



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

-1-

0 0296338

SALA SEGUNDA

Sección Cuarta

Excmos. Sres.:

Don Miguel Rodríguez-
Piñero

Don Antonio Truyol Serra

Don Alvaro Rodríguez
Bereijo

Núm. de Registro: 2014.88

ASUNTO: Recurso de amparo
promovido por don Agustín
Criado Gómez

SOBRE: Sentencia de la Sala
2ª del Tribunal Supremo, en
casación de la dictada por
la Sección 4ª de la Audien-
cia Provincial de Madrid
condenatoria por delito de
robo con homicidio

La Sección ha examinado el presente recurso de am-
paro interpuesto por don Agustín Criado Gómez

I. ANTECEDENTES

Primero.- El 10 de diciembre de 1988 se presentó
en el Juzgado de Guardia demanda de amparo por el Procura-
dor de los Tribunales don José María Abad Tundidor, en nom



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

-2-
0 0296339

bre y representación sin acreditar de don Agustín Criado Gómez, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 1988, por considerarla contraria al principio de igualdad.

Segundo.- Los hechos de los que la presente demanda trae causa, en síntesis, son los siguientes:

a) el recurrente y otro -ambos con antecedentes penales no caducados- fueron condenados por la Audiencia Provincial de Madrid como autores de un delito de robo con homicidio a las penas de veintiséis años, ocho meses y un día de reclusión mayor y veintisiete años, diez meses y un día de igual pena, respectivamente.

b) De acuerdo a los hechos declarados probados por dicha Sentencia los procesados se pusieron de acuerdo a iniciativa del recurrente "para sacar dinero de algún sitio" mediante el uso de armas sobre las catorce horas del día 15 de marzo de 1985.

Previamente y a tal efecto, el otro condenado no recurrente se dirigió a unos soportales existentes en un polígono de un barrio periférico de Madrid, en cuyos bajos tenía escondida una escopeta de cañones recortados, envuelta en una sábana y depositada en un bidón incrustado en el suelo, y extrayéndola se la colocó debajo del anorak que vestía, fue en busca de alguna persona que le acompañase en la comisión del hecho que proyectaba, por estimar que era mejor hacerlo así y no solo, encontrándose entonces con el hoy recurrente, Criado Gómez, "Cachito", y le propuso intervenir en aquél, lo que éste aceptó, pero como éste no tuviera arma alguna le entregó una navaja "de grandes dimensiones". Caminaron juntos acto seguido hasta hallar algún sitio propicio y cuando estaban en la Gran Avenida de la Meseta de Orcasitas, vieron una droguería donde no había



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

ningún cliente, decidiendo entonces realizar en ella el hecho que habían concertado.

c) A este objeto penetró el condenado no recurrente en dicho establecimiento y después su acompañante, encontrándose en él su dueño y su hija de 26 años, a quien pidió un producto de las uñas, y cuando aquél trataba de servirselo, el recurrente en amparo esgrimió en ese momento la navaja, al tiempo que el otro exhibía y conminaba a ambos con la escopeta, que hasta entonces había llevado oculta, a que les entregasen dinero; seguidamente pasó el recurrente a introducirse por el mostrador central hacia el lugar en que se hallaba la caja registradora, mientras que su compañero quedaba expectante dirigiendo el arma contra el dueño y su hija, vigilando sus movimientos. Como consecuencia de ello, aquél recogió dinero, unos mecheros y efectos de bisutería, que en conjunto se han estimado en unas 45.000.- ptas.; pero, como el reo no recurrente observara que la joven tenía al cuello una cadena y medalla de oro, "se entretuvo en cogérsela", no consiguiéndolo, ya que el padre, agotada su paciencia ante esa actitud del procesado, cogió un cuchillo del mostrador y gritando "ya está bien", se dirigió hacia el mismo, quien hizo un disparo intimidatorio con la escopeta que portaba, incrustando el proyectil en un muro, al que causó daños de 12.000.- ptas., ante lo cual salió huyendo el recurrente ausentándose del establecimiento, al tiempo que el dueño perseguía a su compañero, quien, al llegar a la puerta del local desde las inmediaciones verificó un nuevo disparo dirigido esta vez, directamente, contra la parte baja del cuerpo de su víctima, alcanzándole en el abdomen donde le produjo una herida gravísima con estallido de todo el paquete intestinal y del páncreas, lo que originó su fallecimiento horas después en la Residencia Sanitaria donde fue ingresado.

d) Los reos lograron fugarse por separado, pero se reunieron después en el mismo lugar en que se pusieron de



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

acuerdo para cometer el hecho, y tras comentar lo ocurrido, se repartieron el dinero que se llevó el recurrente del establecimiento, recibiendo su compañero unas siete u ocho mil pesetas, separándose después, siendo detenidos a los ocho días sin recuperarse nada de lo sustraído.

e) La escopeta de cañones recortados utilizada por el otro condenado que ocultaba a su disposición en el lugar de donde la recogió antes de cometer el hecho, la tenía sin que conste su origen y sin documentación alguna, encontrándose en perfectas condiciones de funcionamiento, y de la cual se desprendió posteriormente arrojándola a un contenedor de basuras; no constando que hubiere compartido en ningún momento su tenencia y uso con el demandante de amparo.

Tercero.- Como punto de comparación la demanda acompaña la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1988, dictada a propuesta del mismo ponente, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1984. La primera de dichas resoluciones parte de la siguiente transcripción fáctica:

"Se declara probado que sobre la mitad de la tarde del día 28 de octubre de 1985, los procesados Manuel, Jesús María y Francisco Javier, los tres mayores de edad y con antecedentes penales (...), coincidieron en un bar de la parte vieja de esta ciudad de Pamplona, ya que ambos tres se conocían por haber estado juntos en la cárcel; en el curso de la conversación entre ellos, Manuel, que se sentía con necesidad de dinero, propuso a los otros dos 'hacer algo para obtenerlo' de algún establecimiento, lo que aceptaron éstos, y sin un plan preconcebido, en autobús de servicio público, se trasladaron a Barañain, cercano a Pamplona, al domicilio de aquél para allí recoger el mismo, Manuel, una escopeta de cañón recortado que tenía éste y a la que tiempo antes le había recortado él mismo el cañón, una vez que logró cogerla del Monasterio de la Oliva donde



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

sabía que allí estaba en un gallinero, hecho depurado en otra causa. Una vez con el arma que llevaba en una bolsa de plástico, andando, se dirigieron hacia Pamplona a la zona del barrio de Ermitagaña, tratando de localizar algún establecimiento propicio para poder realizar el propósito que los tres tenían concertado. Sobre algo antes de las 20 horas del propio día, Manuel divisó un establecimiento "supermercado" y les propuso a los otros dos realizar su propósito en el mismo. Acto seguido, Manuel sacó el arma, escopeta, de la bolsa, la cargó con un cartucho de los que llevaba en la propia bolsa, marca 'Legia' F.N., calibre doce de postas, entregando otros tres a Jesús y quedando en la bolsa otros cuatro más, marca E.R.T., calibre doce, esconde el arma -que es recamarada para cartuchos de calibre 12-65, marca Hércules, fabricada por "Hijos de Víctor Arambarri y Compañía" Eibar, en 1923, con número de serie 1960 y 477 en el cañón, en conservación aceptable y correcto funcionamiento-, o la oculta debajo de la cazadora que vestía, y en unión de Jesús, penetró en el Supermercado Spar, llamado 'Maralz'(...), del que era representante legal Angel, quedándose fuera, cerca del establecimiento y sin una específica misión en actitud de espera de vigilancia, Francisco Javier; los dos primeros dentro, Manuel apuntó a las personas que había en ese momento en el Supermercado, que eran unas seis, contando clientes y propietarios a las que dijo 'para atrás, esto es un atraco', empujando con la escopeta a la cajera del establecimiento, mientras Jesús que entró con la cara tapada con un pañuelo negro y gafas de sol, cogió el dinero que se encontraba en la caja registradora, que ascendía a 34.500.- ptas.; cogido el dinero por Jesús, Manuel, encañonando con el arma a los presentes, acto seguido los dos salieron del establecimiento y con Francisco se dieron a la fuga, es decir empezaron veloz huída en dirección a la variante Oeste por la c/ Ronda de Ermitagaña. En la huída fueron seguidos a poca distancia por Angel y por sus dos hijos, Miguel Angel y José María, titulares los últimos del establecimiento, y cuando



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

los dos hermanos se encontraban ya cerca de Manuel, quien corría más despacio y los otros dos le habían sacado una relativa ventaja, al sentir la proximidad de los perseguidores, aquél, Manuel, se volvió por dos veces y les dijo que se pararan, pero ellos insistían en su acción de cogerlo, mo mento en el que Manuel apretó el gatillo del arma, y como no salió el tiro, apuntando a uno de los perseguidores, y a una distancia de veinte metros, montó rápidamente el percutor, disparándose el arma, ya que siguió apretando el gatillo, manteniendo el arma en sentido horizontal y paralelo al suelo, a la altura media del cuerpo, saliendo el tiro que alcanzó a José María, con cuatro proyectiles-postas, uno en el brazo derecho, otro en la pierna derecha y otros dos en el hemitórax derecho, uno por encima del hueso axilar y otro muy cerca del esternón, situado en espacio intercostal quinto, que perforó pericardio y ventrículo derecho. Los impactos produjeron, el último y coadyuvado con el otro del pecho, la muerte instantánea de José María, provocando además el disparo, que no siguieran en la persecución el otro hermano y el padre. Los tres procesados así se alejaron y se reunieron cerca de los cines Golem, de allí se trasladaron a las proximidades del río Arga, se repartieron el dinero cogido entre los tres, escondió el arma y cartuchos sobrantes de la bolsa entre la maleza Manuel, y éste por un lado y los dos por otro, se marcharon de allí por distintos caminos."

Para lo que aquí interesa, la Audiencia Provincial de Pamplona condenó a Jesús como autor de un delito de robo con muerte dolosa y uso de armas; el Tribunal Supremo casó la sentencia y lo condenó por un delito de robo con intimidación y uso de armas.

La segunda de dichas resoluciones se basa en los hechos que se resumen en su segundo considerando. Así:"



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

"Que del análisis de los hechos (...), es preciso resaltar: a) que los tres procesados , y por consiguiente los dos recurrentes José Manuel y Juan José, que intervienen en la presente impugnación casacional bajo una sola representación, acordaron ir a la ciudad de Málaga con 'la idea de adquirir' alguna cantidad de la sustancia tóxica conocida con el nombre de hachís; b) que una vez en la ciudad indicada, establecieron contacto con una persona que se les aproximó ofreciéndoles 'chocolate', pero como no tenía la cantidad que deseaban, le buscó a otra persona, que resultó ser la víctima del homicidio, y con el que el procesado Antonio se puso de acuerdo en principio sobre la adquisición de dos kilogramos por el precio de 200.000.-ptas., quedando de acuerdo, y por indicación de uno de los procesados, el ir a donde tenían aparcado el vehículo para evitar complicaciones; c) que penetraron en el automóvil, colocándose José Manuel al volante, Antonio en el asiento contiguo de la derecha; Juan José en la parte posterior, lado izquierdo, la persona vendedora de hachís (víctima del homicidio) en el asiento del centro de la parte posterior; y el acompañante de éste (persona que actuó de mediador) en la derecha de éste; d) que el procesado Antonio pretendió obtener una rebaja del precio, entablándose una discusión sobre el mismo, 'hasta que en un momento dado, y sin que aparezca acreditado que la víctima hiciese movimiento sospechoso alguno, el procesado aludido' (...) 'extrajo' la pistola que llevaba consigo y procedió a disparar su arma contra el portador de la droga, alcanzándole y causándole heridas que fueron causa determinante de su muerte; e) que este procesado que disparó el arma, había indicado anteriormente a los otros dos procesados, que portaba el arma, y que en caso de no tener dinero suficiente para pagar el hachís, se quedarían con él como fuera 'sin que mostrasen a éste la menor oposición o contrariedad'; y f) que los tres procesados, con el cuerpo de la víctima, abandonaron, en el coche, el lugar donde se habían realizado el disparo y apoderamiento de la droga, penetrando 'en un carril del río



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Guadalhorce' en el que dejaron a la víctima, que ' por el tiempo transcurrido y naturaleza de la herida debía haber ya fallecido'".

Igualmente el Tribunal Supremo procedió a condenar como autor de robo con homicidio a Antonio, y a los otros dos procesados, como cómplices del mismo delito.

Cuarto.- Por providencia de la Sección Cuarta de 13 de marzo de 1989, se acordó poner de manifiesto al recurrente, en los términos del artículo 50.5 LOTC, el defecto de falta de poder que acredite la representación, defecto a subsanar en el término de diez días. En igual término, el recurrente y el Ministerio Fiscal podían alegar lo que estimaran conveniente respecto a la carencia de contenido constitucional de la demanda -art. 50.1.c)-.

Quinto.- En escrito que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 31 de marzo siguiente, la defensa del recurrente formuló sus alegaciones. Centra su alegato en la quiebra del derecho a la igualdad de trato, violación que aquí se ha producido, de acuerdo a doctrina jurisprudencial, por haber modificado el mismo órgano judicial radicalmente el sentido de su decisión, sin ofrecer al respecto una fundamentación suficiente y razonable; a ello se añade, de acuerdo a las manifestaciones del actor, la identidad del ponente en las dos sentencias que compara en este trámite: la que impugna y la de 29 de enero de 1988.

Para ello efectúa un análisis en paralelo cotejando prolijamente ambas resoluciones para poner de manifiesto la identidad fáctica de las dos situaciones a lo largo de siete folios y medio. Concluye su escrito reiterando que, pese a la identidad de supuestos de hecho, no se ve en la segunda de las sentencias recaídas, la que afecta al recurrente, ningún razonamiento que justifique el apartamiento



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

del criterio sustentado en la anterior resolución, dictada pocos meses antes.

Asímismo se aporta el poder para pleitos por el que se acredita la representación procesal.

Sexto.- Por su parte, el Ministerio Fiscal, en escrito ingresado en este Tribunal el 7 de abril siguiente, recuerda, en primer término, la doctrina de este Tribunal sentada en su sentencia 66/1987, respecto de la violación del principio de igualdad en casos de apartamiento de los precedentes judiciales y recuerda que lo necesario en tales casos es la justificación del cambio de criterio, no la expresa de sus precedentes, y ello a fin de no caer en el voluntarismo selectivo frente a casos anteriores.

En segundo lugar, pasa el Ministerio Fiscal a ponderar la analogía entre los dos supuestos ofrecidos por el actor. El supuesto de la sentencia objeto del recurso de amparo es similar, pero presenta elementos que lo apartan del supuesto del término de comparación que sirve de confrontación. En éste la muerte violenta se produce como consecuencia de la huída, agotado el delito contra la propiedad; en la sentencia impugnada la acción contra la propiedad se está cometiendo, porque uno de los delincuentes mantiene encañonando a las víctimas, con lo que realiza la actividad de intimidación necesaria e imprescindible para la comisión del tipo penal y en la realización de esta intimidación las víctimas se defienden y se produce un primer disparo de aviso, saliendo huyendo los dos atacantes y disparando el portador del arma un segundo disparo en el mismo establecimiento, que causa una muerte. De lo que, concluye el Ministerio Público, se infiere la no identidad necesaria para sustentar la quiebra pretendidamente sufrida por el demandante.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Solicita, en consecuencia, que se inadmita el recurso instado por el actor.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.- De las dos posibles causas de inadmisión que suscitadas en nuestra providencia de 13 de marzo pasado, una ha desaparecido al haberse aportado copia del poder para pleitos que justifique la representación ostentada en nombre del recurrente en los presentes autos: se da así cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 49.2 a) LOTC.

Segundo.- No obstante, queda en pie la segunda de las causas apuntadas y que ahora cobra plena carta de naturaleza; en efecto, en contra de lo que sostiene el actor, su pretensión carece de contenido constitucional. Ello se debe a que no existe la analogía necesaria entre los dos supuestos a los que el actor ha limitado su análisis comparativo; análisis que centra únicamente en la comparación de los hechos declarados probados en las sentencias aquí aportadas, pero no extiende a las consideraciones jurídicas que dichos hechos declarados probados propiciaron en ambas resoluciones.

En la sentencia de 29 de enero de 1988, la ofrecida por el actor como término de comparación, los hechos fueron diversos. Del segundo párrafo del fundamento jurídico tercero se desprende que para el órgano judicial decidente el sujeto activo, que a la postre sería autor del robo con homicidio, estaba espacial y psicológicamente distante del resto de sus compañeros, los que, precisamente, serían castigados por hechos diversos, es decir por coautoría en un robo con intimidación, sin el resultado de muerte. Esta toma en consideración por parte del Tribunal Supremo de la diferente posición de los procesados se debe,



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

también a tenor de los hechos declarados probados, a que no era suficientemente evidente una concertación subjetiva plena entre todos los intervinientes y que, en todo caso, al disgregarse los asaltantes por la reacción defensiva de las víctimas, se produjo, en la calle, que la colocación de los implicados fuera entre sí lo suficientemente diversa como para que, de haber existido solidaridad, ésta se rompiera.

Visto así el hecho anterior, es decir, en el conjunto de sus circunstancias, no puede considerarse rectamente que dicha sentencia del Tribunal Supremo sea un precedente de la que difiera la condena del recurrente y, no siendo un precedente, mal podría apartarse la Sala Segunda de un precedente inexistente. No puede pasarse por alto, el que la violencia letal en el caso impugnado por el demandante se produce mientras se efectúa el ilícito apoderamiento y no cuando éste ha finalizado, y ello con independencia de considerar el instante consumativo en esta clase de delitos y del papel que deba desempeñar el artículo 512 del Código Penal. Es más, de acuerdo con los fundamentos jurídicos séptimo y noveno de la sentencia de la que las presentes actuaciones traen causa, quien, previamente concertado, efectuaba el apoderamiento mientras el otro procesado esgrimía el arma de fuego era, precisamente, el recurrente en amparo y, finalizado el hecho, repartió con el otro coautor el producto del delito. Para el Tribunal Supremo, de acuerdo a una inveterada doctrina, el hecho de efectuar la sustracción con pleno conocimiento de la intimidación, supone aceptar ésta y el riesgo de que la misma pase a mayores.

En consecuencia, no puede sostenerse razonablemente que estamos aquí ante un precedente y que se haya tratado discriminatoriamente al recurrente respecto de otras resoluciones anteriores de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

-12-

0 0296349

En méritos de lo que antecede, la Sala acuerda la inadmisión de la demanda y el archivo de las actuaciones.

Madrid, veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

Antonio Vázquez

[Firma]

Antonio Berrio

[Firma]