



Roj: **STS 2099/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2099**

Id Cendoj: **28079120012020100374**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2020**

Nº de Recurso: **2737/2019**

Nº de Resolución: **342/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2737/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 342/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 25 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado **D. Erasmo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Algeciras, de fecha 9 de enero de 2019, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 28 de mayo de 2018 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Algeciras, que condenó al citado acusado de delitos de atentado y de conducción temeraria, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Alejandro Sánchez Cano y bajo la dirección Letrada de D. Rachid Mohamed Hammu.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 1 de Algeciras incoó Procedimiento Abreviado con el nº 117 de 2018 contra Erasmo , que con fecha 28 de mayo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El día 22 de septiembre de 2017, sobre las 19:15 horas, cuando los agentes de la Guardia Civil con números de identificación profesional NUM000 y NUM001 , se encontraban en el ejercicio de sus funciones circulando por la carretera A-383, observaron el vehículo con matrícula-MCQ conducido por quien resultó ser el acusado Erasmo , mayor de edad, carente de antecedentes penales, al que dieron el alto a la altura del punto kilométrico 3 de dicha vía mediante señales luminosas y acústicas por mostrar el vehículo signos de exceso de carga y sospechar por ello que pudiera portar droga. Una vez detenido el acusado, se acercó al vehículo que conducía el agente NUM000 , haciéndolo por la parte derecha de dicho vehículo, a la vez que ordenaba a su conductor que apagara el contacto y se bajara, abriendo la puerta del copiloto, momento en que el acusado le mostró una placa de Policía Nacional, como ya había hecho antes por la ventanilla, y le dijo que era compañero, sin llegar a apagar el motor, y cuando el agente con número de identificación profesional NUM001 se acercó al vehículo y abrió el maletero, el acusado, con ánimo de entorpecer la labor policial, encañonó al agente NUM000 con un arma, cuyas características no constan, y emprendió la huida a gran velocidad, continuando su marcha por la A-383, haciendo caso omiso a las indicaciones que le hacían los agentes de que se detuviera mediante los correspondientes dispositivos, introduciéndose en la vía de servicio de la autovía A-7 al llegar al punto kilométrico 0 en dirección contraria al sentido de la marcha y al finalizar dicha vía de servicio continuó por el arcén de la autovía también en dirección contraria, encontrándose de frente al llegar a la altura del punto kilométrico 118,600 con un vehículo de la Policía Local de San Roque, en el que viajaban los agentes números NUM002 y NUM003 , que pretendían incorporarse a la autovía por el carril de aceleración, teniendo que realizar el vehículo policial una maniobra evasiva para evitar la colisión, pues el acusado continuó su marcha, siendo finalmente perdido de vista en la salida 116 de la A-7, a la que se había incorporado ya en dirección correcta".

SEGUNDO.- El citado Juzgado de lo Penal dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS:

"Que debo condenar y condeno al acusado Erasmo como autor penalmente responsable de un delito de atentado del artículo 550 y de un delito de conducción temeraria del artículo 380-1, ambos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a quien impongo, por el primer delito, la pena de prisión de seis meses con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y por el segundo, la pena de prisión de diez meses con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores durante un año y seis meses. Y le absuelvo del otro delito de atentado del que era inicialmente acusado. Se impone al condenado el abono de dos terceras partes de las costas devengadas, declarándose de oficio la tercera parte restante. Se acuerda la libertad provisional de Erasmo , si de ella no estuviere privado por otra causa, con la obligación de comparecer a los llamamientos judiciales cuantas veces lo fuere. A cuyo efecto, expídanse los oportunos despachos. Llévase certificación de la presente Sentencia a los autos principales y notifíquese al Ministerio Fiscal, a las partes y al acusado. Contra esta sentencia cabe interponer ante este Juzgado, en el término de diez días a contar desde el siguiente a su notificación, recurso de apelación, que se sustanciará ante la Audiencia Provincial de Cádiz".

Indicada sentencia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Algeciras, que con fecha 9 de enero de 2019 dictó sentencia que contiene la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS:

"Que, estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de fecha 28 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Penal Número 1 de Algeciras debemos condenar a Don Erasmo como autor penalmente responsable de un delito de atentado del artículo 550 en relación con el artículo 551.1º y de un delito de conducción temeraria del artículo 380.1, ambos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes: por el primer delito, la pena de prisión de tres años y un día con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores durante cuatro años y diez meses, manteniendo la absolución del otro delito de atentado del que era inicialmente acusado. Sin costas en la alzada. Esta sentencia es recurrible en casación por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 o por infracción de precepto constitucional, en la forma dispuesta en los artículos 855 y ss LECR, pidiendo testimonio de la misma en los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y únase otro testimonio al rollo de la Sala".



TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado **D. Erasmo**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Erasmo**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de precepto legal, al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la L.E.Cr. por infracción de precepto legal, por la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del art. 551.1 del Código Penal en relación con el artículo 550 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó el motivo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- De conformidad con el art. 197 L.O.P.J. se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso el día 24 de junio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de Erasmo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (sede Algeciras) de fecha 9 de enero de 2019 que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Algeciras, de 28-5-2018.

SEGUNDO.- 1.- MOTIVO ÚNICO DE CASACIÓN.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO LEGAL, al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim por infracción de precepto legal, por la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del art. 551.1 del Código Penal en relación con el artículo 550 del Código Penal.

Gira el motivo único del recurrente por la vía del art. 849.1 CP, y este es el objetivo del pronunciamiento del Tribunal Supremo en unificación de criterios sobre la interpretación que debe darse al subtipo agravado del nº 1 del art. 551 CP respecto al alcance de la expresión "haciendo uso de armas..." al objeto de entender si se exige la acción de disparar, o el mero hecho de exhibirla o apuntar con ella contempla la aplicación del precepto tras la reforma del CP por LO 1/2015, que requiere y conlleva el interés casacional de interpretación y alcance del subtipo agravado que modifica su redacción anterior.

Pues bien, la resolución del recurso de casación a los efectos del dictado de la unificación de criterios debe partir de los siguientes pronunciamientos en torno a la vía utilizada del art. 849.1 LECRIM en relación con el art. 847.1, b) LECRIM, a saber:

1.-Necesidad de que en los casos en los que se utilice la vía del art. 849.1 LECRIM se respeten los hechos probados

Consecuencias jurídicas acerca de la descripción fáctica insuficiente de las características del arma en el relato de hechos probados a los efectos de la aplicación del subtipo agravado del art. 551 CP.

Por ello, nos hemos pronunciado de forma reiterada sobre este límite de la vía del art. 849.1 LECR, sobre todo en los casos del art. 847.1, b) LECRIM que es objeto de análisis ahora mismo. Y así, en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 476/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 1684/2018 señalamos que:

"La casación en procedimientos competencia de los Juzgados de lo penal permite exclusivamente comprobar que la norma penal sustantiva ha sido correctamente interpretada y aplicada. Para el resto de infracciones posibles el debate queda cerrado con la resolución de la Audiencia Provincial.

Esos contornos están claros en la legalidad reformada si la leemos desde las pautas sentadas en su Exposición de Motivos. Esta Sala de casación en un acuerdo de pleno no jurisdiccional cuyo contenido ha sido reiterado en un nutrido número de sentencias posteriores y un todavía mucho mayor volumen de autos y providencias sentó categóricamente esa exégesis: solo cabe una impugnación basada en el art. 849.1º LECrim y con respeto a los muy estrictos condicionantes de esa vía casacional: sujeción absoluta al hecho probado; denuncia de vulneración de una norma penal (o de otra rama jurídica pero que condicione la interpretación de la norma penal sustantiva); legalidad penal sustantiva, que no procesal, ni constitucional.



El legislador de 2015 *ha abierto la casación, solo por infracción de ley del art. 849.1º (error iuris)* a los delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo Penal.

La reforma quiso implantar una herramienta idónea para homogeneizar la interpretación de todo el derecho penal sustantivo (vid. STC 134/1991, de 17 de junio), y no solo el que arrastra las más graves sanciones.

Se quiso reforzar así el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE).

No es tolerable que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los perfiles de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto.

Es por ello éste un recurso que, siguiendo la idea de la STS 210/2017 citada, enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva- ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. No busca tanto dar una solución al caso concreto, como proyectar hacia el futuro una interpretación de la ley penal en un punto controvertido.

El aludido pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda (9 de junio de 2016) precisó la naturaleza de este recurso dibujando sus trazos básicos. Reza así el acuerdo emanado de tal Pleno, evocado en el dictamen del Fiscal:

"A) El art. 847. 1º letra b) de la LECrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849.2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el art. 849.1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) *Los recursos deberán respetar los hechos probados*, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim)...."

Con ello, no pueden ser objeto de debate cuestiones que quedan al margen del debate de la subsunción de esos hechos en el tipo penal. Pues bien, hace referencia el recurrente a la cuestión de que el arma no era real y que no existió intención de disparar a la gente, sino más bien la de obstaculizar e impedir su actuación huyendo. Pero no es este el tema clave en este caso, sino la primera parte, esto es, si es posible entender que el arma era real. Lo cierto y verdad es que el acometimiento existe al agente y lo dice el hecho probado, pero también dice que las características del arma no estaban determinadas, y luego en los FD aclara que el agente expuso en el plenario que no puede afirmar que fuera real o no, y ello lo explica con claridad el juez de lo penal, y es clave en la resolución del caso como veremos.

Esta cuestión forma parte y se refiere a los hechos probados, ya que en su referencia debemos recordar que en los mismos consta que cuando *el agente con número de identificación profesional NUM001 se acercó el vehículo y abrió el maletero, el acusado, con ánimo de entorpecer la labor policial, encañonó al agente NUM000 con un arma cuyas características no constan y emprendió la huida a gran velocidad continuando su marcha por la A-383 haciendo caso omiso a las indicaciones que le hacían los agentes de que se detuviera mediante los correspondientes dispositivos.*

Consta claramente, por ello, en el hecho probado que la acción del recurrente de "encañonar" con el arma al agente lo fue con ánimo de entorpecer la labor policial, y es lo que le permite la huida y deja inmóvil al agente que no tiene otra opción que dejarle huir, impidiendo la intervención policial que estaban llevando a cabo.

Pero no puede quedar fuera del examen casacional la referencia a que el arma fuera real, ya que se da por probado el empleo del arma, pero con una ausencia específica de descripción; pero lo que es más importante es que existe una "descripción fáctica insuficiente" del hecho probado en cuanto al uso del arma que permitiría aplicar el subtipo agravado del art. 551 CP. Y ello, porque, como hemos referenciado en la jurisprudencia aplicable al uso de armas en el robo (art. 242.2 CP), es preciso que se refleje en los hechos probados la



característica del arma para deducir la nota de "instrumento peligroso". Y ello cabe por la vía del art. 849.1 LECRIM.

Por ello, el examen casacional tiene cabida, porque se discute la subsunción de los hechos probados en la aplicación del subtipo agravado del art. 551 CP por la no constancia fáctica de si era un arma real, lo que se puede indicar, bien porque se haya detenido al autor y examinar el arma para por prueba pericial llegar a la convicción de su nota de "arma de fuego", y por ende, de ser instrumento peligroso, que es el elemento que anuda la aplicación del subtipo agravado o por convicción del juez o Tribunal a resultas de la prueba practicada si no hubo esa aprehensión en otro tipo de casos en los que el arma no se encuentra, pero ello no impide que de la prueba practicada en juicio resulte acreditado que lo que se empleó el día de comisión del delito era un arma configurada como instrumento peligroso y capaz de originar un riesgo.

Con ello, manteniendo los mismos hechos probados, la Audiencia Provincial aplica el subtipo agravado, por entenderse que este debe ser el espíritu de la reforma del CP por LO 1/2015, siendo de aplicación al hecho perpetrado en el año 2017.

Pero, como veremos más tarde, el fundamento para aplicar el subtipo agravado es correcto, pero falta el presupuesto de base, es decir, que sea un arma como instrumento peligroso, y que, de alguna manera, quede constancia en el hecho probado, lo que no es así en este caso, sino todo lo contrario, ya que lo que consta es que las características del arma no se sabían, no se aprecian, o no constan, lo que atrae la regla del *in dubio pro reo*, al no apreciarse que se empleó un arma como instrumento peligroso.

Revoca la Audiencia, por ello, el pronunciamiento del juez penal dirigido a entender, éste último, que el encañonamiento del arma no constituye la "utilización" y que no había intención probada de que fuera a disparar al agente.

Lo cierto y cierto y verdad es que el debate que surge en el recurso sí está referido a que el arma fuera o no real, porque es presupuesto de base para aplicar el subtipo agravado, y sin el cual no podría acudir al art 551 CP.

Lo cierto y verdad es que el juez penal apunta que respecto a la existencia del arma "carece de trascendencia" por apostar en la circunstancia de que su empleo para la huida hace desaparecer la agravante, lo que es incorrecto, ya que también su empleo en la huida permite su aplicación por sancionar el art. 551 su "uso", pero no su "empleo activándola", siendo válido que el uso lo sea de *encañonar para huir*.

Sin embargo, su trascendencia es relevante, como decimos, porque si no se declara probado que es arma como instrumento peligroso no puede admitirse el subtipo agravado del art. 551 CP.

Por ello, antes de comenzar con el análisis del subtipo agravado debemos precisar la concreción de si lo que se utilizó fue un arma real, y no un arma de fuego o simulada, y hay que señalar que el hecho probado no describe con claridad que se tratara de arma como instrumento peligroso, e incluso el juez penal describe que el agente no pudo precisar si el arma era real. Y es importante en este contexto referenciar que quien así lo duda es un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, que tiene calidad y cualificación suficiente para identificar lo que es un arma con el potencial del riesgo que ello conlleva de aquello que no lo es. Y en el caso de duda, que en este supuesto se plantea, el "In dubio" debe prevalecer a favor de "regresar" al pronunciamiento del juez penal de condenar por delito de atentado del art. 550 CP, así como mantener la condena por delito de conducción temeraria que no es objeto de casación, por la insuficiencia fáctica del hecho probado al describir el objeto empleado.

En consecuencia, si se le detiene al autor del delito, e interviene el arma, será sencillo delimitarlo por los peritos de la policía. Y en los casos en los que no sea así, será importante delimitar si se trataba de un arma con el riesgo potencial de su empleo como tal, supuestos en los que es importante que el testigo fuera, incluso, un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, como en este caso ocurrió, con entidad calificadora suficiente para declarar que lo que se le exhibió fue un arma de fuego como instrumento peligroso, que es lo que cualifica el subtipo agravado, lo que queda ya al ámbito de la valoración de prueba, en cuanto se refiere a lo que el Tribunal pueda determinar sobre si lo que se exhibió era un arma, o no lo era.

Por ello, suprimida la existencia del instrumento peligroso deviene inaplicable el subtipo agravado del art. 551 CP. Sin embargo, al objeto de unificar criterio sobre el art. 551 CP es preciso destacar que en los casos en los que quede probado que se empleó un arma es preciso hacer un esfuerzo descriptivo en el relato fáctico, a raíz de la prueba practicada acerca de que lo empleado es un arma como objeto peligroso, y no una simulación que descarta la existencia del riesgo exigible e inherente al subtipo agravado.

Pero en los supuestos en los que así sea y se especifique que lo utilizado fue un arma real como instrumento peligroso, la mera exhibición atraerá la aplicación del subtipo agravado, como exponemos, a fin de fijar criterio interpretativo del art. 551 CP en este tema.



2.- En los casos en los que se describa que lo utilizado fue un arma real no hay absorción de la conducta de encañonar el arma con el atentado del art. 550 CP .

No cabe hablar de absorción de la conducta del uso de armas en el hecho mismo del acometimiento mediante la "intimidación grave" por la que opongan resistencia grave a los agentes de la autoridad que se hallan en el ejercicio de sus funciones, ya que supone desconocer el juego y naturaleza de los subtipos agravados, ya que recordemos que el art. 551 CP lo que hace y refiere es aplicar la pena superior en grado "siempre que el atentado se cometa... haciendo uso de armas..."

¿Qué significación tiene el subtipo agravado en la conducta básica?

Pues que, en primer lugar, la forma ejecutiva o modus operandi del atentado se lleva a cabo por la conducta de:

- 1.- Agredir.
- 2.- Oposición de resistencia grave mediante intimidación grave o violencia.
- 3.- Acometimiento.

En estos casos, no "además de...", - y aquí está la clave interpretativa del subtipo agravado-, sino si la forma en la que se lleva el acto lo es "haciendo uso de armas de fuego" la pena se aplica en la superior en grado. Ello impide una consideración de la absorción del subtipo agravado dentro de la forma comisiva para integrar el tipo penal de atentado, ya que el acto intimidante grave se perpetra con un arma que, a su vez, integra el subtipo agravado en la ejecución delictiva.

3.- La interpretación actual del subtipo agravado del nº 1 del art. 551 CP debe conectarse con el espíritu del legislador al modificar la redacción de la agravación de la conducta en el atentado respecto al empleo de armas en el atentado.

a.- Redacción anterior a la LO 1/2015.

La redacción anterior a la LO 1/2015 fijaba en el art. 552 que:

Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso.

Ello se traslada ahora al nº 1 del art. 551 CP, modificando claramente la redacción del antiguo art. 552 CP, que exigía que la agresión se verificara con armas para aplicar el subtipo agravado, mientras que ahora lo desgaja y señala que el atentado se cometa "haciendo uso de armas".

Es decir, no que se agreda con armas, sino que el atentado en una de sus modalidades comisivas se lleve a cabo "con el uso de armas", pero sin que sea preciso que se activen, sino solo que "se empleen" por el uso, lo que admite la "mera exhibición".

Recordando la doctrina anterior en base a la redacción del art. 552 CP recordamos la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 664/2010 de 4 Jun. 2010, Rec. 10006/2010, que señalaba que:

"El subtipo del nº 1 del art. 552 no es de aplicación a todas las modalidades comisivas del atentado previsto en el art. 550, sino a la primera de ellas, es decir al *atentado por acometimiento*, quedando excluida la modalidad intimidatoria, y la de resistencia grave, con las que no resulta compatible la exigencia de que el empleo del arma o instrumento peligroso se dé en "la agresión", concepto éste que restringe la aplicabilidad del subtipo a la modalidad de atentado por acometimiento: la doctrina de esta Sala señala que agredir equivale a acometer (Sª 25 de octubre de 2002) pues acometimiento significa embestida o arrojamiento con ímpetu sobre una persona, o sea un ataque o agresión (Sª 8 de marzo de 1999). Si hay acometimiento aunque sea leve existe atentado, apreciable por consiguiente por el hecho de abalanzarse el particular contra el funcionario (Sª 6 de junio de 2003).

En esta forma comisiva es de aplicación el subtipo agravado del art. 552.1º del Código Penal, consistente en verificar la agresión con armas u otro medio peligroso. Se trata de una agravación fundada en el mayor riesgo que para la integridad física del acometido se origina cuando la agresión se ejecute con tales instrumentos; y en ese riesgo está el mayor desvalor de la acción sin necesidad de que se causen resultados lesivos, ni haya propósito directo de lesionar mediante un uso eficaz del arma dirigido a tal fin.

En el subtipo agravado no se exige el delito de lesiones consumadas ni en grado imperfecto de ejecución. Basta el acometimiento verificado con armas, ya sean éstas, más o menos, eficazmente manejadas para lesionar o simplemente esgrimidas o empuñadas durante la agresión en condiciones de causar lesión al acometido,



porque esta inmediata posibilidad origina un riesgo para la integridad física del acometido mayor que el que representa el acometimiento sin armas; y el riesgo es lo que en este subtipo justifica el incremento de la pena.

Por consiguiente, en el delito de atentado del art. 550 del Código Penal cuando el empleo del arma o del instrumento peligroso excede de una exhibición realizada como medio comisivo en la modalidad típica del atentado intimidatorio, y se empuña, o esgrime peligrosamente en el atentado de acometimiento físico, la agresión que esto representa debe considerarse verificada con armas, en la medida que origine riesgo físico, y es de aplicación entonces el subtipo agravado del art. 552.1º del Código Penal, sin necesidad de exigir el concreto empleo eficaz del arma por el sujeto con la directa intención de lesionar".

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 294/2012 de 26 Abr. 2012, Rec. 12033/2011 se decía que:

"Es cierto que esta Sala viene manteniendo que no cabe confundir el uso de armas o medios peligrosos que cualifica, por ejemplo, el delito de robo en el art. 242-2 CP y la agresión con armas u otro medio peligroso aquí contemplado y cuando se amenaza con la exhibición del arma o medio peligroso hay uso, pero para que pueda hablarse de agresión tiene que existir algo más, algún acto de acometimiento que, cuando de arma de fuego se trate, puede consistir en el hecho de disparar, STS 87/20011, de 29-1; 1828/2001, de 16-10; con cita de las SS 1872/2000, de 5-12; 2003/2000, de 20- 12; pero la reciente STS 664/2010, de 4-6; clarifica la cuestión en el sentido de que el subtipo 1 del art. 552 no es de aplicación a todas las modalidades comisivas del atentado previsto en el art. 550, sino a la primera de ellas, es decir al atentado por acometimiento, quedando excluida la modalidad intimidatoria y la de resistencia grave, con las que no resulta compatible la exigencia de que el empleo del arma o instrumento peligrosos se da en "la agresión, concepto éste que restringe la aplicabilidad del subtipo a la modalidad de atentado por acometimiento: la doctrina de esta Sala señala que agredir equivale a acometer (STS 25-10-2002), agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, en la acepción que ahora nos interesa, significa "acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño", pues acometimiento significa embestida o arrojamiento con ímpetu sobre una persona, osea un ataque o agresión (S. 8-3-99). Si hay acometimiento, aunque sea leve existe atentado, apreciable por consiguiente por el hecho de abalanzarse el particular entre el funcionario (S. 6-6-2003).

En esta forma comisiva es de aplicación el subtipo agravado del art. 352.1 C.P., consistente en verificar la agresión con armas u otro medio peligroso. Se trata de una agravación fundada en el mayor riesgo que para la integridad física del acometido se origina cuando la agresión se verifique con tales instrumentos, y en ese riesgo está el mayor desvalor de la acción, sin necesidad de que se causen resultados lesivos ni haya propósito directo a lesionar mediante un uso eficaz del arma dirigido a tal fin. En el subtipo agravado no se exige el delito de lesiones consumadas ni en grado imperfecto de ejecución. Basta el acometimiento verificado con armas ya sean éstas más o menos eficazmente manejadas para lesionar o simplemente esgrimida o empañadas durante la agresión en condiciones de causar lesión al acometido porque esta inmediata posibilidad origina sin riesgo para la integridad física del acometido mayor que el que representa el acometimiento sin armas; y el riesgo es lo que en este subtipo justifica el incremento de la pena. Por consiguiente en el delito de atentado del art. 550 CP cuando el empleo del arma o del instrumento peligroso exceda de una exhibición realizada como medio comisivo en la modalidad típica del atentado intimidatorio y se empuña o esgrime peligrosamente en el atentado de acometimiento físico, la agresión que esta representa debe considerarse verificada con armas, en la medida que origine riesgo físico y de aplicación entonces el subtipo agravado del art. 552.1 CP, sin necesidad de exigir el concreto empleo eficaz del arma por el sujeto con la directa intención de lesionar".

Es decir que:

- a.- Circunscribía el subtipo agravado al atentado por acometimiento.
- b.- No lo permitía en el atentado intimidatorio o resistencia grave
- c.- Excluía la mera exhibición del arma en el atentado intimidatorio.

Sin embargo, el legislador quiso cambiar esta doctrina y lo hace mediante el cambio de ubicación y una redacción que "separa" el subtipo de una modalidad del atentado concreta, para abrir el abanico a todas ellas, y no solo a las de agresión o acometimiento, no siendo preciso que existan estos para que pueda aplicarse la agravante, lo que admite que el mero "uso", que es lo que exige el subtipo agravado, sin mayor adición, pueda permitir aplicar la agravante, como ha realizado la Audiencia Provincial.

Y ya más recientemente, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 113/2018 de 12 Mar. 2018, Rec. 1351/20171 señaló que:

"El artículo 552 CP, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, preveía la pena superior en grado a las previstas en el artículo 551, si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso. La agravación

quedaba, pues, limitada a los casos en los que el atentado consistiera en una agresión, sin que fuera aplicable cuando estuviera constituido por actos de intimidación grave o de resistencia activa también grave (STS nº 664/2010, de 4 de junio). La Ley Orgánica 1/2015, que modifica el Código Penal, ha introducido una nueva redacción, según la cual, la agravación tiene lugar, imponiendo la pena superior en grado, cuando el atentado se cometa haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos.

En la medida en que no es una redacción más beneficiosa no es aplicable a los hechos enjuiciados en esta causa".

Es decir, que ya esta Sala ha reconocido la interpretación que la redacción actual del art. 551.1º CP es más grave que la del anterior art. 552 CP.

b.- Nos encontramos ante el atentado intimidatorio agravado por el uso de armas.

No existe, ahora, una conexión del uso de las armas con la agresión, sino que es válida la modalidad comisiva del atentado intimidatorio con la nueva redacción al querer el legislador separarlo expresamente y llevarlo a cabo mediante su ubicación en una nueva redacción que agrava el atentado (en cualquiera de sus modalidades) siempre que se empleen algunas de las circunstancias que constan, y entre ellas, el mero uso del arma, entendiéndose como tal la mera exhibición.

4.- La referencia interpretativa al art. 242.3 CP .

La clave para la decisión interpretativa la podemos encontrar en lo que recoge en la actualidad el art. 242.3 CP que castiga respecto al robo con violencia o intimidación que 3. *Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando 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.*

Pues bien, esta Sala, ya desde antiguo suele estimar la agravación del uso de armas, incluso, en los casos de mera exhibición intimidatoria del arma (SSTS de 29 de abril de 1996 y 28 de septiembre de 1999).

Como apunta la STS de 28 de septiembre de 1999, la agravación punitiva del robo por la utilización de armas o medios peligrosos trata de responder al mayor reproche que merece la conducta de quien por emplearlos en la ejecución genera un especial peligro para la vida o integridad física de las personas. Resulta evidente, por tanto, que la utilización de un cuchillo incrementa la potencia agresiva de su portador engendrando un riesgo real para la integridad física de las víctimas. De ahí que la apreciación agravatoria en estos casos no merezca reproche alguno ya que por "uso de armas" se entiende no sólo su empleo directo --disparo, pinchazo-- sino también su exhibición o utilización conminatoria, por el riesgo que comporta.

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial más reciente sobre el art. 242.3 CP y la interpretación del empleo de "uso de armas" ha especificado en la misma línea que:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 399/2016 de 10 May. 2016, Rec. 2187/2015

Cabe subrayar que el artículo 242.2 del Código Penal prevé la agravación "cuando el delincuente hiciera uso de armas u otros instrumentos igualmente peligrosos". Es de resaltar que esa agravación no especifica una estrategia prediseñada, antes de la sustracción, de emplear tales medios para lograr el objetivo de la sustracción.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 650/2016 de 15 Jul. 2016, Rec. 391/2016

Respecto a la indebida aplicación del art. 242.3 C.P ., habrá que partir de que el uso del arma o instrumento peligroso no implica su empleo directo (en este caso disparo) sino su exhibición o utilización conminatoria por el riesgo que comporta e inspira en las víctimas, sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (STS T.S. 365/2012, de 15-5 ; 882/2009, de 11-2). Supone -dice la STS T.S. 311/2014, de 16-4 -, un aumento de riesgo que corre la víctima en función de la mayor capacidad agresiva del autor y la correlativa mengua defensiva de aquélla (STS T.S. 152/2000, de 11-2 ; 429/2000, de 17-3).

Su fundamento, por ello, se halla, no simplemente en la mayor gravedad coactiva o intimidante del autor, sino en el aumento del peligro para los bienes jurídicos de la víctima, la vida o la integridad personal, que es consecuencia del uso de armas o medios peligrosos considerándose comprendidos en estos últimos, las pistolas de balines, de gas, aire comprimido, fogueo y detonadoras (STS T.S. 1294/98, de 22-10 ; 120/2010, de 27-1).

5.- Criterio interpretativo del nº 1 del art. 551 CP . La expresión "uso de armas" debe entender y englobar la mera exhibición.

En consecuencia, de lo expuesto debe entenderse que se aplica el subtipo agravado por la mera exhibición, sin ser preciso que se emplee el arma activándola, ya que el texto solo habla de "uso", y la utilización no quiere decir que se active el mecanismo de dispararla, sino que el uso abarca también que la mueva de donde



estaba escondida y la emplee apuntando, o encañonando, a un agente, lo que debe equivaler a "usar", que lo es "modificar su ubicación anterior" y hacerlo para apuntar a alguien amedrentándole con el arma, evidenciando, con ello, su potencialidad y peligrosidad para conseguir un fin concreto, y que puede ser la huida del lugar donde están los agentes, para impedir, por ejemplo, una detención.

La modificación del texto actual lo que hace es separar la redacción, y, simplemente, establecer la agravación mediante el uso de armas u otros objetos peligrosos.

Hemos visto, pues, que la doctrina de esta Sala en relación con el uso de armas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación ex art. 242.3 CP no exige el disparo, o un acometimiento con el arma, sino que basta con la mera "exhibición". Y ello, porque:

- 1.- No se exige su empleo directo (en este caso disparo).
- 2.- Basta la mera exhibición o utilización conminatoria.
- 3.- La agravación lo es por el riesgo que comporta e inspira en las víctimas.
- 4.- Por el sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario.
- 5.- Por la inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado.
- 6.- Por el aumento de riesgo que corre la víctima en función de la mayor capacidad agresiva del autor y la correlativa mengua defensiva de aquélla.

Con ello, podemos decir que aunque la jurisprudencia de esta Sala venía considerando que el hecho de apuntar con un arma de fuego a un agente de la autoridad integraba el tipo básico del atentado y que, para que se aplicara el subtipo agravado, era necesario que el arma se utilice como medio de agresión y no de intimidación, sin embargo, el legislador ha cambiado ese régimen, y, con ello, cambia la interpretación que antes hemos apuntado, ya que la nueva circunstancia de agravación prevista en el nº 1 del art. 551 CP, que es la que es objeto de interpretación en fijación de doctrina con interés casacional, emplea el término "haciendo uso" de tales medios, por lo que *no exige el empleo o utilización de armas o instrumentos peligrosos* en el atentado, que lo refería solo a la agresión, como venía exigiendo la jurisprudencia. Y, así, con la nueva redacción, la agravación vendrá dada, incluso, como venimos exponiendo, por la exhibición intimidatoria, lo que sería el caso aquí dado por probado de apuntar con un arma sin dispararla que integra el atentado intimidatorio.

Podemos asegurar, con ello, que la *teleología legislativa*, como finalidad, u objetivo del legislador de la LO 1/2015, fue la de cambiar el estado de cosas existentes al proceso concreto de cambiar la forma en que se concebía la agravación del empleo de armas en el atentado para dar un mayor reproche penal al mero uso del arma, frente a la restricción del empleo de armas al momento de cometer un atentado que se caracterizaba en la redacción anterior a la reforma penal. Y, ahora, tras la reforma de 2015, ese mayor reproche penal engloba la apreciación del mero uso, como exhibición del arma en cualquiera de las modalidades comisivas del atentado, y no solo en la de agresión o acometimiento es lo que integra la agravación del nº 1 del art. 551 CP, porque debe ser ésta, y no otra, la interpretación que debe dársele a un cambio de redacción del subtipo agravado que, anteriormente, era más restrictivo en su aplicación, y, en la actualidad, amplía su elenco de posibilidades aplicativas a "todas las modalidades comisivas del atentado", y no solo a la del empleo de agresión o acometimiento.

Pero, es más, es que ésta es la interpretación que se da a la misma forma y manera en que está redactada esta agravación en el robo con violencia o intimidación del art. 242.3 CP, en donde la mera exhibición del arma ya integra la agravación, por el mayor reproche penal, e intimidatorio, que la mera exhibición del arma integra y su traslación a la expresión "uso del arma", que admite como tal su exhibición.

El fundamento de la agravación del uso de armas radica en la objetiva peligrosidad de las mismas, con lo cual no es preciso que se usen disparando, sino que valdría la mera exhibición como venimos manteniendo.

Se trata, en definitiva, de configurar la agravación por el propio peligro real del arma o instrumento y la potencialidad que encierra la misma, al objeto de ser ejecutada finalmente, pero sin que la ejecución sea un elemento imprescindible para el uso y empleo del subtipo agravado. No puede, por ello, llegarse a una interpretación restrictiva del medio peligroso que exija su empleo físico para constituir una verdadera agresión, ya que sería suficiente el mero uso solamente intimidatorio del arma, como admite la doctrina más cualificada en la interpretación de este subtipo agravado después de la reforma.

Ello evidencia que el mero hecho de encañonar a un agente de la autoridad con un arma conlleva una específica concreción y proximidad en la puesta en peligro de la integridad del agredido, como admite la doctrina penalista, ya que es instrumento peligroso el arma.



Y la respuesta interpretativa a lo que el legislador ha querido darle a la modificación del uso de armas en el atentado debemos relacionarlo, como hemos expuesto, con la del art. 242.3 CP, ya que la doctrina penalista en la interpretación de la agravación del 242.3 CP, en cuanto al uso de armas, ha admitido expresamente que para aplicar este subtipo agravado no se precisa utilizarla propiamente, es decir que si se emplea una escopeta, no se requiere que se dispare el arma, ya que usar un arma significa su mera exhibición, ya que, con ello, de lo que se trata es de *mostrar el peligro* que, en este caso, el agente de la autoridad va a correr si no se aviene a la pretensión del que utiliza el arma con la mera exhibición. La *ratio* de la agravación del uso del arma está en el peligro real de la exhibición del arma y la intimidación que ello conlleva al agente de la autoridad.

Con ello, el criterio aplicable para resolver el interés casacional del alcance interpretativo del nº 1 del art. 551 CP debe referir que *La expresión "uso de armas" del nº 1 del art. 551 tras su reforma por LO 1/2015 debe entender y englobar la mera exhibición del arma apuntando al sujeto pasivo del delito del art. 550 CP en cualquiera de las modalidades del atentado sin ser preciso el empleo directo del arma, o circunscribirlo solo al acometimiento o agresión, sino, también, al atentado intimidatorio o resistencia grave.*

En el caso concreto, sin embargo, debemos entender que el subtipo agravado del art. 551 CP que aplica la Audiencia no es posible llevarlo a cabo por la inconcreción del hecho probado respecto al arma empleada y su potencialidad como creación de riesgo y/o como instrumento peligroso, lo que exige que en la redacción de los hechos probados se exprese con claridad la suficiente descripción del arma para conllevar la convicción que era real, y, por ello, anudar la consideración de instrumento peligroso, lo que se obtendrá de la prueba que se practique en el plenario.

Por todo ello, en el caso presente se regresa a la condena impuesta en este caso por el juez de lo penal que condenó al recurrente como autor de un delito de atentado del art. 550 CP a la pena de seis meses de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena manteniendo la condena por el delito de conducción temeraria.

El motivo se estima parcialmente.

TERCERO.- Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio (901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN**, con estimación parcial del motivo único interpuesto por la representación del acusado Erasmo contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Algeciras, de fecha 9 de enero de 2019, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 28 de mayo de 2018 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Algeciras. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2737/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D^a. Susana Polo García
D^a. Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
En Madrid, a 25 de junio de 2020.

Esta sala ha visto la causa dimanante del Procedimiento Abreviado nº 117/2018 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Algeciras, seguido por delito de atentado y apelada la sentencia de fecha 28 de mayo de 2018 del citado Juzgado de lo Penal ante la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Algeciras, contra el acusado Erasmo con D.N.I. nº NUM004, nacido el día NUM005 -1985 en Ceuta, hijo de Jesús Luis y de Bernarda, y en cuya causa se dictó sentencia por la citada Audiencia Provincial, con fecha 9 de enero de 2019, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar al recurrente a la condena ya impuesta en este caso por el juez de lo penal que le condenó como autor de un delito de atentado del art. 550 CP a la pena de seis meses de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena manteniendo la condena por el delito de conducción temeraria.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Condenar a Erasmo como autor de un delito de atentado del art. 550 del Código Penal a la pena de seis meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena manteniendo la condena por el delito de conducción temeraria sin costas en casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco Ana M^a Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina