

## EDJ 2001/15428

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-6-2001, nº 1220/2001, rec. 4316/1999

Pte: Martín Canivell, Joaquín

### Resumen

*En el presente caso la condición de consumidor de droga del acusado a las que sufría grave adicción está recogida con carácter fáctico en la sentencia objeto de recurso, por lo que no se puede decir que el tribunal que la dictó no tuvo en cuenta el contenido del dictamen pericial médico en que se dijo que el acusado era politoxicómano adicto a la heroína y al crack, ni, en cuanto al hecho de haber estado ingresado en establecimientos de deshabitación del consumo de drogas, aunque fuera tenido en consideración, puede tener el valor que el recurrente pretende de impedirle haber procedido por sí mismo a haber reparado el daño causado por el delito mediante el reintegro de la cantidad sustraída. Por último, en lo referente a si aprecia la Sala que el recurrente cuando realizó los hechos se encontraba bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, para ello debería pretenderse que ello determinara una eximente, bien completa en aplicación entonces del art. 20,2 CP bien incompleta a través del art. 21,1 CP y su remisión a las causas del capítulo anterior. Pero la queja casacional que en este motivo se incorpora no puede acogerse por la simple razón de que la aplicación del art. 21,2ºCP que se propugna, ya ha sido realizada en la sentencia recurrida que recoge que, al obrar, el acusado lo hizo influido por su grave adicción a las drogas, pero sin expresar en modo alguno que esa influencia hubiera constituido en el caso una situación de crisis de abstinencia. Por lo tanto la apreciación de una simple atenuante de drogadicción fue acogida por el tribunal de instancia que sí aplicó ése precepto legal y por tanto el motivo, que alega infundadamente inaplicación, ha de ser desestimado.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.20.2 , art.21.1 , art.21.2 , art.66.4

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	4
FALLO .....	6
SEGUNDA SENTENCIA .....	6

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

##### EXIMENTES

##### Circunstancias

Estado de necesidad

Apreciación

##### Prueba

Carga de la prueba

#### DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

##### DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

##### Actividades

Tenencia preordenada al tráfico

Apreciación

##### Modalidades agravadas

Cantidad de notoria importancia

Cocaína

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.20.2, art.21, art.66.4 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.14, art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.10.1, art.10.16 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.282.1, art.849.1, art.849.2, art.851.4, tit.3lib.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

## Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 8 marzo 2004 (J2004/121798)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 24 febrero 2004 (J2004/122695)

Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 1 septiembre 2004 (J2004/129291)

Citada en el mismo sentido por SAP Tarragona de 9 diciembre 2004 (J2004/223490)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 10 diciembre 2004 (J2004/234868)

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 23 junio 2004 (J2004/290106)

Citada en el mismo sentido por SAP Guipúzcoa de 26 abril 2005 (J2005/120482)

Citada en el mismo sentido por SAP Alava de 5 mayo 2005 (J2005/123317)

Citada en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO por STS Sala 2ª de 23 septiembre 2005 (J2005/157534)

Citada en el mismo sentido por SAP Albacete de 11 octubre 2005 (J2005/180577)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 1 julio 2005 (J2005/326851)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 13 octubre 2005 (J2005/327162)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-La Mancha de 6 julio 2005 (J2005/342555)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 29 mayo 2006 (J2006/111441)

Citada en el mismo sentido por SAP Avila de 25 enero 2006 (J2006/25026)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 19 septiembre 2006 (J2006/275403)

Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 6 junio 2006 (J2006/306545)

Citada en el mismo sentido por SAP Ciudad Real de 10 octubre 2006 (J2006/307235)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 28 junio 2006 (J2006/356035)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 12 junio 2006 (J2006/360919)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 7 noviembre 2006 (J2006/385065)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 29 septiembre 2006 (J2006/391701)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 4 diciembre 2006 (J2006/430908)

Citada en el mismo sentido por SAP Segovia de 30 noviembre 2006 (J2006/469993)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 23 febrero 2006 (J2006/86073)

Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 16 marzo 2007 (J2007/101629)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 13 abril 2007 (J2007/103193)

Citada en el mismo sentido por SAP Málaga de 17 mayo 2007 (J2007/142904)

Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 8 mayo 2007 (J2007/149880)

Citada en el mismo sentido por SAP Tarragona de 19 julio 2007 (J2007/157030)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 28 febrero 2007 (J2007/15788)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 5 junio 2007 (J2007/161767)

Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 23 julio 2007 (J2007/215223)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 15 octubre 2007 (J2007/280851)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 27 julio 2007 (J2007/282485)

Citada en el mismo sentido por SAP Tarragona de 3 diciembre 2007 (J2007/306641)

Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 6 junio 2007 (J2007/344083)

Citada en el mismo sentido por SAP Tarragona de 6 marzo 2007 (J2007/38414)

Citada en el mismo sentido por SAP Tarragona de 20 febrero 2007 (J2007/38423)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 14 mayo 2007 (J2007/63036)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 4 mayo 2007 (J2007/87119)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 9 mayo 2008 (J2008/107486)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 7 mayo 2008 (J2008/109264)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 1 julio 2008 (J2008/111604)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 7 julio 2008 (J2008/153227)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 24 junio 2008 (J2008/188903)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 8 octubre 2008 (J2008/281228)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 29 diciembre 2008 (J2008/341732)

Citada en el mismo sentido por SAP Asturias de 22 octubre 2008 (J2008/343628)

Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 28 mayo 2008 (J2008/371543)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 13 febrero 2008 (J2008/67264)

Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 11 febrero 2008 (J2008/86964)

Citada en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - APRECIACIÓN DE LA ATENUANTE por STS Sala 2ª de 19 junio 2008 (J2008/97502)

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 13 mayo 2009 (J2009/103923)

Citada en el mismo sentido sobre ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO - CONCEPTO por STS Sala 2ª de 10 junio 2009 (J2009/128117)

Citada en el mismo sentido por SAP Cuenca de 25 junio 2009 (J2009/137230)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 30 julio 2009 (J2009/174185)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 12 febrero 2009 (J2009/19080)  
Citada en el mismo sentido por SAP Palencia de 10 julio 2009 (J2009/203370)  
Citada en el mismo sentido por SAP Segovia de 16 abril 2009 (J2009/263246)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 16 octubre 2009 (J2009/278200)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 13 noviembre 2009 (J2009/323306)  
Citada en el mismo sentido por SAP Jaén de 18 febrero 2009 (J2009/52336)  
Citada en el mismo sentido por SAP Jaén de 8 abril 2010 (J2010/105040)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 26 julio 2010 (J2010/153032)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 4 febrero 2010 (J2010/16774)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 29 julio 2010 (J2010/213610)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 26 octubre 2010 (J2010/241737)  
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 7 abril 2010 (J2010/273909)  
Citada en el mismo sentido por SAP Albacete de 1 marzo 2010 (J2010/45430)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 15 enero 2010 (J2010/46645)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 14 abril 2011 (J2011/133198)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 10 junio 2011 (J2011/148841)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 30 junio 2011 (J2011/156447)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 12 julio 2011 (J2011/168013)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 28 junio 2011 (J2011/169073)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 4 julio 2011 (J2011/182523)  
Citada en el mismo sentido por SAP Girona de 15 junio 2011 (J2011/191065)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 18 enero 2011 (J2011/39071)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 7 febrero 2011 (J2011/6100)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 6 febrero 2012 (J2012/36485)  
Cita STS Sala 2ª de 18 febrero 1999 (J1999/1697)

## Bibliografía

Citada en "Reflexiones sobre la libertad vigilada"

Versión de texto vigente null

En la Villa de Madrid, a veintidós de junio de dos mil uno.

En el recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Marcos Jesús, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas -Sección 2ª-, que condenó, al mencionado, por un delito de robo con intimidación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando representado el recurrente por el Procurador Sr. Del Campo Barcón.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Instrucción núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana, instruyó el Procedimiento Abreviado 147/98 y, lo elevó a la Audiencia Provincial de Las Palmas - Sección 2ª- que, con fecha veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, dictó la sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El día 1 de agosto de 1998 el acusado Marcos Jesús se dirigió, alrededor de las 15:00 horas, al domicilio de Jesús, sito en la calle..., núm.... (Tamaraceite). Conocedor el acusado de la condición de Párroco de la "Iglesia S." de aquél barrio y empleando la excusa de encargar una misa-funeral consiguió que el sacerdote le dejara entrar en su vivienda. Una vez dentro le solicitó un vaso de agua, acompañando al párroco hasta la cocina. Una vez dentro de tal estancia se apoderó de un trinchante que allí se hallaba y esgrimiéndolo contra la víctima le espetó diciéndole "dame dinero para comprarme una papela", consiguiendo que Jesús, asustado, le hiciera entrega de 15.000 pesetas en efectivo que tenía en la cartera."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente resolución:

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Marcos Jesús como autor criminalmente responsable de un delito consumado de robo con intimidación, ya definido, con la circunstancia atenuante de grave adicción a las drogas del art. 21.2ª del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de dos años y seis meses de prision, así como a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena privativa de libertad y al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le imponemos, le abonamos al acusado todo el tiempo durante el cual ha estado privado de libertad".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de Ley por el recurrente Marcos Jesús, 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.- la representación procesal de Marcos Jesús, basó su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Se funda en el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por error en la apreciación de la prueba basado en un documento que consta en autos, y debe preceder, por razones lógicas, al que le sigue.

Segundo.- Se basa en el artículo 849.2º de la Ley Procesal Penal EDL 1882/1 , por error en la apreciación de las pruebas.

Tercero.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley Procesal Penal EDL 1882/1 , por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Cuarto.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley Procesal Penal EDL 1882/1 , por error en la apreciación de la prueba.

Quinto.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley procesal Penal EDL 1882/1 por infracción del artículo 20.2º del Código Penal EDL 1995/16398 .

Sexto.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley Procesal EDL 1882/1 por infracción del artículo 21 apartado 5º del Código Penal EDL 1995/16398 .

Séptimo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley Procesal Penal EDL 1882/1 , por infracción del art. 21.4 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Octavo.- Se basa en el artículo 5 apartado 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por infracción del artículo 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 y en el artículo 851 apartado 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

Noveno.- Al amparo del artículo 849 apartado 1 de la Ley procesal Penal EDL 1882/1 , por infracción del artículo 66 apartado 4 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Décimo.- se basa en el artículo 5 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por infracción del precepto constitucional de no discriminación por razón religiosa.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, interesó la inadmisión de los motivos 1º a 5º; impugnó los motivos 6º, 7º y 10º y apoyó parcialmente los motivos octavo y noveno. La Sala admitió el recurso quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la Votación prevista para el día 11 de junio de 2001.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los cuatro motivos del recurso se formulan alegando error sufrido por el juzgador en la apreciación de la prueba, fundándose todos esos motivos en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 y correspondiendo cada motivo a un error, a saber:

1º) Que no se dice en los hechos probados que el acusado era consumidor de cuatro papelinas de heroína y dos o tres boliches de crack diariamente cuando cometió los hechos.

2º) Que se omite también en la narración fáctica expresar que, según diligencia en el atestado, llamó el acusado telefónicamente a la policía para manifestar que se quería entregar.

3º) Que tampoco se recoge en los hechos probados que el acusado estuvo ingresado en diversos centros de deshabitación del consumo de drogas, lo que impidió devolver personalmente el dinero sustraído.

4º) Que existe un documento al folio 24 del Rollo de Sala en que se informa a esta última que ha devuelto a la víctima del hecho el dinero que le sustrajo, pero tampoco este extremo se recoge en el relato fáctico de la sentencia.

La calificada de "estrecha vía" casacional que es la del error de hecho sufrido por el tribunal en la apreciación de la prueba requiere para su éxito de la concurrencia de una serie de requisitos que al unísono exigen la expresión del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 y la consistente y reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala que desde larga fecha lo viene interpretando:

a) Que el error que se alegue se acredite por medio de prueba de inequívoco carácter documental y no de otra clase, como son la testifical, confesión o pericial aunque su práctica y resultados se hubieren recogido en forma documentada en los autos y con la excepción en algunos casos de dictámenes periciales que puede ser considerados documentos a efectos casacionales.

b) Que lo que del documento o documentos desprenda no esté a su vez contradicho por otra prueba cuya resultancia hubiera proferido acoger el tribunal sentenciador en su operación de valoración conjunta de la prueba.

c) Que el error que se constate sea relevante por afectar al fallo adoptado en la resolución aquejada de error, que hubiera podido ser distinto sin el error sufrido.

En el presente caso la condición de consumidor de droga del acusado a las que sufría grave adicción está recogida con carácter fáctico en el fundamento jurídico 4º), a) de la sentencia objeto de recurso, por lo que no se puede decir que el tribunal que la dictó no tuvo en cuenta el contenido del dictamen pericial médico en que se dijo que el acusado era politoxicómano adicto a la heroína y al crack.

De igual modo se recoge en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida el hecho de la llamada del acusado a la policía, pero señalando que comenzó diciendo que tenía conocimiento de ser buscado por la policía.

En cuanto al hecho de haber estado ingresado en establecimientos de deshabitación del consumo de drogas, aunque fuera tenido en consideración, no puede tener el valor que el recurrente pretende de impedirle haber procedido por sí mismo a haber reparado el daño causado por el delito mediante el reintegro de la cantidad sustraída.

Y, en fin, en cuanto a la información que se dice hecha al tribunal de instancia, el escrito que contiene ese dato es un escrito presentado por su propia defensa que no reúne las condiciones necesarias para ser documento a efectos casacionales.

En consecuencia de todo ello procede la desestimación de los cuatro primeros motivos del recurso.

SEGUNDO.- El quinto motivo del recurso se basa en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 para denunciar infracción legal que se dice consistir en indebida inaplicación al caso del artículo 20.2º del Código Penal EDL 1995/16398 . Señala el recurrente que cuando realizó los hechos se encontraba bajo la influencia de un síndrome de abstinencia.

En la articulación de este motivo se observa cierto desenfoque porque, si lo que se pretende es que se tenga en cuenta que el acusado estaba bajo los efectos de un síndrome de abstinencia, debería pretenderse que ello determinara una eximente, bien completa en aplicación entonces del artículo 20.2 del Código Penal EDL 1995/16398 bien incompleta a través del artículo 21.1º EDL 1995/16398 del mismo Código y su remisión a las causas del capítulo anterior. Pero la queja casacional que en este motivo se incorpora no puede acogerse por la simple razón de que la aplicación del artículo 21.2º del Código Penal EDL 1995/16398 que se propugna, ya ha sido realizada en la sentencia recurrida (véase el fundamento de Derecho 4º, apartado a) de la misma) que recoge que, al obrar, el acusado lo hizo influido por su grave adicción a las drogas, pero sin expresar en modo alguno que esa influencia hubiera constituido en el caso una situación de crisis de abstinencia. Por lo tanto la apreciación de una simple atenuante de drogadicción del artículo 21.2º del Código Penal EDL 1995/16398 fué acogida por el tribunal de instancia que sí aplicó ese precepto legal y por tanto el motivo, que alega infundadamente inaplicación, ha de ser desestimado.

TERCERO.- El séptimo motivo del recurso se introduce con base en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 para denuncia infracción de Ley consistente en indebida inaplicación en el caso de la atenuante cuarta del artículo 21 del Código Penal EDL 1995/16398 . Distingue el recurrente entre el procedimiento judicial y el policial en cuanto a posibilidad de la apreciación de la atenuante, y alega que no cabe interpretar extensivamente y contra reo la expresión legal, que se refiere solamente al procedimiento judicial pero no al policía que era el único del que el acusado tenía noticia cuando llamó a la policía para ofrecer entregarse.

No puede esta Sala compartir el especioso distingo que entre actuaciones judiciales y policiales hace el recurrente. El término procedimiento judicial es omnicomprensivo de toda la actuación realizada por personal funcional público encaminada al cumplimiento de la función que legalmente le corresponde, dirigido a la averiguación de infracciones penales y de las personas en ellas implicadas y, en definitiva, a la sanción penal de tales actividades antisociales que, previamente, hayan sido recogidas en texto legales como tales infracciones penales. Así se desprende de la propia regulación de la policía judicial en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el título III del Libro Segundo EDL 1882/1 y, en este sentido, el artículo 282, primero de este título EDL 1882/1 , establece funciones de averiguación de los hechos delictivos públicos, descubrir a los que hubieren intervenido en su realización y recoger efectos y pruebas, como propias de la policía, poniendo todo a disposición de la autoridad judicial. Por otra parte es claro que la finalidad práctica de la atenuante, conocida como de arrepentimiento por exigirse antes la existencia en el juicio de una situación subjetiva de ese tipo, es en la actualidad la de atenuar la pena del culpable que ayuda a descubrir los hechos y su participación en ellos y, en definitiva, colabora a la aplicación de la norma penal, pero excluyéndola cuando esa actividad colaboradora se realiza cuando ya sabe el culpable que contra él se dirige un procedimiento encaminado a sancionarle penalmente.

El motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- Los motivos sexto, octavo y noveno se dirigen a una misma finalidad aunque con alegaciones distintas que, sin embargo, resultan complementarias entre sí.

Se dedica el motivo sexto del recurso a la denuncia de otra infracción de Ley para lo cual se cita en apoyo el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 y se concreta por el recurrente que ha consistido en indebida inaplicación del apartado 5º del artículo 21 del Código Penal EDL 1995/16398 . Apúntase en el motivo que el tribuna ha ignorado las pruebas de que fue él quien reembolsó a la víctima la cantidad sustraída, a través de su madre.

Se basa el motivo octavo en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 también en el artículo 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 para denunciar infracción del artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 .

El tercero de esos motivos denuncia infracción de Ley y, con fundamento en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 alega infracción del artículo 66.4º del Código Penal EDL 1995/16398 .

Constituye el principio acusatorio una garantía de las que se incluyen en el derecho al proceso debido y así ya repetidamente se ha expresado en la doctrina jurisprudencial, que lo viene considerando implícito en el derecho a lo que, según la expresión constitucional, se denomina un proceso con todas las garantías, así como a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de toda indefensión. Para la efectividad del principio acusatorio se requiere mantener una estricta correlación entre el contenido de la acusación y el contenido del fallo de la sentencia y, a tal fin, es preciso que el tribunal no exceda en perjuicio del reo la calificación formulada por las partes acusadoras, convirtiéndose así indebidamente en acusador y desbordando sus funciones juzgadoras ( sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1.999 EDJ 1999/1697 ). Y así ocurre en este caso, en el que la apreciación de una atenuante de reparación del daño causado fué auspiciada por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones y por tanto preciso era no traspasar en perjuicio del acusado tal petición. Con lo cual también se dejó de apreciar en el caso lo dispuesto en el número 4º del artículo 66 del Código Penal EDL 1995/16398 que

establece la disminución a la pena inferior, al menos en un grado a la correspondiente al delito que se aprecie, cuando concurren dos atenuantes o una sola muy cualificada.

Por ello procede acoger los tres motivos que conjuntamente se consideran.

QUINTO.- El restante motivo del recurso, décimo ordinalmente en su formulación, se basa en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 para alegar infracción del precepto constitucional que veda la discriminación por razón de religión. Explica el recurrente que ello se ha debido a que el juzgador en el caso ha introducido una agravante del hecho no establecida legalmente al estimar la condición de sacerdote de una religión.

Ante todo, no se comprueba en la sentencia que se haya tenido en cuenta la condición religiosa sacerdotal de la víctima como una verdadera circunstancia agravante, sino que, tan solo, se hace referencia a ella para valorar la mayor o menor gravedad del hecho con la finalidad de individualizar la pena. No obstante, como tal consideración parece tener en cuenta la anteriormente existente circunstancia agravante número 16 del artículo 10 del antiguo Código Penal de 1.973 EDL 1973/1704 de ejecución del hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por su edad o dignidad mereciere el ofendido, que no ha pasado al actual Código Penal EDL 1995/16398 y tales circunstancias profesionales de la víctima no constituyen patentemente ni circunstancias personales del delincuente ni están relacionadas con la mayor o menor gravedad objetiva del hecho, que son las que expresa el número 1º del antiguo Código Penal EDL 1973/1704 no procedía tampoco tenerlas en consideración para la individualización de la pena, dando lugar a una influencia discriminatoria contra el reo en la determinar de la duración de la pena, contraria, por tanto, a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución EDL 1978/3879 . Con tal aclaración, es procedente acoger el motivo.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Marcos Jesús contra sentencia dictada el 27 de mayo de 1.999 por la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección segunda en causa contra el mismo seguida por delito e robo, acogiendo para ello los motivos sexto, octavo, noveno y décimo del recurso. Y, en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de oficio de las costas ocasionas en el recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos oportunos y con devolución a la misma de la causa que, en su día, remitió.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Joaquín Martín Canivell.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de junio de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 7 de los de Las Palmas y seguida ante la Audiencia Provincial de la misma ciudad, sección segunda, por delito de robo contra Marcos Jesús, hijo de Antonio y Cruz, de 34 años de edad, natural y vecino de Las Palmas, contra quien en fecha 27 de mayo de 1.999, se dictó por la mencionada Audiencia Provincial sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA, por la dictada hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo que, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín MARTÍN CANIVELL, hace constar la siguiente.

### ANTECEDENTES

UNICO.- Se acogen y dan por reproducidos los de la sentencia recurrida.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Igualmente se acogen y dan por reproducidos los de la sentencia objeto de recurso a excepción del párrafo b) del cuarto y las consideraciones expresadas al final del último párrafo del mismo Fundamento de Derecho cuarto para entender que no procedía imponer la pena en su grado mínimo y acordar que la pena a imponer fuera de dos años y seis meses de prisión, que expresamente se rechazan.

SEGUNDO.- Procede acoger la petición del Ministerio Fiscal de concurrir en el caso la atenuante de reparación del daño causado por el delito, del número quinto del artículo 21 del Código Penal EDL 1995/16398 con el efecto previsto en el número 4º del artículo 66 EDL 1995/16398 del mismo Código, por lo que al concurrir dos atenuantes en el acusado procede rebajar la pena en un grado, imponiéndola en razón de la gravedad del hecho en el mínimo de la duración de esa pena inferior en un grado a la correspondiente al delito apreciado cometido.

### FALLO

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Marcos Jesús, como autor criminalmente responsable de un delito de robo con intimidación con la concurrencia de las atenuantes de grave adicción a las drogas y reparación del daño causado por el delito, a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, penas que sustituyen a las de prisión de dos años y seis meses e igual accesoria que le imponía la sentencia recurrida, la cual debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS en todos sus pronunciamientos.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Joaquín Martín Canivell.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.