

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

**Profesor Titular de Derecho Penal
Balears**

**Nociones acerca de la agravante de disfraz
en la jurisprudencia del tribunal supremo**

Sumario'

EVOLUCIÓN HISTÓRICA. FUNDAMENTO. CONCEPTO.
REQUISITOS. NATURALEZA. COMUNICABILIDAD.
COMPATIBILIDAD CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS DE
AGRAVACIÓN. DELITOS A LOS QUE ES DE APLICACIÓN
LA AGRAVANTE.

* El presente trabajo ha sido enviado para su publicación en el Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Marino Barbero Santos con motivo de su jubilación.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En Código Penal de 1822 no figura la circunstancia de disfraz de manera expresa. El artículo 106. 3ª emplea la expresión "artificio" pero no disfraz¹.

La agravante de disfraz aparece por primera vez en el Código Penal de 1848 en su artículo 10.7ª "emplear astucia, fraude o disfraz"; redacción que se reproduce en la reforma de 1850 y en el Código Penal de 1870, pasando a ser la agravante 8ª.

En el Código Penal de 1928, la plasmación de la agravante en el Código Penal cambia de redacción; pues el artículo 66.11 establece "emplear en la preparación o ejecución del delito astucia, fraude, disfraz o cualquier suerte de engaño". Es de observar la distinción de los momentos distintos a los que la agravante de disfraz puede afectar, no sólo en el momento de la ejecución sino también durante la preparación.

Los Códigos Penales de 1932, 1944, 1973 y la Reforma Parcial y Urgente de 1983 hacen referencia a la agravante con idéntica redacción que el Código Penal de 1848.

En el Proyecto de 17 de Enero de 1980, no aparece dentro del catálogo de agravantes del artículo 28; lo mismo en la

1 Tercera: la mayor malicia, premeditación y sangre fría con que se haya cometido la acción; la mayor osadía, imprudencia, crueldad, violencia ó artificio, o el mayor número de medios empleados para ejecutarla.

Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 —artículo 24— y en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 —artículo 21—. En la exposición de Motivos de este último se hace expresa referencia a la reducción del número de circunstancias agravantes. Sin embargo aparece de nuevo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 en su artículo 23. 3º con idéntica redacción a la del Código Penal de 1995; desapareciendo las clásicas expresiones de astucia o fraude, que en opinión de Lopez Garrido y Garcia Arán² deberán ser incluidas en el concepto de abuso de superioridad.

FUNDAMENTO

Entendemos que tal circunstancia agravante, carece de fundamento. Queriendo significar con ello que los fundamentos establecidos por Doctrina y Jurisprudencia no justifican su inclusión en el catálogo de las circunstancias de agravación; pues el hecho de intentar una mayor facilidad en la ejecución, una mayor dificultad en la identificación y con ello tratar de conseguir la impunidad, son pretensiones inherentes a quien lleva a cabo la comisión de un delito.

Sin embargo, desde antiguo e incluso en la actualidad, Doctrina y Jurisprudencia han tratado de buscar su fundamentación en base a planteamientos que a continuación vamos a desarrollar.

Pacheco³ consideró que tal agravante estaba justificada y fundamentaba su existencia en la mayor alarma y perversidad por parte del sujeto.

2 El Código Penal de 1995 y la voluntad del Legislador. Madrid 1996. Pág.54.

3 El Código Penal concordado y comentado. Tomo I, Madrid 1867. Pág. 226. "En la mayor alarma y el refinamiento de perversidad y cautela".

Groizard⁴ niega que haya que buscar el fundamento del disfraz en la idea de premeditación y alevosía, por cuanto en múltiples ocasiones podrá existir la agravante, sin la concurrencia de aquellas.

Anton Oneca⁵ por su parte, entiende que la fundamentación hay que buscarla en la idea de facilidad en la ejecución, dificultad en la defensa del ofendido y en la persecución del ofensor; todo ello "vendrá a aumentar la gravedad normal del delito".

Quintano Ripolles⁶ plantea tres causas de posible fundamentación; la alarma, el terror y la facilidad en la ejecución. Negando la idea de indefensión, pues el disfraz no impedirá que el sujeto pasivo del delito pueda defenderse.

Rodríguez Mourullo⁷ ve imprescindible para la fundamentación del disfraz la idea de mayor facilidad en la ejecución con la consiguiente indefensión; afirmando que ésta se producirá sólo cuando exista error por parte de la víctima.

Bustos Ramírez⁸ sostiene que el disfraz aumenta el desvalor del acto, por su semejanza con la alevosía, en contra de lo sostenido por Quintano, crea indefensión en la víctima por cuanto la confunde.

4 Código Penal de 1870. Tomo I. Madrid 1902. 2ª Edición. Pág. 460. "Ni la astucia ni el fraude ni el disfraz son premeditación, ni es ésta la circunstancia con quien tienen relación más directa. Se acercan mas a la alevosía aunque no pueden confundirse con ésta".

5 Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Madrid 1949. Págs. 368 y 369.

6 Comentarios al Código Penal. Revista de Derecho Privado. Madrid 1966. Pág. 224 y 225. "La víctima puede defenderse contra la máscara, lo mismo que contra quien va a cara descubierta".

7 Comentarios al Código Penal. Tomo I. Barcelona 1976. Pág. 638. "Constituye un endeble fundamento agravatorio en el que el delincuente procure sustraerse al castigo ocultando en el momento de la ejecución, su verdadera apariencia porque tal actitud obedece a un lógico y natural anhelo".

8 Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Barcelona 1984. Pág. 421.

Mir Puig⁹ entiende que el fundamento de la agravante se halla en la agravación del injusto; éste se verá agravado por la idea de facilitación de la impunidad y con ello de la decisión de delinquir.

Para Quintero Olivares¹⁰ el fundamento clásico de la agravante ha sido la superioridad del sujeto activo frente a la víctima, aunque en realidad entre personas físicas ello no es así.

Para este autor, sólo en los casos de violencia callejera, donde el sujeto se ampara en el anonimato, podría encontrarse la fundamentación coherente de dicha agravante.

Arroyo de las Heras¹¹ sostiene que se trata de una circunstancia que comporta una mayor antijuricidad y cita la Sentencia de 27 de Octubre de 1982¹².

Por su parte, la Jurisprudencia de los últimos años del Tribunal Supremo fundamenta la existencia de la agravante que comentamos, en diversos aspectos que a continuación enumeraremos. Así, en algunas resoluciones se encuentra la "ratio esendi" en la mayor dificultad de la labor investigadora, tanto en el campo policial como judicial; considerándose que todo ello facilita la impunidad por dificultar la identificación del sujeto de la infracción penal. Añadiéndose que además el disfraz facilita la ejecución del hecho, en una doble vertiente, a saber, pues da una mayor desenvoltura y destreza al autor y produce en el sujeto pasivo la ausencia de falta de prevención¹³.

Otras Sentencias, nos dan una doble fundamentación: a la mayor facilidad en acercarse a la víctima por falta de infun-

9 Derecho Penal, Parte General. Barcelona 1996. Pág. 641.

10 Manual de Derecho Penal. Parte General. Pamplona 1999. Págs. 725 y ss.

11 Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995. Pamplona 1997. Pág. 48.

12 Ponente Sr. Rodríguez Lopez.

13 Sentencia de 4 de Octubre de 1995. Ponente Sr. Soto Nieto.

dirle sospecha y cogerla desprevenida y b- el conseguir no ser reconocido e identificado¹⁴.

En alguna Resolución del Alto Tribunal se recalca la idea de dificultad en el descubrimiento del autor del hecho, y ello será suficiente para fundamentar la agravante; por lo que el fundamento no se halla "en la total frustración del descubrimiento del hecho"¹⁵.

En ocasiones alguna Sentencia relaciona y basa el fundamento de la agravación en la mayor reprochabilidad al suponer un ánimo específico en el autor encaminado a realizar el delito con mayor impunidad¹⁶.

Algunas Sentencias conectan el disfraz con estados anímicos del sujeto, concretamente con la idea de "fría reflexión" o "mayor energía criminal"¹⁷.

CONCEPTO

El diccionario de la Real Academia Española, define el término disfraz como "artificio que se usa para desfigurar una cosa con el fin de que no sea conocido".

Entiendo que puede definirse con más precisión la agravante en cuestión como: el empleo de un medio que dificulte el descubrimiento de la verdadera identidad de una persona al desfigurar su verdadera apariencia.

14 Sentencias de 28 de Septiembre de 1986. Ponente Sr. Vives Marzal; 22 de Enero de 1987. Ponente Sr. Latour Brotons; 28 de Abril de 1989. Ponente Sr. Ruiz Vadillo y 10 de Octubre de 1994. Ponente Sr. García Miguel.

15 Sentencia de 2 de Octubre de 1989. Ponente Sr. Bacigalupo.

16 Sentencia de 24 de Octubre de 1995. Ponente Sr. Martín Pallín.

17 Sentencia de 18 de Octubre de 1989. Ponente Sr. Bacigalupo y 30 de Marzo de 1998. Ponente Sr. Bacigalupo.

Cuello Calón y Rodríguez Mourullo¹⁸ centraron sus definiciones en la idea del artificio encaminado a desfigurar los rasgos característicos de las personas. En el mismo sentido Ferrer Sama¹⁹ y Cobo-Vives²⁰.

Cuerda Arnau²¹ considera que de la definición de Rodríguez Mourullo se desprende que no constituirán disfraz aquellos artificios que desfiguren otros extremos de la persona que no sea su apariencia física, tal y como fingir la voz. Extremo éste, admitido en la Jurisprudencia antigua y negado en la actual²².

Quintero²³ sostiene que hay que partir de un concepto funcional de disfraz y no carnavalesco.

En definitiva pues, se trata, como hemos visto en la Doctrina, y como analizaremos en la Jurisprudencia de un concepto de disfraz en sentido amplio que no se limita a nada en concreto, sino que por el contrario será cualquier elemento, objeto,

18 Cuello Calón. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Madrid 1964. Pág. 563. "Todo artificio encaminado a desfigurar rasgos característicos o la apariencia verdadera de las personas".

Rodríguez Mourullo. Código Penal. Pág. 126. "Cualquier artificio apto para desfigurar rasgos característicos o apariencia verdadera de la persona". En este mismo sentido la Sentencia de 17 de Mayo de 1995: "empleo de todo medio para desfigurar los rasgos característicos de las personas o su apariencia verdadera y así poder evitar ser reconocido".

19 Comentarios al Código Penal. Tomo I. Murcia 1946. Pág. 386. "Por disfraz debe entenderse cualquier procedimiento empleado por el delincuente para desfigurar su persona".

20 Derecho Penal. Parte General. Valencia 1996. Pág. 810. En la 3ª edición. Pág. 689 los citados autores definen el disfraz "como una especie de fraude o astucia consistente en ocultar la personalidad mediante un atuendo cualquiera que otorgue una apariencia poco reconocible".

21 Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I. Valencia 1996. Pág. 224.

22 Sentencia de 23 de Junio de 1898: admitió como disfraz, fingir la voz.

Sentencia de 2 de Julio de 1991. Ponente Sr. García Aucas "ha negado que fingir la voz sea una forma de disfraz".

23 Ob. cit. Pág. 725. Vestimenta o complemento que impida la identificación del sujeto.

artificio, que dificulte el descubrimiento de la identidad de una persona, por desfigurar su verdadera apariencia.

La Jurisprudencia más antigua consideró que existía la agravante de disfraz por el hecho de, taparse la cara con un pañuelo²⁴ pintarse de negro la cara y de blanco el pelo²⁵ colocarse en la cabeza un pañuelo de los que emplean las mujeres²⁶, vestirse ropas de mujer²⁷ y tiznarse la cara y fingir la voz²⁸, y empleo de hábitos sacerdotales²⁹.

Ya en la mitad de este siglo, otras Resoluciones, indican que constituye la agravante el hecho de, taparse el rostro al matar a sus víctimas³⁰, ponerse un guardapolvo y emplear un pañuelo como antifaz³¹.

La reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo define la agravante de disfraz de manera pacífica como, aquel artificio para desfigurar al delincuente a fin de no ser reconocido, pudiendo afectar al rostro o al hábito externo del mismo. Constituyendo disfraz, el hecho de cubrirse el rostro con un pañuelo, bufanda o manga de camisa³², empleando pasamontañas, gafas oscuras y barba postiza³³, taparse el rostro con una media³⁴, uso de pasamontañas³⁵.

24 Sentencia de 30 de Abril de 1872.

25 Sentencia de 10 de Julio de 1874.

26 Sentencia de 12 de Noviembre de 1887.

27 Sentencia de 25 de Mayo de 1880.

28 Sentencia de 23 de Junio de 1898.

29 Sentencia de 5 de Marzo de 1936.

30 Sentencia de 10 de Marzo de 1947.

31 Sentencia de 14 de Junio de 1961.

32 Sentencia de 9 de Abril de 1981. Ponente Sr. Hijas Palacios.

33 Sentencia de 25 de Marzo de 1982. Ponente Sr. Hijas Palacios.

34 Sentencia de 16 de Julio de 1982. Ponente Sr. Hijas Palacios.

35 Sentencia de 17 de Julio de 1982. Ponente Sr. Cota y Marqués de Prada.
Sentencia de 27 de Octubre de 1982. Ponente Sr. Rodríguez Lopez.

Otras Sentencias, se refieren a medios o artificios semejantes³⁶.

36 Sentencia de 25 de Febrero de 1983. Ponente Sr. Latour Brotans. "Es posible que afecte a distintas partes del cuerpo, como la faz, peinado, hábito etc., siempre y cuando consigan hacer irreconocible a la persona que usa el disfraz".

Sentencia de 25 de Abril de 1983. Ponente Sr. Hijas Palacios. "Cubrir el rostro con jersey con orificios para no obstaculizar la visión. Uso de media. Bastando la dificultad en la identificación".

Sentencia de 18 de Mayo de 1983. Ponente Sr. Hijas Palacios. "Cubrirse el rostro con una media".

Sentencia de 18 de Octubre de 1983. Ponente Sr. Castro Perez. "Uso de capuchón".

Sentencia 10 de Noviembre de 1983. Ponente: Magistrado Rodríguez Lopez. "Uso de medias de mujer y pañuelos tapándose el rostro".

Sentencia de 10 de Diciembre de 1983. Ponente: Magistrado Huerta y Alvarez. "Uso de pasamontañas".

Sentencia de 28 de Febrero de 1984. Ponente Sr. Vives Marzal. "Define el concepto".

Sentencia 6 de Abril de 1984. Ponente Sr. Gomez de Liaño Cobaleda. "Caras cubiertas con medias".

Sentencia de 17 de Enero de 1985. Ponente Sr. Gomez de Liaño y Cobaleda. "Uso de pasamontañas".

Sentencia de 2 de Febrero de 1985. Ponente Sr. De Vega Ruiz. "Uso de pañuelo anudado en la parte de atrás de la cabeza que le cubría la nariz y toda la parte inferior de la cara y una capucha hecha con una camiseta a la que se le habían practicado dos agujeros a la altura de los ojos".

Sentencia de 25 de Octubre de 1985. Ponente Sr. Hijas Palacios. "Antifaces rudimentarios, que cubrían la cara".

Sentencia de 22 de Noviembre de 1985. Ponente Sr. Hijas Palacios. "Uso de media que le cayó momentaneamente descubriendo parcialmente el rostro".

Sentencia de 9 de Diciembre de 1986. Ponente Sr. Barbero Santos. "Uso de pasamontañas".

Sentencia de 15 de Abril de 1988. Ponente Sr. Vivas Marzal. "La expresión uso de pelucas, sin más, no constituyen la agravante de disfraz".

Sentencia de 31 de Octubre de 1988. Ponente Sr. Carrero Ramos "Uso de pasamontañas".

Sentencia de 7 de Octubre de 1989. Ponente Sr. Vivas Marzal. "Concepto".

Sentencia de 2 de Julio de 1991. Ponente Sr. Garcia Ancos. "Cubrirse la cara con un pañuelo".

Sentencia 25 de Septiembre de 1992. Ponente Sr. Hernandez Hernandez. "Uso de gorro, gafas y pañuelo".

REQUISITOS

Doctrina y Jurisprudencia coinciden en los tres requisitos que deben darse para que la circunstancia de disfraz pueda ser apreciada como tal:

- A- Uno de carácter cronológico; es decir, que se dé en el momento de la ejecución del delito.
- B- De carácter objetivo; es decir que sea eficaz de tal forma que durante la ejecución del hecho criminal el sujeto no pueda ser reconocido.
- C- De carácter subjetivo; o sea el propósito de portar disfraz, sea para la mayor facilidad de la ejecución del delito o para lograr su impunidad.

Vamos a analizar cada uno de ellos:

A- El primero de los requisitos, se refiere, como apuntamos, a que el artificio o el medio empleado lo sea en el momento de la ejecución del delito, de tal forma que si se lleva a cabo el delito a cara descubierta y con posterioridad se cubre el rostro para evitar ser reconocido en la huida, ello impedirá aplicar la agravante de disfraz. Si la interpretación ya era así en los Códigos anteriores al actual, el Código Penal de 1995 emplea la expresión "ejecutar el hecho" mediante disfraz lo que viene a advenir cuanto acabamos de manifestar.

Sentencia de 10 de Octubre de 1995. Ponente Sr. Martínez Pereda. "Ambos procesados se cubrieron el rostro uno con un pasamontañas y otro con un pañuelo".

Sentencia de 9 de Febrero de 1996. Ponente Sr. Martínez Pereda. "Cara semitapada con una bufanda, que posteriormente se cayó".

Sentencia de 2 de Abril de 1996. Ponente Sr. García-Calvo y Montiel. "Cubrirse el rostro, con un jersey. Reconocidos por su indumentaria. Falta eficacia".

Sentencia 11 de Junio de 1997. Ponente Sr. Martín Caniveff. "Peluca, pañuelo y bufanda que impedían su reconocimiento".

Sentencia de 20 de Octubre de 1998. Ponente Sr. Delgado García. "Uso de vestimenta de militar o sacerdote para engañar a la víctima".

Arroyo de las Heras³⁷ considera que aunque el uso coetáneo del disfraz podría interpretarse a actos posteriores llevados a cabo sin solución de continuidad sin embargo por exigencias del tipo sólo constituirá tal agravante si se realiza durante la ejecución del hecho.

En los delitos instantáneos con efectos permanentes como la detención ilegal, donde la situación antijurídica no se agota con la consumación, el empleo de disfraz será relevante en cualquier momento de la ejecución.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo de manera pacífica considera que el uso del disfraz ha de ser coetáneo al hecho punible. Y que no tendrá la consideración de agravante si se usa antes o después de la infracción criminal³⁸.

B- Como manifiesta Rodríguez Mourullo, lo realmente importante es que el disfraz tenga una entidad suficiente o idoneidad de tal forma que logre disimular el aspecto y poder impedir así o dificultar la identidad del delincuente; será pues suficiente para apreciar la agravante que comentamos con que se dificulte el descubrimiento de la identidad no siendo preciso que se impida.

En este orden de cosas, se apreciará la agravante aún cuando se descubra la identidad por la voz o por algún otro rasgo característico de la persona que el disfraz no logre ocultar.

37 Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995. Pamplona, 1997. Pág.50.

38 Sentencia de 7 de Febrero de 1985. Ponente Sr. Vivas Marzal. "La desfiguración ha de ser coetánea al hecho punible".

Sentencia de 16 de Septiembre de 1986. Ponente Sr. Montero Fernández-Cid. "Coetaneidad a la acción delictiva del empleo o utilización del artificio instrumental empleado para la desfiguración".

Sentencia de 27 de Noviembre de 1987. Ponente Sr. Soto Nieto. "Maniobras post delictum de ocultación para conjugar el riesgo de su detención. No constituye disfraz.

Sentencia de 8 de Febrero de 1991. Ponente Sr. Delgado Garcia. "En el momento de la comisión del delito. Ni antes ni después".

Sentencia de 15 de Julio de 1993. Ponente Sr. Conde Pumpido. "Uso de medio desfigurante y comisión del delito. Coetáneos".

Pese a ello, cuando el disfraz es rudimentario, imperfecto, insuficiente o parcial que no logra cubrir el rostro ni impedir su reconocimiento no tendrá cabida como circunstancia agravante.

Tampoco existirá la agravante cuando el sujeto que porte el disfraz se lo quite durante la ejecución de la infracción criminal existiendo en cambio en los casos en que la víctima logre arrebatárselo descubriendo su identidad³⁹. En el mismo sentido Domingo Bravo⁴⁰.

Cuerda Arnau y Arroyo de las Heras se plantean si la idoneidad del disfraz debe ser en concreto o en abstracto; en el primer caso significa que se haya logrado impedir el reconocimiento por parte de la víctima o testigos; mientras que en el segundo, el disfraz se considera idóneo con independencia de que el sujeto haya podido ser reconocido o no⁴¹.

La Doctrina y Jurisprudencia mayoritarias se inclinan por la idoneidad en abstracto. Rodríguez Mourullo⁴² se muestra partidario de la idoneidad en concreto por mostrarse más acorde con el fundamento de esta circunstancia de carácter objetivo.

El Tribunal Supremo considera igualmente como elemento imprescindible el de la eficacia, en este sentido Sentencia de 19 de Julio de 1982, Ponente Sr. Rodríguez Lopez, 7 de Febrero de 1985 Ponente Sr. Vivas Marzal, 16 de Septiembre de 1986 Ponente Sr. Montero Fernandez-Cid⁴³, 8 de Febrero de

39 Rodríguez Mourullo. Comentarios al Código Penal. Madrid 1997. Págs. 126 y 127.

40 El disfraz y su comunicabilidad. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 1995. Pág. 401.

41 Cuerda Arnau. Ob. cit. Pág. 225 y 226 y Arroyo de las Heras. Ob. cit. Págs. 50 y 51.

42 Comentarios al Código Penal. Barcelona, 1976. Pág. 637

43 Matiza esta resolución que se trata de una eficacia desfigurativo, apreciándose aún cuando el delincuente se puso el pasamontañas una vez dentro del local donde se inició el atraco.

1991 Ponente Sr. Delgado Garcia, 11 de Febrero de 1992 Ponente Sr. Delgado Garcia y 15 de Julio de 1993 Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro. De tal forma que no se apreciará la agravante por no ser eficaz cuando se trate de un disfraz rudimentario e imperfecto, Sentencia de 25 de Junio de 1987 Ponente Sr. Vivas Marzal y 11 de Diciembre de 1987 Ponente Sr. Ruiz Vadillo.

En otras Sentencias, se articula que aún cuando voluntariamente, el autor se quite el disfraz para salir del lugar, se deberá apreciar la agravante por cuanto no es posible hablar de desistimiento de una circunstancia sin conectarla al tipo penal que corresponda, Sentencia de 30 de Enero de 1989 Ponente Sr. Bacigalupo, de igual forma será de apreciación cuando el sujeto se quite el disfraz tras la ejecución del delito, al abandonar el local, para de ese modo no infundir sospecha, sentencia de 27 de Mayo de 1987 Ponente Sr. Moyna Menguez.

C- Ello significa que no siempre que se lleva el rostro cubierto se comete una infracción penal, deberá apreciarse la agravante de disfraz, sólo en aquellos casos en que se haya buscado el uso del disfraz para tener una mayor facilidad en la ejecución del delito y mas posibilidades de lograr su impunidad; pero si la idea de delinquir surge portando el rostro cubierto, por ser su uso lo lógico y natural en la situación en que el sujeto se encuentra —casco en el motorista, máscara en carnaval⁴⁴ etc.— ello hará inviable la aplicación de la agravante. En este sentido Ferrer Sama⁴⁵ y Rodriguez Mourullo⁴⁶.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de Mayo de 1889 consideró "que debe estar finalmente preordenado a los propósitos de buscar mayor facilidad en la ejecución del delito o más segura impunidad".

44 Ob. cit. Pág. 226.

45 Ob. cit. Pág. 386.

46 Comentarios... Ob. cit. Pág. 637.

NATURALEZA

Para Muñoz Conde y García Aran⁴⁷ las circunstancias agravantes objetivas son aquellas que comportan un mayor incremento en la gravedad del hecho, mientras que las subjetivas un mayor reproche al autor de la infracción penal.

Así el disfraz es una circunstancia objetiva pues supone una mayor facilidad de ejecución del hecho criminal o facilita la impunidad del culpable.

En el mismo sentido, pero desde otro aspecto Rodríguez Ramos⁴⁸ siguiendo una antigua clasificación de Antón Oneca, considera que deben tenerse por circunstancias objetivas atendiendo a los medios y modos de ejecución.

Mir Puig⁴⁹ mantiene igualmente que el disfraz es una circunstancia objetiva por la especial facilidad de impunidad.

Y finalmente Rodríguez Mourullo⁵⁰ sostiene se trata de una circunstancia esencialmente objetiva, aún cuando deberá ir acompañada de un móvil especial en el sujeto, cual es el de conseguir la mayor facilidad en la ejecución o la impunidad. En el mismo sentido Luzón Cuesta⁵¹ Domingo Bravo⁵² y Arroyo de las Heras⁵³.

El Tribunal Supremo en la misma línea argumental que la Doctrina la viene considerando como una circunstancia agravante de naturaleza objetiva. Así la Sentencia de 10 de Febrero de 1987⁵⁴ establece que “ el disfraz es clara agravante objetiva, porque afecta al hecho externo”. La Sentencia de 26 de Enero de

47 Derecho Penal. Parte General. Valencia 1996. Pág. 508.

48 Compendio de Derecho Penal. Parte General. Madrid 1984. Pág. 275 y 276.

49 Ob. cit. Pág. 705.

50 Comentarios al Código Penal. Madrid 1997. Pág. 126.

51 Compendio de Derecho Penal. Parte General. Madrid 1990. Pág. 210.

52 Ob. cit. Pág. 401.

53 Ob. cit. Pág. 48.

54 Ponente Sr. Barbero Santos.

1988⁵⁵ la considera igualmente una circunstancia objetiva, empleando los términos "de naturaleza modal o instrumental". La Sentencia de 8 de Marzo de 1989⁵⁶ afirma que se trata "de naturaleza objetiva, modal o instrumental". En el mismo sentido la Sentencia de 16 de Febrero de 1990⁵⁷, 3 de Febrero de 1992⁵⁸ y 24 de Octubre de 1995⁵⁹.

COMUNICABILIDAD

La cuestión que se plantea, es la de afirmar o no si el uso de disfraz agrava sólo el hecho a la persona que lo usa o también a los demás partícipes. Piénsese en el asalto a una entidad bancaria en que tres de los atracadores llevan su rostro cubierto con un pasamontañas y otros dos van a cara descubierta. Pues bien, la Jurisprudencia con alguna excepción a la que se hará mención, es unánime en considerar que el uso de disfraz, es comunicable a todos los partícipes; siempre y cuando se conozca por éstos que se portan disfraces para usarse en el hecho delictivo.

Su fundamentación estriba, en que al ser una circunstancia objetiva debe aplicarse lo establecido en el artículo 60 párrafo segundo del Código Penal de 1973 y 65.2 del Código Penal de 1995.

La Sentencia de 5 de Marzo de 1936⁶⁰ consideró que en un supuesto en que todos iban a cara descubierta pero uno de ellos disfrazado de sacerdote —sotana y sombrero de teja— para facilitar les fuese abierta la puerta y entrar así en una sucu-

55 Ponente Sr. Montero Fernandez-Cid.

56 Ponente Sr. Cotta y Marqués de Prado.

57 Ponente Sr. Soto Nieto.

58 Ponente Sr. Soto Nieto.

59 Ponente Sr. Martín Pallín.

60 Repertorio Jurisprudencia Aranzadi 1972. Pág. 567.

sal bancaria, debía aplicarse la agravante de disfraz a todos los partícipes⁶¹.

Para ello no siempre el Tribunal Supremo se expresa de la misma forma; así la Sentencia de 26 de Septiembre de 1981⁶² afirma que la agravante de disfraz "es comunicable al coautor que tuvo conocimiento de su empleo". La Sentencia de 17 de Marzo de 1982⁶³ la considera igualmente comunicable "cuando el empleo del disfraz por uno de ellos sirvió de medio para facilitar la ejecución del delito común, previo concierto de todos los partícipes"⁶⁴.

Incluso alguna Resolución como la de 27 de Octubre de 1984⁶⁵ considera comunicable el disfraz a quien sin estar presente en el robo le suministró datos imprescindibles que conocía por haber trabajado en el lugar y desde luego le constaba que utilizarían medias para cubrirse el rostro.

Más recientemente las Sentencias de 11 de Octubre de 1997 (RJ 7219), 2 de Diciembre de 1997 (RJ 8711) y 3 de Diciembre de 1998⁶⁶ sostienen que las circunstancias agravantes que consintiere en la ejecución material del hecho o en los medios para realizarla se transmiten a los partícipes que les hayan conocido, aunque no hayan concurrido en la persona del partícipe.

61 En el mismo sentido Sentencia de 13 de Abril de 1997. Ponente Sr. Saéz Jimenez (Ar.1642).

62 Ponente Sr. García Miguel.

63 Ponente Sr. Castro Perez.

64 En el mismo sentido Sentencia de 27 de Junio de 1984. Ponente Sr. Gil Saez; 13 de Febrero de 1985. Ponente Sr. Moyna Menguez; 3 de Octubre de 1996 Ponente Sr. Manzanares Samaniego; 23 de Enero de 1987 Ponente Sr. Vivas Marzal; 26 de Enero de 1988 Ponente Sr. Montero; 8 de Marzo de 1989 Ponente Sr. Cotta y Marques de Prado y 16 de Febrero de 1990 Ponente Sr. Soto Nieto.

65 Ponente Sr. Huerta y Alvarez de Lara.

66 Ponente Sr. Bacigalupo, y Sr. Jimenez Villarejo.

Excepcionalmente la Sentencia de 24 de Octubre de 1995⁶⁷ establece que la agravante de disfraz favorece exclusivamente al que lo porta, ya que los acompañantes que actúan a cara descubierta están expuestos a ser reconocidos, por lo que al ser una precaución de carácter personal no es comunicable a los demás, agravando sólo al que haga uso del medio o artificio empleado.

Recientemente el Tribunal Constitucional⁶⁸ se ha pronunciado al respecto sosteniendo que el disfraz es una circunstancia comunicable a los demás partícipes en cuanto sea medio conocido y necesario para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad en beneficio de todos los intervinientes. Pues en tal caso concurre el elemento objetivo en alguno de los intervinientes y el subjetivo en todos. Sin embargo, cuando el disfraz fuere usado por uno de los intervinientes, por su cuenta y provecho, con el único fin de no ser él identificado, sin acuerdo con los demás partícipes y aún cuando su uso fuese conocido por los demás, la circunstancia de agravación no será transmisible a los demás, por cuanto se trataría de una precaución personal, que de conformidad con lo establecido en el artículo 65.1 del actual Código Penal, sólo afectaría a la persona en quien concurriese. En idéntico sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1999⁶⁹.

En definitiva, la "ratio esendi" de la no comunicabilidad en supuestos como el descrito, estriba en que el elemento subjetivo no es transmisible.

Por otra parte, la Doctrina de forma casi unánime considera que la agravante de disfraz se comunica a cualquiera de los partícipes que tenga conocimiento de su uso, aún cuando éstos no la usen en la ejecución del hecho delictivo. Así Rodríguez

67 Ponente Sr. Martín Pallín

68 Sentencia 18/99 de 22 de Febrero de 1999. Ponente Sr. Jiménez Sánchez.

69 Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón.

Mourullo manifiesta "que se comunica a todos sus partícipes por su carácter objetivo"⁷⁰.

Por el contrario, Bustos Ramirez⁷¹ sostiene que no estamos ante una circunstancia comunicable por cuanto "requiere un elemento subjetivo específico de autor".

Otros autores como Alfonso Arroyo de las Heras⁷² y Domingo Bravo⁷³ entienden que la agravante de disfraz en unas ocasiones será comunicable a los partícipes y en otras no; ello dependerá de si el disfraz es puramente un modo de ejecución y afectará así a todos los partícipes o si únicamente tiene por finalidad el ocultamiento personal, en tal caso, no será comunicable a los demás. En este sentido⁷⁴.

COMPATIBILIDAD CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

La cuestión que aquí planteamos es si la agravante de disfraz es compatible o no con otras circunstancias de agravación, o por el contrario ya está absorbida por otras y por ello no se permitirá su aplicación.

Pacheco⁷⁵ considera que la fundamentación de la astucia, fraude o disfraz debemos hallarla en la agravante de premeditación y no son sino manifestaciones de ésta. Groizard⁷⁶ en cambio mantuvo que no es ésta circunstancia de premeditación la

70 Comentarios al Código Penal de 1995. Ob. cit. Pág. 128.

71 Ob. cit. Pág. 422.

72 Ob. cit. Pág. 45.

73 Ob. cit. Pág. 403.

74 Sentencia de 13 de Abril de 1977, 17 de Marzo de 1982, 7 de Febrero de 1985 y la citada de 24 de Octubre de 1995

75 Ob. cit. Pág. 226.

76 Código Penal. Ob. cit. Pág. 460.

que sirve de base al disfraz pues en ocasiones puede no darse la premeditación y sí el disfraz; manteniendo que se identifica más con la alevosía, pero en algunos casos pueden existir independientemente unas de otras.

Ferrer Sama⁷⁷ se muestra en contra de la tesis mantenida por Pacheco por cuanto entiende que la astucia, fraude o disfraz pueden utilizarse sin la existencia de la premeditación.

Rodríguez Mourullo⁷⁸ considera la agravante de disfraz compatible con la de premeditación. Y en principio compatible también con la alevosía; pero en algunos casos será absorbida por ésta, en los supuestos en que el disfraz haya sido empleado "exclusivamente para asegurar la ejecución y evitar riesgos de una posible defensa".

Por el contrario Bustos⁷⁹ sostiene que en ningún caso cabrá la alevosía por cuanto tienen el mismo fundamento subjetivo.

En cuanto a si es compatible la agravante de disfraz con la astucia o el fraude Rodríguez Mourullo sostiene igualmente un doble punto de vista: si la astucia y el fraude se utilizan para la ejecución del delito y el disfraz para asegurar su impunidad, en cuyo caso se aplicarán ambas; o si ambos tienen la misma finalidad en cuyo caso se aplicará una sola circunstancia de agravación⁸⁰.

77 Ob. cit. Pág. 388.

78 Comentarios ... Ob. cit. 1976. Págs. 639 y 640.

79 Ob. cit. Pág. 422.

80 Sentencia de 23 de Junio de 1898.

DELITOS A LOS QUE ES DE APLICACIÓN LA AGRAVANTE

La agravante de disfraz es aplicable a los delitos de robo con violencia en las personas; siendo en este tipo de delitos donde aparece una Jurisprudencia más prolija ya que es en estos atentados contra la propiedad donde se hace uso con una mayor frecuencia el artificio que bien facilita la ejecución o dificulta la identificación⁸¹.

Sin embargo, el problema se planteó cuando existían en el Código Penal delitos complejos, como por ejemplo robo con homicidio del artículo 501. I del Código Penal de 1973. En tal caso la Jurisprudencia⁸², no la consideró de aplicación en aquellos casos en que quedaba acreditado que el disfraz sólo se portaba para cometer un robo y no para el homicidio.

Otra cuestión a plantear será la de decidir si el disfraz agrava sólo el robo violento o también, caso de que se usen armas, al delito de tenencia ilícita de armas. A ello responde la Jurisprudencia⁸³ en sentido negativo al afirmar que no agrava la tenencia de armas sino únicamente al delito de robo.

81 Sentencia de 10 de Mayo de 1971, de 10 de Noviembre de 1983 Ponente Sr. Rodríguez López, 2 de Julio de 1987 Ponente Sr. Móner Muñoz, 31 de Octubre de 1988 Ponente Sr. Carrero Ramos, 25 de Octubre de 1992 Ponente Sr. Hernández Hernández, 10 de Octubre de 1995 Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez y 11 de Junio de 1997 Ponente Sr. Martín Canivell.

82 Sentencia de 14 de Junio de 1961. Ponente Sr. Quintano Ripollés (Ar. 2191). "No estuvo en el ánimo de los procesados llevar a cabo el robo con la muerte del vigilante, ya que de ser así se hubiere provisto de armas o la hubieran perpetrado al pasar junto a él cuando se hallaba dormido, vió que el plan preconcebido era el de robar, atando previamente al guarda, de todo lo cual se desprende que tanto el acuerdo de dos contra uno, como el disfraz y la noche se buscaron y aprovecharon en vistas al único fin del robo, por lo que su extensión al complejo resulta forzada ...".

83 Sentencia de 17 de Mayo de 1955 (Ar. 1320) Ponente Sr. Lozano Escalona. "La tenencia de armas como delito independiente para nada facilita su perpetración, sino que éste tiene lugar del mismo modo con disfraz o sin él, ni

La circunstancia de disfraz cabe también ser apreciada en el delito de detención ilegal; así lo ha entendido la Jurisprudencia, al afirmar que si bien en un principio la agravante de disfraz estaba encaminada a cometer un delito de robo violento, la comisión de una detención ilegal era previsible⁸⁴.

En cuanto a la posibilidad de aplicarse a otros delitos violentos como el de agresión sexual, la Doctrina y Jurisprudencia responden de manera afirmativa. En este sentido Suarez Rodríguez⁸⁵. Sin embargo la Sentencia de 12 de Julio de 1990 no la aplicó por haber sido visto el rostro del culpable por la víctima⁸⁶ resultando en consecuencia ineficaz.

por ello se asegura mas la impunidad, y al no poder darse este elemento interno integrador de esta circunstancia agravatoria, respecto del delito de tenencia ilícita de armas, no cabrá apreciarse”.

84 Sentencia de 3 de Marzo de 1983. Ponente Sr. Huerta y Alvarez de Lara. “Si bien el delito propuesto ejecutar por los delincuentes era el robo, era previsible por poder venir concatenado la comisión de otro u otros delitos, como el caso citado sucedió con el de detención ilegal”.

85 El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación. Pamplona 1995. Pág. 423.

86 Ponente Sr. Soto Nieto.