

# EDJ 1999/34354

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-11-1999, nº 1645/1999

Pte: Delgado García, Joaquín

## Resumen

*Estimando el rec. de casación interpuesto por el condenado en la instancia como autor responsable de un delito de robo con intimidación, la Sala dicta segunda sentencia en la que desestima la aplicación de la agravante de reincidencia aplicada en la instancia, tras declarar, entre otros pronunciamientos, que la doctrina de la Sala viene entendiendo que la expresión "podrán imponer (...) la pena inferior en uno o dos grados", del art. 68 CP obliga a bajar un grado siendo facultativa la bajada en dos. Es posible excusar el razonamiento sobre la pena concreta impuesta (individualización de la pena) cuando se sanciona en el mínimo legal permitido o en magnitudes próximas a ese mínimo legal; pero tal razonamiento es obligado cuando la sanción concreta se aleja de esas zonas inferiores, como un capítulo más del deber de motivación.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.20.2 , art.22.8 , art.68 , art.136

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4
SEGUNDA SENTENCIA .....	4

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

APLICACIÓN DE LAS PENAS

EN CONSIDERACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

Agravantes y atenuantes

PENALIDAD

CUESTIONES GENERALES

ESCALAS GRADUALES

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

### Legislación

Aplica art.20.2, art.22.8, art.68, art.136 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.21.1, art.21.2, art.66.1, art.95, art.99, art.242.1, art.242.2 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.24.1, art.33.3, art.120.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.118 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.849.1 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Versión de texto vigente null

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de mil novecientos noventa y nueve. En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este Tribunal pende, interpuesto por el acusado Carlos, contra la sentencia dictada el 19 noviembre de 1998, por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que le condenó 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Satrústegui Cappa.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 25 de Barcelona incoó Diligencias Previas con el núm. 256/98 contra Carlos y, una vez concluso lo remitió la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de esa misma Capital, que, con fecha 19 de noviembre de 1998, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Probado, y así se declara, que: Sobre las 10'15 horas del día 7 de enero de 1998, el acusado, Carlos, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en 18 ocasiones entre ellas por sentencias de 26.6.91 y 1.12.92 (firmes el 16.3.92 y el 2.4.93 respectivamente) como reincidente a la pena de 8 años y 1 día de prisión mayor en la primera de

las citadas y a la pena de 1 año de prisión menor en la segunda de las reseñadas, en ambos supuestos por un delito de robo con violencia o intimidación, con ánimo de obtener un beneficio económico, penetró en la oficina de "Banco D." sita en el núm. ... de la calle G. de Barcelona, y dirigiéndose directamente al mostrador de caja de la citada entidad se introdujo en el interior de aquél y cogiendo del brazo a la empleada Karin le mostró un objeto punzante diciéndole -"Dame todo el dinero o te asesino"- ante lo que Karin, atemorizada, abrió el cajón donde se guardaba el dinero y el acusado se apoderó de 424.000 ptas, marchándose seguidamente.- El acusado permanece en prisión provisional por esta causa desde el 7 de febrero de 1998. El acusado al tiempo de ejecutar los hechos era adicto a las sustancias estupefacientes, en particular a los opiáceos, lo que le limitaba notoriamente sus facultades intelectivas y volitivas y en el momento de ejecutar los hechos se mostró muy nervioso, tomo el dinero con las manos temblorosas y muy enrojecidas."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Carlos, como autor responsable de un delito de robo con intimidación, precedentemente definido, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante con valor de eximente incompleta de haber realizado los hechos bajo la dependencia a las drogas tóxicas y la agravante de reincidencia, a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION a las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales.

Por vía de responsabilidad civil abonará a "Banco D." 424.000 pesetas como indemnización de perjuicios.

Para el cumplimiento de la pena que se impone declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por la presente causa, siempre que no le hubiera sido computado en otra.

Notifíquese que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días."

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el acusado Carlos, 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.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Carlos, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr EDL 1882/1 , por violación por no aplicación del art. 20.2º del CP EDL 1995/16398 .

Segundo.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr EDL 1882/1 , por violación por no aplicación del art. 68 EDL 1995/16398 en relación con el núm. 1 del art. 21, del CP EDL 1995/16398 .

Tercero.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr EDL 1882/1 , aplicación indebida del art. 22, núm. 8 (agravante por reincidencia) EDL 1995/16398 en relación con los arts. 66,1º del CP de 1995 EDL 1995/16398 , en relación con el art. 118 del CP 73 EDL 1973/1704 y art. 136, 2,2º y núm. 3 y 5 EDL 1995/16398.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, manifestó su apoyo al tercer motivo del mismo, la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el correspondiente señalamiento para el fallo se celebró la deliberación y votación el día 12 de noviembre de 1.999.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a Carlos como autor de un delito de robo con uso de instrumento peligroso y una eximente incompleta por drogadicción, por haber amenazado con un objeto punzante a la cajera de un banco llevándose así 424.000 pts. Se le impuso la pena de tres años y seis meses de prisión por concurrir la agravante de reincidencia.

Dicho condenado recurrió en casación por tres motivos, todos fundados en el núm. 1º del art. 849 LECr EDL 1882/1 , de los que hemos de estimar el tercero relativo a la mencionada agravante.

SEGUNDO.- En el motivo 1º se alega infracción de ley por no haberse aplicado al caso la eximente completa del núm. 2º del art. 20 CP EDL 1995/16398 por encontrarse el acusado en pleno síndrome de abstinencia en los hechos de autos.

La sentencia recurrida no afirma que Carlos actuara bajo los efectos del síndrome de abstinencia en relación con la heroína a la que era adicto, aunque en el relato de hechos probados nos ofrece ciertos datos de los que la concurrencia de ese síndrome podría deducirse, cuando nos dice que "en el momento de ejecutar los hechos se mostró muy nervioso, tomó el dinero con las manos temblorosas y muy enrojecidas".

En todo caso, es evidente que no basta la concurrencia de tal síndrome para eximir de responsabilidad criminal. Conforme al citado núm. 2º del art. 20 CP. EDL 1995/16398 para ello se exige "que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión".

Es decir, para aplicar la eximente pretendida se requiere una eliminación de las facultades de conocer o de querer, que, desde luego, no existió en el supuesto aquí examinado: la conducta concreta de Carlos revela una lucidez incompatible con la aquí alegada inimputabilidad penal. Su entrada en la oficina bancaria acercándose directamente al mostrador de caja, su introducción detrás de ese mostrador, coger a la cajera del brazo, amenazarla con un objeto punzante- "dame todo el dinero o te asesino"- y llevarse el dinero que la empleada sacó del correspondiente cajón, este modo de actuar nos muestra que quien así obraba tenía conciencia y voluntad de hacer lo que estaba haciendo: ciertamente en ese momento era una persona responsable de sus actos, aunque tal responsabilidad estaba limitada tal y como apreció la Audiencia.

TERCERO.- En el motivo 2º, por el mismo cauce del art. 849-1º LECr EDL 1882/1 , se alega otra vez infracción de ley, ahora referida a la no aplicación del art. 68 CP EDL 1995/16398 .

La Audiencia apreció la eximente incompleta del núm. 1º del art. 21 EDL 1995/16398 en relación con el núm. 2º del art. 20 EDL 1995/16398 por un delito del art. 242.2 EDL 1995/16398 , robo con uso de instrumento peligroso, imponiendo la pena de 3 años y 6 meses de prisión, como ya se ha dicho. Para tales casos de eximente incompleta el mencionado art. 68 EDL 1995/16398 prevé la bajada de la pena en uno o dos grados. El art. 242.2 castiga con la mitad superior de la pena ordenada en el art. 242.1 (prisión de 2 a 5 años) EDL 1995/16398 , es decir, con prisión de 3 años y 6 meses a 5 años.

La doctrina de esta Sala viene entendiendo que la expresión "podrán imponer (...) la pena inferior en uno o dos grados" obliga a bajar al menos un grado, siendo facultativa la bajada en dos. Por todo ello, en el caso presente, optando por la bajada en un grado, había de imponerse una pena comprendida entre 1 y 9 meses y 3 años y 6 meses. Esta última pena (3 años y 6 meses de prisión) es la que impuso la sentencia recurrida, sin duda por concurrir la agravante de reincidencia.

Por tanto, en contra de lo alegado por el recurrente y de acuerdo con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, la pena impuesta se encuentra dentro de los límites legalmente permitidos en aplicación de la rebaja en un grado prevista en el art. 68 EDL 1995/16398 .

Pero, conforme a lo ordenado por este art. 68 EDL 1995/16398 tenía que haberse razonado en la sentencia por qué se bajaba un grado y no dos y, en todo caso, cuál fue el motivo para imponer el máximo de la pena legalmente posible. Ya ha dicho esta Sala reiteradamente que es posible excusar el razonamiento sobre la pena concreta impuesta (individualización de la pena) cuando se sanciona en el mínimo legal permitido o en magnitudes próximas a ese mínimo legal; pero tal razonamiento es obligado cuando la sanción concreta se aleja de esas zonas inferiores, como un capítulo más del deber de motivación que expresamente impone el art. 120.3 de la CE EDL 1978/3879 en aras de una mejor adecuación de la resolución judicial al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de esa norma fundamental EDL 1978/3879 .

La sentencia recurrida no dijo por qué bajaba sólo un grado ni tampoco por qué sancionaba con el máximo legal permitido. No obstante, tal defecto procesal queda subsanado en la presente resolución con lo que exponemos a continuación al examinar el motivo 3º.

CUARTO.- En el motivo 3º, con base asimismo en el núm. 1º del art. 849 LECr EDL 1882/1 se alega aplicación indebida de la circunstancia agravante de reincidencia del núm. 8º del art. 22 EDL 1995/16398 en relación con el art. 136 ambos del CP EDL 1995/16398 .

Se dice, y con razón, que en la sentencia recurrida no aparecen los datos necesarios para la aplicación de la mencionada agravante, pues pudo ocurrir que los antecedentes penales que en la misma se recogen fueran cancelables por haber transcurrido los plazos previstos para ello en el art. 136 EDL 1995/16398 .

Los hechos probados nos dicen que Carlos había sido "condenado en 18 ocasiones, entre ellas por sentencias de 26.6.91 y 1.12.92 (firmes el 16.3.92 y el 2.4.93, respectivamente) como reincidente a la pena de 8 años y 1 día de prisión mayor en la primera de las citadas y a la pena de 1 año de prisión menor en la segunda de las reseñadas, en ambos supuestos por un delito de robo con violencia o intimidación". Los hechos de autos ocurrieron el día 7 de enero de 1.998. No consta la circunstancia relativa al día en que tales penas quedaron extinguidas. Por la falta de este dato el Ministerio Fiscal apoya el recurso en base a que, ante tal omisión, han de computarse los plazos del art. 136 EDL 1995/16398 desde las fechas de las firmezas de las respectivas sentencias condenatorias. Tiene razón el Ministerio Fiscal, en cuanto que cualquier duda fáctica que pudiera plantearse ha de resolverse siempre en beneficio del reo ("in dubio pro reo").

Así las cosas, respecto de la primera condena, la más grave, que quedó firme el 16.3.92, en el día de los hechos (7.1.98) había transcurrido ya incluso el plazo más largo de cuantos el art. 136 EDL 1995/16398 prevé para la cancelación de los antecedentes delictivos, el de 5 años. Y con relación a la segunda, por la que se impuso 1 año de prisión menor, equivalente a pena menos grave en el CP actual (art. 33.3.a EDL 1978/3879 ), ha de regir el plazo de tres años para la mencionada cancelación del art. 136 que también ya había pasado en la fecha de los hechos de autos a contar desde la firmeza de la sentencia condenatoria, producida el 2.4.93. No puede olvidarse que pudo existir prisión provisional abonable antes de las mencionadas firmezas.

Por tanto, ha de estimarse este motivo 3º por considerar mal aplicada al caso la circunstancia agravante de reincidencia, ya que el párrafo 2º del art. 22.8º EDL 1995/16398 ordena que a estos efectos no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieran haberse cancelado.

Excluida la mencionada agravante, veamos ahora qué pena en concreto imponemos en el presente caso en el que ha de aplicarse la prevista en el art. 242.2 EDL 1995/16398 con la bajada en 1 ó 2 grados ordenada por el art. 68 EDL 1995/16398 para los casos de eximente incompleta.

Ya hemos dicho antes cómo, conforme a tal art. 68 EDL 1995/16398 , según lo viene aplicando la doctrina de esta Sala, es preceptivo bajar 1 grado y facultativo la bajada en 2, lo que debe razonarse en la sentencia según exige expresamente tal norma que, además, nos dice los criterios que han de tenerse en cuenta para tal bajada (en 1 ó 2 grados) y, en definitiva, para la determinación de la sanción concreta a imponer: el número y la entidad de los requisitos que faltan o concurren (lo que aplicado al caso presente ha de referirse a la mayor o menor intensidad de la inimputabilidad parcial concurrente), las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes (que aquí no concurren, una vez excluida la reincidencia). Enumeración de criterios que no ha de considerarse exhaustiva, pues relacionado tal art. 68 EDL 1995/16398 con lo dispuesto en el art. 66.1ª EDL 1995/16398 (al no concurrir ahora ni atenuantes ni agravantes) también ha de tenerse en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho.

La eximente aplicada al caso se refiere a una situación de inimputabilidad parcial derivada de la adicción del sujeto a la heroína y otras sustancias tóxicas de las que era consumidor, para cuya medida lo importante es conocer la mayor o menor intensidad de la causa

productora de esa disminución de su capacidad de culpabilidad, en este caso el grado de su intoxicación o del síndrome de abstinencia al cometer el delito.

No conocemos este dato con la necesaria precisión, pues el ahora recurrente no fue detenido a raíz de la comisión del delito, ni siquiera en fecha inmediata, sino un mes después, y por tanto no pudo ser examinado nunca con relación a su situación psíquica en el momento en que ocurrieron los hechos.

Sólo sabemos, por declaraciones de testigos que la propia sentencia recurrida recoge, que estaba muy nervioso y que le temblaban las manos al coger el dinero.

A propuesta de la defensa (calificación provisional, folio 53) se practicó examen médico casi un año después de los hechos de autos, días antes del juicio oral, y en el informe correspondiente (folios 45 a 49) se precisan sus circunstancias personales (30 años de edad, el más pequeño de siete hermanos, huérfano de padre que convive con su madre, que dice ganarse la vida robando y sin patologías físicas ni psíquicas relevantes), particularmente su adicción al consumo de opiáceos, cocaína y hachís, bajo tratamiento con metadona en la prisión donde se hallaba internado, apreciándose signos de punción en las venas, con la conclusión de que, pese a los 15 años de adicción a tales drogas, tiene conservadas de modo adecuado sus funciones psíquicas, de modo que, para la fecha en que ocurrieron los hechos sólo se le aprecia que pudiera haber tenido una disminución de su voluntad en cuanto a aquellos actos con los que podía procurarse la droga o el dinero necesario para adquirirla por su dependencia física y psíquica a la heroína. Tal informe médico fue luego precisado y aclarado en el acto del juicio oral.

Así las cosas, estimamos que la sentencia recurrida apreció la eximente incompleta en un caso en el que la disminución de la imputabilidad se hallaba más cerca de la atenuante ordinaria del art. 21.2º CP EDL 1995/16398 que de la eximente completa del art. 20.2º EDL 1995/16398, razón por la cual consideramos que fue adecuada su bajada en un grado (y no en dos) con relación a la pena prevista en el art. 242.2 (de 3 años y 6 meses de prisión a 5 años) EDL 1995/16398.

Y para determinar ahora la pena en concreto, pese a la exclusión de la agravante de reincidencia, a fin de obtener una sanción proporcionada a la indudable gravedad del hecho (un robo en un banco con un objeto punzante, llevándose 424.000 pts), hemos de acercarnos al máximo legal permitido, imponiendo la pena de 3 años de prisión.

QUINTO.- Finalmente, una vez más tenemos que llamar la atención ante la necesidad de que, en estos casos de eximente incompleta por disminución de la imputabilidad del autor del delito por su adicción al consumo de sustancias estupefacientes, es conveniente introducir de algún modo en el debate del juicio oral la medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación (arts. 95 y ss. del CP EDL 1995/16398), para que el Tribunal de instancia tenga oportunidad de acordar su aplicación con el sistema vicariante previsto en nuestra legislación (art. 99 EDL 1995/16398), que tan beneficioso para el reo y para la sociedad puede resultar en estos casos en que pudo quedar acreditada una peligrosidad en el sujeto en cuanto probabilidad para la comisión de nuevos delitos.

## FALLO

Fallamos: HA LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley formulado por Carlos por estimación de su motivo tercero, y en consecuencia anulamos la sentencia que le condenó por delito de robo, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución 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. Joaquín Delgado García.- José Antonio Marañón Chávarri.- Diego Ramos Gancedo.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de mil novecientos noventa y nueve. En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción número 25 de Barcelona, con el núm. 256/98 y seguida ante la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de esa misma Capital, por delito de robo con intimidación, contra el acusado Carlos teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida y anulada, por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García, hace constar lo siguiente:

### ANTECEDENTES DE HECHO

Los de la sentencia recurrida y anulada, incluso su relato de hechos probados.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los de la citada sentencia de instancia, salvo que, por lo dicho en la anterior sentencia de casación, no concurre en el caso la circunstancia agravante de reincidencia del núm. 8º del art. 22 CP EDL 1995/16398.

### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: CONDENAMOS a Carlos, como autor de un delito de robo con intimidación y uso de instrumento peligroso y con la exigente incompleta de drogadicción sin otras circunstancias, a la pena de TRES AÑOS DE PRISION con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García.- José Antonio Marañón Chávarri.- Diego Ramos Gancedo.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.