

Audiencia Provincial de La Rioja, Sentencia 100/2023 de 5 Jul. 2023, Rec. 7/2023

Ponente: Orga Larrés, José Carlos.

Nº de Sentencia: 100/2023

Nº de Recurso: 7/2023

Jurisdicción: PENAL

Diario LA LEY, Nº 10388, Sección Sentencias y Resoluciones, 15 de Noviembre de 2023, **LA**

LEY

ECLI: *ES:APLO:2023:338*

24 min

Es coautor del robo con fuerza quien vigila fuera del recinto en el que entra su compañero para apoderarse de objetos

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. Tentativa. Escalamiento por salto de la valla del recinto. Los acusados fueron sorprendidos por la policía cuando intentaban entrar en una empresa para apoderarse de efectos de su interior. COAUTORÍA. Condena a los dos acusados como coautores, a pesar de que uno de ellos entrara en las instalaciones de una empresa para apoderarse de objetos, y el otro se quedara fuera vigilando. Existió unidad de acción y una recíproca cooperación, y ello da lugar a que todos los intervinientes sean considerados como autores del delito. TENTATIVA ACABADA. La tentativa es acabada porque al menos uno de los acusados ya había entrado al recinto, había juntado todo el material del que pretendían apoderarse y justo iba a iniciar la acción de dárselo a su compinche que esperaba fuera cuando fueron sorprendidos. Para ser inacabada deberían haber sido sorprendidos saltando la valla para entrar, sin que hubieran tenido acceso al material del que se iban a apropiar.

La AP La Rioja desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Logroño y confirma la condena a ambos acusados como coautores de un delito de robo con fuerza en su modalidad de escalamiento.

TEXTO

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

SENTENCIA: 00100/2023

-

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, 3ª PLANTA

Teléfono: 941 296 568

Correo electrónico: audiencia.provincial@larioja.org

Equipo/usuario: MCG

Modelo: 213050

N.I.G.: 26089 43 2 2021 0006458

RJR APELACION JUICIO RAPIDO 0000007 /2023

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 3 de LOGROÑO

Procedimiento de origen: JUICIO RAPIDO 0000054 /2021

Delito: ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Recurrente: Luis Miguel, Victorio

Procurador/a: D/Dª ,

Abogado/a: D/Dª VICTOR IRIBARREN HERNAIZ, VICTOR IRIBARREN HERNAIZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

SENTENCIA Nº 100/2023

=====

ILMOS/AS SR./SRAS MAGISTRADOS/AS

D. RICARDO MORENO GARCIA

D. JOSE CARLOS ORGA LARRÉS

DÑA. EVA MARIA GIL GONZALEZ

=====

En LOGROÑO, a cinco de julio de dos mil veintitrés

VISTO, por esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª GEMMA MARANTE CHASCO, en

representación de Luis Miguel y Victorio con la asistencia del abogado D. VICTOR IRIBARREN HERNALIZ, contra Sentencia dictada en el procedimiento JR 54/2021 del JDO. DE LO PENAL N° 3 DE LOGROÑO; habiendo sido parte en él, como apelantes los mencionados recurrentes y el Ministerio Fiscal, en la representación que le es propia, actuando como Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSÉ CARLOS ORGA LARRÉS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Número Tres de los de Logroño el día 28 de junio de 2022, aclarada por Auto de fecha 11 de julio de 2022, en el Procedimiento Juicio Rápido n° 54/21 se establece en su Fallo:

"Condeno al acusado Luis Miguel como autor penalmente responsable de un delito de *Robo con fuerza en las cosas en su modalidad de escalamiento*, previamente definido, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de prisión de 10 meses con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

Condeno al acusado Victorio como autor penalmente responsable de un delito de Robo con fuerza en las cosas en su modalidad de escalamiento, previamente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de prisión de 6 meses con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas."

SEGUNDO.- Por la representación procesal de Luis Miguel y Victorio se interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia alegando error de hecho en la valoración de la prueba; vulneración del principio de presunción de inocencia; indebida apreciación de la tentativa como acabada y, subsidiariamente, indebida apreciación de la tentativa como acabada en los dos acusados.

El Ministerio Fiscal impugnó el recurso de apelación solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO: Recibidos los autos en esta Audiencia Provincial se acordó formar el correspondiente rollo de apelación para la sustanciación de este tipo de recurso, y tras notificar el turno de registro y ponencia a las partes se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo el día 4 de julio de 2023, siendo designado ponente el Ilmo. Sr. D. José Carlos Orga Larrés, quien expresa el parecer de la Sala.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los hechos probados de la sentencia recurrida y, en consecuencia, se dan por reproducidos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Respecto de la alegación de error en la valoración de la prueba.

El recurso no puede ser acogido.

En la sentencia recurrida analiza la Juzgadora la prueba practicada valorándose la *declaración personal de testigos, reproducción de grabación de cámaras de vigilancia como prueba documental y las declaraciones de los encausados negando los hechos*, valoración que depende de la inmediación, y se pretende que este Tribunal por vía de recurso realice una distinta valoración para modificar el relato de hechos probados y establecer inferencias lógicas que conduzcan a un pronunciamiento absolutorio.

La valoración de la prueba corresponde por ley al Juez o Tribunal de primera instancia ([art. 741 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#)) y su criterio debe ser respetado, en principio y por regla general, como consecuencia de la singular autoridad de la que goza en la apreciación probatoria, ya que ante él se ha celebrado el juicio que es el núcleo del proceso penal, en donde adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad.

Al respecto, cabe señalar que cuando se trata de pruebas personales, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que merecen quienes declaran ante el Tribunal corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en apelación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta en su momento que puedan poner de relieve una valoración arbitraria.

Nada impide por ello que la juzgadora de instancia pueda, por medio de la inmediación, evaluar la credibilidad de quienes ante él declaran y formar su convicción en conciencia según el resultado de la confrontación de las declaraciones, otorgando valor superior a la versión de los hechos que trasluce mayor verosimilitud y concordancia lógica con los restantes elementos objetivos de prueba, recordando, -como declara el Tribunal Supremo- que en el trance que nos ocupa "*... el Juzgador de instancia goza de la*

facultad que le atribuye el art. 741 de la LECrim (LA LEY 1/1882). para valorar la prueba y formar la convicción sobre la realidad de los hechos en las declaraciones que le merezcan más verosimilitud, siendo especialmente útil a estos efectos la inmediación con la que observa y escucha a los testigos en sus explicaciones para valorar su credibilidad en uno u otro sentido " STS. 20-12-1999.

A este respecto, debemos añadir que el hecho de que actualmente el juicio oral quede grabado en un soporte audiovisual que permite su examen al Tribunal de Segunda Instancia, no debe llevarnos sin más a considerar que el visionado de esa grabación que puede realizar el tribunal de apelación puede equipararse sin más a la inmediación que tuvo el juez de instancia. En este sentido, la [Sentencia del Tribunal Constitucional 120/09, de 18 de mayo de 2009 \(LA LEY 49468/2009\)](#), descarta que la visualización por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia permita entender colmada la garantía de inmediación. Considera el TC que es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada de la prueba personal, pues permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales: secuencia de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho ([STC 16/2009, de 26 de enero \(LA LEY 1737/2009\)](#) , FJ 5). Por ello, *la simple grabación audiovisual del juicio no puede equipararse a la garantía de la inmediación*, pues ésta es una noción mucho más amplia, que permite el contacto directo del Juez con la prueba, sin el cuál el órgano "ad quem" revalorar las pruebas personales en base a dicha grabación del acto de juicio. En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27 del 19 de Julio del 2010 Recurso: 591/2010 (LA LEY 138979/2010) establece que "...no se puede equiparar la inmediación de las fuentes de prueba por parte del Juez en régimen de contradicción con la mera visualización y audición de las mismas, al no concurrir la percepción directa por este Tribunal de tales declaraciones, mediatizadas por la grabación, y limitadas a la calidad informativa de los datos verbalizados, y, lo que es más importante, carecer de la posibilidad de tomar parte activa en las mismas, esencial para despejar dudas, o aclarar cuestiones que puedan interesar a la adecuada resolución del recurso, y no hayan sido introducidas en el plenario. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 2198/2002 (LA LEY 1761/2003) (Sala de lo Penal), de 23 diciembre (RJ 200313) establece que la inmediación debe ser entendida esta no sólo como un "estar"

presenciando la prueba, sino como aceptar, entender, percibir, asimilar y formar opinión en conducta de todos, sus reacciones, gestos a través de su narrar..."

Por otra parte y tal y como ya se indicó en el AAP La Rioja de 4-6-2015 (Rec. 133/15) respecto de las versiones contradictorias, que señala la STC de 16-1-1995 que "*El que un órgano judicial otorgue mayor valor a un testimonio que a otro forma parte de la valoración judicial de la prueba (SSTC 169/90 (LA LEY 1577-TC/1991),211/91 (LA LEY 55933-JF/0000),229/91 (LA LEY 1864-TC/1992)y283/93 (LA LEY 2310-TC/1993), entre otras muchas) y no guarda relación ni con el principio de igualdad ni con el derecho fundamental a la presunción de inocencia*" y la STS de 4- 7-1995 que "*... la discordancia entre las distintas versiones....solo pueden ser dilucidada por el órgano jurisdiccional que presenció la prueba y pudo observar la firmeza y veracidad de las declaraciones contradictoriaspara conceder su credibilidad a la declaración que estime más fiable y verosímil, siempre y cuando se cumplan los requisitos de carácter formal; sin que en grado de apelación resulte factible la revisión cabal de los extremos valorativos fundados en la percepción directa inmediata del testimonio por parte del Juez que lo evaluó, salvo los supuestos de error manifiesto y notorio*", error que ciertamente no cabe considerar en atención a la argumentación que la Juez desarrolla en la sentencia recurrida.

En este caso concreto, la Juzgadora explicita los motivos por los que concluye la autoría de los hechos por los encausados. Así, detalla que no se basa en el visionado de la grabación, ni en el reconocimiento de los hechos que declaró el agente policial que los encausados efectuaron ante él, sino en la *declaración del agente de policía nacional NUM000, por el hecho de ser testigo presencial y "porque sorprendió a los acusados en la empresa Adhorna; en concreto, Victorio estaba en la vía pública pero junto a la valla y Luis Miguel se estaba descolgando de la valla de dentro a afuera del recinto. Es cierto que en el atestado consta al revés, es decir, que quien estaba en la vía pública junto a la valla era Luis Miguel y Victorio saltaba de dentro a afuera, pero ello resulta indiferente puesto que lo importante es que resulta acreditado que ambos tenían el dominio funcional del hecho, independientemente de que hubieran accedido al recinto los dos o sólo uno y el otro estuviera esperando vigilante para ayudar a trasladar el material y ponerlo a buen recaudo. Por tanto, en cualquiera de las dos hipótesis, ambos son coautores.*"

Frente a ello, la Juzgadora no confiere credibilidad a la versión de los encausados los cuales, constata la sentencia, "niegan los hechos y sólo reconocen que se encontraban recogiendo chatarra- que es su modo de vida- por el polígono como otras veces, dado

que hay muchas industrias y tiran a los contenedores útiles metálicos que ellos venden después. Pero estaban por fuera de la nave, no dentro de ella, no accedieron."

La parte recurrente, cuestionando esta argumentación, afirma en primer lugar que se le ha causado indefensión por el hecho de que únicamente declarara en el acto del juicio uno de los cuatro agentes de policía nacional que fueron citados como testigos, cuestión que no es articulada como motivo del recurso en forma de quebrantamiento de normas y garantías procesales ex artículo 790.2. de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#); y que no cumple las exigencias para su formulación que nacen del segundo párrafo del citado precepto, cuando señala que: "Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación."

A mayor abundamiento, la formulación de dicha genérica invocación de indefensión no cumple ninguno de los requisitos que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha delimitado, por todas en Sentencia nº 270/2019, de 12 de junio de 2019, recurso de casación nº 931/2018 (LA LEY 80623/2019), para recurrir la falta de práctica en el juicio oral de una prueba propuesta y admitida, requisitos referidos a haber solicitado la suspensión del juicio; formular protesta; especificar las preguntas que se le iban a formular al testigo; explicar de las razones que afectan al derecho de defensa por la, en este caso, no práctica de una prueba admitida; juicio no sólo de pertinencia y necesidad, sino de relevancia y posibilidad de su práctica, así como la explicación de la influencia que tendría o hubiera tenido la prueba en el juicio en relación con la trascendencia de su inadmisión.

En base a todo ello, no es posible apreciar la indefensión genéricamente invocada por la parte recurrente, siendo el resto de alegaciones en este punto del recurso meras constataciones de extremos periféricos debidamente aclarados en el plenario (hora en que suceden los hechos o identidad del encausado que se descolgaba de la valla desde el interior del recinto mientras el otro esperaba fuera), cuya relevancia palidece ante la rotundidad de las manifestaciones del testigo sobre el hecho nuclear de que los dos encausados fueron identificados mientras uno se descolgaba desde el interior del recinto y el otro le esperaba al lado de la valla.

El expuesto es un acervo probatorio, fundado en pruebas de carácter personal, valorado por la juzgadora, explicitada cumplidamente su motivación en la sentencia y cuya valoración dista de poder ser tachada de irrazonable, todo lo contrario, lo cual deviene en imposibilidad de revisión en esta instancia.

En definitiva, la valoración de la prueba personal realizada por la juzgadora de instancia es completa, razonable y compartida por la Sala, lo cual deviene en desestimación de este motivo del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Respecto de la alegación de vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia.

El recurso no puede ser acogido.

Como señala la STS de 1-2-2011 (Rec. 1803/2010 (LA LEY 1569/2011)) "...El principio "in dubio pro reo" -dice la STS. 666/2010 de 14.7 (LA LEY 114106/2010) - nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (SSTS. 709/97 de 21.5 (LA LEY 35924/1997) , 1667/2002 de 16.10 (LA LEY 6/2003) , 1060/2003 de 21.7 (LA LEY 2715/2003))..".

Por otro lado y tal como indica, entre otras la STC de 28-9-1998 (nº 189/98 (LA LEY 9333/1998), rec. 4691/96):

"...solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado.....".

En el presente supuesto se ha constatado la realización en el acto del juicio de las pruebas interesadas por las partes: interrogatorio de los encausados, testifical y documental, con el resultado obrante en las actuaciones y sobre lo anterior la Juez desarrolla una argumentación que, en modo alguno, cabe ser considerada como ilógica o irracional en tanto que cada afirmación que realiza en la misma cuenta con la apoyo de la prueba legalmente practicada en el acto del juicio, razón por la que debe concluirse con el rechazo de la alegación de vulneración de tal derecho fundamental que se realiza.

En tal sentido la STS de 30-10-2015 (LA LEY 185987/2015) indica que:

"... El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE (LA LEY 2500/1978) implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (LA LEY 22/1948) ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (LA LEY 16/1950), y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (LA LEY 129/1966)), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia por otra efectuada por un Tribunal que no ha presenciado la prueba.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas".

Es decir no existe vulneración de tal principio si lo que la parte sostiene la existencia de una valoración distinta que aquella que el Juez alcanza sobre los elementos probatorios y su razonamiento es coherente y justificado, como es el caso.

TERCERO: En relación a la impugnación que efectúa el recurso de la *calificación como tentativa acabada del grado de ejecución alcanzado en la comisión del robo con fuerza en las cosas* por ambos encausados cabe recordar, en primer lugar, que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 101/18, de 28 de febrero, (rec. 10661/17 (LA LEY 6952/2018)), señala que:

"El artículo 62 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), al establecer la pena correspondiente a los delitos en grado de tentativa, no se refiere a los conceptos de tentativa acabada o inacabada, sino que obliga a tener en cuenta no solo el «grado de ejecución alcanzado», sino también el «peligro inherente al intento», peligro que remite más a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta.

En palabras de la STS 332/2014 de 24 de abril (LA LEY 57226/2014), «El Código Penal de 1995 (LA LEY 3996/1995) concentró en un solo concepto las formas imperfectas de ejecución del delito, suprimiendo la diferencia tradicional en nuestro ordenamiento penal entre el delito frustrado y la tentativa.

Considera el nuevo texto, en consecuencia, que sólo existen dos modalidades de ejecución: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más especificaciones, pero a la hora de la penalidad diferencia entre la reducción de la pena en uno o dos grados, atendiendo al peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado, por lo que viene a reconocer que no todas las tentativas son iguales.

Por ello la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y tentativa inacabada, que es la tradicionalmente recogida como tentativa en nuestro ordenamiento penal.

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada, según recuerdan las STS. 817/2007 de 15 de octubre (LA LEY 165817/2007) y 703/2013, de 8 de octubre (LA LEY 148701/2013), se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia de una tentativa acabada; y otra, de características objetivas, que pone el

punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, es cuando estamos en presencia de la tentativa acabada.

La doctrina jurisprudencial sigue una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para tipificar la conducta realizada, distinguiéndola de otros tipos delictivos y para conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Aunque en la doctrina y parcialmente en la jurisprudencia, se manejan generalmente estos conceptos de tentativa acabada e inacabada, lo cierto es que la nueva redacción del [art. 62 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), no solo tiene en cuenta para la determinación de la pena legalmente procedente "el grado de ejecución alcanzado", sino también el "peligro inherente al intento", peligro que remite más a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta.

La doctrina y la jurisprudencia (STS 703/2013, de 8 de octubre (LA LEY 148701/2013)) han destacado que en realidad el fundamento esencial de la determinación de la pena radica en el peligro generado por la conducta, pues ordinariamente cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también.

Por tanto debe quedar claro que en el nuevo sistema de punición de la tentativa lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento. Por ello no siempre que la tentativa sea inacabada debe imponerse la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la

tentativa sea inacabada pero el grado de ejecución sea avanzado y el peligro ocasionado sea especialmente relevante, en cuyo caso lo razonable es reducir la pena en un solo grado»

En la [STS 764/2014 \(LA LEY 171232/2014\)](#), por su parte, leemos:

«Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Es decir que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común.

Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva: 1º) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); 2º) los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; 3º) y los supuestos de delitos imposibles "stricto sensu" por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta.

En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico.

Por el contrario, si deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)...»"

En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida argumenta al respecto que:

"Los hechos se aprecian en grado de tentativa porque los acusados no pudieron apoderarse del material que tenían apilado junto a la valla, aún dentro del recinto, al haber sido sorprendidos "in fraganti".La

tentativa es acabada porque, al menos uno de los acusados, ya había entrado al recinto, había juntado todo el material del que pretendían apoderarse y justo iba a iniciar la acción de dárselo a su compinche que esperaba fuera cuando fueron sorprendidos. (Sería inacabada si los hubieran sorprendido saltando la valla para entrar pero sin ni siquiera haberlo conseguido, es decir, sin que hubieran tenido acceso al material del que se iban a apropiar)."

Frente a dicha argumentación, el escrito de recurso no sitúa su reproche a la sentencia en el marco que su formulación acota respecto de los parámetros ya reseñados que la jurisprudencia utiliza para graduar la tentativa, sino que reformula una pretensión de error en la valoración de la prueba respecto de la acreditación de que *uno de los encausados fue visto descolgándose por la valla desde el interior del recinto*, lo cual aboca a la desestimación de este motivo del recurso, incidiendo en cualquier caso en que, revisadas las actuaciones, la Sala comparte la argumentación de la Juzgadora para concluir el carácter acabado de la tentativa, y hacemos nuestros sus plurales argumentos al respecto.

CUARTO: El último motivo del recurso, interpuesto subsidiariamente respecto del anterior, versa sobre una pretendida indebida apreciación de la tentativa como acabada en los dos acusados.

Llama la atención el absoluto vacío argumental de la parte recurrente en la formulación de este motivo del recurso, limitándose a considerar que, "...a lo sumo, únicamente se podría considerar en grado de acabada a uno de los acusados, no a los dos."

Dicha falta de sustento argumental a su pretensión implica, de suyo, la desestimación de este motivo del recurso, sin perjuicio de incidir en que, revisadas las actuaciones, la Sala comparte el criterio de la Juzgadora de considerar coautores a ambos encausados, con independencia de que, en el previo reparto de papeles para la ejecución del hecho, uno saltara la valla y apilara el material pretendido sustraer y el otro esperara vigilante la recepción de ese material.

Así, cabe recordar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando, en su sentencia 7/20, de 25 de febrero, señala, por lo que a los efectos del presente recurso interesa:

"Así, debemos hacernos la pregunta acerca de ¿Cómo explicar la coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes?"

Ante ello, es preciso analizar la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos en su apreciación. Así, lo destaca la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1998 para hacer mención a:

1. Elemento subjetivo de la coautoría: Toda participación en la comisión de un hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría.

2. Elemento objetivo de la coautoría: Se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

Sobre esta base, y aunque lo desarrollamos a continuación de modo sistemático, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos.

a) Teoría de "acuerdo previo" ("pactum scaeleris y reparto de papeles"), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

b) Teoría del "dominio del hecho" (en cuanto posibilidad de interrumpir la voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúan de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante es, en definitiva, que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho propuesto. La doctrina habla en estos casos de supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud del cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, pues en tal caso el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.

En cualquier caso, la exposición razonada que lleva a cabo esta Sala del Tribunal Supremo sobre la coautoría y la asunción de las consecuencias derivadas de un acto conjunto del que responderán todos del resultado final nos llevan a las siguientes conclusiones (entre otras, SSTS de 28 de mayo de 2001 y de 7 de noviembre de 2001, siguiendo a su vez a la de 25 de marzo de 2000):

a) Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico....

...c) Que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica; es decir, en el caso de que concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro. En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el co- dominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no.

Pues bien, de las sentencias citadas podemos fijar los siguientes parámetros de la coautoría y la responsabilidad en el hecho ejecutado por otro con plena asunción y admisión del ilícito proceder, para ubicarnos en la responsabilidad del recurrente que la niega descargando la posible responsabilidad en otros. Y ello, en base a la teoría del pactum sceleris y el dominio funcional del hecho en situaciones de ideación y ejecución conjunta del delito y, como en este caso, con empleo de armas y asunción de las consecuencias:

1.- El dolo compartido en la ejecución del delito.

Del art. 28 CP (LA LEY 3996/1995) se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para

afirmar la existencia de la codelinquencia - SS. 31/5/85, 13/5/86 entre otras- por la doctrina de esta Sala.

2.- No es preciso que concurren en todos los coautores todos los elementos del tipo. Se exige la aportación de elementos esenciales en su ejecución.

La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común.

3.- Asunción de la teoría del dominio del hecho.

A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86, 24/3/86, 15/7/88, 8/2/91 y 4/10/94. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global, aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

La teoría del dominio del hecho se aplica en esencia a los supuestos de coautoría. Así, en la coautoría existe una corresponsabilidad de los copartícipes respecto al resultado que finalmente se produzca en la ejecución del delito. El TS señala (entre otras sentencias de 6 de mayo de 2004, rec. 452/2003 (LA LEY 13424/2004)) que si no consta ninguna oposición, protesta o reserva por parte de alguno de los intervinientes, si en cada secuencia figuran los acusados asumiendo los roles participativos que les corresponden, si las infracciones delictivas se llevan a término con unidad de conocimiento y de voluntad, fieles al plan ideado y aceptado y huyendo simultáneamente cuando lo estimaban consumado, no puede sino concluirse que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que los corresponsabiliza en el mismo grado,

cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Por ello, se exige como presupuesto para la extensión de la responsabilidad del hecho a todos los partícipes la concurrencia de tres circunstancias básicas:

- a) La unidad de acción;*
- b) La recíproca cooperación, y*
- c) El mutuo concurso en la ejecución.*

Dándose estas circunstancias, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (SSTS de 14 de enero de 1985, 12 de abril de 1986, 22 de febrero de 1988, 30 de noviembre de 1989, 21 de febrero de 1990 y 9 de octubre de 1992, entre muchas).

4.- La plasmación del acuerdo previo en la ejecución del delito y asunción de las consecuencias o acuerdo durante la ejecución. Principio de imputación recíproca. La coautoría adhesiva.

*Por lo que se refiere al **acuerdo previo**, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SS. T.S. 3/7/86, y 20/11/81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SS. 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se*

identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

5.- La coautoría no es suma de autorías individuales, sino "responsabilidad por la totalidad". No solo es autor en estos casos el que realiza materialmente la acción.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SS. T.S. 21/12/92 Y 28/11/97 se afirmó que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho".

6.- Las aportaciones causales decisivas de los partícipes en la ejecución del delito. No necesidad de que cada coautor ejecute los actos materiales del tipo penal. Agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común.

Sentencia T.S. 11/9/00, que con cita de la SS. TS. 14/12/98, señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en el [art. 28 del C.P. 1995 \(LA LEY 3996/1995\)](#) como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo previo", a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución".

7.- Autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva. Conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal.

En este tema la S.T.S. 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el [art. 28 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

8.- Autoría directa en ejecución compartida.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

9.- Diferencia de coautoría de la cooperación.

Como dice la S.T.S.27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

10.- La coautoría en el plano subjetivo y objetivo.

La coautoría aparece caracterizada:

a.- Desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas.

b.- Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

11.- La participación adhesiva o sucesiva y la coautoría aditiva.

Las SS.T.S. de 29-3-93, 24-3-98 y 26-7-00, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En este sentido, no puede pretenderse -y esto es importante- que se individualice cuál fue la concreta actuación de cada uno para darle a cada uno distinta responsabilidad en la comisión del delito....

...12.- La imputación recíproca....

En este sentido en STS. 1320/2011 de 9.12 (LA LEY 241461/2011), hemos dicho que...Este principio de imputación recíproca rige entre los coautores, mediante el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado.

Ahora bien, en estos supuestos es preciso *comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominios, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta bien entendido que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas decisiones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.*

La antes aludida tesis de la imputación recíproca se manifiesta, así, bajo la admisión de la concurrencia del elemento subjetivo que destacan las SSTS de 1 de marzo, 11 de septiembre y 21 de diciembre de 2000 y 21 de febrero y 13 de marzo de 2001, al afirmar

y reiterar que la realización conjunta debe estar animada por un dolo compartido por un mutuo y previo acuerdo, como soporte subjetivo de la autoría en que se funda el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado, y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Por otro lado, se entiende que es suficiente con que el acuerdo surja durante la ejecución -coautoría adhesiva o sucesiva- y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar, por lo que ese acuerdo, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes...

...13.- No es preciso que cada coautor lleve a cabo todos los actos materiales del delito.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6 (LA LEY 243828/2007), 338/2010, de 16-4 (LA LEY 34221/2010), al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9 (LA LEY 10765/2000), y 1486/2000, de 27-9 (LA LEY 172626/2000), que señala que "la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elementos subjetivos de la coautoría y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación; el carácter, subordinado o no, del partícipe de la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

14.- El acuerdo es previo o simultáneo.

La mencionada decisión conjunta es consecuencia de un acuerdo que puede ser previo o simultáneo a la misma ejecución, debiendo valorarse, en su caso, la posible existencia de un exceso en algunos de los coautores, pudiendo quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo...

...16.- El vínculo de solidaridad.

Es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3 (LA LEY 12060/2005), que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Cuando aparece *afirmada la unidad de acción, y recíproca cooperación, ello da lugar a que todos los intervinientes sean considerados como autores del delito...."*

En atención a todo ello, y conforme ya hemos anunciado y argumentado "ut supra", procede la desestimación de este último motivo del recurso.

QUINTO: Respecto de las costas procesales en aplicación de lo establecido en el [art. 239 \(LA LEY 1/1882\)](#) y [901 LECRM \(LA LEY 1/1882\)](#), procede su imposición al recurrente.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Luis Miguel y Victorio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Número Tres de Logroño de fecha 28 de junio de 2022 en el Procedimiento Juicio Rápido 54/21 ante él seguido y del que dimana el presente rollo de apelación RJR 7/23, y en consecuencia **CONFIRMAMOS** la expresada resolución en su integridad, con imposición de las costas procesales al recurrente.

Notifíquese esta resolución de acuerdo con lo establecido en el [artículo 248.4 de la LOPJ \(LA LEY 1694/1985\)](#).

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación por infracción de ley conforme al [art. 792.4 \(LA LEY 1/1882\)](#), [847.1.2º b\) \(LA LEY 1/1882\)](#) y [849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#), que deberá prepararse en cinco días ante este tribunal para ante el Tribunal Supremo en los términos de los [artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#).

Así por esta sentencia lo mandamos y firmamos.