



Roj: **STS 1013/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1013**

Id Cendoj: **28079120012018100129**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2018**

Nº de Recurso: **10667/2017**

Nº de Resolución: **128/2018**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10667/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 128/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación infracción de Ley y de precepto constitucional, interpuesto por **D. Silvio**, representado por la procuradora Dña. Rosa María Rodríguez Pérez y defendido por el letrado D. Emilio Cortés Bechiarelli, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 11 de abril de 2017, siendo también parte el Ministerio Fiscal; y como parte recurrida Conrado representado por la procuradora Dña. Angélica Ortiz López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dictó sentencia de fecha 26 de septiembre de 2017, Recurso de la Ley del Jurado nº 6/2017, en Apelación contra la sentencia de 11 de abril dictada por la Audiencia Provincial de León en Rollo de Tribunal del Jurado nº 30/2016, procedente de Procedimiento de Jurado nº 1/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Astorga, que condenó a **Silvio**, por delitos de asesinato y robo con violencia. Con los siguientes **-ANTECEDENTES DE HECHO-**

PRIMERO.- El Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de que dimana el presente Rollo de Sala dictó sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos:

"1.- El día 5 de Abril de 2.015, hacia el mediodía, la peregrina Doña Debora, la cual se encontraba realizando en solitario el Camino de Santiago, que había iniciado en Pamplona el día 6 de Marzo anterior, cubriendo la



etapa desde la ciudad de Astorga (León) hasta la localidad de El Ganso (León), se desvió de la ruta oficial para visitar el pueblo de Castrillo de los Polvazares (León) y, al salir del mismo, se desorientó debido a que siguió las indicaciones de una flecha amarilla que, en vez de devolverle a dicha ruta oficial, le llevó por un camino que pasa delante de la finca de la propiedad del acusado DON Silvio donde está situada la vivienda que el mismo habitaba en ese momento.

2.- Cuando la peregrina Doña Debora pasó andando a la altura de la indicada finca del acusado DON Silvio, éste se acercó a ella y la acompañó durante un tramo del trayecto.

3.- En un momento determinado, Doña Debora, como consecuencia del comportamiento del acusado DON Silvio, se sintió molesta por la actuación y presencia de éste, el cual, con un objeto contundente, golpeó fuertemente a Doña Debora en la cabeza, a consecuencia de lo cual la misma cayó al suelo.

4.- Como consecuencia del golpe propinado por el acusado DON Silvio, y posterior caída, Doña Debora sufrió fractura a nivel temporoparietal-esfenoidal derecho, múltiples fracturas en región naso-orbitaria, fracturas lineales en mentón y rama mandibular derecha, con pérdida de tejido óseo en región alveolar anterior y desprendimiento de un diente y fractura de la corona de otro, fracturas en ambos lados y en la base del cráneo, así como como fracturas de las costillas 3' a 7'.

5.- El golpe que propinó el acusado DON Silvio a Doña Debora determinó su muerte por traumatismo craneoencefálico severo con destrucción de los centros neurológicos vitales, procediendo el acusado a continuación, para no ser visto, a arrastrar el cadáver de Doña Debora a un lugar más apartado y menos visible, despojándola de su mochila, y a realizarle un corte en el cuello con un arma blanca.

6.- La agresión por parte del acusado DON Silvio a Doña Debora la efectuó de repente, de una forma sorpresiva, y sin que la víctima pudiera advertirlo o se pudiera defender.

7.- De inmediato, el acusado DON Silvio desnudó el cuerpo de Doña Debora con el fin de acelerar el proceso de descomposición, y lo ocultó bajo tierra en un agujero, en las proximidades de su propiedad y del lugar donde le causó la muerte, no sin antes seccionarle las dos manos que enterró en otro lugar y que no han sido halladas.

8.- Tiempo más tarde, en fecha no determinada de finales del mes de Agosto de 2.015, ante la presión policial y el temor de ser descubierto, el acusado DON Silvio, desenterró el cadáver de Doña Debora y lo trasladó al lugar donde finalmente apareció.

9.- Una vez practicadas numerosas diligencias de investigación, y debido al incremento del cerco policial sobre el acusado DON Silvio, éste abandonó su domicilio sobre el día 8 de Septiembre de 2.015, para ser finalmente detenido el día j w de Septiembre de 2.015, a las 15,30 horas, en la localidad asturiana de Grandas de Salime.

10.- Por indicaciones del imputado a Agentes policiales, el cadáver de Doña Debora fue localizado, tras recorrer unos dos 2 km. por un camino de tierra, subir una ladera y pasar una valla de piedra, en la tarde-noche del 11 de Septiembre de 2.015, a los pies de un pino, desnudo, en avanzado estado de descomposición y cubierto por unos arbustos, en una paraje cercano a Santa Catalina de Somoza (León), a la altura del km. 7 de la carretera LE-142.

11.- El acusado DON Silvio quemó e hizo desaparecer las ropas y pertenencias de la víctima Doña Debora, si bien, con ánimo de lucro, se apoderó de la cantidad de mil ciento treinta y dos (1.132) Dólares USA en billetes, que la misma llevaba en su poder para imprevistos.

12.- El acusado DON Silvio procedió a la venta de los referidos billetes el día 17 de Abril de 2.015 en la oficina de Cajamar-Caja Rural de Astorga (León), haciendo suyos los euros que le dieron a cambio.

13.- Doña Debora, nacida el NUM000 de 1.974, nacional de los Estados Unidos de Norteamérica, era hija de Don Juan Alberto y Doña Lucía, que aún viven, y tenía un único hermano Don Conrado, además de estar soltera y no tener hijos.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia, de fecha 11 de abril de 2017, completada por auto aclaratorio de 21 de abril siguiente, literalmente: "FALLO: DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado DON Silvio, como autor criminalmente responsable de un delito consumado de asesinato, previsto y penado en el artículo 139.1.1' (con alevosía) del Código Penal, en 'su redacción inmediatamente anterior a la actualmente vigente, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de veinte años de prisión, accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado DON Silvio, como autor criminalmente responsable de un delito consumado de robo con violencia de los artículos 237 y 242.2 del Código Penal, en su redacción inmediatamente anterior a la actualmente vigente, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la



responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

, DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado DON Silvio a la prohibición de aproximación, a una distancia inferior a 500 metros, que se impone al condenado respecto de los padres y el hermano de la víctima Doña Debora , en cualquier lugar donde se encuentren o de comunicar con ellos por cualquier medio durante 25 años, así como a la prohibición, que igualmente se impone a dicho condenado, de residir en o aproximarse al término municipal de Castrillo de los Polvazares (León) igualmente durante el plazo de 25 años.

Será de abono al condenado el tiempo que lleva en situación de prisión provisional.

Asimismo, deberá el acusado indemnizar a los padres de la víctima en la cantidad de 120.000 Euros (por mitad entre ellos) y en 30.000 Euros al hermano de la misma. También el acusado deberá reintegrar a los padres de la fallecida, en cuanto herederos legales ,de la misma, la cantidad que representan los billetes de dólares USA sustraídos a aquélla (1.132 Dólares USA), teniendo en cuenta su valor al cambio en la fecha de la presente resolución.

Con expresa imposición de las costas al acusado, incluidas las causadas por la Acusación particular. Así por esta mi Sentencia, que no es firme por cuanto cabe contra ella Recurso de Apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que podrá interponerse en el plazo de diez días siguientes a la notificación de la presente, lo pronuncio, mando y firmo."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por el condenado, expresando como fundamento la violación de derechos fundamentales, la vulneración de la presunción de inocencia y la infracción de ley.

CUARTO.- Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a las acusaciones pública y particular, que lo impugnaron, y elevadas las actuaciones a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la vista el día doce de septiembre de dos mil diecisiete, en que se llevó a cabo.

Se aceptan, en lo impugnado, los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida".

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dictó el siguiente pronunciamiento: "-FALLAMOS- Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre del acusado contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con costas al apelante.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrán prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con arreglo a la ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, así como a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen, para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Silvio** , 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.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud de lo previsto en los artículos 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ .

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud de lo previsto en los artículos 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ .

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, en virtud de lo previsto en los artículos 852 de la LECrim ., y 5.4 de la LOPJ .

CUARTO.- Por infracción de precepto constitucional, al haberse afectado los derechos fundamentales a la defensa y a la asistencia de Letrado (artículo 24.2º de la Constitución Española).

QUINTO.- Por lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución , al no existir pruebas de cargo contra el acusado.



SEXTO.- Por indebida aplicación del artículo 139.1º del Código penal .

SÉPTIMO.- Por indebida aplicación del artículo 139.1º del Código penal , en relación con la existencia de alevosía, por infracción del artículo 24.1 de la Constitución que proclama el derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4º de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim .

OCTAVO.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del delito de robo.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 29 de enero de 2018 se señala el presente recurso para fallo para el día 15 de febrero del presente año, anunciando durante el curso de la misma el Excmo. Sr. Don Luciano Varela Castro su deseo de formular voto particular, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto del recurso de casación que analizamos es la dictada por el que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León que confirma la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado y que condenó al recurrente como autor de un delito consumado de robo con violencia y como autor de un delito de asesinato. En síntesis, el relato fáctico declara que el día 5 abril 2015 el acusado propinó un golpe en la cabeza a la víctima, peregrina en el camino de Santiago, cuando iba en solitario realizando el camino, causándole la muerte. Se relata que ocultó el cuerpo bajo tierra y le cortó las dos manos que enterró en otro lugar. A finales del mes de agosto del 2015, ante el temor de ser descubierto, desentierra el cadáver y lo traslada a otro lugar, donde finalmente fue localizado. El acusado fue detenido a las 15:30 horas el día 11 septiembre 2015 y en la tarde noche de este día indicó a la policía del lugar donde se encontraba el cadáver. El acusado había hecho desaparecer las ropas y pertenencias de la víctima y se apoderó de 1132 \$, procediendo a su venta el 17 abril 2015 en una entidad bancaria.

En el primer motivo de la impugnación denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas garantías. Sostiene, en apoyo de su recurso, que el tribunal ha vulnerado su derecho cuando argumenta que las cuestiones previas que fueron deducidas ante el juez de instrucción, y recurridas en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, no pueden ser objeto de recurso de apelación a la sentencia, razonamiento y decisión que vulnera su derecho. Comprobamos la impugnación desde la documentación a la que se refiere la queja. El tribunal de instancia declara que las cuestiones previas opuestas, correspondientes a la previsión del art. 36 LOTJ , fueron objeto de apelación por resolución del Tribunal Superior de Justicia. Como tales cuestiones previas no formaron parte del objeto del proceso, porque expresamente la Ley del Jurado declara que no pueden volver a plantearse en el juicio oral, y, por lo tanto, afirma el tribunal, no pueden formar parte del recurso de apelación contra la sentencia dictada. Esa construcción afirma el recurso, lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva por considerar este aspecto del enjuiciamiento se convierte en una "verdad inamovible, intangible y completamente impermeable".

El recurrente tiene razón en el planteamiento de la queja, aunque ello no significará la estimación de recurso. La Ley del Tribunal de Jurado prevé, en su artículo 36 , la posibilidad de plantear, de forma previa a la definitiva constitución del objeto del proceso seguido ante el tribunal del jurado, aquellas cuestiones que requieran un pronunciamiento previo en sede jurisdiccional, en el ámbito del Juez de instrucción con apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, con el fin de evitar que esos aspectos que son cuestionados por las partes puedan enturbiar la función de fijación de los hechos que corresponde al Tribunal de Jurado. Establece así la ley, en el mencionado artículo, un espacio de depuración y saneamiento de la actividad probatoria y de la actividad procesal realizada, con el fin de evitar un pronunciamiento sobre estos aspectos por parte del Tribunal de Jurado, formado por no profesionales en derecho y que podría suponer el entorpecimiento de la función que al Tribunal de Jurado le corresponde que radica, esencialmente, en la fijación del hecho probado. Es por ello que la ley habilita un trámite especial de depuración y saneamiento planteado ante el juez de instrucción, con posibilidad de recurso de apelación que resuelve las cuestiones. La ley prohíbe que tengan nuevamente acceso a juicio oral, sin perjuicio del recurso contra la sentencia. Desde esta perspectiva, resulta que lo que la ley dispone es que las quejas sobre la conformación del material probatorio de la actividad procesal desarrollada sean resueltas con carácter previo al enjuiciamiento por el Tribunal del jurado, de manera que éste desarrolle la función jurisdiccional que le compete sobre aspectos íntimamente relacionados con la valoración de la prueba, pero no sobre aspectos periféricos a esa valoración, aunque importantes, como es la observancia de la disciplina y garantía de la prueba, la observancia de los derechos de las partes procesales etc., cuestiones que son resueltas por el juez de instrucción y en apelación por el Tribunal Superior,



posibilitando que al juicio oral llegue un material saneado y depurado de cualquier tacha de irregularidad. La remisión que la ley dispone al régimen de las cuestiones previas del sumario ordinario, artículos 666 y siguientes, es para destacar el carácter previo de esas cuestiones y la necesidad de acudir al juicio oral en las condiciones de depuración y saneamiento de la actividad probatoria a desarrollar en el juicio oral y las actuaciones procesales previas al enjuiciamiento. La disposición de la ley, señalando que no podrán ser reproducidas en el juicio oral, tiene el sentido indicado, el de que el Tribunal del Jurado no tenga que pronunciarse sobre aspectos referidos a la regularidad de la actuación procesal, reservando su función para su función específica, esto es, la valoración de la prueba.

El Tribunal Superior de Justicia, como postula el recurrente, debió analizar y atender el primer motivo de oposición formalizado en el recurso de apelación y referido a la legalidad de la actuación policial en orden a la detención del acusado, concretamente, si esa detención era procedente, o no, de acuerdo al artículo 17 de la Constitución y 492 de la Ley Procesal Penal .

Ahora bien, señalado lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia sí ha dado la respuesta a la cuestión deducida en el primer motivo, al remitir en su resolución sobre la apelación a la sentencia al Auto resolutorio las cuestiones previas que el mismo Tribunal realizó con fecha 14 febrero 2017 . Afirma el tribunal "sea como fuere, el primer motivo de apelación del presente recurso no puede aceptarse, porque ya fue desestimado fundadamente por esta Sala el auto de 14 febrero 2017 , resolutorio de su planteamiento como cuestión previa", lo que supone una respuesta a la queja planteada en apelación.

Como quiera que el recurrente plantea un segundo motivo, reproduciendo lo que fue su primer motivo de apelación, en el siguiente fundamento daremos respuesta a la queja planteada.

SEGUNDO.- En el segundo motivo de su impugnación plantea la vulneración de su derecho fundamental a la libertad deambulatoria, artículo 17 de la Constitución , con los efectos previstos en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que extiende los efectos de la vulneración a toda prueba que directa o indirectamente haya sido originada en la prueba vulneradora del derecho fundamental que denuncia. Argumenta el recurrente que el hecho del homicidio se produce en el mes de abril del 2015. En fecha 30 abril 2015 se practicó una entrada y registro, autorizado por el propietario de la vivienda posteriormente acusado, diligencia que se fundamenta en una anterior detención por robo a dos peregrinas y por estar empadronado en una vivienda distinta de la que es su residencia. La policía investiga y solicita la colaboración del recurrente que accede a inspección policial. Como señala el recurrente, esas actuaciones fueron infructuosas, pues el acusado fue detenido siete meses después, el 11 septiembre 2015, a las 15 30 horas. Se afirma en el recurso que esta detención carece de justificación legal y constitucional y cuestiona la labor policial, pues de "haber profundizado más habría localizado al auténtico responsable de la muerte".

El motivo se desestima. La libertad es un derecho fundamental de la persona que sólo puede ser vulnerada en los casos de la forma señalados en la ley (artículo 17 de la Constitución). En el ordenamiento jurídico español diversas leyes prevén situaciones de privación de libertad, unas por razones de seguridad ciudadana, otros por razones de seguridad en el transporte, seguridad vial, otros para asegurar el cumplimiento de determinados deberes procesales, etc. La que aquí nos interesa es la detención por razón de delito a las que se refiere la Ley de enjuiciamiento criminal en los artículos 490 y siguientes de la Ley procesal penal . El artículo 490 prevé la posibilidad de que los ciudadanos puedan detener, en tanto que 492 regula la obligación de la autoridad o agente de la policía judicial de detener. Destacamos el número cuatro de este artículo que establece el deber de la policía judicial de detener a persona que, aunque no sea procesada, concurren dos circunstancias: que la autoridad, o agente, tenga motivos racionales para creer en la existencia un hecho que presente caracteres del delito, y que los tenga también bastantes para creer que la persona tuvo participación en él. Con relación al primer apartado, ninguna duda existe. En la medida en que se ha denunciado la desaparición de una ciudadana americana que estaba realizando el camino de Santiago y que por sus relaciones con otras personas es ubicada en el ámbito geográfico a que se contrae la investigación. Con relación al segundo indicio, obran en la causa numerosos oficios de la policía que investiga de comunicación con el juzgado número dos de Astorga (León), en los cuales, en días inmediatos a la detención, la fuerza instructora que investiga el hecho participa las sospechas que recaen sobre el recurrente. Concretamente, nos referimos al oficio de fecha 10 septiembre 2015, que solicita autorización para el registro de su domicilio, y en el cual la policía sostiene la sospecha sobre la participación en el hecho del recurrente. Se comunica que estuvo encartado, investigado, en el atestado oficial 570/14 de 27 mayo 2014, en el que una peregrina había denunciado la agresión sufrida por un hombre encapuchado, e igualmente en el atestado 1112/2014, de 20 septiembre, en el que otra peregrina denuncia la agresión sufrida por un hombre que portaba una pistola eléctrica. Se afirma en el oficio policial la coincidencia en los rasgos físicos que los denunciantes manifiestan y que encajan con los del investigado, hoy recurrente. También destacan que una de las víctimas denunció que había unas flechas en el camino que le hicieron confundirse en cuanto a la dirección a tomar para continuar el camino, y, por último, que las



gafas de una de las víctimas fueron halladas en las inmediaciones de la puerta de la casa donde reside el hoy recurrente. Se pone también de manifiesto el cambio de divisa de dólares americanos realizadas por el acusado el 17 abril, 14 días después de la desaparición de la víctima, hecho que es resaltado toda vez que el acusado no tiene trabajo y cobra una pensión de 426 €, cuando el contravalor de los dólares cambiados ascendía a 1033 €, no existiendo denuncias de sustracción o pérdida de esa cantidad de dinero. El oficio desgrana más indicios, pues se comprueba que el acusado ha pintado la casa parcialmente el día 29 del mes de abril, para lo que había comprado pinturas el día 25, extremo que se comprobó cuando se realizó la visita al domicilio y la fuerza policial notó la pintura reciente. También se comunica que en las fotos que realizaron el 30 abril, aparecía colgado del pomo de una puerta un gorro de color marrón similar al de la víctima en una de las fotos de la víctima que fueron aportadas por el hermano de la desaparecida al tiempo de su denuncia. En el oficio hay otros elementos de carácter personal que si bien tienen menos importancia de cara a participar indicios racionales de participación en el hecho, evidencian una completa investigación. Igualmente se comunica que por comentarios y denuncias verbales y telefónicas de los peregrinos del camino de Santiago se tiene conocimiento de que las inmediaciones de la casa donde residía el acusado se habían alterado las flechas pintadas de amarillo que identifican el camino y lo indican para posibilitar el desvío hacia la casa donde vivía el acusado, extremo que la policía acredita a través de la declaración de una de las vecinas que afirmó haber visto estacas de madera con la flecha pintada de color amarillo para equivocar a los viandantes y hacerles pasar por las inmediaciones de su casa. Por último, se comunica que el investigado desapareció de su casa y se han realizado numerosas gestiones para indagar su paradero como vigilancias y controles con el fin de averiguar su actual ubicación. En cuanto al robo del dinero se afirma que él conocía la llevanza de dinero por los peregrinos necesario para la realización del camino, siendo éste un hecho notorio para los habitantes de la zona.

Los indicios expuestos permitieron, de forma racional, adoptar la injerencia de privación de libertad para continuar la investigación y para concretar la participación en los hechos que son objeto de investigación de la persona a la que se refieren. La concurrencia de los mismos, derivados de denuncias anteriores por hecho que guardan cierta relación, los cambios en la vivienda, la existencia de una prenda de vestir similar a la que la víctima llevaba en una de las fotos suministradas a la investigación, junto al hecho del cambio de moneda realizado por una persona que carece de ingresos económicos suficientes para ese cambio, permite declarar ajustada a la ley y al contenido esencial del derecho fundamental a la libertad, por lo que la detención dispuesta aparece ajustada a las premisas de la legalidad.

En este mismo motivo, el recurrente, tras reseñar la nulidad de la detención por vulneración de su derecho fundamental a la libertad, señala que íntimamente relacionada con esa ilegalidad constitucional y, por lo tanto, aquejada del vicio de nulidad, ha de considerarse la confesión espontánea que realiza el acusado a la policía indicando lugar donde estaba enterrada.

Con relación a la misma hemos de señalar, de una parte que la actuación policial en la detención es legítima, desde la perspectiva legal y constitucional. Por otra parte, constatamos que no se trata de una auténtica confesión sino de una manifestación que realiza sobre una incidencia que permitirá conocer el lugar donde fueron hallados los restos corporales de la víctima. Comprobamos la secuencia de los hechos. Una vez que el recién detenido es bajado del helicóptero y trasladado en coche comunica a un funcionario policial que va a decir de dónde está el cuerpo de la chica, extremo que es ampliado en su declaración en comisaría, con asistencia de su letrado, al señalar que en el mes de julio, cuando iba corriendo por el monte percibió un olor como de animal muerto al que no prestó atención y que al ser detenido se acordó de aquel olor y guió a la policía hasta el sitio exacto en el que había percibido dicho olor, dándose la circunstancia de que en ese sitio era donde se encontraba la víctima (folios 462 y siguientes de la causa). No se trata de una confesión judicial en los términos de reconocimiento de un hecho de su participación, siquiera parcial, sino de la comunicación a la policía de un hecho que imputa a la muerte de un animal. El contenido de esta manifestación fue objeto de indagación extensa por funcionario policial que recibió esa noticia, precisamente para depurar la situación en la que se recibió ese dato de relevancia para la investigación de la causa. En una segunda declaración, también en sede judicial y asistido de letrado, afirma su participación en el hecho.

Como hemos señalado anteriormente, esa primera manifestación fue objeto de investigación, recibiendo en declaración a los funcionarios de policía que participaron el traslado y a la letrada del turno oficio que asistió al acusado el día 13 en su declaración, que expresó que su defendido no le manifestó ninguna irregularidad en la actuación policial.

Con relación a las denominadas declaraciones espontáneas esta Sala tiene ya una profusa doctrina que las considera hábiles y legítimas, cuando las mismas sean regulares en su obtención. En relación al valor de las manifestaciones espontáneas de un acusado está Sala ha mantenido que se trata de un material probatorio



que debe ser valorado con cautela, de manera que resultara inobjetable que se ha obtenido sin vulneración de los derechos del acusado.

En concreto, la sentencia 386/2017 de 24 Mayo, recuerda que esta Sala reconoce valor probatorio a este tipo de manifestaciones y señala que deben ser realmente espontáneas, es decir, no provocadas directa o indirectamente por un interrogatorio más o menos formal. Su valor probatorio está supeditado a que se trate de manifestaciones prestadas de manera espontánea, libre y directa, de un lado, y de otro a sean introducidas en el debate contradictorio que supone el juicio oral a través de la declaración de los agentes que directamente les percibieron (STS 655/2014 de 7 octubre).

Añade la STS 229/2014, de 25 de marzo que cuando el origen del acervo probatorio consiste en declaraciones autoincriminatorias del acusado prestadas en sede policial, su validez inicial dependerá de que no se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales y desde luego no pueden ser calificadas como declaraciones espontáneas las manifestaciones de un imputado efectuadas sin abogado y las dependencias policiales en respuesta a un interrogatorio sobre los hechos.

Constituiría un fraude procesal que no siendo prueba de cargo la autoincriminación en sede policial con asistencia letrada, salvo ratificación judicial, se admitiese como prueba la autoincriminación en un interrogatorio preliminar y sin información de derechos.

En el caso, las declaraciones fueron espontáneas y a tal efecto fue indagado el funcionario policial que las oyó, no tratándose de una confesión sino de unas manifestaciones sobre una incidencia sobre lo que creía era un animal muerto. El propio acusado ratificó esa versión en una diligencia posterior de declaración vertida en condiciones de legalidad procesal y constitucional, sin perjuicio de una segunda declaración en la que reconoce su participación en el hecho.

TERCERO.- Formaliza un tercer motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías. Argumenta, como causa de nulidad, que el juzgado inició las actuaciones a través de denominadas diligencias indeterminadas, dictando en el mismo injerencias de intervención telefónica y el mandamiento dirigido a una sucursal bancaria donde había realizado el cambio de moneda. Sostiene la nulidad de esas situaciones, siendo igualmente nulas las diligencias procesales de investigación bajo tal cobertura anómala.

El motivo se desestima. Es incorrecto, procesalmente, adoptar medidas tan relevantes para los derechos fundamentales como la intervención de comunicaciones en "diligencias indeterminadas", que no constituyen un verdadero proceso previsto en la ley y deben ser desterradas a estos efectos de la práctica judicial. Esta incorrección procesal no necesariamente determina por si sola la nulidad de la prueba, únicamente en los casos en que las diligencias indeterminadas no se transforman o incorporan de inmediato a unas diligencias previas, notificando la intervención al Ministerio Público, y por el contrario se continúan, practicando el desarrollo de la intervención en absoluto secreto, se impone necesariamente la nulidad por impedirse la posibilidad de recurso y el control externo de la intervención. No es el supuesto de estas actuaciones por lo que el motivo se desestima.

CUARTO.- Con el mismo ordinal denuncia la vulneración de su derecho de defensa y de asistencia letrada, consagrado artículo 24 de la Constitución . Sostiene que el recurrente "estuvo desde que aterrizó en Astorga más de 40 horas sin asistencia letrada efectiva produciéndose en ese lapso de tiempo, a instancia de los agentes de la policía judicial, un interrogatorio, una inspección ocular y otra serie de actuaciones que terminan siendo utilizadas por las acusaciones para sustentar sus pretensiones condenatorias".

El motivo es reiteración del formalizado bajo el ordinal segundo del recurso formalizado. Tampoco indica qué diligencia de carácter personal hace precisa la intervención del Letrado para asistir al investigado. Lo cierto es que el examen de las actuaciones revela que tan pronto se practicó una diligencia de carácter personal que precise la intervención de un letrado que asista al investigado, se requirió y practicó la diligencia en términos de legalidad. El motivo se desestima.

QUINTO.- Denuncia en este motivo la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. En la argumentación que desarrolla reitera los argumentos de los anteriores motivos sobre la irregularidad en la prueba, extremo que hemos desestimado. En un segundo apartado considera que los datos indiciarios tenidos en cuenta por el Jurado y por el Tribunal Superior de Justicia son débiles e insuficientes para declarar correctamente el enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El recurrente reproduce la actividad probatoria y formula su propia valoración, distinta de la del tribunal de apelación y del Jurado. Conviene realizar una precisión previa sobre el alcance y de identificación del objeto de esta casación, y éste no es otro que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia. En este sentido y, como dijimos en la sentencia de 29 junio 2017 , con cita de las SSTs. 41/2009 de 29 enero , 438/2012



del 16 mayo , 830/2014 de 12 diciembre , 40/2015 de 12 febrero , 467/2015 de 20 de julio , 547/2015 de 6 octubre , 427/2016 de 9 junio , 240/2017 de 5 abril , la casación supone un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depura y elimina aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convierte en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues queda garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación, antes de la reforma operada por LO. 41/2015 de 5.10.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional Derecho Civiles y Políticos, art. 14.5, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley --principio de legalidad y seguridad jurídica--.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de Mayo y 1249/2009 de 9 de Diciembre .

La Sentencia impugnada recoge en los fundamentos del Tribunal Superior de Justicia 9º 10º 11º y décimo segundo, la actividad probatoria que por vía de apelación, las declaraciones del acusado, 56 testigos y 14 peritos y la documental, y el Tribunal Superior de Justicia constata y califica de suficiente la actividad probatoria que ha valorado el Tribunal del Jurado. Así destaca la declaración del acusado, que no han sido desmentidas en el juicio oral que ha sido objeto de investigación y la constatación de su realidad a partir de la prueba pericial del médico forense, que corrobora su declaración en cuanto a la dinámica comisiva del hecho. Igualmente los dos espacios en los que el cadáver fue enterrado, coincidentes con su declaración, así como la amputación de las manos. Corrobora su manifestación la intervención de la documentación relativa al cambio de moneda. Además la prueba indiciaria confirme la actividad probatoria y permite constatar su suficiencia.

El Tribunal Superior de Justicia constata en términos de racionalidad, el cuestionamiento realizado por el recurrente sobre la inexistencia de la precisa actividad probatoria y la pretensión de revaloración del recurrente no es posible realizarla en esta instancia que no tiene una percepción directa de la prueba.

El acusado realizó dos declaraciones en sede judicial y en el juicio oral no declaró acogándose a su derecho a no prestar declaración. Las iniciales declaraciones han sido objeto de investigación y corroboradas por prueba pericial y la inspección ocular. Igualmente la prueba indiciaria derivada de los cambios efectuados en la pintura de la vivienda del acusado, respecto a la que se comprueba que es reciente, después de los hechos, la localización del gorro muy similar, si no el mismo, al que portaba la víctima en su viaje de peregrina, y el intercambio de moneda realizado por el acusado tras los sucesos. Además se tiene en cuenta los cambios de las indicaciones del camino, para hacer que los peregrinos pasen por su casa, y la testifical de otra peregrina a la que sucedió un hecho similar en su origen y que en su día fue archivado.

El razonamiento del tribunal es racional y lógico por lo que el motivo se desestima y permite comprobar la existencia de la precisa actividad probatoria sobre el hecho de la acusación.

SEXTO.- Formaliza este motivo por error de derecho por entender indebidamente aplicada la circunstancia, cualificadora del homicidio, de alevosía, al entender que ésta no puede concurrir en los supuestos de dolo eventual. El recurrente se apoya en alguna sentencia de Audiencia provincial para afirmar esa imposibilidad de aplicación concurrente de la alevosía con supuestos de dolo eventual.



El motivo se desestima. El hecho declarado probado no describe una modalidad eventual del dolo, sino que el dolo descrito es directo, en la medida en que el autor propinó el golpe en la cabeza con la intención de causar la muerte. Concretamente, el relato fáctico señala que el acusado, con un objeto contundente golpeó fuertemente en la cabeza a consecuencia del cual la víctima cayó al suelo y como consecuencia del que se produjo la muerte, por traumatismo craneoencefálico severo. Del hecho probado fluye con claridad la modalidad dolosa directa de la tipicidad subjetiva en el dolo directo.

Por otra parte, recordamos la jurisprudencia de esta Sala que declara la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual, como es exponente las Sentencias 119/2004, de 2 de febrero, y 618/2012, de 4 de julio, en la que se expresa que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima –aseguramiento de la ejecución– y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.

SÉPTIMO.- Cuestiona en este motivo la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia respecto de la alevosía. Critica en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y la del Jurado que en ambas se realice una motivación sobre conjeturas, sin base probatoria.

El motivo se desestima. El jurado afirmó la concurrencia el presupuesto fáctico de alevosía sobre la base de la desproporción física entre acusado y víctima, las condiciones del lugar en que la agresión tuvo lugar, así como la dinámica comisiva del hecho, propinando un fuerte golpe en la cabeza tal y como lo describe la prueba pericial que refiere las lesiones producidas. Resulta evidente que la intensidad del golpe, en un descampado inhóspito, sin presencia de personas y sin posibilidad de defensa permite la declaración fáctica de un hecho que los términos redactados a los que es de aplicación la agravación de alevosía que cualifica el homicidio.

Desde el hecho probado resulta clara la selección de un lugar y unos medios comisivos que son aprovechados para la causación de la muerte, sin riesgo propio, asegurando la ejecución sin posibilidad de defensa por parte de la víctima que en un acto de turismo deambula por un camino sin esperar un ataque en un lugar inhóspito y con la contundencia de un golpe en la cabeza.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

OCTAVO.- Denuncia un error de derecho por la aplicación indebida del artículo 242 y la inaplicación de artículos 237, ambos del Código penal entendiéndolo que el hecho debe ser subsumido en el delito de hurto, en referencia a la sustracción del dinero que portaba la víctima y que fue canjeado por el acusado en una entidad bancaria.

El tema que plantea el recurrente es objeto de una viva discusión, incluso en el seno de esta Sala que ha dado distintas soluciones de subsunción a supuestos en los que la sustracción de efectos se produce en un contexto de violencia, hasta producir la muerte dolosa. Se ha calificado de delito de hurto los desapoderamientos de bienes muebles en un contexto de violencia causante de muerte, en las SSTS 1297/1999, de 20 de septiembre y 1031/2003, de 8 de septiembre, entre otras, recordando la naturaleza de medio a fin que requiere el delito de robo con violencia; y de robo violento en la STS 396/2008, de 1 de julio, en la que se destaca que dado el carácter de delito compuesto que expresa la tipicidad, cabe calificar de robo violento por el aprovechamiento de la situación de violencia generada. En el mismo sentido la STS 399/2016, de 10 de mayo, entre otras, atendiendo el aprovechamiento del autor de un contexto de violencia.

Es por ello que esta Sala ha señalado la procedencia de un análisis pormenorizado de cada situación concreta con estudio de cada situación y de la funcionalidad de la violencia en el desapoderamiento y su empleo instrumental. (STS 1172/98, de 3 de octubre).

En el caso, el tribunal de instancia ha calificado la sustracción de robo con intimidación y ha destacado que el hecho del desapoderamiento es simultáneo, en términos de tiempo y espacio, al empleo de la violencia y la calificación es razonable atendiendo al hecho "inmediato" (Hecho probado 7 y 11, del hecho punitivo) que hace razonable la subsunción, máxime cuando como se expone en los informes policiales, es un hecho público y notorio que los peregrinos, máxime si son extranjeros, llevan consigo dinero para atender las necesidades del camino.

El relato fáctico describe una situación de violencia y de sustracción y esa subsunción es razonable pues la sustracción del dinero aparece íntimamente relacionado, en forma temporal y espacial, con el hecho de la muerte, y, como resulta del proceso, y es razonable entenderlo así, en el contexto en el que se produce, conociendo que los peregrinos, más si son extranjeros, portan entre sus enseres el dinero preciso para el viaje, lo que el recurrente debió representarse y a tal fin ordenar su conducta. La racionalidad del móvil del empleo de la violencia para el desapoderamiento hace subsumible la sustracción en el robo con violencia.



NOVENO.- En este motivo denuncia un error de derecho por inaplicación de la atenuante muy cualificada de anomalía o alteración psíquica del artículo 21.1 del Código Penal . El motivo se desestima pues desde el hecho probado, no es posible la aplicación de una circunstancia de atenuación que el jurado no ha declarado concurrente, ni ha fijado en el veredicto extremo fáctico alguno que permita la declaración de una menor culpabilidad en el hecho a consecuencia de la alteración de las facultades psíquicas del acusado.

DÉCIMO.- Formula un último motivo en el que denuncia un error de hecho la valoración de la prueba. Al amparo del artículo 849.2 de la Ley procesal penal se remite a todos documentos de la causa para instar una modificación del relato fáctico en los términos que el recurrente ha propuesto, solicitando la absolución del recurrente. La desestimación es procedente toda vez que la vía de impugnación elegida requiere designar un documento para la acreditación del error, lo que el recurrente no relaciona planteando una revaloración de la prueba.

FALLO

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

Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **D. Silvio** , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 11 de abril de 2017 , que desestima el recurso de apelación interpuesto en nombre del acusado contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia 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.

Andres Martinez Arrieta Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia

VOTO PARTICULAR

CONCURRENTE QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. Luciano Varela Castro A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 10667/2017P.

Emito este voto particular, no porque discrepe del sentido del fallo de la sentencia, unánimemente aceptado, sino por discrepar de la argumentación propuesta por la ponencia y que resulta respaldado por la mayoría del Tribunal, de la que lamento tener que disentir.

1.- La cuestión.

La sentencia recurrida calificó los hechos como constitutivos de robo y no hurto por considerar que la violencia ejercida por el autor ha sido « *una conditio sine qua non* » para que aquél se apoderase de lo ajeno y satisfacer su ánimo de lucro, no pudiendo decirse sin escarnio que se ha limitado a despojar de sus pertenencias a la muerta, « porque no podría haberlo hecho del modo pacífico en que lo hizo si previamente no la hubiera matado ».

Ratificó así el criterio de la sentencia del Tribunal del Jurado. Esta citaba nuestra doctrina tradicional representada, entre otras, por las SSTS de 1 de julio de 2008 y las de 6 de mayo de 1996 , 13 de octubre de 2008 y 1313//2014 .

El penado recurrente alegó en su recurso que, aun considerando como hipótesis que fue él quien se apoderó de los billetes americanos en una secuencia cercana a la agresión padecida por la Sra. Debora , no es posible conocer el orden en el que se produjeron estos sucesos, siendo esencial esa fijación cronológica para su correcto encasillamiento típico

Pese a que nuestra decisión coincide con la decisión de las dos sentencias de la instancia, calificando los hechos de robo, la mayoría ha considerado necesario para justificar tal coincidencia introducir una nueva argumentación diversa de la mantenida en la recurrida. En la misma se ha considerado necesario subrayar un dato de hecho, por lo demás totalmente ausente en las sentencias de instancia y en la totalidad de los escritos de las partes: el hecho supuestamente notorio « que los peregrinos, más si son extranjeros, portan entre sus enseres el dinero preciso para el viaje, lo que el recurrente debió representarse y a tal fin ordenar su conducta ».



2.- Desde luego si el dato de hecho era esencial para la calificación, con razón alcanzaría al recurrente el derecho a pedir amparo por haber sido penado por un hecho que ni las partes alegaron ni fue objeto de debate. Ello porque, como parece desprenderse del discurso de la mayoría, ese **dato de hecho**, aparentemente circunstancial, es **determinante** para afirmar lo que implícitamente supone: que la calificación procede de que **el acusado ya se proponía la sustracción lucrativa antes de dar inicio a la violencia**. Lo que nadie, ni las partes ni los tribunales de instancia, afirmaron.

A tal objeción se une sin embargo otra para mí relevante.

No comparto que la tesis que exige esa prelación de la finalidad de sustracción lucrativa su prelación respecto del uso de la violencia. Tuve ocasión de exponerlo así como ponente de la STS 399/2016 de 10 de mayo. Entendió esta Sala en dicha sentencia que:

Como indica el artículo 237 del Código Penal la sustracción constituye el tipo penal de robo violento si se lleva a cabo «empleandoviolencia o intimidación en las personas». Cabe subrayar que el artículo 242.2 del Código Penal prevé la agravación «cuando el delincuente hiciera uso de armas u otros instrumentos igualmente peligrosos». Es de resaltar que esa agravación no especifica una estrategia prediseñada, antes de la sustracción, de emplear tales medios para lograr el objetivo de la sustracción.

El verbo emplear que determina el tipo penal significa hacer servir una cosa para un fin determinado. Por ello hemos de concluir que la violencia tanto se hace servir si se despliega para un fin como si se «utiliza» su resultado para ese fin, es decir si de alguna manera es aprovechada. En el sentido que en nuestra lengua tiene la voz aprovechar:

Utilizar cierta circunstancia para obtener provecho o conseguir algo en beneficio propio.

Los hechos probados son inequívocos: el acusado aprovechó el momento, es decir la circunstancia, subsiguiente a su acto violento, haciendo que tal situación fuese útil para la sustracción. Y eso es precisamente lo que, conforme al Diccionario de la Real Academia, significa emplear.

Más contundente, si cabe, fue la STS 315/2011, de 16 de abril, dictada por la Sala, en la que se integraba quien de la ahora mayoría es ponente. Se recurría alegando que no cabe subsumir la conducta en el robo con intimidación al no constar si la acción depredadora fue anterior o posterior al fallecimiento de las víctimas, pues en el caso de que fuera posterior habría que descartar la intimidación y a ello se respondió con tanta contundencia como inequívocidad con esta tesis: *El argumento carece también de todo sustento razonable, pues aunque no hubiera intimidación previa siempre concurriría, en cambio, la violencia física como procedimiento idóneo para someter brutalmente en estecaso- la voluntad de las víctimas y valerse así de las agresiones físicas para, una vez que quedaron inertes, apoderarse de sus bienes. Por lo tanto, cuando menos el acusado se valió de su comportamiento violento previo para apoderarse de los bienes ajenos sin posibilidad de resistencia alguna de sus titulares:*

En la misma línea cabe citar otras como la STS nº 912/2009 de 23 de septiembre y las allí citadas:

Por ello, también se considera robo con violencia cuando iniciada ésta con finalidad ajena a lo lucrativo, la situación es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento.

En la STS 1172/98, de 13 de octubre, se considera que «el apoderamiento del bolso de la víctima se produjo, no en lugar y momento distinto, sino seguidamente de la agresión, y ésta necesariamente posibilitó desde la perspectiva objetiva que el acusado se llevara el bolso de la víctima, afectada sin duda alguna por la situación de violencia intimidatoria desencadenada en los instantes precedentes como consecuencia de la agresión».

Criterio por lo demás ya sostenido por esta Sala en sentencia de 6 de mayo de 1996, en la que se declaró que, «perviviendo de manera patente una grave situación de violencia inicialmente desencadenada con finalidad ajena a lo lucrativo, es correcta la calificación de robo cuando dicha situación es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento».

Y la STS 1313/2004, en un caso de violencia dirigida hacia una agresión sexual que continua después para apoderarse de los efectos de la víctima, declaró:

«Es evidente que la violencia sobre las personas puede ser empleada, a la vez, para la comisión de dos delitos diversos. La violencia admite continuidad y la modificación de la dirección inicial para lograr otros propósitos no comporta, en modo alguno, una doble agravación por el mismo hecho, desde el momento que se puede comprobar que la situación de violencia continuó después de la tentativa de violación y fue el medio para la apropiación. No ofrece duda a la Sala que el aprovechamiento de la violencia ejercida para el primer delito, para continuar la agresión dirigiéndola a otro bien jurídico, se subsume bajo el tipo penal del robo».



Doctrina reiterada también, en un caso de agresión sexual, por la STS 956/2006, de 10-10, con cita de la STS 1438/2005, de 20-11 : «lo que diferencia al hurto del robo es la existencia en este último de una situación de violencia o intimidación que produce en la víctima la desaparición de cualquier capacidad de reacción para defender la posesión de sus objetos personales de naturaleza mueble».

Esa doctrina, pese a que la mayoría de la que aquí discrepo parece considerarla exponente de una de las sometidas a «viva discusión», es, a mi parecer, la hegemónica en nuestra Jurisprudencia. Así lo ponía de relieve el escrito de recurso formulado por el Ministerio Fiscal que dio lugar a esa nuestra sentencia cuando citó las sentencias 384/1996 de 6 de mayo ; 966/2001 de 29 de mayo ; 1172/1998 de 13 de octubre ; 1352/2011 de 12 de diciembre ; 768/2012 de 11 de octubre , para concluir su brillante informe afirmando, a modo de corolario, que «la violencia o intimidación calificativa del robo, no es necesaria que se conecte de manera inmediata y sin solución de continuidad con el apoderamiento, sino que es suficiente con que éste se presente tanto antes, como durante o después de la aprehensión de la cosa. Perviviendo de una manera patente una grave situación de violencia inicialmente desencadenada con finalidad ajena a lo lucrativo, es correcta la calificación como delito de robo cuando dicha situación es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento».

En conclusión, disiento de la mayoría por dos razones:

- a)** Porque funda la condena por delito de robo en un hecho, en parte explícito (el hecho notorio del conocimiento de que los peregrinos viajan avituallados) y en parte implícito (que solamente por eso puede suponerse que decidió el autor la sustracción antes de ejercitar la violencia) que ni las partes ni los tribunales de instancia se pararon a considerar, lo que priva al tribunal de la imparcialidad implica en la exigencia del principio acusatorio
- b)** Porque en todo caso de esa manera se aparta de la jurisprudencia hasta ahora sin duda mayoritaria sino casi unánime de este Tribunal

Por ello creo que no debió desautorizarse de manera tan innovadora y fuera del debate los criterios de los dos tribunales de la instancia que se me antojan de superior autoridad dogmática. Y en consecuencia emito este voto particular que concurre con la mayoría en el sentido de la decisión pero no asume su doctrina expuesta en la fundamentación.

Luciano Varela Castro