

La agravante de disfraz con motivo de la fiesta de Halloween

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

Diario La Ley, Nº 10163, Sección Doctrina, 4 de Noviembre de 2022, **LA LEY**

ÍNDICE

[La agravante de disfraz con motivo de la fiesta de Halloween](#)

[I. Introducción](#)

[II. La sentencia cercana en el tiempo referente: Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 323/2021 de 21 Abr. 2021, Rec. 10529/2020](#)

[1. Tanto si el disfraz es aprovechado para delinquir como si se prepara antes se aplica la agravante](#)

[2. Requisitos de esta agravante de disfraz](#)

[3. Supuestos de aplicación de la agravante de disfraz](#)

[4. Su aplicación en los casos de usar mascarilla](#)

[III. Requisitos de la agravante de disfraz](#)

[IV. No es preciso que se logre «impedir» la identificación del autor del delito](#)

[V. La comunicabilidad del disfraz a los copartícipes en el delito. Supuestos de no aplicación](#)

[VI. Conclusión](#)

Normativa comentada

LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal)

LIBRO PRIMERO. Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO PRIMERO. De la infracción penal

CAPÍTULO IV. De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal

Artículo 22

TÍTULO III. De las penas

CAPÍTULO II. De la aplicación de las penas

SECCIÓN 1.ª. Reglas generales para la aplicación de las penas

Artículo 65

Orden SND/422/2020 de 19 May. (regula las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19)

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 244/2021, 17 Mar. 2021 (Rec. 10472/2019)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 123/2021, 11 Feb. 2021 (Rec. 1445/2019)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 78/2021, 1 Feb. 2021 (Rec. 10478/2020)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, A 795/2020, 12 Nov. 2020 (Rec. 10653/2019)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 255/2020, 28 May. 2020 (Rec. 3262/2018)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 720/2018, 22 Ene. 2019 (Rec. 10052/2018)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 286/2018, 13 Jun. 2018 (Rec. 10648/2017)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 134/2017, 2 Mar. 2017 (Rec. 10508/2016)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 298/2016, 11 Abr. 2016 (Rec. 10249/2015)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 286/2016, 7 Abr. 2016 (Rec. 1572/2015)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 19/2016, 26 Ene. 2016 (Rec. 10489/2015)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 731/2014, 31 Oct. 2014 (Rec. 10425/2014)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 353/2014, 8 May. 2014 (Rec. 1234/2013)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, A 2059/2013, 31 Oct. 2013 (Rec. 10571/2013)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 365/2012, 15 May. 2012 (Rec. 11932/2011)

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 331/2012, 4 May. 2012 (Rec. 11221/2011)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 183/2012, 13 Mar. 2012 (Rec. 11225/2011)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 1168/2010, 28 Dic. 2010 (Rec. 10121/2010)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 383/2010, 5 May. 2010 (Rec. 10727/2009)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 882/2009, 21 Dic. 2009 (Rec. 11024/2008)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 1113/2009, 10 Nov. 2009 (Rec. 10132/2009)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 144/2006, 20 Feb. 2006 (Rec. 2533/2004)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 1421/2004, 2 Dic. 2004 (Rec. 129/2003)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 939/2004, 12 Jul. 2004 (Rec. 1102/2003)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 743/2004, 9 Jun. 2004 (Rec. 1141/2003)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 618/2004, 5 May. 2004 (Rec. 1138/2003)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 415/2004, 25 Mar. 2004 (Rec. 244/2003)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 488/2002, 18 Mar. 2002 (Rec. 536/2001)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 347/2002, 1 Mar. 2002 (Rec. 913/2000)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 1547/2001, 31 Jul. 2001 (Rec. 4681/1999)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 429/2000, 17 Mar. 2000 (Rec. 49/1999)
 TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 207/2000, 18 Feb. 2000 (Rec. 346/1999)

Comentarios

Resumen

Se analiza la situación que se produciría si con motivo de una fiesta de disfraces, o fecha concreta como lo es la de la fiesta de Halloween ya pasada, se perpetra un hecho delictivo y surge el debate sobre si en estos casos se aplica, o no, la agravante de disfraz en virtud del «aprovechamiento» del disfraz, o es preciso que el disfraz sea elegido específicamente para cometer el delito y opere, entonces, como agravante.

Lleva a cabo el autor un detallado estudio sobre el agravante de disfraz del artículo 22.2 del código penal y las posibilidades de su aplicación, o exclusión, a la hora de la comisión de hechos delictivos, poniendo el acento en el carácter práctico del análisis de esta circunstancia agravante ante escenarios como el de la recientemente celebrada fiesta de **Halloween**, donde una gran mayoría de personas utilizan un disfraz.

Se trata de circunstancias en las que el disfraz es utilizado como un elemento de *normalidad y generalidad en su uso* y se trataría de determinar si esta agravante puede ser aplicada con motivo del *aprovechamiento del uso* del disfraz para la comisión de un delito, o si tiene que estar específicamente destinado el disfraz, y articulado subjetivamente *ex ante*, para que pueda aplicarse la agravante.

La clave estaría si en supuestos concretos de fiestas de disfraces, o como la fecha antes citada de **Halloween**, la comisión de un hecho delictivo mediante el empleo de disfraz aprovechándose de esta circunstancia permitiría la aplicación del agravante.

Realiza el autor un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la agravante tomando como referencia la reciente Sentencia de Pleno 323/2021 de 21 de abril que analiza la aplicación de esta agravante con motivo de un robo cometido por una mascarilla aplicándolo al momento actual de medidas preventivas para la protección frente al virus del COVID.

I. Introducción

Analizamos el interesante tema de la concurrencia de la agravante de disfraz ante supuestos concretos en los que el propio disfraz es un elemento «natural» o propio del momento, lo que suele ocurrir en las fiestas de disfraces, o ante fechas concretas y determinadas, como puede ser la reciente fecha de la fiesta de Halloween del pasado 1 de noviembre. Un día en el que la característica general es la de que la gente suele elegir el disfraz que más le guste, o le apetezca ponerse, para utilizarlo, salir a la calle y moverse libremente ante la creencia y admisión generalizada de

la «normalidad» de que muchas personas están utilizando un disfraz en ese momento y supone algo admitido y común cuando podría darse la circunstancia de que esa persona se «aproveche» del uso del disfraz para perpetrar un delito. ¿Cabría aplicar en estos casos la circunstancia agravante de disfraz, o es preciso que la elección y uso del disfraz se haya decidido antes para cometer el delito para que opere como tal circunstancia agravante?

Es cierto que la agravante de disfraz tiene su fundamento y naturaleza en «obstaculizar», «dificultar», o «impedir» la identificación del autor de un delito, y en este sentido quien perpetra uno en concreto y acude al lugar donde está llevándolo a cabo con un elemento que le cubre su rostro de alguna manera, y que puede ser considerado como disfraz, su objetivo principal es dificultar o impedir esa identificación por la propia víctima del delito, o de terceros que pudieran, también, hacerlo respecto a quien ha sido el autor del ilícito penal.

De alguna manera, una primera cuestión capital podría incardinarse en la relativa a si el autor del delito «se ha aprovechado» de que lo lleva, o lo ha utilizado específicamente para evitar ser identificado al momento de su comisión. En este sentido, la duda que surge es si ¿Cabría introducir algún matiz excluyente de la aplicación de la agravante de disfraz si pudiéramos fijar que el autor tuvo como objetivo principal «salir disfrazado» y que, luego, aprovechándose de que lo iba comete el delito, y cierto es que dificultó al mismo tiempo su identificación por el disfraz que llevaba a cometerlo? O ¿Solo cabría entenderse que se puede aplicar la agravante de disfraz cuando se lo pone y utiliza el autor de forma específica a la hora de cometer el delito con ese mismo fin de impedir, o dificultar la identificación?

Debemos hacer notar de salida que, sea por «aprovechamiento del disfraz», sea por utilizarlo de forma específica y finalística para cometer el delito amparándose en el disfraz para impedir que le identifique algún testigo, el objetivo se habría cumplido en principio, porque se ha dificultado o impedido ser identificado, aunque más tarde lo sea por otras circunstancias. Da igual, pues, que se «aproveche» del disfraz, o que haya decidido *ex ante* usarlo para delinquir.

La clave, pues, es fijar los criterios y características de esta agravante de disfraz a los efectos que ahora nos interesan. Y, sobre todo, teniendo en cuenta la recientemente finalizada fecha de Halloween.

Señala a estos efectos el art. 22.2.º CP (LA LEY 3996/1995) que es circunstancia que agrava la responsabilidad penal: *Ejecutar el hecho mediante disfraz.*

No se expresa más referencia de que al momento de cometer el hecho el autor porte un disfraz, o elemento en el vestir, o en su vestimenta que le cubra la cara, o que, en definitiva, le dificulte o impida a la víctima o testigos identificarle.

De esta manera, con motivo de la fiesta de Halloween recientemente finalizada interesaría adentrarnos en la casuística de esta circunstancia agravante para depurar mejor sus características y requisitos.

Veamos, pues, las características de esta agravante y la jurisprudencia actualizada sobre la misma.

II. La sentencia cercana en el tiempo referente: Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 323/2021 de 21 Abr. 2021, Rec. 10529/2020

Se trató en este caso de un atraco en establecimiento abierto al público cubriéndose el autor del robo el rostro con una mascarilla sanitaria y un gorro. Admite el Tribunal Supremo la agravante de disfraz, por cuanto cuando el condenado cometió el atraco combinó el uso de la mascarilla, que no era de uso obligado en esas fechas, y un gorro, para ocultar su rostro. En este sentido, se rechaza el argumento de la defensa, que invocó el carácter sanitario de la mascarilla para evitar la aplicación de la citada agravante. Su uso obligatorio se impuso con posterioridad a la fecha de ejecución del atraco.

1. Tanto si el disfraz es aprovechado para delinquir como si se prepara antes se aplica la agravante

Pues bien, debemos empezar señalando que el TS ya da una respuesta clara y directa al debate que hemos expresado anteriormente acerca de si, por ejemplo, en la fecha de Halloween alguien *se aprovecha* de que porta un disfraz ese día y lo usa expresamente para cometer un delito, supuesto en el cual se aplica la agravante de disfraz, dado que tanto si se aprovecha del disfraz el autor como si se lo pone de forma específica para delinquir se aplicará la agravante del art. 22.2 CP. (LA LEY 3996/1995)

No existe un ámbito diferencial en este punto, con lo que damos respuesta a una de las preguntas que nos

planteábamos con ocasión de la fiesta de Halloween, por cuando en los casos en los que el autor perpetre un delito aprovechando una fiesta de disfraces, o fiestas, como la de Halloween, donde el disfraz es una de las características de la fiesta, ello no podrá suponer una excusa para poder delinquir sin que se vaya a aplicar la agravante de disfraz.

La agravante se aplica en ambas situaciones, tanto por aprovecharse de un disfraz que lleve en un momento concreto, como si se hubiera utilizado de forma directa para delinquir buscando uno específico para evitar, u obstaculizar la identificación.

Por otro lado, será irrelevante que el objeto utilizado tenga, o no, la consideración de «disfraz». Lo importante es que tenga aptitud o «habilidad» para conseguir el fin pretendido de «obstaculizar», «impedir», o «dificultar» la identificación del autor del delito.

No se trata de que de forma apriorística podamos realizar una especie de «baremo» acerca de lo que es disfraz y lo que no lo es. Habrá que evaluar el caso concreto y determinar si el objeto que ha utilizado el autor del delito tiene la consideración, o no, de disfraz. Por ejemplo, una gorra, pasamontañas, bufanda, etc. podrían no tener la consideración festiva de «disfraz», pero sí pueden tenerla a los efectos de la agravante del art. 22.2 CP (LA LEY 3996/1995) atendidas las circunstancias del caso.

Señala, así, el TS que:

«Tiene razón la defensa cuando argumenta que la agravación de la conducta derivada del uso de disfraz sólo se justifica por el deseo preordenado de ocultar el rostro, impidiendo o dificultando así la identificación del autor. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes, como son las SSTS 1113/2009, 10 de noviembre (LA LEY 233141/2009); 183/2012, 13 de marzo (LA LEY 29903/2012); 365/2012, 15 de mayo (LA LEY 85173/2012), aunque no faltan resoluciones que debilitan la intensidad en la exigencia de esa preordenación, llegando a afirmar que **«...el autoenmascaramiento del sujeto es indiferente que sea buscado de propósito o aprovechado (...)** pues tanto **en un supuesto como en otro es evidente el deseo de buscar la impunidad de la acción delictiva a través de ese medio de autoprotección** que por ello es más reprochable» (STS 429/2000, 17 de marzo (LA LEY 6293/2000)).»

2. Requisitos de esta agravante de disfraz

Concreta el TS como requisitos de esta agravante los siguientes:

«Hemos dicho que son tres los requisitos para la estimación de la agravante de disfraz prevista en el núm. 2 del art. 22 del CP (LA LEY 3996/1995):

- 1) objetivo**, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona, aunque no sea de plena eficacia desfiguradora, sea parcialmente imperfecta o demasiado rudimentario, por lo que para apreciarlo será preciso que sea descrito en los hechos probados de la sentencia;
- 2) subjetivo** o propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o de evitar su propia identificación para alcanzar la impunidad por su comisión y así eludir sus responsabilidades; y
- 3) cronológico**, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios si se utiliza antes o después de tal momento. (cfr. STS 286/2016, 7 de abril (LA LEY 24088/2016) y ATS 795/2020, 12 de noviembre (LA LEY 176495/2020)).»

3. Supuestos de aplicación de la agravante de disfraz

Pues bien, fijados los requisitos para la apreciación de la agravante de disfraz veamos la referencia que se lleva a cabo en esta sentencia sobre distintos supuestos en donde se ha admitido aplicable esta agravante y con qué *disfraces*. Señala, así, en esta sentencia el TS como supuestos en donde se ha aplicado esta agravante los siguientes:

«A partir de estas premisas, el casuismo jurisprudencial es muy variado, enlazando todos los supuestos con la idea de **obstaculizar el conocimiento de la identidad el autor del hecho**.

Hemos considerado aplicable la agravante de disfraz en supuestos en los que el autor o los autores portaban:

- 1.-** «pasamontañas, pañuelos y gorros» (STS 244/2021, 17 de marzo (LA LEY 11744/2021));
- 2.-** «pasamontañas o malla» (STS 123/2021, 11 de febrero (LA LEY 5858/2021); 731/2014, 31 de octubre

(LA LEY 161485/2014) y 488/2002, 18 de marzo (LA LEY 5908/2002));

3.- «pasamontañas y guantes» (STS 78/2021, 1 de febrero (LA LEY 3665/2021));

4.- «peluca, pañuelo y bufanda» (STS 833/1997, 11 de junio);

5.- «bigote y peluca» (STS 1333/1998, 4 de noviembre);

6.- «braga y cuello del jersey» (STS 1025/1999, 17 de junio);

7.- «bufanda» (STS 618/2004, 5 de mayo (LA LEY 1603/2004));

8.- «media con la que el acusado ocultaba el rostro hasta la boca» (STS 415/2004, 25 de marzo (LA LEY 12115/2004));

9.- «pañuelo que tapa la cara» (STS 1270/1999, 15 de septiembre);

10.- «una pieza textil» (STS 347/2002, 1 de marzo (LA LEY 5003/2002));

11.- «gorro y gafas» (STS 1421/2004, 2 de diciembre (LA LEY 415/2005));

12.- «casco de motocicleta» (STS 1262/1999, 10 de septiembre).»

Vemos que lo importante no es tanto que se trate pura y llanamente de lo que puede entenderse como un «disfraz» propiamente dicho, sino que valdría cualquier objeto, esté, o no, considerado como disfraz, que tenga como efecto que pueda **obstaculizar el conocimiento de la identidad el autor del hecho**.

De esta manera, no tendría efecto que suprimiría la agravante, que lo utilizado no sea propiamente un disfraz, ya que lo será para los efectos de la agravante cualquier vestimenta o utensilio que se utilice para «obstaculizar» la identificación, al punto de que hay un tema muy interesante, cual es el que se refiere a que no se exige que se haya conseguido «impedir» la identificación, puesto que la agravante de disfraz no se construye desde la posición del testigo o víctima, y su percepción acerca de si es disfraz el instrumento o medio utilizado, sino del uso y su forma que hace el autor de una herramienta que tienda a dificultar la identificación del autor del delito.

En este sentido, la circunstancia de que, finalmente, algún testigo o la víctima lo haya podido identificar no impide que se aplique la agravante. No se trata de que «impida» identificarlo, sino que se tienda a «obstaculizar» la identificación.

4. Su aplicación en los casos de usar mascarilla

Señala al efecto el TS que:

«En otras resoluciones la utilización de una mascarilla sirve de base para la apreciación de la agravante de disfraz. Es el caso, por ejemplo, de las SSTS 331/2012, 4 de mayo (LA LEY 58017/2012) y 1421/2004, 2 de diciembre (LA LEY 415/2005). Con mayor detalle, el ATS 2059/2013, 31 de octubre (LA LEY 175549/2013), asocia la agravación al empleo deliberado de «...casco, mascarilla, guantes, y un cojín que se colocó dentro de un anorak que vestía, a la altura del abdomen, para aparentar ser más gordo y dificultar más la identificación».

Una singularidad define el caso que ahora centra nuestra atención. La mascarilla empleada por el acusado para dificultar su identificación en el atraco que ejecutó en el establecimiento Plataforma de Distribución Cárnica, sito en ...de Tarrasa, era una mascarilla sanitaria inicialmente concebida para evitar el contagio del COVID 19. Así se desprende, pese al laconismo descriptivo del juicio histórico, de la afirmación que se contiene en el FJ 2º de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en el que aquélla se describe como un objeto «...claramente diferenciable de otros de la misma especie, por la forma y los colores (mascarilla gris oscura con válvula y piezas de agarre de color verde)».

Y si bien es cierto que esa descripción es ajena al relato de hechos probados, se trata de una puntualización morfológica de clarísimo significado fáctico. Además, su carácter sanitario es invocado por la defensa en la formalización del recurso para impedir, precisamente, la objetiva aplicación de la agravante de disfraz. Se trataría —razona la defensa— de una mascarilla de uso obligado, incluso legalmente, para evitar la propagación de la pandemia provocada por el COVID-19.

No tiene razón la defensa.

De entrada, conviene hacer una precisión inicial. Y es que, con carácter general, **la aplicación de la agravante de disfraz, una vez impuesto el uso obligatorio de mascarillas sanitarias para prevenir la difusión y el contagio del COVID-19, exigiría algo más que la simple constatación objetiva de que el autor del hecho se ocultaba el rostro con una mascarilla sanitaria**.

De lo contrario, estaríamos alentando la idea de que el acatamiento del deber ciudadano de no contribuir al contagio de terceros impondría, siempre y en todo caso, la agravación del hecho ejecutado. Cobra, por tanto, pleno sentido la exigencia histórica de nuestra jurisprudencia —anotada supra— que requiere una **dimensión subjetiva en la aplicación de la agravante, vinculada al propósito preordenado de hacer imposible o dificultar la identificación del autor**.

En el presente caso, sin embargo, no debemos perder de vista que el uso obligatorio de la mascarilla se impuso con posterioridad a la fecha de ejecución del hecho (8 de abril de 2020). La Orden SND/422/2020, de 19 de mayo (LA LEY 7192/2020), por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicada en el BOE 20 de mayo de 2020, obligó a la utilización de mascarillas. Esa norma reglamentaria entró en vigor el 21 de mayo de 2020 y tuvo una vigencia temporal en los términos indicados en su Disposición Final Segunda. Como derecho de excepción perdió vigencia desde las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, al haberse dejado sin efecto la primera declaración de estado de alarma. Con posterioridad se han sucedido distintas regulaciones que, pese a su incuestionable interés jurídico, carecen de proyección práctica para dar respuesta al motivo formalizado por la defensa.

Por consiguiente, la invocación por la defensa del carácter obligatorio del empleo de mascarilla, de suerte que la entrada en un establecimiento público sin hacer uso de ella expusiera a una sanción al recurrente, es tan legítima desde el punto de vista estratégico como rechazable para argumentar la incorrecta aplicación de la agravante de disfraz. En el presente caso, además, se da la circunstancia de que la dificultad de identificación de Luis se obtuvo mediante el uso combinado de una mascarilla sanitaria —de uso no obligatorio en aquellas fechas— y un gorro, que provocaron el efecto de ocultar el rostro del recurrente. Así se proclama en el juicio histórico, que ofrece de esta forma los presupuestos fácticos sobre los que se apoya la correcta aplicación de la agravante prevista en el art. 22.2 del CP. (LA LEY 3996/1995)»

Es decir, que de lo expuesto se desprenden las siguientes consideraciones, a saber:

- 1.- Que si se utiliza una mascarilla en un delito en lugar donde es obligatorio utilizarla habría que analizar otras cuestiones que concurrieron, por cuanto por la mera circunstancia de llevar mascarilla, por ejemplo, en atracar una farmacia, donde es obligatorio entrar con ella, no se aplicaría a no ser que llevara otro instrumento. La mascarilla juega en este caso un papel al margen de usarla como disfraz.
- 2.- Puede chocar o extrañar que pueda excluirse el uso de la mascarilla como agravante en este sentido cuando, en realidad, el autor está cometiendo un delito, y que pueda resultar paradójico que «vigile» el cumplimiento de la normativa en uso de mascarilla, y que, sin embargo, perpetre un atraco.
- 3.- En cualquier caso, usar mascarilla en sitio donde es obligatorio no permite por sí mismo considerado aplicar la agravante.
- 4.- En el presente caso se aplicó porque resultó evidente que se utilizó para obstaculizar la identificación, porque en el momento en el que se hizo no era obligatorio.
- 5.- Por ello, se aplicaría la agravante de disfraz en el uso de mascarilla por su uso donde no es obligatorio, o en momentos donde tampoco lo es en lugares indicados.

III. Requisitos de la agravante de disfraz

Con ello, podemos destacar que:

- 1.- **Objetivo:** Lo importante es analizar si, dadas las características del disfraz empleado este surte los efectos esenciales para la dificultad o impedimento en la identificación. Habrá que matizar cuando se trata de disfraz, y cuando no lo es.
- 2.- **Subjetivo:** El propósito o elemento subjetivo del injusto se obtendrá por la inferencia del juez o tribunal a tenor de la prueba practicada para, en base a las declaraciones de testigos y víctima, valorar los siguientes aspectos:
 - a.- Qué tipo de disfraz llevaba o elemento para cubrirse y evitar identificación.
 - b.- Dónde lo llevaba puesto.
 - c.- Cómo lo usó.

En base a las declaraciones de los testigos el juez o tribunal podrán fijar el alcance de la valoración acerca de si concurren los presupuestos para aplicar la agravante de disfraz, usando la inferencia o deducción.

3.- Cronológico. El disfraz debe haberse utilizado al momento de la comisión del hecho delictivo. Ni antes ni después. No se aplicaría si se utiliza al comienzo de la acción delictiva y luego se lo quita, o si se lo quita después, pero delante de los testigos y/o víctima de tal manera que estos puedan decir que le han podido identificar a la perfección.

IV. No es preciso que se logre «impedir» la identificación del autor del delito

Como ya hemos precisado antes no es preciso que se logre «impedir» la identificación del autor del delito.

Señala al respecto el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 134/2017 de 2 Mar. 2017, Rec. 10508/2016 (LA LEY 6531/2017) que:

«En efecto como hemos dicho STS. 144/2006 de 20.2 (LA LEY 11124/2006), procederá la apreciación de la agravante **"cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación.**

Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés" (STS 939/2004, de 12 de julio (LA LEY 2557/2004), y STS 618/2004, de 5 de mayo (LA LEY 1603/2004), citando ambas la de 17 de junio de 1999, número 1025/1999).

Por tanto **no es preciso que se logre la finalidad de evitar el reconocimiento de su identidad porque, si así fuera, difícilmente se apreciaría esta consistencia al no poder ser juzgado y condenado quien se disfrazara con éxito,** SSTs. 1254/98 de 20.10, 1333/98 de 4.11, 1285/99 de 15.9, 618/2004 de 5.5 (LA LEY 1603/2004), 934/2004 de 12.7, 882/2009 de 21.12 (LA LEY 254358/2009), que precisa que "tal circunstancia de agravación su razón de ser en el blindaje que su uso tiene para asegurar la impunidad de quien lo porta, y ello con independencia de que se consiga o no su propósito de no ser identificado, se trata de sancionar el plus de culpabilidad que su uso supone".»

Debe llevarse a cabo en estos casos un juicio de evaluación acerca, pues, de la «idoneidad», o «aptitud» del medio empleado como disfraz para el fin previsto que juega con los objetivos pretendidos, y que a tenor de lo ya explicado consistiría en:

- a.- Impedir
- b.- Dificultar u
- c. Obstaculizar

Vemos que nos movemos en el territorio de tres opciones subjetivas que estarían en la mente del autor a la hora de utilizar un elemento en su vestimenta, o que le permita cubrir su cara, o rostro, para trasladar dificultades a los testigos para poder identificarlo.

Ahora bien, la circunstancia de que se le haya identificado por alguno de los testigos que se encontraban en el lugar donde se cometió el delito no sería circunstancia exoneratoria que impediría aplicar la agravante.

V. La comunicabilidad del disfraz a los copartícipes en el delito. Supuestos de no aplicación

Se trata este de un tema sumamente interesante que suele plantearse ante casos donde el disfraz se utiliza a la hora de cometer un delito por unos sí y por otros no.

¿Se aplicaría a todos los copartícipes el uso del disfraz?

Señala al respecto el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 134/2017 de 2 Mar. 2017, Rec. 10508/2016 (LA LEY 6531/2017) que:

«En los supuestos de concertación delictiva las SSTs. 353/2014 de 8 mayo (LA LEY 69454/2014), 383/2010 de 5 mayo (LA LEY 41089/2010) y 838/2001 de 18 mayo, hacen un detallado análisis de las distintas alternativas en relación a la comunicabilidad de la agravante cuestionada; partiendo del propósito del culpable, se halla en directa relación con

la "ratio" agravatoria de la circunstancia, integrada por el reproche que merece el sujeto activo que astutamente acude a argucias o artimañas, que le van a permitir el favorecimiento de la comisión del delito o el logro de la impunidad, y poniendo en relación los dos aspectos de la agravatoria:

a.- El objetivo (uso de medio, apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual) y

b.- El subjetivo (mayor facilidad de ejecución y mayor impunidad), con el art. 65 del C.Penal (LA LEY 3996/1995), podemos establecer los siguientes supuestos para el caso de que un delincuente, utilice el disfraz y otro no, como es el caso de autos:

A).- Que **la utilización del disfraz forme parte del concierto criminal o proyecto delictivo**. En este caso, podemos distinguir a su vez

1) Que se **utilice el disfraz para facilitar la ejecución del delito**. Por ejemplo, vistiéndose con traje de sacerdote o uniforme de policía, como mecanismos aptos para confiar, sorprender y confundir, a las posibles víctimas del delito. En este caso, debe alcanzar la agravación al que no lleva el disfraz, porque forma parte del proyecto criminal y se beneficia de su uso.

2) Que **la utilización tenga por objeto ocultar la identidad, con miras a la impunidad**. Este uso y finalidad será la más normal y frecuente, dentro de la sociología criminal. En este supuesto habremos de distinguir:

a) Que se beneficie el que no porta el disfraz. Por ejemplo, si queda uno de los partícipes dentro de un coche en funciones de vigilancia y presto a emprender la huida. También debe alcanzarle la agravación, pues él no identificar a un delincuente, favorece el anonimato del consorte delictivo. No lleva disfraz, pero no interviene en la materialización del delito, en contacto, con las víctimas y eventuales testigos, salvaguardando su identidad.

b) Que no se beneficie del disfraz el que no lo lleva. En este caso, si en la escena del delito, aparece uno con disfraz y otro sin él, no debe alcanzar la agravación a quien no lo lleva, si ambos tienen las mismas posibilidades de ser identificados. Cabría plantearse la hipótesis del beneficio indirecto del disfraz utilizado por otro, cuando el que está disfrazado es un conocido del lugar donde se comete el hecho, y su acompañante un forastero, En este excepcional supuesto podría alcanzarle la agravación.

3) Que **tenga tanto la finalidad de facilitar la ejecución, como ocultar la identidad**. En este supuesto, por el beneficio que le supondría por el primer aspecto, debería comunicarse la agravación.

B) Que **el empleo de disfraz no forme parte del proyecto criminal**, y el que no utiliza disfraz, ignore que se está utilizando por otro copartícipe. Sería el caso del que esperando a cierta distancia del lugar del delito, no pudo percatarse, que uno de los ejecutores sacaba del bolsillo, cualquier capucha y se la colocaba, por su iniciativa y en beneficio propio. Las agravantes, además de cumplirse en su aspecto objetivo, el sujeto, ha de tener conciencia de la concurrencia de las mismas. A nadie puede imputarse o reprocharse algo que no conoce, ni podía conocer, ni esperar que se produjera.»

Con ello, nos encontramos con un primer elemento para la apreciación de la agravante en torno a que la utilización del disfraz forme parte, o no, del concierto criminal o proyecto delictivo, ya que en estos casos nos referiremos a las circunstancias antes expuestas para valorar si hay una comunicación de la agravante al resto de copartícipes, o no.

Hay un dato que destaca el TS en estos casos y es el relativo que el empleo del disfraz «beneficie a todos los partícipes».

Señala, así, esta sentencia que:

«Cuando se planea el delito concertando que uno o varios de los intervinientes utilicen disfraz, como **medio necesario para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad, en beneficio de todos los partícipes, la circunstancia agravante se aplica a todos ellos**, pues aun cuando no en todos concurra el elemento objetivo de la desfiguración —que como tal elemento objetivo es comunicable, bastando para ello que sea conocido (art. 65.2º C.P (LA LEY 3996/1995))— si concurre en todos el elemento subjetivo, es decir el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad.»

Y se citan una serie de ejemplos:

- 1.- Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando en una estafa uno de los intervinientes utiliza una vestimenta de sacerdote o de militar para poder engañar mejor a la víctima (Sentencia de 7 de diciembre de 1990),
- 2.- O bien cuando en un atraco a una entidad bancaria aquél a quien en el reparto de papeles le ha correspondido esperar fuera del lugar del robo, al volante de un automóvil, no se disfraza por no ser necesario aunque conoce y acepta que los demás si lo harán en beneficio de todos (sentencia 11 de julio de 1991),
- 3.- O cuando se acuerda que utilice disfraz aquél de los autores de una agresión o un robo que puede ser reconocido por la víctima o bien el único agente que es conocido en el lugar del hecho (Sentencia 7 de diciembre de 1990)
- 4.- O, en fin, cuando se planea un hecho delictivo incluyendo en el proyecto la utilización de disfraz por parte de los ejecutores materiales, para facilitar la ejecución y mejorar las posibilidades de impunidad, en cuyo caso la agravación se extiende a los partícipes que diseñaron la operación, aun cuando no se disfracen por no participar en su ejecución material.»

Supuesto en el que no se extendería a los copartícipes.

Como ejemplo, destaca el TS que:

«Ahora bien, como señala la Sentencia de 7 de diciembre de 1990, **cuando alguno de los delincuentes utiliza este artificio por su exclusiva cuenta y para su particular provecho**, a fin de no ser identificado el mismo, **sin acuerdo con los demás copartícipes en este extremo**, nos encontramos ante la necesidad de aplicar el párrafo 1º de dicho artículo 60 (hoy art. 65.1º del Código Penal 1995 (LA LEY 3996/1995)) porque **el hecho en que se funda la agravación consiste en una precaución "personal" que sólo puede servir para agravar la responsabilidad penal de quien obró así por su propio interés**, habiéndose pronunciado en tal sentido las Sentencias de esta Sala de 13 de abril de 1977, 17 de marzo de 1982, 7 de febrero de 1985, 27 de noviembre de 1987, 20 de septiembre de 1996 (n.º 564/96) y 15 de febrero de 1997 (n.º 183/97), entre otras.»

La concurrencia del elemento objetivo en los copartícipes, no en el subjetivo.

Este dato es importante, de ahí que señale el TS que:

«En definitiva, exigiendo la apreciación de la agravante la concurrencia de los dos requisitos que la integran, lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 60 (hoy 65.2º), permite extender el elemento objetivo (desfiguración utilizada por uno de ellos) a todos los que lo conocieran, pero el elemento subjetivo no es transmisible, por lo que **la agravante únicamente puede aplicarse a aquellos en que pueda apreciarse el propósito de búsqueda de una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad, propósito que concurrirá en todos ellos cuando la acción se concierte de manera que el uso del disfraz beneficie a todos**, —como en los casos anteriormente citados— pero no cuando es una mera precaución personal de alguno de los intervinientes. (Sentencia de 20 de septiembre de 1996, n.º 564/96).

Esta doctrina ha sido reiterada en la STS. 1168/2010 de 28.12 (LA LEY 244495/2010), que precisa que sin perjuicio de reconocer como regla general, que el disfraz, en la medida que supone un medio para lograr la impunidad del delito al obstaculizarse la identificación del autor, solo es la aplicación en aquella persona que lo utiliza, en su exclusivo beneficio, **no siendo transmisible ni comunicable al que actúa a cara descubierta**.

Pero es lo cierto que esta regla quiebra **cuando existe una estrategia conjunta entre los diversos autores, apareciendo como necesario que uno de ellos actúe a cara cubierta y otros con disfraz**.

En tal sentido se pronuncia la STS 1547/2001 de 31 de julio (LA LEY 29/2002), que en caso de **concertación delictiva, entre varios, extendió la agravante de disfraz aquel coautor que no lo llevaba en virtud de la estrategia delictiva escogida que exigía facilitar el acceso al domicilio elegido y para ello fue preciso que uno de ellos actuase a cara descubierta para, tras serle franqueado el acceso, penetrar los otros coautores enmascarados**.

No existió una precaución personal y autónoma de uno de los concertados, que hubiera impedido la comunicabilidad de la agravante a aquéllos otros que no la adoptaron, sino un plan conjunto en el que era preciso que uno no llevase disfraz, pero sí los otros, por lo que se estimó la comunicabilidad de la agravante al que iba a cara descubierta porque el uso de disfraz por algunos lo era en beneficio de todos. Situación semejante a la contemplada en esa

sentencia 1168/2010 en el que el uso de disfraz por los otros tres autores no fue algo espontáneo y autónomo, sino que fue debida a un plan previo que exigía que quien llamase al club fuera con la cara descubierta, pues de otro modo no se le hubiera franqueado la puerta, tras la que aguardaban los otros tres con pasamontañas. El uso por éstos del disfraz en este escenario es claro que debe ser transmisible al recurrente aunque actuara a cara descubierta pues ese era su "papel" en el plan previsto para facilitar la comisión del delito y su impunidad.»

VI. Conclusión

1.- No se extiende la agravante de disfraz a los copartícipes cuando alguno de los delincuentes utiliza este artificio por su exclusiva cuenta y para su particular provecho, a fin de no ser identificado el mismo, sin acuerdo con los demás copartícipes en este extremo

2.- Se extiende cuando existe una estrategia conjunta entre los diversos autores, apareciendo como necesario que uno de ellos actúe a cara cubierta y otros con disfraz.

Precisamente, sobre la comunicabilidad de esta agravante se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 255/2020 de 28 May. 2020, Rec. 3262/2018 (LA LEY 67182/2020) señalando que:

«Esta Sala se ha pronunciado sobre la comunicabilidad de la agravante de disfraz a los partícipes bajo la siguiente doctrina:

1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 720/2018 de 22 Ene. 2019, Rec. 10052/2018 (LA LEY 2337/2019)

«En el caso la agravante de disfraz es aplicable tanto a quien materialmente ejecuta el acto provisto de aquél como a quien se concertó con el autor que lo usa conforme a doctrina que ya dejamos expuesta en nuestra STS n.º 286/2018 de 13 de junio (LA LEY 69037/2018) y ampliamente en las SSTS n.º 134/2017 de 2 de marzo (LA LEY 6531/2017), 353/2014 de 8 mayo (LA LEY 69454/2014), 383/2010 de 5 mayo (LA LEY 41089/2010) y 838/2001 de 18 mayo, que hacen un detallado análisis de las distintas alternativas en relación a la comunicabilidad de la agravante cuestionada. Si uno de los concertados utiliza el disfraz y otro no, como es el caso de autos, ha de distinguirse a su vez, si el uso del disfraz forma parte del concierto criminal o proyecto delictivo o es ajeno a dicho pacto....»

«Y aquel uso le es atribuible subjetivamente ya que formaba parte del pacto entre los coacusados en cuanto al plan delictivo por ambos asumido. Además de que el indiscutible conocimiento del uso por el coacusado permite inferir en el recurrente la concurrencia de ese elemento subjetivo».

Como decíamos en la STS 298/2016 de 11 de abril (LA LEY 25466/2016): «el recurrente se beneficia del disfraz en la medida que la impunidad de los autores materiales redundaría en la suya al dificultar el descubrimiento de su participación». Y en la STS. 207/2000 de 18 de febrero (LA LEY 5756/2000), con cita de la sentencia 314/99 de 5 de marzo, tras recordar el doble elemento objetivo y subjetivo de la agravante de disfraz, cuando se planea el delito concertando que uno o varios de los intervinientes utilicen disfraz, como medio necesario para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad, en beneficio de todos los partícipes, la circunstancia agravante se aplica a todos ellos, pues aun cuando no en todos concurra el elemento objetivo de la desfiguración —que como tal elemento objetivo es comunicable, bastando para ello que sea conocido (art. 65.2º C.P (LA LEY 3996/1995))— si concurre en todos el elemento subjetivo, es decir el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad».

Con ello, quien espera con el vehículo para facilitar la huida del ejecutor directo entra en el concierto del diseño ideado en el *modus operandi* y el disfraz del autor beneficia en materia de impunidad al cooperador al dificultar el descubrimiento, también, de su participación, al construir sobre la inferencia el elemento subjetivo del injusto respecto al pactum previo diseñado en el que participa con dominio el que tiene el rol de facilitar la huida.

2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 743/2004 de 9 Jun. 2004, Rec. 1141/2003 (LA LEY 11523/2005)

«La doctrina de esta Sala es reiterada y pacífica al declarar la comunicabilidad de esta agravante de

naturaleza objetiva a los partícipes en el hecho delictivo e integrados en el "*pactum sceleris*" que tienen conocimiento de ella al tiempo de su acción o cooperación al delito. En el caso, no sólo declara la sentencia la existencia del acuerdo previo de los dos acusados para la variada actividad criminal realizada, por lo que, en buena lógica y según los dictados de la experiencia, el ahora recurrente tenía que conocer el "*modus operandi*" de su compañero al atracar el banco mientras aquél "permanecía en el exterior dentro del coche en labores de vigilancia y espera", según el "*factum*", como el Tribunal sentenciador confirma»

3. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 19/2016 de 26 Ene. 2016, Rec. 10489/2015 (LA LEY 991/2016)

«El recurrente no llevaba disfraz, pero sabía que los demás lo llevarían, y su papel era el de conducir a la víctima hacia la trampa tendida en su domicilio, simulando ser ajeno al asalto. En consecuencia, el disfraz de los demás le beneficiaba, pues su anonimato le favorecía para que no fuesen identificados y no se le pudiese relacionar con ellos, pero conforme al diseño delictivo no era procedente que él mismo lo portara. La aplicación de la agravante se encuentra perfectamente justificada».

4. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 207/2000 de 18 Feb. 2000, Rec. 346/1999 (LA LEY 5756/2000)

«Como señala la sentencia 314/1999, de 5 Mar., la agravante de disfraz está integrada por un elemento objetivo (uso de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona) y otro subjetivo (el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad). Cuando se planea el delito concertando que uno o varios de los intervinientes utilicen disfraz, como medio necesario para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad, en beneficio de todos los partícipes, la circunstancia agravante se aplica a todos ellos, pues aun cuando no en todos concurra el elemento objetivo de la desfiguración —que como tal elemento objetivo es comunicable, bastando para ello que sea conocido (art. 65.2.º C.P (LA LEY 3996/1995))— si concurre en todos el elemento subjetivo, es decir el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando en una estafa uno de los intervinientes utiliza una vestimenta de sacerdote o de militar para poder engañar mejor a la víctima (Sentencia de 7 Dic. 1990), o bien cuando en un atraco a una entidad bancaria aquél a quien en el reparto de papeles le ha correspondido esperar fuera del lugar del robo, al volante de un automóvil, no se disfraza por no ser necesario aunque conoce y acepta que los demás si lo harán en beneficio de todos (sentencia 11 Jul. 1991)».