

## PENAL

ALFONSO SERRANO GÓMEZ\*

ROBO CON HOMICIDIO FRUSTRADO. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD. RECEPCIÓN

### *I. Hechos probados*

«El 31 de marzo de 1989 los acusados Rafael B. y Rafael P. se reunieron en la casa que el primero de ellos ocupaba en la localidad y se concertaron para dirigirse al día siguiente a la localidad de Palma, entrar en la sucursal de la Caja Rural, y apoderarse del dinero que allí encontrasen.

Cumpliendo lo acordado, al día siguiente ambos se dirigieron a Palma en el turismo Renault-12 propiedad de Rafael. Para ejecutar el hecho, éste llevaba un cuchillo de grandes dimensiones, mientras que Rafael llevaba un revólver de retrocarga, marca LLAMA, modelo COMANCHE II, calibre 38 especial con número de identificación no perceptible a causa del óxido, pero que resultó ser el 900, conociendo cada uno de los acusados la naturaleza del arma portada por su acompañante.

Ya en Palma y una vez aparcado el vehículo en las cercanías del Mercado, ambos acusados penetraron en la sucursal de la Caja Rural, esgrimiendo Rafael P. su revólver y Rafael B. su cuchillo. Tras atravesar la zona destinada al público, llegaron ambos al espacio destinado a los empleados, quedándose Rafael P.

---

\* Profesor titular de Derecho Penal de la UNED.

en el extremo del mostrador próximo al acceso a dicho espacio, mientras Rafael B. se dirigió al otro extremo de tal mostrador.

Rafael P. esgrimió el revólver ante el empleado Francisco, diciéndole que se trataba de un atraco e intimidándole a que le diera el dinero, momento en el que José Miguel M., pensionista, que recibía el importe de su pensión, intentó arrebatarse el arma a su portador, entablándose entre ambos un forcejeo.

Simultáneamente Rafael B. se dirigía al empleado Manuel G. diciéndole que aquello «era un atraco» al tiempo que le mostraba el cuchillo, que no llegó a exhibir ante el resto de los presentes, y comenzaba a coger el dinero que allí había. No obstante, al darse cuenta del forcejeo que se había originado entre Rafael P. y el cliente, empuñó el cuchillo y con él en la mano se acercó a José Miguel, que al ver tal arma cejó en su actitud.

Procedieron entonces ambos acusados a coger más dinero del allí existente, hasta un total de un millón doscientas quince mil sesenta y siete (1.215.067) Ptas., tras lo cual abandonaron ambos el establecimiento, haciéndole primero Rafael B. y a continuación Rafael P.

Al tiempo que los acusados recogían dinero, algunos de los clientes de la Caja Rural salieron a la calle donde alertaron al miembro de la Policía Local Emilio que se encontraba de servicio y debidamente uniformado en las inmediaciones, el cual contactó por radio con la Central de la Policía Local, montó su arma y se dirigió a la Caja Rural.

Observó entonces cómo del local salía Rafael B. llevando una bolsa y a los pocos segundos lo hacía Rafael P., que empuñaba el revólver. El policía les dio el alto mientras los acusados corrían, corriendo a su vez el policía tras ellos. En el curso de la persecución Rafael P. se volvió hasta tres veces girando la cabeza y el cuerpo pero sin detenerse, y efectuó con su arma otros tantos disparos hacia el policía pretendiendo alcanzarlo, disparos que efectuó a las distancias sucesivas de doce, ocho, y tres metros. El policía terminó por alcanzar a Rafael P. en la calle Lope, próxima al Mercado de Abastos y a unos cien metros de la Caja Rural, se arrojó a él, le derribó, y le inmovilizó sujetándole el brazo izquierdo, toda vez que el acusado había pasado su arma a la mano de tal lado e intentaba apuntar al policía. Intervinieron en tal momento varios vecinos, que desarmaron al acusado. Como consecuencia de todo ello, el policía municipal interrumpió la persecución de Rafael B., al que perdió de vista.

El policía local no resultó alcanzado, pero uno de los disparos sí alcanzó a Juan P., a la sazón de setenta y nueve años de edad, que se dirigía al Hogar del Pensionista y se encontraba en pie sobre la acera, el cual recibió un impacto que le alcanzó en el muslo izquierdo y el produjo fractura conminuta del fémur. Tales lesiones curan habitualmente en un plazo de cuatro a nueve semanas, pero dada la edad y constitución de la víctima, determinaron su estabilización

lesional, y su incapacidad para la deambulaci3n y para los actos cotidianos de levantarse, acostarse, vestirse, etc.

En poder de Rafael P. se encontr3 un total de quinientas diez mil Ptas. en billetes, as3 como un D.N.I. a nombre de Francisco, en el que el propio acusado hab3a sustituido la fotograf3a original por la suya propia y acoplado un fragmento de huella dactilar.

Dicho acusado carec3a de licencia y gu3a de pertenencia del rev3lver que le fu3 ocupado. Este figuraba como perdido en la Intervenci3n Central de Armas de la Guardia Civil, en la que figura a nombre de Jos3 P., siendo «SAVA» la entidad propietaria. Tal arma era pose3da por el acusado citado desde meses atr3s.

Tras la interrupci3n de su persecuci3n por el polic3a local al detener 3ste a Rafael P., Rafael B. accedi3 a su autom3vil, con el que regres3 a Almonte, desahaci3ndose en el camino del cuchillo utilizado, que no lleg3 a ser recuperado.

Una vez en su casa, Rafael B., narr3 lo ocurrido a su esposa, la tambi3n acusada Concepci3n P., as3 como a Montserrat, sobrina de Rafael P. y tambi3n acusada, dejando en la casa el dinero obtenido. El dinero fue repartido por las dos mujeres citadas, que hicieron dos partes, haci3ndose cargo Montserrat de una de ellas, que era algo mayor que la otra en raz3n de que al haber sido detenido Rafael P. eran previsibles gastos de abogado y fianza.

Como resultado de las averiguaciones practicadas por la Guardia Civil, el mismo d3a 1 de abril se present3 la misma en el domicilio de Rafael B., comprobando all3 la coincidencia del aspecto f3sico de 3ste con la descripci3n facilitada por los testigos del robo, as3 como que el acusado se hab3a cortado el pelo muy recientemente. Y ante las preguntas formuladas al respecto, el acusado reconoci3 que ten3a una parte del dinero sustra3do, haciendo entrega de doscientas veinticuatro mil setecientas (224.700) Ptas.

Personada nuevamente la Guardia Civil en el mismo domicilio el siguiente d3a 2 de abril para continuar sus investigaciones, la acusada Montserrat reconoci3 tener otra parte del dinero, haciendo entrega de trescientas treinta y tres mil ochocientas (333.800) Ptas.

Todo el dinero recuperado, en cuant3a de un mill3n sesenta y ocho mil quinientas (1.068.500) Ptas., fue entregado a Jos3, en su calidad de Director de la Oficina de la Caja Rural Provincial.

En el momento de la realizaci3n de los hechos, Rafael P. sufr3a disminuci3n de su facultad de autodeterminaci3n por estar afectado del s3ndrome de abstinencia de la hero3na; no resultando por el contrario acreditado que el mismo sufra enfermedad mental alguna que, alterando su inteligencia o voluntad, afecte a su imputabilidad.

En el aludido momento todos los acusados eran mayores de edad, careciendo de antecedentes penales Montserrat y Concepción. Rafael B. había sido condenado por sentencia de 18 de enero de 1988, firme el siguiente 30 de marzo a treinta mil Ptas. de multa por un delito de caza. Y Rafael P. contaba con los antecedentes penales siguientes: en sentencia de 18 de octubre de 1984 (firme el siguiente 5 de noviembre), fue condenado por un delito de robo con violencia o intimidación a la pena de seis meses de arresto mayor, por un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, a las penas de cuarenta mil Ptas. de multa, y de un año de privación del permiso de conducir, y por un delito de detención ilegal a las penas de seis meses de arresto mayor y de veinticinco mil Ptas. de multa; y en sentencia de 21 de septiembre de 1985 (firme el siguiente 5 de octubre) fue condenado por un delito contra la salud pública a la pena de treinta mil Ptas. de multa, por un delito de resistencia a la pena de ciento cinco mil Ptas. de multa, por un delito de falsificación de documento de identidad a la pena de sesenta mil Ptas. de multa, y por un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor».

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

## **Fallamos**

«En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido:

CONDENAR al acusado Rafael P. como autor criminalmente responsable de un delito de robo con homicidio y empleo de armas en grado de frustración, y de un delito de atentado a agente de la autoridad empleando arma de fuego, con la concurrencia de las circunstancias agravante de reincidencia y atenuante del art. 9º.10 del Código Penal, a la pena única de veintitrés años y seis meses de reclusión mayor, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

CONDENARLE como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de arma de fuego, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de dos años cuatro meses y un día de prisión menor con suspensión de empleo o cargo público y de derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

CONDENARLE como autor responsable criminalmente de un delito de falsificación de documento de identidad, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas de tres meses de arresto mayor, con suspensión de empleo o cargo público y de derecho de sufragio por el tiempo de la condena, y de multa de cien mil pesetas.

CONDENARLE al pago de siete décimas partes de las costas causadas.

CONDENAR al acusado Rafael B., como autor criminalmente responsable de un delito de robo con homicidio y empleo de armas en grado de frustración, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de diecisiete años, cuatro meses y un día de reclusión menor, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

CONDENARLE al pago de una décima parte de las costas causadas.

CONDENAR a Rafael P. y a Rafael B. a que abonen a los herederos de Juan la suma de ocho millones de pesetas, la cual será abonada por mitad por cada uno de ellos, con responsabilidad solidaria entre sí por sus cuotas.

CONDENAR a Montserrat, como autora responsable criminalmente de un delito de receptación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de un año de prisión menor, con suspensión de empleo o cargo público y de derecho de sufragio por el tiempo de la condena, y de multa de doscientas mil pesetas con treinta días de arresto sustitutorio.

CONDENARLA al pago de una décima parte de las costas causadas.

CONDENAR a Concepción, como autora criminalmente responsable de un delito de receptación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de un año de prisión menor, con suspensión de empleo o cargo público y de derecho de sufragio por el tiempo de la condena, y de doscientas mil pesetas con treinta días de arresto sustitutorio.

CONDENARLA al pago de una décima parte de las costas causadas.

CONDENAR a Rafael P., Rafael B., Montserrat y Concepción a que abonen a la Caja Rural Provincial la suma de ciento cuarenta y seis mil quinientas sesenta y siete (146.567) pesetas, la cual será abonada por cuartas partes por cada uno de ellos, con responsabilidad solidaria entre sí por sus cuotas.

DECRETAR el comiso del revólver intervenido marca Llama modelo Comanche II calibre 38 especial, nº 900.

DECRETAR el inmediato ingreso en prisión de Rafael B., a cuyo fin se libraré el pertinente oficio a la Guardia Civil.

APROBAR la insolvencia de Rafael B. y de Concepción, no así la de Rafael P. y la de Montserrat.

Para el cumplimiento de las penas de privación de libertad que imponemos, será de abono el tiempo durante el que los penados estuvieron detenidos o en situación de prisión preventiva».

3. Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley.

Recurso de Rafael B.— Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A) primer submotivo basado en la infracción legal del art. 500, 501.1 y párrafo último en relación con los arts. 3 y 51 del Código Penal. B) segundo submotivo basado en la infracción legal del art. 501.1 párrafo último del código penal en concordancia con el art. 14.1° y la doctrina legal del Tribunal Supremo. C) tercer submotivo basado en la infracción legal del art. 9.10 en relación con el 9.9 del Código Penal.

Recurso de Rafael P.— Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por violación, por aplicación indebida, del art. 501.1 del Código Penal en relación con los arts. 3 y 51 de dicho texto legal, toda vez que debió aplicarse el art. 501.5° y último párrafo de dicho artículo del Código Penal.

## II. *Fundamentos de Derecho*

PRIMERO. El inicial motivo del recurso del acusado Rafael B., aduce «error» en la apreciación de la prueba, que deriva del atestado de la Guardia Civil, el acta del juicio oral (en relación con las declaraciones sumariales de los testigos) y un informe del Médico-Forense, acotando como equivocados los párrafos 2°, 3°, 8°, 9° y 14° de los «hechos probados».

La facultad concedida en exclusiva al juzgador de instancia, de valorar soberanamente y en conciencia la prueba practicada (arts. 741 de la ordenanza Procesal Penal y 117.3 de la Carta Magna), tiene dos importantes limitaciones, una residenciada en la constitucional «presunción de inocencia», que impide se valore lo inexistente o irregularmente obtenido —que no hace al caso, por no referida en la impugnación casacional—, y otra que descansa en combatir las sentencias dictadas por los Tribunales Provinciales no sólo en razón a la comisión presunta de errores «*in iudicando*» de carácter jurídico, sino también cuando hayan incidido en errores «*fácticos*» o *de hecho* en la valoración y apreciación del dato probatorio, motivo casacional denunciado y que requiere que existan en la relación descriptiva *supuestos inexactos*, que el error sea *evidente*, notorio y de importancia, que *se derive* directamente de documentos que figuren legalmente aportados, que tal *equivocación no esté desvirtuada* por otros medios probatorios aptos y legalmente obtenidos y finalmente que los referidos *documentos* (representaciones gráficas del pensamiento, de ideas o voluntades —no exclusivamente por escrito— por medio de los cuales se acogen hechos, circunstancias, actuaciones y disposiciones, dejándose así constancia para el futuro, sea o no con finalidad de preconstituir una prueba procesal), base y apoyo de la

denuncia casacional, sean «*litosuficientes*» –o autosuficientes–, es decir que, producidos fuera de la causa, tengan virtualidad bastante para probar por sí solos, sin necesidad de argumentación o contrastación con otras pruebas y de forma indubitada y palpable la equivocación judicial (S. de 28 de enero de 1994).

La crítica contenida en el motivo carece de consistencia suasoria atendible, ya que los señalados como «documentos» en la censura, no son tales a «efectos casacionales», puesto que ni *los «atestados»*, que constituyen una simple denuncia, tienen dicho carácter (SS., entre otras y como más recientes, de 5 y 12 de febrero, 2 de marzo, 25 de octubre y 30 de noviembre de 1993, y 11 de febrero de 1994), ni *las «declaraciones»* de los acusados, inculpados, procesados, perjudicados y testigos en general (en fase «preprocesal», instructoria o en plenario) ostentan naturaleza «documental» a efectos del recurso extraordinario, ya que no garantizan la certeza ni la veracidad de lo dicho por el manifestante (S. de 22 de julio de 1994 y las que, como más cercanas en el tiempo, en la misma se citan, de 4 de enero, 1 y 17 de marzo, 30 de abril, 17 de julio, 17 de noviembre y 16 de diciembre de 1993), ni por fin, el alegado «*informe Médico-Forense*» posee tal carácter (S. de 4 de mayo de 1993 y las que en la misma se reseñan) y todos ellos son simplemente *pruebas «personales»* documentadas en actuaciones bajo la fé del Secretario Judicial y sometidos, con el resto de probanzas, a la libre valoración del juzgador de instancia y que, en definitiva, como si se tratara de una apelación, la impugnación pretende sustituir el resultado valorativo obtenido por el Tribunal Provincial por el personal e interesado del recurrente.

El motivo pues, como se anticipó, no puede por menos que perecer.

SEGUNDO. Se alega vulneración, por *aplicación indebida* de los arts. 500, 501.1 y *párrafo último*, en relación con los arts. 3 y 51, todos del Código Penal, e *inaplicación* del art. 501.5 del mismo Código, dada la *inexistencia del «animus neandi»*; razonando al efecto que las características de las lesiones (capaces de curar en dos meses) ponen de manifiesto que el tipo penal aplicable es el que no lo ha sido en la sentencia de instancia, aduciendo para ello que el atracador no utiliza el arma en la entidad bancaria en la que se llevó a efecto el acto depredatorio, a pesar del forcejeo que allí se mantiene; no alcanza al policía perseguidor no obstante realizar tres disparos y las lesiones se producen a un tercero de forma casual y en zona no vital de su cuerpo. El móvil no era otro que el robo y los disparos simplemente *intimidatorios*.

El cauce casacional elegido implica que ha de partirse del relato descriptivo para dilucidar si la «inferencia» o «juicio de valor» que la Sala de instancia realiza en cuanto a la existencia en el actuar del agente del «animus necandi» resulta o no correcta. En dicho sentido la narración histórica acreditada describe como en el curso de la persecución del agente del orden al acusado Rafael P., éste «se volvió hasta tres veces girando la cabeza y el cuerpo sin detenerse, y efectuó con su arma otros tantos disparos «hacia el policía pretendiendo alcanzarlo», disparos

que efectuó a las distancias sucesivas de doce, ocho y tres metros... El policía local no resultó alcanzado, pero uno de los disparos sí alcanzó a Juan Pavón Limon... (que) se encontraba en pie sobre la acera, el cual recibió un impacto que le alcanzó en el muslo izquierdo...». Además el «factum» también expresa como una vez alcanzado el procesado por el policía, éste «le inmovilizó sujetándole el brazo izquierdo, toda vez que el acusado había pasado su arma a la mano de tal lado e intentaba apuntar al policía».

La deducción de la voluntad, intención o ánimo del agente, salvo espontánea confesión, supuesto en que constituye un dato «fáctico» y como tal debe figurar en el relato (si existe, como se dice, prueba directa dimanante de la manifestación voluntaria del acusado, expresa, libre y terminante (S. de 14 de junio de 1988), ha de realizarse a través de la correspondiente «inferencia», juicio «axiológico» o de «valor», a partir del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho, teniendo en cuenta, además, cuantos actos anteriores, simultáneos o posteriores a la acción ofrezcan luz sobre los propósitos, ideas, quererres o pretensiones del mismo, secretos y escondidos en lo más profundo de sus pensamientos (Cfr. entre otras, las SS. de 20 de febrero de 1990 y 17 de enero de 1994).

En el caso enjuiciado existe una *reiteración de disparos*, hasta tres, efectuados «hacia» el policía y a «distancias» que, sucesivamente, *se van acortando* hasta llegar a tres metros, por lo que la «inferencia» que lleva a cabo el juzgador, acorde con el mandato prevenido en el art. 120.3 de la Carta Magna, en el fundamento jurídico 1º de su sentencia, hoy puesta en tela de juicio, y muy específicamente en su apartado d), no puede tildarse de ilógica o arbitraria, sino *correcta y ajustada a las normas de experiencia* de como suelen ocurrir supuestos cual el contemplado.

El procesado Rafael P. tuvo que representarse el alto riesgo que su actuar implicaba para la vida del miembro policial que intentaba su captura, al disparar contra él en las circunstancias antes referidas, representación que se complementa con una evidente, palpable e inequívoca *probabilidad que consiente y acepta* cuando dirige los disparos contra él a tan cortas distancias, sobre todo a la última de tres metros y que, aunque no logró su objetivo por la movilidad de uno y otro, agresor y agredido, de ahí la frustración del ilícito, no se puede ignorar que su conducta quedó teñida, cuando menos con el «*dolo eventual*». El submotivo pues, no puede por menos que aparecer.

TERCERO. El recurso del procesado Rafael B., alega infracción, por *aplicación indebida* del art. 501. del Código Penal, en relación y concordancia con el 14.1 del mismo texto legal, *cuestionándose* así la *autoría* del recurrente en el *delito de robo con homicidio*, al entender que hay dos actos distintos, el robo por una parte y la huida por otra, ya que, aunque relacionadas ambas, tienen sustantividad y vida propia y así, el hecho de llevar ambos procesados la misma dirección tiene como única explicación la ubicación del móvil en que se habían

trasladado al lugar y en el que pensaban marchar y huir del mismo, pero la fuga se produce en momentos distintos, aunque cercanos y el espacio entre uno y otro es evidente y palpable, razón por la que en el extremo casacional anterior ya se consideraba que los hechos deberían ser calificadas para él como constitutivos de un delito de robo del art. 501.5 del Código Penal.

La censura plantea una vez más el contravertido tema que se presenta, con relación a la figura compleja de robo con homicidio, de la «comunicabilidad» del último (consumado o frustrado) a cuantos *toman parte en el acto depredatorio* (violento o intimidatorio) *pero no en la ejecución de la muerte* o en la realización de actos tendentes a su consecución, que resultan fallidos en el resultado por causas extrañas a la voluntad del agente y, cuya producción no estaba dentro de los planes (concertados) del robo. Mientras que un *sector mayoritario de la doctrina* coincide en afirmar que la responsabilidad por el homicidio sólo es comunicable a aquellos que objetiva y subjetivamente participan en el mismo, *esta Sala* sigue manteniendo *el criterio tradicional* de que los partícipes deben responder del delito complejo aunque no hayan tenido parte en la ejecución (completa o fallida) de la muerte, en base al «*previo concierto*» para llevar a término la infracción de robo con violencia o intimidación y que *no excluye* «a priori» *todo riesgo para la vida o integridad corporal* de las personas, lo que conlleva un «*dolo eventual*» en su actuación, al ser obvia la precisión de representarse no sólo la «*posibilidad*», sino aún la «*probabilidad*» de que en el «*iter*» realizador pueda llegarse a ataques corporales de imprevisibles consecuencias frente a quienes se opongan a la efectividad del proyecto criminal, siempre y cuando, claro ésta *se hallen impuestos del porte de armas peligrosas* y eficaces por alguno de los protagonistas del planeado robo.

No obstante, dicha doctrina de la Sala no puede aplicarse indiscriminadamente a cualquier supuesto y así la S. de 29 de enero de 1988 –citada en la impugnación– considera *rota la (eventual) solidaridad en el actuar común* y estimando el recurso interpuesto por los partícipes, ninguno autor material del disparo productor de la muerte, les condena, a uno como autor y a otro como cómplice de un delito de robo del art. 501.5 y párrafo último del Código Penal. Dicha tesis, acorde en un todo con los *principios de «personalidad de la pena»* y «*culpabilístico*», acogido éste en el art. 1 del Código punitivo citado, según fue redactado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del mismo, es aplicable sin reparo alguno al caso enjuiciado. En éste se descubren *dos actos distintos*, aunque en cierto modo relacionados, *el acto depredatorio intimidatorio y la huida*. No hay duda alguna, con relación al primero, que ambos acusados atracaron la Caja Rural y que el fin que les movía en dicho actuar, según el *acuerdo previo* logrado el día anterior, era apoderarse del dinero que pudieran. Si en dicha fase se hubiera producido un ataque corporal, con riesgo efectivo para la vida e integridad personal, a alguno de los empleados del establecimiento bancario o personas que en aquel momento se encontraban en el mismo, obvio resulta que cualquiera de los intervinientes en el robo, aunque no fuera el ejecutor material de la agresión o acometimiento lesivo, según la doctrina precitada de esta Sala, se haría responsable del delito complejo, más ello

no ocurrió. *El plan* convenido, no obstante, *se vió interrumpido* en su acaecer previsto con el incidente protagonizado por un pensionista, que se encontraba presente para cobrar sus haberes, al intentar oponerse a la conducta de uno de los procesados y forcejear con él, lo que terminó con la intervención del hoy recurrente y así *cambiados los planes previstos* y acordados de antemano, cogen cuanto dinero pueden y precipitadamente, uno tras de otro y distanciados escasamente en el tiempo, abandonan el establecimiento y se disponen a la huida. Aquí, empieza la *segunda fase del suceso*, cuando ambos acusados, como pueden, cada uno por su cuenta, empiezan a correr, intentando distanciarse de la Caja y se dirigen hacia donde habían dejado aparcado el coche que desde Almonte les había conducido a La Palma del Condado y *sobreviene algo no tenido en cuenta en el concierto previo*, un policía local, alertado por alguno de los testigos presenciales del ilícito depredatorio, entra en escena y en el cumplimiento de su deber se decide a aprehender a los maleantes y como es lógico inicia la persecución sobre la persona del que ha salido en segundo lugar del establecimiento bancario, el procesado Rafael P., quien, encontrándose más próximo a su perseguidor, disparó tres veces y a las distancias que en el «factum» se reseñan contra el mismo, el que se encontraba, como hemos dicho, en una *situación cualitativamente distinta* que su compañero, el ahorra recurrente Rafael B., no sólo *espacialmente* (al ser 15 años más joven este último, que el primero, y tener por ello mejores condiciones físicas para la carrera), sino también *psíquicamente*, por hallarse en una situación de *acoso* que no afectaba a su acompañante. En conclusión, *la solidaridad en el actuar común* convenida *quedó rota*. Rafael A. disparó acuciado por su propia necesidad de escapar de su perseguidor. El ahora recurrente Rafael B., no se hallaba en tal situación. No se puede, en consecuencia, ampliar su responsabilidad penal al hecho de los disparos que el coacusado realizó contra el policía municipal que le perseguía, pues indudablemente no *participó objetiva y subjetivamente* en dicho ilícito que, además de integrar el acto depredatorio en el complejo de robo con homicidio, se incardina en el delito de atentado, infracción por cierto ni siquiera imputada al hoy recurrente, lo que como relevante ha de resaltarse.

El submotivo pues, debe ser acogido y dictarse la sentencia prevenida en el art. 902 de la Ordenanza Procesal penal.

CUARTO. El submotivo 3º del motivo 2º del recurso del procesado Rafael B., alega conculcamiento, por su *no aplicación, del art. 9.10* en relación con el 9.9 del Código Penal, al no haberse apreciado en la sentencia de instancia a favor del recurrente la *atenuante analógica* a la del *arrepentimiento espontáneo*.

La lectura del relato descriptivo y concretamente de la segunda parte del párrafo 14 de los mismos, evidencia como «... ante las preguntas formuladas al respecto (por la Guardia Civil), el acusado reconoció que tenía una parte del dinero sustraído, haciendo entrega de doscientas veinticuatro mil setecientas (224.700) ptas.».

A partir de las SS. de 20 de febrero de 1987 y 7 de noviembre de 1988, esta Sala viene indicando que no es preciso para la apreciación de la atenuante de

arrepentimiento espontáneo *el sentimiento o pesar del autor* del delito por haber obrado ilícitamente, siendo suficiente la sustitución de la voluntad antijurídica por la de *cooperación a los fines de la vida colectiva* tutelados por el ordenamiento jurídico (Cfr. SS. de 6 de marzo y 10 de noviembre de 1992 y la muy reciente de 14 de junio de 1994 que, a su vez, cita la de 6 de julio de 1993) y, por ello, atiende a la esencia de la circunstancia, radicante, ni más ni menos, en el *elemento objetivo* (Cfr. SS. de 5 de diciembre de 1990, 16 de junio de 1991 y 10 de noviembre de 1992), requiriendo más que posiciones subjetivas de pesar o sentimiento por el hecho realizado, actos de reparación o, como se ha dicho, de cooperación con la Administración de Justicia (Cfr. S. de 12 de mayo de 1993).

La aplicación de las anteriores premisas al hecho enjuiciado, dado que el recurrente devolvió la parte del dinero que le había correspondido del reparto del botín, aún cuando fuera ante las preguntas de los agentes de la Guardia Civil y conociendo la detención de su compañero y coacusado, podría propiciar el acogimiento de la atenuante postulada en la impugnación, *más carecería de finalidad práctica* ya que sancionado en la instancia con el grado mínimo de la pena correspondiente, en la sentencia a dictar por esta Sala se le impondrá la pertinente en dicho grado. El submotivo debe ser desestimado.

QUINTO. El motivo único del recurso del procesado Rafael P., denuncia infracción, por *aplicación indebida* del art. 501.1, en relación con el 3 y 51 del Código Penal y, consecuente, *inaplicación del 501.5 y último párrafo* del mismo Código.

En su desarrollo argumentativo, en esencia, se repiten las razones aducidas por el coacusado en el submotivo 1º del motivo 2º de la impugnación precedentemente analizado y rechazado, esto es que los disparos no los efectuó con ánimo de matar, sino con simples fines *intimidatorios* para disuadir a su perseguidor y asegurar así la huida. No obstante, reconoce que para la apreciación y aplicación del delito complejo de robo con homicidio, en grado de frustración, es suficiente la existencia y constatación del «*dolo eventual*».

La censura carece de razón suasoria atendible y basta para ello, con remitirnos al fundamento jurídico 2º de la presente, en que se refutan tales argumentaciones, sin más consideración que, en todo caso, resultaría reiteración de lo ya dicho. El motivo y el recurso deben perecer.

### III. Parte dispositiva

#### Fallamos

*QUE DESESTIMANDO EL RECURSO DE CASACIÓN* por infracción de Ley, interpuesto por el procesado Rafael P., contra la sentencia dictada por la

Audiencia Provincial de Huelva, con fecha 5 de marzo de 1993, en causa seguida contra el mismo y otros por los delitos de robo con homicidio frustrado, falsificación de documento de identidad, tenencia ilícita de arma de fuego, atentado a agente de la Autoridad y receptación, con imposición de las costas del recurso a dicho impugnante, *DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS*, con rechazo del motivo 1º y submotivos 1º y 3º del 2º y acogimiento del submotivo 2º, *HABER LUGAR* (parcialmente) *AL RECURSO DE CASACIÓN* por infracción de Ley, interpuesto y formalizado por el procesado Rafael B., contra la sentencia de 5 de marzo de 1993, precedentemente citada, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia (reseñada) dictada por dicha Audiencia, con declaración de oficio de las costas de la impugnación acogida.

Comuníquese ésta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

## SEGUNDA SENTENCIA

### *I. Antecedentes de hecho*

UNICO. Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia de instancia –incluidos los hechos probados– y los de nuestra sentencia de casación.

### *II. Fundamentos de Derecho*

PRIMERO. Se aceptan y reproducen los de la sentencia impugnada, excepto el primero y segundo en que se suprime y sustituye por lo dicho en nuestra precedente sentencia rescindente, cualquier referencia al procesado Rafael B., quedando subsistente en cuanto hace relación al coprocesado Rafael P.; el 15º en cuanto discrepe con lo dicho en el 4º de la anterior sentencia de casación, extensible todo ello al 16º de la sentencia criticada, y el 20º por lo que se dirá posteriormente.

SEGUNDO. Los hechos que como probados aparecen llevados a cabo por el procesado Rafael B. son legalmente constitutivos de un *delito de robo con intimidación y uso de armas* de los arts. 500 y 501.5 y párrafo último del Código Penal, al darse en la conducta del mismo todos y cada uno de los elementos integrantes de dicha figura delictiva.

TERCERO. De dicho delito es responsable, criminalmente, en concepto de autor el acusado Rafael B., conforme a los números 1° de los arts. 12 y 14 del Código Penal, según lo dicho y por la actuación material, voluntaria e intencional que tuvo en su ejecución.

CUARTO. Todo responsable criminalmente lo es también civilmente, esto es de la indemnización de los daños y perjuicios causados. El lesionado Juan, como se dice en el 20° fundamento de la sentencia de instancia, tenía en la fecha de los hechos 79 años y la fractura cominuta de fémur que sufrió le redujo hasta su muerte el 1 de agosto de 1992 su total capacidad tanto para la deambulación como para la realización de los más sencillos actos cotidianos, creyendo por ello procedente, de acuerdo con lo dicho por el sentenciador, acomodar a tales consecuencia la suma de *ocho millones de pesetas*, acorde con lo postulado por el Ministerio Fiscal y que han de ser percibidos por los herederos de la aludida víctima, a cargo del procesado Rafael P.

### III. Parte dispositiva

#### Fallamos

PRIMERO. *QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado Rafael B., como autor responsable, criminalmente, de un delito de robo con intimidación y empleo de armas, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad, a la pena de 4 años y 8 meses de prisión menor, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.*

SEGUNDO. *Excluir del abono a los herederos de Juan, de la suma de ocho millones, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, al procesado Rafael B., corriendo el abono de dicha suma a cargo exclusivamente del procesado Rafael P.*

TERCERO. Mantener y ratificar el resto de pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia de instancia, no afectados por la presente.

Póngase en conocimiento de la Audiencia de instancia, por el medio más rápido posible, que la sentencia que dictó el 5 de marzo de 1993 y en la que, entre otros particulares, condenó al procesado Rafael B., como autor de un delito de robo con homicidio frustrado, a la pena de 17 años, 4 meses y 1 día de reclusión menor, ha sido casada en dicho extremo, y en segunda sentencia se le ha condenado como autor de un delito de robo con intimidación y uso de armas, a la pena de 4 años y 8 meses de prisión menor, dado que, al parecer, se encuentra en prisión provisional por la causa, a los efectos oportunos (sent. 18-10-1994).