



Roj: **STS 1854/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1854**

Id Cendoj: **28079120012021100391**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2021**

Nº de Recurso: **10716/2020**

Nº de Resolución: **405/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 405/2021**

Fecha de sentencia: 12/05/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10716/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

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

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10716/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 405/2021**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 12 de mayo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción ley y de precepto constitucional interpuesto por **Demetrio** representado por el procurador D. Fernando Miguel Martínez Roura y defendido por la letrada D.ª Rocío Antonia Gallego Ortiz y como parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 265/2020 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 30 de septiembre de 2020, en el Procedimiento Recurso de Apelación 197/2020, interpuesto contra la sentencia 67/2020 de fecha 13 de febrero de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, en el procedimiento abreviado n.º 33/2020, tramitado por el Juzgado de Instrucción de Madrid n.º 32, procedimiento abreviado n.º 2426/2019, por delito de robo con violencia y otro delito de robo con intimidación.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción de Madrid n.º 32 tramitó el procedimiento abreviado 2426/2019 por delito de robo con violencia o intimidación contra **Demetrio**, que lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, procedimiento abreviado n.º 33/2020, que dictó sentencia 67/2020 en fecha 13 de febrero de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Se dirige la acusación contra Demetrio nacido en España con DNI NUM000 mayor de edad y condenado, entre otras, por delitos de robo con violencia o intimidación en Sentencia firme del día 11 de noviembre de 2008 a la pena de un año de prisión, pena extinguida el 19 de diciembre de 2018, en Sentencia firme de fecha 21 de abril de 2009 a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión, pena extinguida el 15 de agosto de 2018, Sentencia firme de fecha 4 de noviembre de 2009 a la pena de cuatro años de prisión, pena extinguida el 14 de marzo de 2017, Sentencia firme de fecha 20 de octubre de 2010 a la pena de seis meses de prisión, pena extinguida el 22 de agosto de 2017, Sentencia firme de fecha 6 de abril de 2011 a la pena de seis meses de prisión, pena extinguida el 19 de diciembre de 2018 y en Sentencia firme de fecha 18 de diciembre de 2013 a la pena de un año y seis meses de prisión.

Sobre las 13.35 horas del día 29 de octubre de 2019 un individuo, cuya identidad no ha quedado acreditada, se dirigió al establecimiento que se encontraba en ese momento cerrado al público, Clínica Neurofis sita en la C/ Doctor Esquerdo 87 de Madrid, y con ánimo de beneficio ilícito, llamando a la puerta, procedió a abrirla empleada Andrea, y a la que vez que introducía su mano dentro de su chaqueta haciendo ademán de sacar algún instrumento, le dijo: "dame todo lo que tengas en la caja" iniciando un forcejeo la víctima al grito de policía, huyendo el sujeto del lugar sin conseguir apoderarse de ningún objeto.

Sobre las 13.48 horas del día 29 de octubre de 2019 el acusado se dirigió a la Farmacia, que se encontraba abierta al público, sita en la C/ Doctor Esquerdo 105 de Madrid, propiedad de Aurelia, y, con ánimo de obtener un beneficio ilícito, llamó al timbre procediendo a abrir la puerta su empleada Belinda, diciéndole en actitud amenazante: "ábreme la caja y dame el dinero, que tengo a mis compañeros fuera" apartándose Belinda y procediendo el acusado a introducirse en el interior del mostrador apoderándose de 565 euros que se encontraban en la caja registradora, marchándose del lugar con los efectos sustraídos, a la vez que decía: "no te muevas que tengo gente fuera".

Sobre las 13.40 horas del día 31 de octubre de 2019 el acusado se dirigió al establecimiento abierto al público Centro de Medicina Estética Yolima Sofia sito en la C/ Doctor Esquerdo 191 de Madrid, y con ánimo de obtener un beneficio ilícito, se aproximó a la empleada Elisa y mientras ocultaba una de sus manos bajo la chaqueta en actitud amenazante le dijo: "dame el dinero que haya en la caja" apoderándose de un total de 250 euros en efectivo y exigiéndole que le entregara los dos teléfonos móviles que se encontraban en el mostrador y propiedad de la clínica, LG modelo Le Max 2 tasado pericialmente en 145 euros y Meizu modelo A2 tasado en 180 euros, entregándole los mismos Elisa ante el temor infundido, huyendo el acusado del lugar con los efectos sustraídos.

El acusado es consumidor de drogas de larga evolución.

El acusado se encuentra privado de libertad por esta causa por Auto de fecha 6 de noviembre de 2019 siendo detenido el 4 de noviembre de 2019."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Demetrio como autor responsable de dos delitos de robo con intimidación en establecimiento abierto al público, tipificado en los artículos 242.1 y 2 del Código Penal, a las penas de **CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN** por cada uno de ellos con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales causadas.



Asimismo, el acusado indemnizará a Aurelia en 565 euros por el dinero sustraído y a Julieta en 250 euros por el dinero sustraído y en 325 euros por los móviles sustraídos, con el interés legalmente establecido.

ABSOLVEMOS a Demetrio del delito de robo con violencia del que venía siendo acusado.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta se le abonará el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa, sino se le hubiere aplicado a otra. [...]"

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa del acusado, dictándose sentencia n.º 265/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 30 de septiembre de 2020, en el Procedimiento Asunto penal 243/2020 (Recurso de Apelación 197/2020) cuyo FALLO es el siguiente:

"ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuestos por Demetrio que aparece representado por el Procurador de los Tribunales don Fernando Miguel Martínez Roura.

Acordamos sea confirmada la sentencia núm. 67/2020, de 13 de febrero de 2020, dictada por la sección 13 de la Audiencia Provincial, salvo que en cada uno de los robos concurrió una intimidación menos grave, y resulta una pena por cada uno de ellos de tres años, seis meses y un día.

Declaramos las costas de oficio".[...]"

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

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

**PRIMERO.-** Al amparo de lo dispuesto el art. 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho de tutela judicial efectiva y de presunción de inocencia consagrados, respectivamente, en los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española.

**SEGUNDO.-** En virtud del Art. 849.1 y 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: infracción de Ley por existencia de error en la apreciación de la prueba.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso interpuesto de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 22 de enero de 2021; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 9 de abril de 2021 se señala el presente recurso para fallo para el día 11 de mayo del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** La sentencia objeto del presente recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que en apelación confirma la dictada por la Audiencia Provincial que condena al recurrente como autor de dos delitos de robo con intimidación, en establecimiento abierto al público, concurriendo la circunstancia de reincidencia, a la pena de cinco años y un día de prisión por cada uno de los delitos, al tiempo que el acusado es absuelto de un tercer delito de robo con intimidación, por inexistencia de pruebas del hecho del que era acusado. En síntesis, el relato fáctico refiere que el acusado entró en una farmacia y se dirigió a la empleada "diciéndole en actitud amenazante ábreme la caja y dame el dinero que tengo mis compañeros fuera", procediendo el acusado a introducirse el interior del mostrador, apoderándose de dinero en metálico. Se marchó del lugar a la vez que decía "no te muevas que tengo gente fuera". Con respecto al segundo hecho, en esta ocasión en un centro de medicina estética, se dirige a la empleada y "mientras ocultaba una de sus manos bajo la chaqueta en actitud amenazante le dijo "dame el dinero que haya en la caja", apoderándose de un total de 250 € efectivo y exigiéndole le entregara los teléfonos móviles que se encontraban el mostrador".

Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la tutela judicial, arguyendo la inexistencia de actividad probatoria, al tiempo que refiere la no concurrencia de la intimidación típica del delito de robo con intimidación, pues no exhibió arma o cuchillo, navaja, u otro objeto intimidante, así como tampoco elevó la voz ni gritó en el primer caso, en tanto que el segundo el hecho de meter la mano en la chaqueta no implica su existencia, "pues no existe amenaza, ni exhibición ni utilización de instrumentos peligrosos, punzantes o de cualquier otro objeto de carácter intimidatorio". Un último argumento es el que refiere que, no existiendo intimidación, no es posible calificar los



hechos como de delito continuado. El segundo motivo, formalizado por error de hecho en la valoración de la prueba, y de derecho, por aplicación indebida de los artículos 242 y 74 del Código Penal, reproduce la misma argumentación del motivo anterior, esto es la insuficiencia de la prueba testifical para conformar el hecho, y la inexistencia de intimidación en los hechos, lo que permitiría la aplicación del Instituto de la continuidad delictiva.

Ambos motivos deben ser analizados conjuntamente al coincidir la argumentación, referida a la inexistencia de la precisa actividad probatoria sobre el hecho, y también a la indebida aplicación del delito de robo con intimidación en el desapoderamiento.

Con respecto a la ausencia de la precisa actividad probatoria en el que fundamenta la impugnación por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de señalar que la sentencia impugnada es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación y que ambos órganos jurisdiccionales, el del enjuiciamiento y el de la revisión por vía de recurso, han coincidido en señalar la correcta enervación del derecho fundamental a la presunción de inocencia. El motivo reproduce lo que fue objeto del recurso de apelación y se limita a valorar, desde su perspectiva del ejercicio del derecho de defensa, lo que dijo y argumentó en el recurso de apelación y el sentido que debe darse a las declaraciones testificales. Examinando las motivaciones contenidas en las sentencias del juicio y la de la apelación, constatamos la racionalidad de la convicción expresada en la fundamentación contenida en las dos sentencias. Respecto al primer hecho, la testigo afirmó no poder reconocerle por la cara, aunque sí por su fisonomía, y así lo hizo, y el tribunal tiene en cuenta que la ropa que portaba en los hechos es la misma con la que fue identificado en el hospital donde acababa de ser atendido, hospital que se encuentra a escasos metros del establecimiento de farmacia donde se cometió el hecho delictivo. Con relación al segundo de los hechos, la testigo reconoce sin ningún género de dudas al acusado, y las imágenes que grabaron el hecho se comprueba que llevaba la misma vestimenta y la misma mochila que la portada en el suceso anterior. El tribunal ha tenido en cuenta, por lo tanto, dos pruebas de carácter personal, y las grabaciones videográficas de los respectivos hechos y a través de su visionado ha podido constatar la correspondencia del acusado con el autor de los hechos objeto de enjuiciamiento, y deshacer las dudas que en la identificación del primero de los hechos expresó la testigo, dudas que no existieron respecto al segundo de los hechos, pero en ambos la grabación videográfica permite asignar la correspondencia del acusado con el autor de los hechos delictivos.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, los motivos por vulneración del derecho a presunción de inocencia y error de hecho en la valoración de la prueba, decaen y deben ser desestimados.

Con relación a la impugnación por error de derecho, en la que cuestiona la concurrencia en el hecho probado de la precisa intimidación, constatamos que desde respecto al hecho declarado probado, esta existió. En el primer caso, porque el acusado se dirigió a la empleada de la farmacia, que abrió la puerta "diciéndole en actitud amenazante" que le diera el dinero, apoyando su pretensión en la afirmación referida a que tenía gente fuera que estaba esperando. La fundamentación expresa el temor de la empleada y la denuncia interpuesta por el robo sufrido. Con relación al segundo de los hechos, el relato señala que el acusado ocultaba una de sus manos bajo la chaqueta en actitud amenazante y le dijo que le diera el dinero y, a continuación, los teléfonos móviles que estaban sobre el mostrador. La expresión no verbal, por la que simula llevar algo oculto, al tiempo que exige la entrega de un bien mueble, es indicativa de la intimidación realizada en el desapoderamiento.

De acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala el concepto de intimidación típica viene constituida, conforme al art. 1267 y ss. del Código Civil por el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal, concreto y posible que despierte o inspire en el ofendido una situación de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado. No puede ceñirse la intimidación al supuesto de empleo de medios físicos o uso de armas, que integra un tipo agravado, bastando las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes cuando por las circunstancias existentes (ausencia de terceros, superioridad física del agente, credibilidad de los males anunciados, etc.) hay que reconocer si la idoneidad para la consecución del efecto inhibitorio pretendido.

La intimidación no ha de ser poco menos que invencible, es suficiente con que el anuncio de un mal inminente sea susceptible de inspirar en el receptor un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño real o imaginario. Realmente ofrece una fuerte carga de subjetividad y habrá de atenderse en el caso concreto a las condiciones y situación de la persona intimidada, lugar, tiempo y cualesquiera perspectivas fácticas de razonable valoración y a su suficiencia e idoneidad instrumental como medio para el apoderamiento, sin pretender una subjetivación absoluta que dotaría de influencia penal a coacciones morales objetivamente insuficientes. (Véase STS 231/2010, de 23 de marzo)



La sentencia 898/2012, del 15 noviembre, señala el supuesto en el que se combina engaño e intimidación derivada de este engaño, que el engaño e intimidación no son conceptos excluyentes. La creación de una atmósfera coactiva que actúa como elemento desencadenante de la entrega de un bien mueble se conceptúa de intimidación en la medida en que el sujeto pasivo es compelido a la realización de una entrega de un bien mueble contra su voluntad.

Con respecto a la continuidad delictiva es reiterada jurisprudencia que interpretando un apartado tercero del artículo 74 del Código Penal, por lo que se excluye del Instituto de la continuidad delictiva las ofensas a bienes eminentemente personales, ha excluido del robo con admiración la aplicación del artículo 74 del Código Penal. El Ministerio Público se hace eco de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que, tratándose de delitos de robo con intimidación, descarta la continuidad delictiva a que se refiere el art. 74 del CP. El art. 74.3 del CP. precisa que "...quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".

En tal sentido, y respecto del delito de robo con violencia e intimidación, ha dicho esta Sala que "los delitos de robo con violencia o intimidación contienen en su estructura típica una pluralidad de bienes jurídicos atacados que se encarnan en el derecho a la propiedad y en el derecho a la vida y a la integridad física y moral, bienes éstos, eminentemente personales que vetan la aplicación del delito continuado aunque ello suponga una agravación de la entidad punitiva que corresponde a cada uno de los delitos penados separadamente. Es evidente que es esa la consideración que merece el delito de robo con violencia e intimidación, en cuanto que, aunque la finalidad sea eminentemente patrimonial (apoderarse mediante medio o violencia de una cosa ajena), la utilización de esos medios afecta a bienes de naturaleza obviamente personal como lo son la integridad física y psíquica de las personas".

Consecuentemente, los motivos deben ser desestimados procediendo imponer al recurrente el pago las costas correspondientes a este recurso de casación.

## FALLO

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

**1.º Desestimar** el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **Demetrio** contra la sentencia n.º 265/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 30 de septiembre de 2020, en el Procedimiento Asunto penal 243/2020 (Recurso de Apelación 197/2020).

**2.º Condenar** al recurrente al pago de las costas causadas de esta casación.

Comuníquese esta resolución al Tribunal de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.