

Roj: **STS 104/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:104**Id Cendoj: **28079120012017100039**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/01/2017**Nº de Recurso: **10397/2016**Nº de Resolución: **15/2017**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº **10397/2016**, interpuesto por el **Ministerio Fiscal** y la representación procesal de **D. Jose Manuel**, contra la sentencia dictada el 3 de mayo de 2016 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, en el Rollo de Sala Nº 3/2014, correspondiente al Procedimiento Sumario nº 1/2014 del Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Nules que condenó al acusado, como autor responsable de un delito de **robo con intimidación, atentado y lesiones**; habiendo sido parte en el presente procedimiento como recurrentes el Ministerio Fiscal y el condenado D. Jose Manuel, representado por el Procurador D. Alfonso Castro Serrano; han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. **Francisco Monterde Ferrer** que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Nules, incoó Procedimiento Sumario con el nº 1/2014 en cuya causa la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 3 de Mayo de 2016, que contenía el siguiente **Fallo**: "**1-Que, condenamos a Jose Manuel como autor responsable de las siguientes infracciones penales:**

1. De un **delito consumado** de robo **con intimidación**, agravado por uso de arma, ya definido a la pena de **cuatro años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2. Un **delito de atentado** a agentes de la autoridad, ya definido, agravado por uso de arma, en **concurso ideal** con un **delito de tentativa de homicidio**, con la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones indebidas, la pena de **seis años de prisión**, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

3. Un **delito de atentado** a agentes de la autoridad, ya definido, en **concurso ideal** con un **delito de lesiones del art. 150 CP**, igualmente definido, con las circunstancias modificativas de la responsabilidad antes enunciadas, la pena de **cinco años de prisión**, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

4. Un **delito de atentado en concurso ideal del art. 77 CP** con un **delito de lesiones de los arts. 147.1 y 148.1º CP**, con las mismas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, agravante de disfraz y atenuante de dilaciones indebidas, la pena de **cuatro años de prisión**, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.



II.- Que debemos **absolver y absolvemos** libremente a Jose Manuel de los dos delitos de homicidio en grado de tentativa en relación con el apartado III de los hechos probados de los que había sido acusado.

III.- En concepto de **responsabilidad civil** derivada de la penal, indemnizara al Agente de Policía Local de Vall d'Uxó nº NUM000 en 398.000 € por las lesiones y las secuelas padecidas; al Agente de Policía Local de Vall d'Uxó nº NUM001 en 2.000 € por los días que tardó en sanar de sus lesiones y por las secuelas en 3.800 euros, al Agente de Policía Local de Vall d'Uxó nº NUM002 en la cantidad de 3.900 € por los días que tardó en sanar de sus lesiones, y a Jesús en 605,84 €, devengando dichas cantidades el interés legal establecido en el artículo 576 del LEC .

Las costas del juicio se imponen al condenado.

Para el cumplimiento de estas penas abónese al condenado el tiempo transcurrido en prisión preventiva que no se haya sido ya abonado en otra u otras causas.

Cúmplase lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ."

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : " **I.** Jose Manuel , nacido el NUM003 de 1956 y con DNI NUM004 , fue condenado en sentencia firme de 24-3-00 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 Madrid en la causa 393/99 como autor de un delito de daños; en sentencia firme de 06-03-09 dictada por la Sección 3a de la Audiencia Provincial de Pamplona en la causa 1/2008 (ejecutoria 22/09) como autor de dos delitos de asesinato, en concurso ideal con delito de atentado, y de delito de depósito de armas de guerra cometidos el 09-06-2004, en sentencia firme de 21-05-13 del Juzgado de lo Penal nº 17 de Madrid , en la causa 456/11, como autor de delito de robo con violencia cometido el 10-05-2006; en sentencia firme de 17-09-2013 dictada en apelación por la Sección la de la Audiencia Provincial de Córdoba en la causa 625/2013 como autor de delito de robo con violencia cometido el 26-03-2003; en sentencia firme de 24-10-2014 dictada por la Sección 4' de la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa 12/12 , como autor de delito de robo con violencia y delito de falsificación de documentos públicos cometidos el 07-02-2007; en sentencia firme de 11-12-2014 dictada en apelación por la Sección 6° de la Audiencia Provincial de Madrid , en la causa 1470/14, como autor de robo con violencia cometido el 06-07-2006; y por sentencia firme de 23-03-2015 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Valencia como autor de delito de robo con violencia cometido el 10-10-2006.

II. Sobre las 13:45 horas del 10 de mayo de 2000 el procesado, Jose Manuel , entró como un cliente más en la sucursal de Caja Rural La Vall "San Isidro" sita en la Avenida Sagrado Corazón de Jesús esquina con la calle Xacó de la localidad de Vall d'Uxó con bigote y barba postizos que imposibilitaban la identificación de su rostro y portando un maletín en la mano.

Una vez en el interior preguntó por el Director, diciéndole un empleado que estaba en el piso superior, pero pensando que podía ser una trampa, se acercó a uno de los empleados, Teodulfo , y poniéndole una pistola en la espalda. le dijo que le acompañase a la caja. Una vez el procesado logró entrar en la zona de caja, gracias a ir acompañado de Teodulfo , le dijo a este que se tirara al suelo y así lo hizo. A continuación Jose Manuel preguntó a la empleada Natividad que donde estaba el dinero, indicándole un armario en el que había moneda, por lo que colocó la pistola en la espalda de Natividad y le preguntó dónde estaba, el resto del dinero, a lo que Natividad respondió que en la caja fuerte que estaba cerrada, y percibiendo el acusado que la alarma había sido activada, cogió la cantidad de 3.398.000 pts (20.422,39 €) que introdujo en su maletín, saliendo a la calle.

III. Entre tanto una empleada de la entidad bancaria había accionado la alarma de modo que las cercanas dependencias de Policía Local se había recibido el correspondiente aviso, coordinándose los agentes del turno saliente y del entrante para dirigirse a la entidad bancaria unos por la izquierda y otros por la derecha. Así, los agentes con número profesional NUM000 y NUM001 en la calle Xacó avistaron al acusado que caminaba hacia ellos de frente, con la cartera en una mano y la otra mano oculta en la chaqueta, por la acera opuesta. Como quiera que el procesado infundió sospechas al agente NUM001 , que iba en cabeza, con la mano en el arma de fuego reglamentaria y le gritó "alto policía" a lo que Jose Manuel respondió sacando con la mano derecha un arma de fuego corta que llevaba oculta en la parte izquierda de su cuerpo y, le disparó alcanzándole a la altura del muslo izquierdo. Seguidamente el Agente núm. NUM000 de Vall d' Uxó efectuó dos disparos y Jose Manuel le disparó en la zona inferior a la rodilla de la pierna, huyendo hacia la esquina de la calle Xacó con la calle Regimiento Tetuán, sin que los dos agentes heridos pudieran continuar la persecución.

Después el procesado se parapetó tras un vehículo BMW estacionado y desde allí intercambió disparos con otros tres agentes de Policía Local de Vall d'Uxó que habían acudido hasta la zona. En el curso de su huída perdió un cargador con su munición marca GECO, y se le cayó al suelo el maletín en el que portaba el dinero sustraído, abriéndose, de modo 3.113.000 pesetas en billetes quedaron esparcidas en la calle, y el resto quedó en su maletín.



IV. Seguidamente irrumpió en la calle Regimiento Tetuán el vehículo Land Rover Discovery granate HM-....-EB , conducido por el agente de Policía Local con número profesional NUM002 , que se dirigió hacia donde se encontraba el procesado que, al percibir su presencia, efectuó un disparo hacia la posición del conductor del vehículo, de modo que el proyectil impactó en el parabrisas delantero, pasó muy próximo al agente, que resultó herido por los trozos de cristal fracturado, y salió por el cristal de la parte posterior del vehículo. El agente NUM002 se apeó inmediatamente del todoterreno y se protegió tras otro automóvil aparcado en la calle.

Jose Manuel utilizó en el tiroteo una pistola marca FN modelo HP 1935 semiautomática con sistema de disparo de simple acción y un revólver Smith & Wesson modelo 581 semiautomático con sistema de disparo a doble acción, y consiguió finalmente llegar hasta la plaza Desamparados donde tenía estacionado un vehículo marca Suzuki preparado para la huida, en el que introdujo el maletín con el dinero restante, y cogiendo del interior del vehículo un subfusil marca M3, con sistema de disparo automático y cadencia de 400 disparos por minuto, efectuó una ráfaga de disparos hacia la calle a sus perseguidores para atemorizar a los funcionarios de policía y evitar de este modo que se le acercaran, dado que los agentes seguían disparando, logrando iniciar la marcha y darse a la fuga.

V. A consecuencia de los impactos de proyectil disparados por el acusado a los Agentes de Policía Local se produjeron las siguientes **lesiones**:

1- El agente de Policía Local de Vall d'Uxó con número NUM000 , nacido el NUM005 de 1962, sufrió traumatismo en el miembro inferior derecho de alta energía por arma de fuego con fractura abierta y conminuta grado III b de tibia y peroné derechos, síndrome compartimental, sección completa de arteria y venas tibiales y paresia del nervio tibial posterior. Estas lesiones precisaron de 4 intervenciones quirúrgicas (una primera de urgencia, otras dos en el transcurso del primer ingreso hospitalario y la cuarta programada para corrección de deformidad en varo de la rodilla derecha postraumática), y también requirieron de tratamiento médico farmacológico y ortopédico para la facilitación de los desplazamientos. El perjudicado estuvo 28 días hospitalizado y tardó en sanar otros 651 días en los que estuvo impedido para el ejercicio de sus actividades habituales y le han restado como secuelas: síndrome residual postalgodistrofia de tobillo/pie, paresia del nervio tibial derecho, síndrome postflebitico moderado, callo óseo hipertrófico asociado a periostitis con pseudoartrosis de tibia derecha inoperable sin infección asociada y un perjuicio estético medio por cicatrices (cicatriz longitudinal irregular de 23 por 3 cm localizada en la cara posterior del muslo deprimida de 8 cm desde la parte superior, depresión cutánea que se corresponde con el orificio de entrada del proyectil; 2 cicatrices quirúrgicas en la cara lateral de 7 por 3 y 6 por 1 cm, respectivamente; doble cicatriz en la parte inferior de la pierna derecha de 8 y 11 cm postquirúrgicas; cicatriz correspondiente al orificio de salida del proyectil de 2 por 2 cm localizada en el tercio medio y cara posterolateral del muslo derecho; 2 cicatrices hipertróficas localizadas en el tercio medio y cara anterior de la pierna derecha), deformidades por cambios osteomusculares con una diferencia perimétrica de la pantorrilla derecha en relación a la izquierda de 7 cm y cojera durante la deambulacion asociado a una leve disimetría de 0,5 cm del miembro inferior derecho en relación con el izquierdo. Estas secuelas suponen una incapacidad permanente total para su profesión habitual por impedir la carrera.

2- El agente de Policía Local de Vall d'Uxó n° NUM001 , nacido el NUM006 de 1965, padeció a consecuencia del disparo recibido una herida en cara lateral externa del muslo con pérdida de sustancia por arma de fuego que precisó de cura quirúrgica de la herida y tardó en sanar 30 días en los que el perjudicado estuvo impedido para el ejercicio de sus actividades habituales, y, como secuela, un perjuicio estético ligero por cicatriz de morfología ovalada de 2 por 2,5 cm en cara externa de muslo izquierdo.

3- El agente de Policía Local de Vall d'Uxó n° NUM002 , nacido el NUM007 de 1961, sufrió laceraciones en conjuntiva y córnea del ojo izquierdo por impacto de múltiples cristales y trastorno por ansiedad, precisando tratamiento médico-oftalmológico consistente en extracción el 10 de mayo de 2000 de cuerpos extraños de la conjuntiva y córnea, protección ocular, tratamiento de reepitelización del tejido lesionado y protección antibiótica con colirio y nueva intervención para la extracción de cuerpos extraños residuales en la córnea y en la conjuntiva del ojo izquierdo. Tardó en curar de estas lesiones 60 días en los que estuvo impedido para el ejercicio de sus actividades habituales.

En el suelo de la calle se recuperaron 3.113.000 pesetas en billetes (18.709,51 €), dinero que fue restituido a Caja Rural La Vall "San Isidro". Esta entidad que fue indemnizada por la Compañía Rural Grupo Asegurador en la suma restante, excluidas 100.000 pts (601,01 €) de la franquicia del seguro en cuestión, sin que la mencionada aseguradora, ni la entidad Caja Rural La Vall "San Isidro" hayan reclamado indemnización alguna.

VI. Fruto del tiroteo, los impactos de proyectiles causaron **daños** en los siguientes bienes:

1- Ford Fiesta con matrícula Y-....-YC , cuya propiedad no ha podido ser determinada en el procedimiento;

2- Peugeot 205 con matrícula YK-....-H , propiedad de Melisa que ha manifestado su voluntad de no reclamar;



- 3- Opel Corsa con matrícula RK-....-OW , propiedad de Modesto que ha renunciado;
- 4- BMW con matrícula PH-....-OO , propiedad de Teofilo , que no reclama;
- 5- Opel Corsa con matrícula YN-....-EY , propiedad de Juan Pedro que ha manifestado su voluntad de no reclamar;
- 6- Renault 5 con matrícula Y-....-Y cuya propiedad no ha podido ser determinada en el procedimiento;
- 7- Rover 400 con matrícula FG-....-EF , propiedad de Blanca que no reclama;
- 8- Opel Combo con matrícula BL-....-IF , propiedad de Cosme que no reclama;
- 9- Camión Iveco con matrícula SY-....-OS , propiedad de Jesús que reclama por el perjuicio causado, el valor de reparación de los daños en el vehículo sido tasado en 605,84 €.
- 10- Ford Granada con matrícula N-....-NH , propiedad de Isidro que no reclama;
- 11- Renault Express con matrícula FR-....-OF , en la fachada del nº 4 de la calle Xacó y en el escaparate de la perfumería Preset, propiedad de Remigio que ha renunciado a reclamar;
- 12- Seat Ibiza con matrícula PW-....-UX , propiedad de Rita que ha manifestado su voluntad de no reclamar;
- 13- Opel Corsa con matrícula QH-....-Q , propiedad de Juan Alberto que no reclama;
- 14- Opel Corsa con matrícula FV-....-IR , propiedad de Bibiana que ha renunciado a reclamar;
- 15- Volkswagen Polo con matrícula SC-....-F , propiedad de Dimas que no reclama;
- 16- Ford Fiesta con matrícula JH-....-W , propiedad de Inocencio que ha renunciado a reclamar;
- 17- Rover Discovery con matrícula HM-....-EB , propiedad de Raúl que ha renunciado a reclamar;
- 18- Renault Clio con matrícula TV-....-W , propiedad de Abel que no reclama;
- 19- En la fachada de una administración de lotería, propiedad de Adelina que no reclama;
- 20- En el escaparate de la ferretería José Salvador, propiedad de Fernando que ha renunciado a reclamar;
- 21- En dos contenedores de basura, propiedad de la empresa municipal Emsevall SL, por los que el Ayuntamiento de Vall d'Uxó ha renunciado a reclamar.

El procesado fue condenado en la sentencia firme de 06-03-09 dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pamplona en la causa 1/2008 (ejecutoria 22/09) por la tenencia del subfusil marca M3 utilizado en estos hechos y la tenencia de la pistola marca FN modelo HP 1935 y el revólver Smith & Wesson modelo 511, también utilizados en estos hechos, es enjuiciada en otro procedimiento judicial."

3.- Notificada la sentencia a las partes, el Ministerio Fiscal y la representación del acusado D. Jose Manuel , anunciaron su propósito de interponer recursos de casación que se tuvieron por preparados por auto de **31 de mayo de 2016** , emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 16 de Junio de 2016 el Ministerio Fiscal y el 6 de Septiembre, el Procurador D. Alfonso Castro Serrano, interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes **motivos**:

Motivos de D. Jose Manuel

Primero .- **Por infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art. 36.2 CP .

Segundo .- **Por infracción de precepto constitucional**, por vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** del art 24.2 CE . al amparo del art 5. 4 LOPJ y 852 LECr .

Tercero .- **Por infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art. 21.6 CP .

Cuarto .- **Por infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art. 131 CP .

A su vez **el Ministerio Fiscal interpuso su recurso con los siguientes motivos** :

Primero .- **Por infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art. 77 CP . en relación con los arts. 552.1 º , 551.1 º y 550 CP , y con los arts 138,16 y 62 CP .

Segundo.- **Por infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art 55 CP . en relación con el art. 56 y los preceptos citados en el motivo anterior, en relación con la pena de inhabilitación absoluta.



5.- El Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 27 de Septiembre de 2016 evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso presentado por la representación del condenado que, subsidiariamente, impugnó.

6.- Por providencia de **19 de Diciembre de 2016** se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **10 de Enero de 2017**, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Jose Manuel :

PRIMERO .- El primero de los motivos se funda en **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art. 36.2 CP .

1. Expresa el recurrente que procede el presente motivo toda vez que la Sentencia en el Fundamento Jurídico Noveno, accede a la petición del Ministerio Fiscal, manifestando que: "Tal como solicita la acusación, y de conformidad con el art. 36.2 del CP, acordamos que la *clasificación* del penado en tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta".

2. Hay que reconocer que tiene razón el recurrente al decir que habiéndose cometido los hechos enjuiciados en el año 2000, -como así proclaman los hechos probados- la norma penal aplicable era el Código Penal en su redacción original de 1995, no habiéndose introducido la posibilidad recogida en la sentencia hasta la LO 7/2003, de 30 de junio y que ha venido manteniéndose hasta la actualidad con diversas redacciones.

La cuestión se ha abordado con dudas y aplicaciones diversas por las Audiencias Provinciales en recursos de apelación en materia penitenciaria, habiendo sido resuelta por la Sentencia de esta Sala 748/2006 de 12 de junio, en recurso de casación para unificación de doctrina nº 10/2005, en donde se estudia tal precepto y los efectos que sobre el mismo produce la Disposición Transitoria Única de la L.O 7/2003 de 30 de Junio llegando la conclusión de que " *no es exigible el cumplimiento de la mitad de la condena de prisión, a los penados por hechos delictivos cometidos antes de la vigencia de la actual redacción del art. 36, y por tanto sólo les será aplicable la exigencia del cumplimiento de la mitad de la condena de prisión cuando los hechos se hayan cometido con posterioridad a la vigencia del texto del art. 36-2º, que entró en vigor el día 2 de Julio de 2003* ".

En efecto esta resolución señaló que: "La contradicción existente entre las dos interpretaciones estudiadas y opuestas, debe ser resuelta por esta Sala en el sentido de estimar interpretación correcta la que fue efectuada por los autos de las Audiencias Provinciales de Madrid, Barcelona, Cádiz, Bilbao y Zaragoza, y por tanto, no ajustada a derecho la interpretación que se efectúa en el auto recurrido de 6 de Julio de 2005 de la Sección IV de la Audiencia Nacional.

La razón, expresada con unas u otras palabras se encuentra en todas las argumentaciones que se han reflejado más arriba que concluye con la declaración de *no poder ser aplicado el requisito del cumplimiento de la mitad de la prisión impuesta para acceder al tercer grado penitenciario respecto de penados por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la L.O. 7/2003, es decir con anterioridad al 2 de Julio de 2003, porque siendo más perjudicial la Ley nueva que la existente en el momento de la comisión del delito concernido, sin que por otra parte no exista específica y concreta referencia legal en la Disposición Transitoria Unica al art. 36 del C.P., no es posible una interpretación extensiva en contra del reo.*

Dicho de otro modo, la Disposición Transitoria citada contiene un ámbito de vigencia exclusivamente referido a los arts. 90 y 93-3º del Código Penal. En el presente caso, la resolución atacada, ha aplicado, además, extensivamente, dicha Disposición Transitoria al art. 36 del Código Penal que quedaba fuera del ámbito de dicha Disposición sin que pueda admitirse esa explicación por su naturaleza de interpretación extensiva en contra del reo por la vía oblicua del art. 72- 5º de la LOGP, como efectuó la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En consecuencia, hay que declarar que la interpretación que efectúa la Sección IV de la Sala de lo Penal en el auto recurrido de exigir el cumplimiento de la mitad de la pena de prisión impuesta al penado para acceder al tercer grado penitenciario anunciando los hechos por los que ha sido condenado ocurrieran antes de la vigencia de la Ley 7/2003, no es ajustada a derecho y por ello debe ser rectificadas esa interpretación dando lugar, en consecuencia al éxito del motivo, y con él al recurso formalizado".

Por ello, y no siendo posible la aplicación retroactiva de un precepto de naturaleza penal, que no favorece al reo, procede dejar sin efecto la previsión establecida en la sentencia, por más que esta se recoja en un fundamento de derecho (novenos D) y no en el fallo de la sentencia.



Consecuentemente, el motivo ha de ser *estimado*.

SEGUNDO .- El segundo motivo se articula por **infracción de precepto constitucional**, por vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** del art 24.2 CE ., al amparo del art 5. 4 LOPJ y 852 LECr .

1. Hace referencia el recurrente exclusivamente al punto IV de los hechos probados: " *Seguidamente irrumpió en la calle Regimiento Tetuán el vehículo Land Rover Discovery granate HM-....-EB , conducido por el agente de Policía Local con número profesional NUM002 , que se dirigió hacia donde se encontraba el procesado que, al percibir su presencia, efectuó un disparo hacia la posición del conductor del vehículo, de modo que el proyectil impactó en el parabrisas delantero, pasó muy próximo al agente, que resultó herido por los trozos de cristal fracturado, y salió por el cristal de la parte posterior del vehículo. El agente NUM002 se apeó inmediatamente del todoterreno y se protegió tras otro automóvil aparcado en la calle "*

Manifiesta el recurrente que no existe una prueba clara que nos lleve a pensar que disparó al vehículo, sino al contrario, que los impactos de bala que el automóvil recibió fueron realizados por sus propios compañeros al confundirlo con el vehículo de apoyo del atracador. Y que al igual que reconoció haber disparado a los otros policías, sin "*animus necandi*", lo hubiera reconocido de haberlo hecho.

Y en el peor de los casos, aunque se apreciara la existencia de *animus necandi*, sostiene el recurrente, que no se debería aplicar el delito de atentado a la autoridad, puesto que en ese momento el Agente *no se identificó* como tal, yendo con un *vehículo civil* , e incluso confundiéndole sus compañeros con un atracador.

2. Como tantas veces ha dicho esta Sala, el motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS 12-2-92); o como ha declarado el TC (S.44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS 21-6- 98), conforme al art. 741 de la LECr , no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia (STC.126/86 de 22 de octubre y 25/03, de 10 de febrero). Por tanto, desde la perspectiva constitucional, el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 LECr , implica que los distintos medios de prueba han de ser apreciados básicamente por los órganos judiciales, a quienes compete la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de los fallos contenidos en sus Sentencias.

La alegación de esta vulneración en el recurso de casación puede ir orientada a negar la existencia de prueba; a negar la validez de la existente; a negar el *poder probatorio o demostrativo de la prueba existente* y válida, o a cuestionar la *racionalidad del proceso valorativo* efectuado por el Tribunal sobre las pruebas disponibles. Ante esta alegación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación:

-En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él.

-En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica.

-Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica y del criterio humano y no es, por lo tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria (STS 3/10/2005).

Ello, sin embargo, no implica una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica, y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada.

Cuando se trata de pruebas *personales* , su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que merecen quienes declaran ante el Tribunal corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, en virtud de la *inmediación* , sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta en su momento que puedan poner de relieve una valoración arbitraria. Tiene dicho esta Sala en la STS núm. 951/99, de 14 de junio de 1999 , que "...el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su *estructura racional* , es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos."



3. Por otra parte, tanto el TC. (S^a 174/85 , 175/85 , 160/88 , 229/88 , 111/90 , 348/93 , 62/94 , 78/94 , 244/94 , 182/95) como esta misma Sala, han precisado que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba **indiciaria**, si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Se coincide en resaltar como requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria los siguientes: que los indicios, que han de ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estén absolutamente acreditados, que de ellos fluya de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de la participación del recurrente en el hecho delictivo del que fue acusado y que el órgano judicial ha de explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de esos indicios probados, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito.

4. En contra de lo expresado por el recurrente, el Tribunal contó con prueba suficiente para entender acreditado tal hecho, tal y como expresa en su fundamento de derecho tercero (f^o 21 a 23).

En primer lugar por las declaraciones del propio agente de la Policía Local n^o NUM002 , quien declara en el juicio oral en tal sentido (DVD 3 de la grabación de la vista, correspondiente al día 19 de abril de 2016, de las 12'21 a las 12'37 horas). Declara que acude al lugar tras coger el Land Rover Discovery que una persona había dejado detenido en la calzada con las llaves puestas y se encuentra prácticamente *de frente* con el acusado, el cual *le ve y dispara* hacia él, oyendo el ruido del disparo y el impacto en el parabrisas, cuyas esquirlas le lesionan en la cara.

Esta declaración, realizada en el juicio oral, en presencia del Tribunal y por ello conforme a los principios de oralidad inmediación y contradicción, se corresponde con las ya realizadas precedentemente en la comparecencia ante la Guardia Civil (folio 54), reconstrucción de los hechos (folio 113) y ante el Juez Instructor (folio 145 del Tomo IX).

El contenido de la declaración viene ratificado por sus propios compañeros, quienes efectivamente declaran haber realizado disparos contra ese Land Rover, al pensar que era un vehículo de apoyo al atracador, *pero desde detrás* del vehículo y hacia las ruedas. Así lo declaró por ejemplo el Inspector de Policía Local n^o NUM008 en el juicio oral y se recoge en la grabación en DVD n^o 2, a partir de las 12'06 horas, explicando cómo irrumpe el todo terreno rojo, al que *dispara tres veces a la rueda trasera* derecha. Entonces se da cuenta de que de la luna trasera salió un disparo que lógicamente venía de frente, es decir, de donde estaba situado el atracador (lo mismo relata en su comparecencia ante la Guardia Civil, folio 56, y lo mismo dice otro testigo que paseaba por las inmediaciones, folio 78). La diferencia entre ambos grupos de disparos, los que efectúan los compañeros por atrás y el que entra por el parabrisas delantero y sale por el cristal trasero se reflejan en las *fotografías* del vehículo obrantes a los folios 321 a 324.

Acreditado el hecho de que el disparo se efectúa *de frente* , contra la persona que conduce el vehículo, impactando en el parabrisas y saliendo por el cristal posterior, *con trayectoria oblicua y pasando el proyectil junto a la cabeza* del policía local que lo conducía, no cabe duda de que existe un dolo, cuando menos eventual, de matar, al admitir el probable resultado que su acción podía haber producido.

Por otra parte, se hace con conocimiento de la *calidad de agente* de la autoridad de la persona agredida, al ir ésta portando el *uniforme* de policía local, como manifiesta al inicio de su declaración en el juicio oral y es ratificada por todas las demás personas. Tal condición no pudo ser observada por sus compañeros que vieron irrumpir el Land Rover ya por detrás, e incluso disparando hacia el mismo, pero no pudo dejar de ser advertida por el acusado que se encontraba de frente. Y es más, qué sentido tenía el disparo contra un vehículo particular, si no fuera porque iba conducido por un policía. ¿Es que iba a disparar contra todo automóvil que circulara por las calles de Vall d'Uxó?. Es evidente que no. De ahí que el homicidio en grado de tentativa lo sea *en concurso con un delito de atentado* .

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO. - El tercero de los motivos esgrimidos lo es **por infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art.21.6 CP .

1. El recurrente reclama la aplicación de la atenuante de *dilaciones indebidas como muy cualificadas* , entendiendo que las dilaciones por causa de su detención en Portugal, ni la tardanza de los dictámenes periciales le son imputables, en cuanto se dispuso de ellos desde el 2008, juzgándole otras Audiencias mucho antes. Por ello entiende que le debe ser rebajada la pena en dos grados.

2. Esta Sala en resoluciones como las SSTS 175/2015, de 31 de marzo , y 360/2014, de 21 de abril , entre otras, ha indicado que: "La doctrina de esta Sala, considera la "dilación indebida" como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo



retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable por la duración del procedimiento mayor de lo previsible o tolerable.

Se subraya también su doble faceta prestacional, como derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, y reaccional, como derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas (STS489/2014, de 10 de junio).

Para valorar el carácter razonable o no de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, así como el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante.

En la práctica la doctrina jurisprudencial ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

Son dos los aspectos esenciales que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Por un lado, la celebración del juicio dentro del "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la concurrencia de "dilaciones indebidas", que es el concepto que utiliza nuestra Constitución en su art. 24.2º.

Son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las "dilaciones indebidas" implican la proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de dichos actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto más amplio, que se refiere al derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, y que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

En cualquier caso un requisito esencial para la aplicación de la atenuante consiste en que la dilación no sea atribuible al propio inculpado. Como destaca la STS núm. 385/2014, de 23 de abril, también las víctimas de los delitos son titulares del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Resultaría paradójico que al perjuicio para la causa ocasionado por los retrasos causados por el propio imputado se uniese la comprobación de que el comportamiento dilatorio le reporta beneficios punitivos relevantes, premiando con la atenuación su rebeldía procesal o la provocación de suspensiones del juicio oral que dilapidan esfuerzos procesales ya realizados".

3. En el caso actual, como indica el Ministerio Fiscal, como hitos fundamentales del proceso que nos ocupa, hay que señalar que los hechos de extraordinaria gravedad, se produjeron el 10 de mayo de 2000. Se practican diligencias que ocupan los tomos I, II y parte del III, decretándose en Auto de 25 de abril de 2002 el sobreseimiento provisional por falta de autor (folio 530).

El 30 de julio de 2007 se recibe copia de diligencias del Juzgado 22 de Madrid, con el estudio preliminar de las armas que han sido ocupadas a Jose Manuel, implicándole indiciariamente en los hechos del 10 de mayo de 2000. Por ello el 3 de agosto se decreta la reapertura de las diligencias. (f. 556). Se dicta Auto de imputación el 6 de agosto 2007 (folio 563), si bien hay que recordar que Jose Manuel se encuentra preso en Coimbra, por lo que se tramita una Orden de Detención y Entrega Europea (f. 580-585). Celebrada vista sobre la misma en el Tribunal de Apelación de Lisboa, el investigado se opone (f. 723). La Audiencia de Lisboa resuelve la entrega de Jose Manuel a diversos Juzgados españoles, entre ellos el de Nules (f. 822), si bien suspendiendo la entrega hasta la celebración del juicio pendiente en Portugal y cumplimiento de la pena, en su caso.

El Juzgado de Nules sigue practicando diligencias hasta la Providencia de 19 de enero de 2010 (f. 1198), produciéndose en ese momento la paralización a la que hace referencia la sentencia en su fundamento de derecho octavo, hasta que se da traslado al Fiscal (el 9 de mayo de 2011, folio 1200) para que informe. Para valorar esta paralización hay que tener en cuenta que el investigado seguía preso en Portugal, no pudiendo realizarse con el mismo ninguna diligencia de carácter personal, esencial en el procedimiento.

El Fiscal pide diversas diligencias (f. 1204-1207) y en el seno de las mismas, el 20 de abril de 2012 (f. 1379) se solicita de las autoridades portuguesas la entrega temporal del imputado, petición que se reitera el 2 de octubre de 2013 (f. 1579).



Jose Manuel es por fin *entregado* a las autoridades españolas el 10 de enero de 2014, ingresando en el Centro Penitenciario de Badajoz (f.1616) para lo cual el 9 de enero se había dictado auto de prisión para cumplimiento de la Orden de Detención y Entrega Europea.

El 16 de enero de 2014 (f. 1704) se transforman las diligencias en sumario ordinario, dictándose auto de procesamiento el mismo día (f. 1729). Tras la información de derechos (f. 1750), se toma declaración a Jose Manuel (f. 1751), quien manifiesta no querer declarar, y se dicta auto de prisión sin fianza el 17 de enero de 2014 (f. 1752-1755).

Se dicta Auto de conclusión de sumario el 27 de enero de 2014 auto que es revocado en dos ocasiones para la práctica de nuevas diligencias, hasta el auto de 17 de marzo de 2015 (folio 351) con remisión de la causa a la Audiencia.

Todavía en la Audiencia Provincial habrá de realizarse toda la fase intermedia, confirmación de la conclusión de sumario, calificaciones provisionales, artículos de previo pronunciamiento, etc. celebrándose el juicio oral el 19 de abril de 2016.

4. Como ha dicho también esta Sala (Cfr. SSTS 106/2009 de 4 de febrero ; 553/2008, de 18 de septiembre ; y 318/2013, de 11 de abril) " *el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede identificarse con el derecho a ser descubierto con prontitud. Es cierto que el transcurso del plazo de 16 años, sin más matices, puede parecer alejado de un ideal constitucional. Sin embargo, conviene no olvidar que el fundamento material de la atenuante cuya aplicación reivindica el recurrente no puede vincularse al mero transcurso del tiempo . La referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla, sin más, la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, corremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud.*"

A lo largo de todo el procedimiento se han estado practicando diligencias de instrucción en un proceso complejo con numerosos perjudicados, daños y necesidad de complicadas pruebas periciales.

El procedimiento no ha estado dirigido contra el acusado, hoy recurrente hasta la imputación que se formuló 6 de agosto 2007 (folio 563), si bien siguió sin estar a disposición del Juzgado Instructor por estar preso en Portugal. Es cierto que durante un periodo importante, entre el 19 de enero de 2010 y el 9 de mayo de 2011, se produce una paralización, hasta que el Fiscal insta nuevas diligencias. Pero esta paralización par nada afecta a la situación personal del luego acusado, que se encuentra *preso por otras causas*, y sin estar a disposición material del instructor.

5. En el caso en que analizamos nos encontramos con unos delitos de extraordinaria gravedad, cuyo autor ha eludido durante años la acción de la Justicia. Al ser detenido en Portugal se niega a su entrega a las autoridades españolas, la primera vez que responde ante el Juzgado instructor es en *enero de 2014*, casi catorce años después de los hechos y en esa misma fecha se dicta el Auto de su prisión provisional.

La afectación de la dilación hacia el acusado es mínima, y la comparación entre el desvalor de su conducta y el desvalor de las presuntas dilaciones resulta totalmente desproporcionada.

Por todo ello ha de entenderse que el periodo de paralización ya dicho, y al que se refiere la sentencia, sólo puede ser considerado como integrador de la atenuante como simple, pero no como cualificada.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto motivo se articula **por infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art. 131 CP.

1. Sostiene el recurrente que no puede estar de acuerdo con la sentencia de instancia, en tanto por el delito de robo con intimidación se le impone la pena de cuatro años de prisión y por el delito de lesiones en concurso con el de atentado la pena de cinco años de prisión, por lo que independientemente del delito de homicidio intentado y del delito de lesiones del art 150 CP, los dos primeros delitos están prescritos en virtud del art. 131 CP. Y que no se puede mantener que el delito mayor no está prescrito y por eso la prescripción no opera con el resto, pues no existe concurso entre los dos delitos prescritos y el resto.

2. La cuestión ya fue planteada y resuelta como artículo de previo pronunciamiento ((folios 106 y ss. del rollo de Sala).

En aquel momento el recurrente se *refería exclusivamente* al delito de *robo* con violencia, por el que se solicitó la pena de cinco años, por aplicación del artículo 242 CP que señala pena de 3 a 5 años (en su mitad superior). El Auto de 17 de junio de 2015 no admitió la prescripción como artículo de previo pronunciamiento, defiriendo la cuestión al tribunal sentenciados para su resolución después del juicio (folios 121-122)



Planteada nuevamente en el juicio oral se desestima igualmente, expresando la Sala de instancia sus razones en el fundamento de derecho cuarto.

Y así indico que: <<Como ya dijimos en el auto de 17 de junio , desestimatorio del artículo de previo pronunciamiento en el que se nos planteaba la posible prescripción de las infracciones, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2a del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 en materia de prescripción del delito establece "... En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado". Dice en la misma línea la STS 18 de febrero de 2016 "Esta Sala, en constante jurisprudencia, reflejada en Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, como los de 16 de diciembre de 2000 y el de 26 de octubre de 2010, mantiene que en la determinación del plazo de prescripción del delito ha de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente, ratificando la vigencia de otro Acuerdo anterior de 29 de abril de 1997. En el Acuerdo de 26 de octubre de 2010, añadimos como criterio interpretativo que en los supuestos de concurrencia de un tipo básico y otro agravado, se tendrá en cuenta la calificación de los hechos efectivamente declarada en la sentencia, siguiendo el mismo criterio respecto a las antiguas faltas, por lo que el plazo prescriptivo se refiere a la calificación definitiva realizada en la sentencia. Así, en la Sentencia 575/2007, de 9 de junio , referimos que en el supuesto de delito continuado ha de tenerse en cuenta la exasperación punitiva para conformar el plazo de prescripción del delito, y en la 64/2014, de 11 de febrero, debe considerarse en toda su extensión y, por lo tanto, en su concepción de pena máxima que pueda serle aplicada, es decir, pena en abstracto máxima posible legalmente."

Dado que el actual proceso el delito de mayor gravedad ha sido el de homicidio en grado de tentativa en concurso ideal con el delito de atentado la pena abstracta imponible sería la *mitad superior del delito mayormente penado* , es decir la *tentativa de homicidio* sancionada con *hasta diez años de prisión* , por la rebaja, al menos en un grado obligatoria (art. 62 CP), y de acuerdo a las previsiones del art. 77.2 CP , por el que la acusación pide la pena de nueve años de prisión. Por tanto, el plazo de prescripción del delito es de 15 años conforme establece el art. 133.1 CP en cualquiera de sus formulaciones legales, que no ha transcurrido en el caso que enjuiciamos.

3. Ahora el recurrente muestra su desacuerdo con tal argumentación, volviendo a suscitar la cuestión, ampliándola a aquéllos delitos por los cuales se impuso una pena no superior a los cinco años , sin embargo, hay que tener en cuenta que, en efecto, de conformidad con el Acuerdo de esta Sala citado, "para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada por el legislador", y en nuestro caso para el delito de homicidio en grado de tentativa en concurso con atentado, objeto de la acusación pública, tanto la pena a imponer en abstracto ,como la solicitada en concreto , superaba los cinco años.

4. Además en la sentencia, respecto de los dos delitos (3 y 4 del fallo) por delitos de atentado en concurso con lesiones, en los que se condena a penas de cinco y cuatro años de prisión respectivamente, la pena a imponer en abstracto es superior a los cinco años, viniendo señalada la **pena entre tres y cinco años** , como se expresa en los apartados C) y D) del fundamento de *derecho noveno*.

En último caso debemos decir, y esto es esencial para desestimar el motivo, que siendo uno de los delitos enjuiciados el de atentado contra agente de la autoridad en concurso con el homicidio en grado de tentativa, que ya lleva aparejada la pena de *prisión entre cinco y diez años* , y por el que se le impuso la **pena en concreto de seis años** (recordemos que en su recurso el Ministerio Fiscal interesa la elevación de esta pena), ninguno de los delitos enjuiciados puede ser declarado prescrito, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo de la Sala Segunda del TS: " En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado ".

No cabe hablar de autonomía entre los diversos delitos enjuiciados. Todos ellos se producen en una misma acción violenta, que se inicia con un robo en entidad bancaria y que en la huida del atracador se producen los atentados, lesiones y tentativa de homicidio. Sin duda alguna se trata de delitos conexos (art. 17 LECrim .) que necesariamente deben enjuiciarse conjuntamente, máxime si en el delito de robo se aprecia el *párrafo 3* del art. 242 que contempla el supuesto de que "el delincuente *hiciera uso de armas* u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren", que solo puede enjuiciarse si al mismo tiempo se enjuician los hechos concretos del uso de armas en la comisión del delito y persecución del delincuente.

Los hechos se perpetraron el 10 de mayo de 2000 . Por falta de autor conocido se dictó Auto de sobreseimiento provisional el 25 de abril de 2002 (folio 530), y se reabrieron las diligencias el 3 de agosto de 2007 (folio 556), realizándose una *imputación concreta* contra el acusado el día 6 del mismo mes y año (folio 563).



El artículo 131 (no el 133 citado erróneamente por la sentencia) señala en su apartado 1 que " **Los delitos prescriben: A los 10** (años), cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación **por más de cinco años** y que no exceda de 10 ". Plazo de diez años que se ha mantenido en las diversas modificaciones del Código Penal desde 1995, hasta la actualidad.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

QUINTO .- El primero de los motivos se funda en **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida de la atenuante de confesión del art. 77 CP. en relación con los arts. 552.1º, 551.1º y 550 CP, y con los arts 138,16 y 62 CP.

1. El motivo del recurso se refiere exclusivamente a la imposición de la pena que en concreto realiza la sentencia, que se explica en el apartado B) del Fundamento de *derecho noveno*, en donde para justificar la individualización de la pena se expresa:

«**B)** Procede imponer por el delito de atentado en concurso ideal del art. 77 CP con el delito de homicidio en grado de tentativa del que fue víctima el Agente de Policía Local núm. NUM002 (entre cinco y diez años de prisión), con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal antes enunciadas, a la pena de seis años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. La sanción aludida se fija en la mitad inferior conforme al art. 66.1.7a del CP, valorando el grado de ejecución alcanzado que presenta los caracteres de tentativa inacabada, el alcance de las lesiones causadas y que la agravante de disfraz atenúa el potencial reductor de la pena de las dilaciones indebidas.»

Lógicamente esta es la pena que se impone en el FALLO de la sentencia, en el apartado 1.2: pena de **seis años de prisión** y la accesoria de inhabilitación.

Pues bien, entiende el Ministerio Fiscal que la pena está incorrectamente individualizada. Estando en el caso de un **concurso ideal** se aplicará "en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones". En el presente caso la pena prevista a la infracción de mayor gravedad es la del **homicidio en grado de tentativa**, al que la propia sentencia en la fundamentación jurídica citada señala la pena de **entre cinco y diez años de prisión**.

Por aplicación del art. 77 (tanto en la redacción anterior como en la posterior a la LO 1/2015), se deberá imponer la pena en su **mitad superior**, que sería de **7 años y 6 meses a 10 años**.

A esta pena se le aplica la regla establecida en el también citado por la sentencia artículo 66.1.7a: *Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena*. Concurriendo en este caso una agravante, disfraz y una atenuante, dilaciones indebidas, se podrá imponer esta pena (de 7 años y 6 meses a 10 años) en toda su extensión, considerando la Sala de instancia oportuno imponerla en su **mitad inferior**, pero señala la pena concreta de **6 años**, con la siguiente argumentación: "valorando el grado de ejecución alcanzado que presenta los caracteres de la tentativa inacabada, el alcance de las lesiones causadas y que la agravante de disfraz atenúa el potencial reductor de la pena de las dilaciones indebidas".

Así considera, y este es el motivo del recurso, que no se puede imponer una pena inferior a los 7 años y 6 meses. No es aplicable la referencia que el art. 66.1.7a hace a la *persistencia del fundamento cualificado de atenuación*, porque ni lo expresa en este fundamento de derecho, ni considera las dilaciones indebidas como una atenuante cualificada, como se explica ampliamente en el fundamento de derecho octavo.

2. En verdad, a pesar de indicar la sentencia de instancia que la tentativa del homicidio es inacabada, lo cierto que es que expresamente señala que la pena de la que se debe partir es la de prisión *entre cinco y diez años*. Si la Sala hubiera querido dar una potencialidad superior al artículo 62 CP y rebajar la pena en *dos grados*, lo habría indicado expresamente, partiendo en sus cálculos no de la prisión entre cinco y diez años, sino entre dos años y seis meses a cinco años (para mayor claridad prescindimos del día que separaría los grados) que es la correspondiente a bajar dos grados la pena del homicidio y la sentencia no habría podido imponer una pena superior a los cinco años.

Y -como apunta el Ministerio Fiscal- no es procedente aplicar la nueva penalidad surgida de la modificación del CP por LO 1/2015, puesto que el nuevo artículo 138.2.b) castiga el homicidio constitutivo además de atentado con una pena más grave que la expresada en la redacción vigente en el momento de los hechos.

Por ello hay que entender que la pena impuesta está incorrectamente individualizada, debiendo casarse la sentencia y dictar otra en la que se condene, por el delito de atentado en concurso ideal del art. 77 CP con



el delito de homicidio en grado de tentativa, a la pena de **7 años y 6 meses y 1 día de prisión**, tal como se efectuará en segunda sentencia.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado.

SEXTO .- El segundo motivo se formula **por infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art 55 CP . en relación con el art. 56 y los preceptos citados en el motivo anterior, en relación con la pena de inhabilitación absoluta.

1. Se denuncia que el apartado **I.2** del Fallo de la sentencia impone por el delito de "atentado a agentes de la autoridad ,ya definido, agravado por uso de arma, en concurso ideal con un delito de tentativa de homicidio, con la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones indebidas, la pena de seis años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación *absoluta* durante el tiempo de la condena", cuando procedía solamente la prueba de inhabilitación *especial* para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2. Ciertamente, el error denunciado se ha producido, puesto que aún admitiéndose el anterior motivo, y la consiguiente elevación de la pena, por no llegar la misma a los diez años de prisión, la pena que procede imponer es la de inhabilitación *especial* , según la previsión del art 56.1.2º CP .

Y del mismo modo, aunque no lo menciona, interpretando la voluntad presunta del recurrente, hemos de observar que el mismo error se da en el apartado **I.3** del Fallo de la sentencia, donde se señala una pena de cinco años de prisión y como accesoria la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Por todo ello el motivo ha de ser estimado con este doble contenido que se precisará en segunda sentencia.

SÉPTIMO .- En virtud de lo expuesto procede **estimar en parte** el recurso de casación formulado por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de Jose Manuel , y **estimar** el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, por infracción de ley, declarando de oficio las **costas** de ambos recursos, de acuerdo con las previsiones del art. 901 de la LECr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR EN PARTE** al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de Jose Manuel , contra la Sentencia dictada con fecha 3 de Mayo de 2016 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de **Castellón**, en el Rollo de apelación nº 3/2014 , en causa seguida por delitos de **robo con intimidación, atentado y lesiones** .

Y DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, por infracción de ley, declarando de oficio las **costas** de ambos recursos.

Comuníquese esta sentencia, y la que a continuación se dictará, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca** . Francisco Monterde Ferrer D^a. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil diecisiete.

En la causa rollo nº 3/2014 seguida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, dimanante del Procedimiento nº 1/2014, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Nules, por delitos de robo con intimidación y atentado, contra D. Jose Manuel ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Francisco Monterde Ferrer.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos en lo que no se opongan a lo que se señala en esta sentencia



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo expresado en el fundamento primero de la sentencia rescindente, procede dejar sin efecto la previsión establecida en el fundamento de derecho noveno de la sentencia de instancia, respecto de que "la clasificación del penado en tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta".

SEGUNDO .- Por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos quinto y sexto de nuestra sentencia rescindente, la pena de **seis años** de prisión que se impone en el *apartado 1.2* del Fallo de la sentencia de instancia por el delito de atentado a agentes de la autoridad, en concurso ideal con un delito de tentativa de homicidio, concurriendo la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones indebidas, ha de ser sustituida por la pena de **siete años y seis meses de prisión** . Igualmente la pena accesoria de **inhabilitación absoluta** impuesta por este mismo delito, ha de ser sustituida por la procedente de **inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo** ; así como también ésta última ha de imponerse, en vez de la acompañada a la pena principal en el *apartado 1.3* del Fallo de la sentencia de instancia.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que no resultaren incompatibles.

III. FALLO

1º)Se deja sin efecto la previsión establecida en el fundamento de derecho noveno de la sentencia de instancia, respecto de que "la clasificación del penado en tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta".

2º)Se sustituye la pena de **seis años** de prisión que se impone en el *apartado 1.2* del Fallo de la sentencia de instancia por el delito de atentado a agentes de la autoridad, en concurso ideal con un delito de tentativa de homicidio, concurriendo la agravante de disfraz y la atenuante de dilaciones indebidas, por la pena de **siete años y seis meses de prisión** . Igualmente la pena accesoria de **inhabilitación absoluta** impuesta por este mismo delito, ha de ser sustituida por la procedente de **inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo** ; así como también ésta última ha de imponerse, en vez de la acompañada a la pena principal en el *apartado 1.3* del Fallo de la sentencia de instancia.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que no resultaren incompatibles.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Francisco Monterde Ferrer D^a. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.