



Roj: **STS 650/2018 - ECLI:ES:TS:2018:650**

Id Cendoj: **28079120012018100097**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2018**

Nº de Recurso: **10661/2017**

Nº de Resolución: **101/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 4153/2017,**
STS 650/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: 10661/2017 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 101/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 28 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 10661/2017 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D. Bruno representado por el procurador D. Ramón Juan Lacasa, bajo la dirección letrada de D. José Manuel García Martínez, por D. Fermín representado por la procuradora D.^a Teresa López Roses, bajo la dirección letrada de D. José Manuel García Martínez y por D. Indalecio representado por D.^a Laura Oliver Ferrer, bajo la dirección letrada de D. Andrés Zapata Carreras, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 19 de septiembre de 2017, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por D. Bruno y D. Indalecio. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal num. 1 de Gandía, incoó Procedimiento Abreviado num. 154/2017 contra D. Indalecio, D. Bruno y D. Fermín y con fecha 8 de junio de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** «UNICO.-Probado y así se declara que sobre las 20:10 horas del día 13 de marzo de 2016, los acusados Indalecio, con DNI NUM000, nacido el NUM001 de 1994 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Fermín, con DNI NUM002, nacido el día NUM003 de 1982 y



con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia y Bruno , con Dm NUM004 , nacido el NUM005 de 1984 y con antecedentes penales a efectos de reincidencia; se dirigieron al establecimiento Sala de juegos Luna Park del Complejo Acuarium, sito en el Paseo Marítimo Neptuno no 89 de la Playa de Gandía, en horario de apertura al público.

Los tres acusados accedieron al interior del local, con la cara cubierta con bragas y gorros, con la finalidad de no ser identificados, así como portando cada uno de ellos un cuchillo de grandes dimensiones y bridas.

Una vez en el interior del local, de común acuerdo y con ánimo de enriquecimiento ilícito a costa de lo ajeno, con la finalidad de apoderarse de dinero y objetos de valor, Indalecio se dirigió al cliente fumen Romulo , que se encontraba en la sala, poniéndole el cuchillo que portaba en el cuello, en actitud amenazante y con ánimo intimidatorio, diciéndole que se tirase al suelo, a la vez que se apoderaba de un bolso que aquél llevaba colgado.

A su vez, Fermín , se dirigió a Urbano , trabajador de la sala de juegos, cogiéndolo del pecho y enseñándole el cuchillo que portaba, en actitud amenazante y con ánimo intimidatorio, diciéndole, a la vez "abre la caja o te mato" a lo que Urbano accedió, a causa de la intimidación sufrida. Hacia la caja fuerte que había en el local le acompañaron Bruno Y Indalecio . Abriendo Urbano la caja fuerte, procediendo los citados acusados a meter el dinero en una bolsa. A su vez se apoderaron de la cartera de Urbano .

Que Fermín , tiró contra el suelo el teléfono móvil de Urbano , provocando la rotura del mismo.

Que los acusados dejaron la puerta del establecimiento abierta, atrancada con una silla.

En ese instante, accedieron al local los agentes de la Policía Nacional nº NUM006 y NUM007 , que habían instalado alrededor de las 20:00 horas un dispositivo de vigilancia en los alrededores del referido local, en prevención de robos con violencia e intimidación que se habían producido en la misma zona, en establecimientos de características similares al referido. Estos habían escuchado gritos que decían "danos el dinero", procedentes del interior del establecimiento y portando su arma y defensas reglamentarias, accedieron al local gritando "alto policía", a lo que el acusado Fermín , con menosprecio por el principio de autoridad y con ánimo de menoscabar la integridad física del agente NUM007 se dirigió a él, con un cuchillo que portaba de grandes dimensiones, en alto y por delante, tratando de agredirle, consiguiendo el agente repeler la agresión con su defensa reglamentaria, momento en que el acusado cogió un taburete del local y lo lanzó contra aquel, intentando agredirle, emprendiendo de inmediato la huida, Huyendo detrás de él, el acusado Indalecio . Mientras tanto, el acusado Bruno , huyó del establecimiento, por la puerta trasera del mismo.

Que los agentes de la Policía Nacional con número NUM008 y NUM009 , que formaban parte del mismo dispositivo de vigilancia, vieron como Bruno , salía del local huyendo, emprendiendo una persecución tras él, dándole alcance y deteniéndole, tras un breve forcejeo entre éste y aquéllos, manifestándoles el mismo de modo espontáneo que iba acompañado de los otros dos acusados Indalecio y Fermín y que habían acudido al lugar con el vehículo utilizado por Indalecio , marca voikswagen golf de color azul.

Que los agentes NUM010 y NUM011 después de una persecución detuvieron a los otros dos acusados Indalecio y Fermín .

Los acusados no consiguieron apoderarse de ningún objeto, por cuanto ante la intervención policial, irrumpiendo en el establecimiento, dejaron allí todo lo sustraído.

Que ocasionaron daños en la puerta del establecimiento, valorados en 484 euros, así como la rotura del teléfono móvil de Urbano , valorado en 71 euros.

Que la legal representante del establecimiento Luna Parke Urbano , reclaman el importe daños y de la rotura del teléfono, respectivamente.

En el momento de los hechos Fermín , había sido condenado ejecutoriamente por sentencias de fecha 14 de junio de 2004 y 21 de septiembre de 2005, como autor de sendos delitos den robo con fuerza en las cosas y por dos sentencias de fecha 21 de septiembre de 2005 como autor de dos delitos de robo con violencia e intimidación, estando dichos antecedentes vigentes en la fecha de los hechos, al haber extinguido la última de las penas impuestas en fecha 19 de agosto de 2013.

En el momento de los hechos, el acusado Bruno , había sido condenado ejecutoriamente por sentencias de fecha 30 de diciembre de 2005, de 17 de enero de 2006, de 12 de febrero de 2008, de 3 de junio de 2008 y de 13 de mayo de 2010, como autor de sendos delitos de robo con fuerza en las cosas, por sentencias de fecha 25 de octubre de 2006, de 15 de junio de 2010 y de 9 de noviembre de 2012, como autor de sendos robos con violencia e intimidación, estando dichos antecedentes vigentes en la fecha de los presentes hechos.

Que de lo actuado no resulta suficientemente acreditado que Bruno , mostrase oposición a la detención.



Que los acusados Indalecio , Fermín y Bruno , se encuentran en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 13 de marzo de 2016».

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva: «Que debo condenar y condeno a Indalecio , como autor responsable de un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público, con uso de instrumento peligroso, tipificado en el artículo 242.2 y 3 del Código Penal , en grado de tentativa y con la concurrencia de la agravante de disfraz del artículo 222 del Código Penal , a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme al artículo 56 del Código Penal .

Que debo condenar y condeno a Fermín , como autor responsable de un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público, con uso de instrumento peligroso, tipificado en el artículo 242.2 y 3 del Código Penal , en grado de tentativa y con la concurrencia de las agravantes de '131 disfraz del artículo 22.2 del Código Penal y de multirreincidencia del artículo 22,8 en relación con el 66.5 del Código Penal , a la pena de 5 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme al artículo 56 del Código Penal .

Que debo condenar y condeno a Fermín , como autor responsable de un delito de atentado contra agentes de la autoridad con instrumento peligroso, del artículo 550.1 y 2 y 551.1 del Código Penal , a la pena de 4 años de prisión e Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena conforme al artículo 56 del Código Penal .

Que debo condenar y condeno a Bruno , como autor responsable de un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público, con uso de instrumento peligroso, tipificado en el artículo 242.2 y 3 del Código Penal , en grado de tentativa y con la concurrencia de las agravantes de disfraz del artículo 22,2 del Código Penal y de multirreincidencia del artículo 22.8 en relación con el 66.5 del Código Penal , a la pena de 5 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme al artículo 56 del Código Penal .

Que debo absolver y absuelvo a Bruno del delito de resistencia de que se le venía imputando.

Asimismo, a que Indalecio , Fermín y Bruno , indemnicen, en concepto de responsabilidad civil de manera conjunta y solidaria al establecimiento SALA DE JUEGOS LUNA PARK, en la cantidad de 484 euros, más los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y a Urbano en la cantidad de 71 euros más los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se decreta el comiso de todos los efectos y dinero intervenido a los acusados, debiendo dar a los mismos el destino legalmente previsto.

Para el cumplimiento de la pena principal que se impone en esta resolución, les abono todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa, si no lo tuvieran absorbido en otras.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de APELACIÓN en doble efecto para ante la EXCMA. AUDIENCIA PROVINCIAL que podrá interponerse mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de DIEZ DÍAS, a partir de su notificación,

Una vez firme, comuníquese la misma al Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos oportunos».

TERCERO.- Por las representaciones de los acusados se interpusieron recursos de apelación contra la referida sentencia, dictándose por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4ª, Rollo Apelación 115/2017) sentencia de fecha 19 de septiembre de 2017 , que contiene el siguiente Fallo: «En atención a todo lo expuesto, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia ha decidido:

Primero: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Fermín , y estimar parcialmente el recurso interpuesto por Indalecio y Bruno contra la sentencia de fecha 8/06/17 dictada en los autos de que dimana el presente rollo.

Segundo: Revocar dicha sentencia en cuanto no aprecia la concurrencia en ellos de la atenuante de reparación del daño, y aplica la penalidad a Indalecio de cuatro años de prisión y a Bruno , de 5 años y 6 meses de prisión, procediendo en su lugar imponer a Indalecio la pena de prisión de 3 años y 11 meses de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a Bruno la pena de prisión de 5 años y 5 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Tercero: Confirmar la sentencia recurrida en sus restantes pronunciamientos.

Cuarto: Imponer a la parte recurrente las costas causadas en la apelación.



Notifíquese la presente sentencia al recurrente, Ministerio Fiscal y partes personadas, poniendo en su conocimiento que contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, pudiendo en tal caso prepararse ante este mismo Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes a la última notificación».

CUARTA.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación, 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.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación de D. Bruno se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Por infracción de ley del artículo 849 apartado 1º, en relación con lo establecido en el artículo 5.4 de la LOPJ .

2º.- Por vulneración del principio constitucional de la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías establecidas en el artículo 24.2 de la C.E . en relación con lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la L.E.Criminal .

3º.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la LOPJ , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española , tutela judicial efectiva.

El recurso interpuesto por la representación de D. Fermín , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

UNICO.- Por infracción de ley del artículo 847 en relación con el artículo 849.1º, y por infracción de precepto constitucional del artículo 852, todos ellos de la LECRIM ..

El recurso interpuesto por la representación de D. Indalecio se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Vulneración de los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española , conforme autoriza el artículo 5.4 de la LOPJ y 852 LECrim .

2º.- Por infracción de ley al amparo del artículo artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 62 del Código Penal .

3º.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de la agravante de establecimiento abierto al público del artículo 242.2 del Código Penal .

4º.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 en relación con el artículo 66 del CP .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, de los recursos interpuestos la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 21 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia el 19 de septiembre de 2017 , que desestimó el recurso de apelación que había sido interpuesto por la representación procesal se D. Fermín contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Gandía que lo había condenado como autor de un delito intentado de robo con intimidación en establecimiento abierto al público, concurriendo las agravantes de disfraz y multireincidencia; y como autor de un delito de atentado a agentes de la autoridad con instrumento peligroso. También estimó parcialmente los recursos de apelación que habían sido interpuestos por Indalecio y por Bruno contra la misma sentencia que les había condenado como autores, concurriendo en ambos la agravante de disfraz y en el segundo además la de multirreincidencia, de un delito intentado de robo con intimidación e instrumento peligroso en establecimiento abierto al público, y revocó la sentencia del Juzgado de lo penal en el sentido de estimar la concurrencia en ambos condenados de una atenuante de reparación del daño.

Contra dicha resolución interpusieron recurso los tres condenados, que fue parcialmente apoyado por el Fiscal.

Nos encontramos en la vía impugnativa que ha habilitado la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir la posibilidad de recurso de casación en el artículo 847.1 b) contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema impugnativo que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, si bien limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la «infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 », cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. Así lo



dijo expresamente la Exposición de Motivos de la Ley que lo implantó, y se deduce del artículo 889 LECRIM que en estos casos autoriza la inadmisión a través de una providencia «sucintamente motivada» acordada por unanimidad de los magistrados cuando el recurso «carezca de interés casacional».

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017 de 26 de marzo, que resolvió de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, «estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)», orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización.

En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar que debe interpretarse por «interés casacional», esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

«A) El artículo 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 artículo 849 de la LECRIM, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el artículo 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 (artículo 884 LECRIM).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 LECRIM)».

De conformidad con el mismo, abordamos el presente recurso a partir del respeto al relato de hecho declarados probados por la sentencia sometida a nuestra consideración, y en relación a los dos aspectos en los que se ha suscitado el interés casacional:

RECURSO DE D. Fermín .

SEGUNDO.- Este recurso se estructura a través de un único motivo formalizado al amparo de los artículos 849.1 LECRIM por infracción de los artículos 242.3, 550.1 y 2 y 551.1 CP, y 852 LECRIM por vulneración de la presunción de inocencia. Sin embargo, su desarrollo se centra exclusivamente en este último extremo, al cuestionar la suficiencia de la prueba de cargo en la que el Tribunal sentenciador, según criterio que respaldó el de apelación, consideró acreditados los hechos que se declaran probados. Así se niega la intervención del recurrente en los sucesos que se narran, que el establecimiento donde se produjeron estuviera en ese momento abierto al público. Cuestiona el alcance probatorio de la declaración de los agentes de policía que intervinieron como testigos en cuanto se hizo prevalecer su testimonio a la versión de descargo del recurrente; o el de la grabación obtenida por las cámaras de seguridad instaladas en el local comercial. Por último, se niega el propósito de menospreciar el principio de autoridad que el relato fáctico cuestionado le atribuye al relatar su reacción ante los agentes de la autoridad, que considera simplemente un acto de autoencubrimiento impune.

Es decir, el planteamiento de este recurso desborda los contornos propios del motivo de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, único que habilita el acceso a la casación contra las sentencias dictadas por las audiencias provinciales en apelación. Este precepto sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por la sentencia recurrida. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos.



En atención a ello el motivo se desestima y con él, la totalidad del recurso.

RECURSO DE D. Bruno .

TERCERO.- El recurso se estructura a través de tres motivos. Los dos últimos, planteados por infracción de precepto constitucional en relación a la garantía de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE y derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, como en el caso anterior cuestionan la prueba de cargo en la que se sustenta el relato de hechos probados, por lo que deben ser rechazados de plano.

Sin embargo, el primer motivo se formula al amparo del artículo 849.1 LECRIM para denunciar infracción del artículo 66 CP .

1. Sostiene el recurrente que al haber estimado el Tribunal de apelación una atenuante de reparación del daño, la misma debe tomarse en cuenta como factor de individualización de la pena, y compensarse con las dos agravantes concurrentes.

La sentencia del Juzgado Penal que condenó al Sr. Bruno como autor de un delito intentado de robo en establecimiento abierto al público y uso de instrumento peligroso, elevó la pena que correspondía a éste, una vez efectuada la rebaja en un nivel de la pena determinada por la imperfecta ejecución, en un grado al amparo del artículo 66.5 CP por concurrir dos agravantes, una de ellas la multirreincidencia: De la pena así determinada, que abarcaba la horquilla de 4 años y 3 meses a 6 años y 6 meses de prisión, la concretó en 5 años y 6 meses.

El Tribunal de apelación apreció la concurrencia de una atenuante de reparación del daño, sin embargo se limitó a rebajar un mes la pena al entender que las circunstancias de agravación tenían un mayor peso. Es decir, mantuvo la elevación penológica que faculta el artículo 66.5, y compensó la atenuación en relación a la pena así determinada. Y este es el extremo que combate el recurso y que apoya el Ministerio Fiscal.

2. Los artículos 66 y 67 CP contienen las reglas generales para la aplicación cuantitativa de las penas a las que se suma el artículo 66 bis en relación a las personas jurídicas. Fijado el marco legal genérico en atención a la pena prevista en abstracto para el tipo, y aplicadas a continuación las reglas de punición correspondientes a las formas imperfectas de ejecución y la participación criminal, procede concretar la duración exacta del castigo. Si bien la función de individualización de la pena se encuadra dentro de las facultades discrecionales del Tribunal, ha de desarrollarse con sujeción a los presupuestos que disciplinan los preceptos citados.

En lo que afecta al supuesto sometido a nuestra consideración, establece el artículo 66.5 del CP en el que se basó la resolución recurrida, que cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

Por su parte, nº 7 del mismo precepto especifica que cuando concurren atenuantes y agravantes, se valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

Estos dos apartados fueron introducidos por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, que acogió la doctrina marcada por esta Sala de casación a partir del pleno no jurisprudencial de 27 de marzo de 1998, desarrollado entre otras en las SSTS 357/1998 de 14 de abril , 475/1998 de 3 de abril , 780/2000 de 11 de septiembre , 621/2002 de 12 de abril o 442/2010 de 3 de mayo , a tenor del cual «Para determinar las consecuencias penológicas de la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes, o una muy cualificada, cuando al mismo tiempo concorra una o varias circunstancias agravantes, existen al menos dos posibles interpretaciones iniciales: según la primera las distintas reglas del art. 66 del CP contemplan hipótesis exclusivas y excluyentes, por lo que en el supuesto planteado sería obligada la aplicación de la regla 1ª del art. 66, que prevé justamente aquella conjunta concurrencia de atenuantes y agravantes, y la individualización de la pena se haría exclusivamente según esta norma . La segunda interpretación -aducida por el recurrente- se apoya en la consideración de la regla 4ª como más específica respecto de la genérica del num. 1º, y en su virtud, en caso de producirse la referida concurrencia habría de aplicarse necesariamente la norma del num. 4º y no la del num. 1º del art. 66. Ambas interpretaciones han sido rechazadas por esta Sala en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 27 de Marzo de 1998, que aprobó una tercera vía interpretativa intermedia o armónica según la cual la concurrencia de agravantes y de atenuantes inicialmente obliga a la aplicación de la regla 1ª, en la que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación. A partir de ahí el resultado puede ser: que permanezca un fundamento cualificado de atenuación, y entonces se aplicará la regla 4ª (reducción en uno o



dos grados); o que subsista una atenuación ordinaria como fruto de la compensación, en cuyo caso se aplica la regla 1ª.»

De la corriente jurisprudencial auspiciada por el citado Pleno de 23 de marzo de 1998 y su posterior plasmación legislativa, parece desprenderse con claridad que, siempre que concurren atenuantes y agravantes y estemos dentro del ámbito de aplicación del artículo 66 CP, excepción hecha por tanto del supuesto contemplado en el artículo 68 que como ley especial regula los casos de apreciación de una eximente incompleta, se debe hacer inicialmente una ponderación y compensación racional de circunstancias, para a continuación valorar si persisten o no fundamentos cualificados de atenuación o de agravación, (factor éste último introducido *ex novo* por la LO 11/2003), dentro de los márgenes que marca el nº7 del artículo 66 CP.

3. La multirreincidencia como forma cualificada de reincidencia, que en todo caso debe mantenerse dentro de los contornos del principio de culpabilidad por el hecho y proporcionalidad de la pena, no puede tener otros efectos que los que el legislador quiso atribuirles.

Especificó el Tribunal Constitucional, entre otras, en la sentencia 150/1991, de 4 de julio que rechazó la cuestión de inconstitucionalidad que fue planteada en relación a la agravante de reincidencia que «el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada)».

De ahí que la previsión hiperagravatoria del artículo 66.5 CP solo sea aplicable a los supuestos específicamente previstos en tal norma, que no contempla su concurso simultáneo con una atenuante, mientras que el artículo 66.7 incluya los supuestos de coexistencia de circunstancia de atenuación y agravación, y dentro de ellos, que estas puedan tener «un fundamento cualificado de agravación». Por lo que solo cabe entender, de acuerdo con el tenor literal de las citadas normas, que cuando la multirreincidencia coincide con alguna atenuante, el artículo 66.7, que prevé específicamente supuestos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, por su especificidad desplaza la previsión del artículo 66.5 CP. Así lo ha afirmado esta Sala en la sentencia que cita el Fiscal, STS 1029/2011 de 13 de octubre.

Y esta es la doctrina que resulta aplicable al caso. De ahí que ante la concurrencia de una atenuante y dos agravantes, se estime ponderado a las circunstancias del hecho y de su autor la concreción que apunta el Fiscal al apoyar el motivo por subsistir mayor peso de la agravación, siempre dentro de la horquilla penológica correspondiente al delito de robo intentado de los artículos 242. 2 y 3 del CP por el que se condena, que abarca de 2 años, 1 mes y 15 días a 4 años, 3 meses y 29 días.

El motivo se estima y, con él, parcialmente el recurso.

RECURSO DE D. Indalecio .

CUARTO.- El primer motivo de recurso, planteado como vulneración de la garantía de presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva, niega la existencia de elementos probatorios suficientes para articular un pronunciamiento condenatorio, lo que excede al ámbito de este recurso, por lo que debe de ser desestimado.

Lo mismo ocurre con el tercero de los motivos, pues aunque formalmente invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación del la modalidad de robo con intimidación en establecimiento abierto al público del artículo del 242.2, lo que cuestiona es la prueba que sustenta las aseveraciones del relato de hechos en cuanto afirma los presupuestos en los que se asienta su aplicación, esto es, que los hechos ocurrieron en un establecimiento público (local de juegos recreativos), en horario de apertura al público, a presencia de clientes y empleados que fueron a su vez objeto de intimidación.

La agravación por ocurrir los hechos en establecimiento abierto al público fue introducida en cuanto al robo con violencia e intimidación por la LO 1/2015, pero sus perfiles habían sido ya marcados por la jurisprudencia de esta Sala en relación a la previsión que, en términos prácticamente idénticos contemplaba ya para el robo con fuerza en el artículo 241.1 CP. En consecuencia, en la inicial aproximación que ahora nos ocupa dados los términos en que ha sido planteado el recurso, ha de ser interpretado a partir de las pautas jurisprudencialmente marcadas que en relación a éste a partir del Pleno no jurisdiccional de fecha 25 de mayo de 1997. Es es decir, requiere que se trate de establecimientos que por su propia actividad estén destinados a albergar público, y que además el local se encuentre de manera efectiva abierto al uso que le es propio. Solo así puede justificarse una agravación motivada por el plus de ilicitud que dimana del aprovechamiento por los autores del robo de la confianza de quienes acceden al lugar público y de quienes abren las puertas de un local fomentando la entrada al mismo a cualquier persona, (entre otras, STS 147/2000 de 10 de febrero y las que ella cita) así como en el mayor riesgo que implica para los eventuales clientes que puedan permanecer o incorporarse al mismo



(STS 814/1999 de 18 de mayo); o en la facilidad de acceso que brinda el carácter público del local (STS 1168/1998 de 10 de octubre).

Este tercer motivo también se desestima.

QUINTO.- El segundo motivo de recurso se plantea por infracción de ley al amparo del artículo artículo 849.1 de la LECRIM , por indebida aplicación del artículo 62 del Código Penal .

No discute el recurso la correcta aplicación de la tentativa, pero mantiene que la misma ha de considerarse inacabada, propiciando una rebaja de la pena en dos grados. Así, admite llegaron a aprehender los objetos que pretendían sustraer, pero arguye que ante la presencia policial, en lugar de persistir en su propósito e intentar huir del lugar con los mismos, los dejaron allí.

El artículo 62 del Código Penal , al establecer la pena correspondiente a los delitos en grado de tentativa, no se refiere a los conceptos de tentativa acabada o inacabada, sino que obliga a tener en cuenta no solo el «grado de ejecución alcanzado», sino también el «peligro inherente al intento», peligro que remite más a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta.

En palabras de la STS 332/2014 de 24 de abril , «El Código Penal de 1995 concentró en un solo concepto las formas imperfectas de ejecución del delito, suprimiendo la diferencia tradicional en nuestro ordenamiento penal entre el delito frustrado y la tentativa.

Considera el nuevo texto, en consecuencia, que sólo existen dos modalidades de ejecución: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más especificaciones, pero a la hora de la penalidad diferencia entre la reducción de la pena en uno o dos grados, atendiendo al peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado, por lo que viene a reconocer que no todas las tentativas son iguales.

Por ello la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y tentativa inacabada , que es la tradicionalmente recogida como tentativa en nuestro ordenamiento penal.

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada, según recuerdan las STS. 817/2007 de 15 de octubre y 703/2013, de 8 de octubre , se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia de una tentativa acabada; y otra, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, es cuando estamos en presencia de la tentativa acabada.

La doctrina jurisprudencial sigue una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para tipificar la conducta realizada, distinguiéndola de otros tipos delictivos y para conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Aunque en la doctrina y parcialmente en la jurisprudencia, se manejan generalmente estos conceptos de tentativa acabada e inacabada, lo cierto es que la nueva redacción del art. 62 del Código Penal , no solo tiene en cuenta para la determinación de la pena legalmente procedente "el grado de ejecución alcanzado", sino también el "peligro inherente al intento", peligro que remite más a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta.

La doctrina y la jurisprudencia (STS 703/2013, de 8 de octubre) han destacado que en realidad el fundamento esencial de la determinación de la pena radica en el peligro generado por la conducta, pues ordinariamente cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también.

Por tanto debe quedar claro que en el nuevo sistema de punición de la tentativa lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento. Por ello no siempre que la tentativa sea inacabada debe imponerse la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero el grado de ejecución sea avanzado y el peligro ocasionado sea especialmente relevante, en cuyo caso lo razonable es reducir la pena en un solo grado»



En la STS 764/2014 , por su parte, leemos: «Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Es decir que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común.

Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva: 1º) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); 2º) los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; 3º) y los supuestos de delitos imposibles "stricto sensu" por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta.

En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico.

Por el contrario, si deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)...»

En el caso que nos ocupa el peligro inherente al intento realizado ha sido intenso y relevante, no solo en relación a la propiedad, sino especialmente a los bienes de naturaleza personal comprometidos. También lo fue el grado de ejecución alcanzado, en cuanto que tras haber desarrollado una efectiva intimidación con el empleo de los cuchillo de grandes dimensiones que los acusados portaban, llegaron a aprehender los objetos que pretendían sustraer, que como sostiene el recurrente, solo abandonó el ser sorprendido por la policía. Por ello, tanto por la peligrosidad del intento como por el grado de ejecución alcanzado, los criterios legales no justifican la rebaja de la pena en dos grados.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El cuarto y último motivo invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar infracción del artículo del artículo 66.

La Sala de apelación apreció en el acusado la atenuante de reparación del daño, no obstante a la hora de concretar la pena acudió a la mitad superior de la prevista para el tipo aplicado (robo con intimidación en establecimiento abierto al público con uso de instrumento peligroso), en atención a la única agravante operativa (la de disfraz), que solo rebajó en un mes en atención a la atenuante estimada, concretando así la pena en 3 años y 11 meses de prisión.

El artículo 66.7 CP antes transcrito, para el caso de concurrencia de atenuantes y agravantes obliga a compensarlas racionalmente. Ciertamente es que faculta la imposición de pena en la mitad superior, tal posibilidad se encuentra condicionada a que se aprecie un fundamento cualificado de agravación, respecto al cual el Tribunal de apelación no efectúa una explícita valoración.

Ante tal déficit explicativo, entendemos que la atenuante apreciada debe compensarse racionalmente con la atenuante igualmente en liza, entendiendo ajustada a las circunstancias del hecho y del autor la pena que propone el Fiscal al impugnar el recurso, que al igual que en el supuesto anterior, se concretará en la sentencia que dictemos a continuación.

En atención a lo expuesto, el motivo se estima y, con él, parcialmente el recurso que nos ocupa.

COSTAS:

SEPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM procede condenar a Fermín al pago de las costas de este recurso, declarando de oficio las correspondientes a los otros dos recurrentes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. DESESTIMAR el recurso interpuesto por la representación de D. Fermín contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2017 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia .

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas causadas en su recurso.



2.- ESTIMAR PARCIALMENTE los recursos interpuestos por las representaciones de D. Bruno y D. Indalecio contra la citada sentencia y en consecuencia se anula parcialmente esa resolución que se casa y se sustituye por la que al continuación se dicta.

Declarar de oficio las costas causadas en los recursos de D. Bruno y D. Indalecio .

Comuníquese ambas resoluciones a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10661/2017 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

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 Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 28 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 10661/2017-P interpuesto por D. Bruno representado por el procurador D. Ramón Juan Lacasa, bajo la dirección letrada de D. José Manuel García Martínez, por D. Fermín representado por la procuradora D.^a Teresa López Roses, bajo la dirección letrada de D. José Manuel García Martínez y por D. Indalecio representado por D.^a Laura Oliver Ferrer, bajo la dirección letrada de D. Andrés Zapata Carreras, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 4.^a P. A.1115/17) de fecha 19 de septiembre de 2017 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, proceden a dictar esta segunda sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- De conformidad con la sentencia que antecede, procede imponer a Bruno , compensando racionalmente la circunstancia atenuante de reparación del daño y las agravantes de disfraz y reincidencia cualificada que en él concurren, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.7 CP , la pena de 4 años de prisión, con las correspondientes accesoria, como autor de un delito intentado de robo con intimidación, uso de instrumento peligroso y en establecimiento abierto al público.

Por el mismo delito, y también compensando racionalmente la atenuante de reparación del daño y la agravante de disfraz que convergen en Indalecio , procede imponer al mismo la pena de 3 años y 1 mes de prisión con las correspondientes accesoria.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- CONDENAR a Bruno , como autor responsable de un delito de robo intentado con intimidación, uso de instrumento peligroso, en establecimiento abierto al público de los artículos 242, 2 y 3 en relación con el 16 del CP , concurriendo la agravante de disfraz y la cualificada de reincidencia, y la atenuante de reparación del daño, a la pena de 4 años de prisión, con las correspondiente accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

2.- CONDENAR a Indalecio como como autor responsable de un delito de robo intentado con intimidación, uso de instrumento peligroso, en establecimiento abierto al público de los artículos 242, 2 y 3 en relación con el 16 del CP , concurriendo la agravante de disfraz y la atenuante de reparación del daño, a la pena de 3 años y 1 mes de prisión, con las correspondiente accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena. Ratificamos en los restantes extremos la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro

Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia