse directamente los fundamentos jurídicos de la sentencia, y de ahí debe obtenerse el fallo como conclusión de lo anterior, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen un todo congruente.

Reiterada doctrina de esta Sala ha entendido que la sentencia debe anularse, prosperando, por lo tanto, este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos. (En este sentido, entre otras STS núm. 471/2001, de 22 de marzo; 1144/2001, de 31 de julio;

1181/2001, de 19 de julio; 1610/2001, de 17 de septiembre, y STS nº 559/2002, de 27 de marzo). Tales aspectos deben quedar suficientemente explícitos en la impugnación.

De otro lado, este motivo de casación tampoco permite cuestionar la existencia de prueba ni la corrección de la subsunción.

2. En el caso, en la sentencia se declara probado que el recurrente acordó con los otros acusados privar de libertad a Óscar. Que el día 2 de abril contactó con éste, junto con el coacusado Juan Carlos, y quedaron en verse en la fábrica de peletería del mencionado sobre las 23,00 horas. Sobre esa hora, el recurrente, junto con Juan Carlos, se personó en la referida fábrica, y unos diez minutos más tarde, tras recibir una llamada telefónica, manifestaron ambos que tenían mucha prisa y abandonaron el lugar, de forma precipitada.

El relato resulta perfectamente inteligible. Cuestión distinta es si existe prueba del acuerdo para la privación de libertad de la víctima y si, además, el recurrente realizó alguna aportación relevante a la ejecución.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el primer motivo alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Sostiene que la condena se basa en suposiciones o conjeturas policiales a partir de manifestaciones de la víctima, que efectúa un nexo causal entre la cita que tuvo anterior al delito y la comisión del mismo. Argumenta que la afirmación en los hechos probados según la cual el recurrente, junto a los demás acusados, acordó privar de libertad a Óscar, no se apoya en prueba alguna. El dato relativo a las llamadas telefónicas no es determinante, pues se ignora en realidad quien las hizo, ya que el recurrente no estaba solo, y nada se sabe de su contenido ni del lugar desde el que se hicieron. En el tercer motivo denuncia error en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, y, sin designar documento, insiste en que la prueba ha sido incorrectamente valorada.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado, bajo la iniciativa de la acusación, una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la versión alternativa por carencia de la necesaria racionalidad.

2. En el caso, la primera afirmación fáctica de la sentencia es la relativa a la existencia de un acuerdo entre el recurrente y los demás acusados para privar de libertad a la víctima. El Tribunal tiene en cuenta que la tarde del mismo día en que ocurren los hechos, el recurrente, junto con el coacusado Juan Carlos, contacta con la víctima, quedan en verse sin motivo real alguno, y acude a la fábrica, la cual abandona muy poco antes de que los otros acusados irrumpen en el lugar y priven de libertad a Óscar. Cuando concretan la entrevista, dice la sentencia, ya sabían que esa tarde había estado vendiendo una furgoneta. Igualmente tiene en cuenta las numerosas llamadas telefónicas que se cruzaron esa noche entre los teléfonos del recurrente y de José Ramón, ejecutor material de los hechos, tanto en los momentos justamente anteriores a la acción de los coacusados, el citado José Ramón y Cesareo, como mientras duró la privación de libertad de Óscar. Llamadas a las que los acusados no dieron explicación razonable. Además, no se han repetido de esa forma en los días anteriores ni posteriores a los hechos.

De todos los datos mencionados, el Tribunal deduce la existencia de un acuerdo y la participación del recurrente en la ejecución de los hechos, deducción que debe considerarse que respeta las exigencias de la lógica, sin que exista una versión alternativa que resulta mínimamente razonable.

En el tercer motivo alega la misma vulneración.

Por lo tanto, ambos motivos se desestiman.

TERCERO.- En el motivo segundo, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 163 del Código Penal, cometida al calificar los hechos probados como constitutivos de detención ilegal. Añade que no ha quedado acreditado que haya participado.

1. Las cuestiones relativas a la presunción de inocencia han quedado ya resueltas en el anterior fundamento jurídico. En cuanto a la aplicación del artículo 163 del Código Penal, de los hechos probados resulta una conducta consistente en la privación de la libertad ambulatoria de la víctima, que encaja sin dificultad en las previsiones del precepto aludido. Aunque no lo plantea de forma concreta y expresa, su queja puede relacionarse con la necesidad de establecer si la conducta del recurrente puede ser considerada como constitutiva de autoría, toda vez que no participa en la ejecución de la acción que priva de libertad a la víctima.

Del artículo 28 del Código Penal se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Para ello es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso respecto al desarrollo previsible de los hechos o a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Y además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. Desde la perspectiva de las teorías del dominio del hecho, no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos los coautores dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

Para la mayoría de la doctrina no es coautor quien no participa en la ejecución. Si la aportación se produce antes de la ejecución, de manera que quien la aporta no pueda retirarla, parece claro que no puede decirse que domine el hecho, pues después de la aportación tal dominio queda en manos de los ejecutores directos. Es evidente que podría sostenerse algo distinto si, quien aporta antes, sigue controlando la ejecución hasta el punto de poder abortarla en cualquier momento, solo dependiendo de su voluntad. En estos casos, en realidad, existe una intervención en la ejecución. Pero si no fuera así, se trataría de un cooperador necesario, o en otro caso de un cómplice si la aportación fuera de algo no esencial.

Si la aportación es posterior a la ejecución, aun cabe la coautoría si la ejecución depende de que el autor pudiera contar con esa aportación posterior como condición de su acción, y que aquella fuera ofrecida en firme antes. Dicho de otra forma, cabe apreciar coautoría cuando el ejecutor no hubiera cometido el hecho si no supiera que contaba con aquella aportación posterior. En el caso, el Tribunal deduce la existencia del acuerdo previo de la cita concertada telefónicamente para las 23,00 horas, lo que permitió a los ejecutores directos conocer el lugar donde a esa hora se encontraría la víctima, y de las numerosas llamadas telefónicas que se cruzaron entre los móviles de uno de los ejecutores directos y el recurrente tanto en los momentos justamente anteriores a la ejecución como durante el tiempo en que la víctima permaneció privada de libertad, llamadas respecto de las que no se ha aportado una versión alternativa razonable.

De estos datos resulta, además, que no solo existió acuerdo en la ejecución de una concreta conducta, sino que el recurrente, junto con el coacusado Juan Carlos, procedió a la localización de la víctima, a su ubicación en un lugar determinado, que consideraron apropiado para la ejecución del hecho, y a comprobar personalmente que se encontraba en el lugar y que nada impedía la comisión del hecho. Tal participación ya constituiría una cooperación al hecho que, por su importancia, debería ser valorada como necesaria, lo que justificaría la pena impuesta. De todos modos, las numerosas llamadas realizadas inmediatamente antes y durante la privación de libertad de la víctima demuestran que durante la ejecución se mantuvo la comunicación entre quienes ejecutaron materialmente el hecho y los demás intervinientes, lo que permitió a éstos el conocimiento del estado de la acción, de lo cual, al no existir otra posible finalidad, se deduce sin dificultad su capacidad para incidir en su desarrollo. Todo lo cual permite considerar que, pudiendo decidir sobre el desarrollo de la acción, su aportación se mantiene en forma significativa durante la fase ejecutiva, de modo que su conducta ha sido calificada correctamente como coautoría.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso de Juan Carlos

CUARTO.- Condenado al igual que el anterior recurrente como autor de un delito de detención ilegal a pena de cuatro años de prisión, interpone contra la sentencia recurso de casación y en el primer motivo alega vulneración de la presunción de inocencia.

1. El motivo coincide sustancialmente con el equivalente del anterior recurrente, por lo que debe darse por reproducidas las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia.

2. El Tribunal tiene en cuenta para declarar probada la intervención del recurrente, el hecho de que, junto con el coacusado Horacio contactaron con la víctima y quedaron en verse con él en la fábrica de peletería sobre las 23,00 horas, lo que les permitió determinar dónde se encontraría en un momento determinado. El encuentro se concretó basándose en una excusa, no solo porque no se ha acreditado que tuvieran ningún tema conjunto que resolver, sino porque al poco tiempo, tras recibir un llamada telefónica pretextaron tener prisa y abandonaron precipitadamente el lugar, en el que aparecieron muy poco después los ejecutores materiales de la detención. Luego, inmediatamente antes de la detención y durante el tiempo en que esta se prolongó, se cruzaron numerosas llamadas entre el teléfono de uno de aquellos, José Ramón, y el del citado José Ramón, y también entre el del recurrente y el citado José Ramón, precisamente a las 22,29 horas; 22,44 horas, y 22,55 horas y durante la detención a las 00,25 horas y a las 4,58 horas, llamadas que indican unos contactos reiterados coincidentes con la conducta delictiva a los que no se ha aportado ninguna explicación alternativa que pueda considerarse razonable. A ello añade el Tribunal la declaración inculpativa del coimputado Horacio del folio 1112 y una carta que aparecen el Rollo de Sala, en las que implica como autor intelectual al recurrente y que encuentran corroboración en los demás datos ya mencionados.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el segundo motivo, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la aplicación indebida del artículo 163.1, y la inaplicación del artículo 163.2 del Código Penal. Sostiene el recurrente que la libertad del detenido le fue proporcionada por los propios captores que lo habían retenido durante unas horas, y al no declarar probado que hubiera conseguido el propósito perseguido y considerar el Tribunal que no tuvo el dominio funcional respecto del delito de robo, del que es absuelto, debiera haberse aplicado el subtipo atenuado.

1. El artículo 163.2 del Código Penal dispone que si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. La pena quedará comprendida entre dos años y tres años, once meses y veintinueve días.

La primera exigencia para la aplicación del subtipo atenuado es, pues, que sea el autor quien da libertad al detenido o encerrado, lo que excluye los casos en los que sea la actividad de la víctima o la intervención de terceros lo que ocasiona la cesación de la situación de detención. Se ha admitido, sin embargo, que la omisión voluntaria de las cautelas mínimas para evitar la fuga del detenido puede según el caso ser equivalente a la puesta en libertad.

La segunda exigencia consiste en que el autor no haya conseguido su propósito. No obstante, en algunas sentencias se ha reconocido la posibilidad de que la detención no persiga otra cosa que los mismos efectos de la privación de libertad, sin propósito ulterior alguno, de forma que en esos casos, que se presentan de forma excepcional, no debería haber obstáculo a la aplicación de la figura atenuada si el autor da libertad a la víctima dentro de los tres primeros días. Dicho de otra forma, el objeto del autor no puede identificarse con la privación de libertad, pues ello imposibilitaría la aplicación del tipo atenuado, ya que para poner en libertad es preciso que antes se haya consumado la detención.

En tercer lugar, exige el precepto un elemento temporal consistente en que la liberación se haya producido dentro de los tres primeros días de la detención.

2. En el caso, el Tribunal condena al recurrente como autor de un delito de detención ilegal del artículo 163.1 del Código Penal, sin hacer mención alguna de la posibilidad de aplicar el subtipo atenuado del apartado segundo. En la sentencia se desvincula al recurrente del apoderamiento realizado por los autores materiales de la detención, acordando su absolución. Suprimido este elemento de apoderamiento patrimonial que podría aparecer como el objeto perseguido por los autores, no resulta del relato fáctico la existencia de otro propósito común de todos los coautores ligado a la detención ilegal de la víctima. Tal como se producen los hechos, es altamente probable que se ejecutaran con algún objetivo, del que participarían todos los implicados, pero tal elemento no ha podido ser precisado en la sentencia, y su existencia no puede presumirse en contra del reo. Dicho de otra forma, si respecto a los ejecutores materiales José Ramón y Cesáreo puede establecerse que su propósito era obtener dinero, mediante el robo o de cualquier otra forma, tal cosa no puede afirmarse respecto de los otros dos autores, entre ellos el recurrente, pues la propia sentencia los desvincula de esa acción. Y no les atribuye otro objetivo.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado aprovechando al coacusado Horacio conforme al artículo 903 de la LECrim.

Recurso de Caséreo

SEXTO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de detención ilegal a la pena de cuatro años de prisión y como autor de un delito de robo con violencia e intimidación a la pena de dos años de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo, con cita de los artículos 5.4, 11 y 238 de la LOPJ, denuncia la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías. Señala que impugnó la documental consistente en el vídeo y fotogramas obtenidos, refiriéndose también a la bolsa de la Estación de Servicio conteniendo comida en su interior, que se identifica como la comprada para entregar al detenido, alegando nulidad al desconocerse cómo es introducida dicha prueba en el proceso.

1. Respecto del vídeo, resulta de la causa que al folio 4, en el atestado, según la sentencia ratificado en el juicio, aparece diligencia según la cual el CD conteniendo la grabación fue entregado por responsables de la empresa titular de la Estación de Servicio. Se queja el recurrente de la no identificación de las personas que realizaron la entrega ni de los funcionarios que la recibieron, así como de la falta de garantía de la integridad de la grabación y la ausencia de manipulación. Sin embargo, la realidad de la entrega se acredita por las manifestaciones de los agentes policiales que suscriben y ratifican el atestado; y otras pruebas sobre el particular no fueron propuestas por la defensa, que tuvo a su alcance solicitar la identificación de los demás intervinientes y su comparecencia como testigos si lo consideraba necesario. En cuanto a que no se acredita que la grabación no haya sufrido manipulaciones, no se dispone de ningún indicio en ese sentido que exigiera una aclaración, ni tampoco se instó en su momento la comprobación de su inexistencia.

De otro lado, se queja de que el vídeo no fue visionado. Sin perjuicio de que, efectivamente pudo haberlo sido y no lo fue con la conformidad de la defensa, consta al folio 811 de la causa, como resalta el Ministerio Fiscal, una comparecencia para el visionado del vídeo en presencia del Juez de instrucción, a la que asistió el Letrado del recurrente, obteniéndose unos fotogramas con los que los comparecientes, entre ellos el citado Letrado, se mostraron conformes y que pudieron ser examinados directamente por el Tribunal en el plenario, extrayendo de esa observación las conclusiones que figuran en la sentencia. La contradicción suficiente en la diligencia practicada en instrucción, y la ausencia de cualquier oposición por parte de la defensa es lo que hace que la ausencia del visionado del vídeo en el plenario carezca de efectos negativos en orden a la posibilidad de valorar tal prueba. Además, el recurrente fue identificado en el vídeo por el coacusado Arturo, lo que ratificó en el juicio oral, declaración que no precisa de corroboración al no tratarse de la única prueba sobre el particular.

2. En cuanto a la bolsa mencionada, consta en el atestado que fue la propia víctima quien la aportó a las actuaciones. Su relación con los hechos se acredita por la declaración de la víctima, que pudo ser debidamente contrastada en el plenario durante el interrogatorio de las partes. En definitiva, se trata de una cuestión de hecho que el Tribunal ha resuelto de forma razonable tras valorar las pruebas disponibles.

Por todo ello, no se aprecia vulneración alguna de las garantías del proceso, por lo que el motivo se desestima.

SÉPTIMO.- En el segundo motivo denuncia vulneración de la presunción de inocencia.

1. La prueba principal según la valoración del Tribunal viene integrada por los fotogramas obtenidos del visionado del vídeo procedente de las cámaras de la Estación de Servicio en el que aparece el recurrente utilizando el vehículo de la víctima en horas de la madrugada del día 3 de abril coincidente con el periodo en el que este último permaneció privado de libertad. Igualmente, la bolsa procedente de esa misma Estación de Servicio conteniendo parte de los alimentos allí adquiridos que le fueron proporcionados al detenido. A ello se añaden otras pruebas tal como se recoge en la sentencia.

2. El recurrente parte, en su argumentación, de la nulidad e imposibilidad de valoración de estas pruebas. Pero ya en el anterior fundamento jurídico se ha establecido la validez de las mismas, de manera que nada impide su valoración por el Tribunal. Dado su valor incriminatorio, la valoración y las conclusiones alcanzadas deben considerarse razonables, por lo que el motivo es desestimado.

OCTAVO.- En el tercer motivo alega vulneración de la presunción de inocencia en relación con el delito de robo. Sostiene que no existe ningún dato que acredite la intervención del recurrente en los hechos ni la descripción efectuada por la víctima coincide con las características del recurrente, por lo que el Tribunal se ve obligado a introducir la intervención de otras personas no identificadas. Tampoco está acreditada la pre-existencia de los objetos que se dicen sustraídos.

1. El Tribunal basa la intervención del recurrente en que aparece como una de las personas que ejecutan la detención ilegal de la víctima, hasta el punto de que en horas de esa madrugada se desplaza con el vehículo de aquel hasta una gasolinera donde adquiere comida que luego le facilita. Estos hechos los ejecuta en compañía del coacusado José Ramón, quien mantiene durante esa noche una comunicación frecuente con los coacusados Horacio y Juan Carlos, de donde se deduce su continua participación en la ejecución de los hechos. Además, de las declaraciones de la víctima resulta que, cuando le dejan cerrado en la nave para ir a comprar alimentos, parece que solo intervienen dos personas. De estos datos el Tribunal concluye de forma razonable que el recurrente intervino en el robo, aunque, a estos efectos, que sea el recurrente u otro de los autores quien realiza la conminación a la víctima para la entrega del dinero no modifica su responsabilidad por el hecho.

2. En cuanto al reconocimiento que hace el Tribunal de la posible participación de otras personas, encuentra una explicación en la dificultad en que se encontraba la víctima, todo el tiempo con la cabeza cubierta por una capucha, para establecer el número exacto de intervinientes, y en los hechos sucedidos con posterioridad que, si bien consideró que no podían ser imputados a los acusados, presentan alguna relación con los demás hechos probados. Pero de ello no se puede deducir, como parece pretender el recurrente, que quienes cometieron el robo fueron personas ajenas a quienes ejecutaron materialmente la detención ilegal.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el cuarto motivo sostiene que debió aplicarse, en todo caso, el subtipo atenuado, pues la víctima fue puesta en libertad por los mismos autores y la detención solo se prolongó unas cinco o seis horas.

1. Pueden darse aquí por reproducidas las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico 5º.1 de esta misma sentencia. Como entonces se señaló, el subtipo atenuado exige como uno de los requisitos que el culpable no haya logrado el objeto que se había propuesto.

2. En el caso, según los hechos probados, el recurrente alcanzó el objetivo propuesto de obtener un lucro mediante el apoderamiento de dinero o bienes del detenido, lo que impide la aplicación del subtipo atenuado.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

CONCURSO DE DELITOS. CONCURSO DE NORMAS: ROBO Y DETENCIÓN ILEGAL. ABSORCIÓN.

Sentencia: nº 1001/2009 de fecha 01/10/2009

«...es evidente que la duración de la privación de libertad, en nuestro caso, no excedió de la correspondiente al propio comienzo del apoderamiento, que supuso unos treinta minutos aproximadamente. Siendo ello así, es evidente que no podemos aplicar en perjuicio de reo las posibilidades ulteriores que los autores cubrían en su designio criminal, esto es, liberar inmediatamente a los cautivos, o dejarlos atados con posterioridad al robo, una vez consumado éste. La realidad es que fueron inmediatamente liberados, una vez se frustró el propósito de los autores por la intervención de la policía judicial. Hasta ese momento, la detención no sobrepasaba la estrictamente necesaria para el robo, pues es inherente a tal delito la inmovilización de los empleados de la entidad bancaria, sin cuya paralización, por el efecto intimidante de las armas, o por sus ataduras, no era posible concebir la comisión delictiva (un atraco a una entidad bancaria). De modo que no puede aplicarse el concurso real, ni siquiera el medial, pues la inmovilización era estrictamente necesaria, y las consecuencias posibles posteriores, es decir, la situación en que hubieran quedado, una vez consumado el robo, ni aparecen en el relato fáctico, ni pueden aparecer, pues se trata de un futurible, que no puede ser juzgado con anticipación, y desde luego, menos, en perjuicio de reo.

Así las cosas, hemos de entender, que la duración de la privación de libertad no excedió de la estrictamente necesaria para dar comienzo a su acción, y en este estado de cosas, no puede existir otra solución que la absorción de tal privación de libertad en el robo, estimando los motivos 12º y 13º (que se corresponden con los 1º y 2º por infracción de ley) de Antonio P. H., 1º y 2º de José Luis C. G. y de Jesús Manuel U. L.

De este modo igualmente se satisface el derecho constitucional a una respuesta proporcionada. En efecto, las penas impuestas a Jesús Manuel U. L., han sido la de 18 años de prisión, y las de José Luis C. G. y Antonio P. H., al primero 21 años y dos meses, y al segundo, 21 años de prisión. Con la limitación penológica dispuesta en el art. 76 del Código Penal, a Jesús Manuel U. L., 15 años de prisión, a Antonio P. H., 16 años y medio, y lo mismo a José Luis C. G.. A todas luces, un

resultado desproporcionado, que el intérprete penal ha de valorar también en la interpretación de las normas jurídicas, y ello que el Ministerio Fiscal solicitó por las detenciones ilegales, el tipo atenuado del art. 163.2 del Código Penal, con gran indulgencia, cuando de intervenciones policiales se trata, o que la Sala sentenciadora de instancia incluyó en el delito de robo intentado una de las detenciones ilegales, configurándolas como concurso medial, y las restantes, en la relación establecida en el art. 73 del propio texto legal (concurso real), como solución más favorable para los acusados, al impedirse la construcción conjunta de todos las detenciones ilegales en concurso medial con un solo robo, por tratarse de bienes personales. Así lo ha mantenido la STS 179/2007, de 7 marzo, declarando que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial. En todo caso, la doctrina científica se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones: 1º) Aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin; 2º) Un solo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes (criterio aplicado en las SSTS 13.3 y 2.11.1984) que se penarían con independencia; y 3º) Todos los delitos en concurso medial (SSTS 191/95 de 14.12 con cita de la STS 8.7.1985).

Estas disquisiciones son puramente teóricas, pues en nuestro caso, por las razones antedichas, consideramos que ha de producirse la absorción (art. 8-3º del Código Penal), en el delito de robo, dada la fugaz retención de los empleados del banco, y la corta duración del encierro, conforme a nuestra jurisprudencia en casos similares». (F. J. 8º)

Artículo 9

Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas.