



Roj: **STS 6546/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6546**

Id Cendoj: **28079120012010100966**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2010**

Nº de Recurso: **728/2010**

Nº de Resolución: **957/2010**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 1977/2009,**  
**STS 6546/2010**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil diez.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, Sección III, por delito de robo con violencia e intimidación en concurso ideal con un delito de detención ilegal, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia; siendo parte recurrida Juan Carlos y Cayetano, representados por el Procurador Sr. García Barrenechea.

### **I. ANTECEDENTES**

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Blanes, instruyó Sumario nº 112/2003, seguido por delito de robo con violencia e intimidación en concurso ideal con un delito de detención ilegal, contra **Juan Carlos y Cayetano**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Girona, Sección III, que con fecha 26 de Febrero de 2009 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"Los acusados, Juan Carlos, mayor de edad, con DNI núm. NUM000 y sin antecedentes penales, Cayetano, mayor de edad, con DNI núm. NUM001, mayor de edad y sin antecedentes penales, y, al menos, otro más, puestos de común acuerdo, sobre las 4'30 horas del día 20 de septiembre de 2003, se dirigieron en el vehículo marca Ford Fiesta, propiedad del acusado Juan Carlos, al Restaurante Sirius de Cala Canyelles de Lloret de Mar, con el fin de apropiarse del dinero que allí encontraren.- Una vez en el mencionado restaurante, el acusado Juan Carlos permaneció en su vehículo, según el plan acordado, vigilando y dispuesto a facilitar la huida, mientras que los otros sujetos, entre ellos el acusado Cayetano, accedieron al restaurante por una ventana abierta de la parte superior del establecimiento, que se encuentra a una altura aproximada de unos seis metros, bajando entonces hasta el primer piso, en donde sorprendieron al vigilante de seguridad, el Sr. Miguel, en los aseos de caballeros, obligándolo, a la vez que lo intimidaban con un arma simulada y un instrumento, cuyas exactas características no se han podido determinar, a pasar al interior del baño, en donde le obligaron a sentarse encima del inodoro, atándole con cuerda de persiana las manos y los pies, cerrando la puerta, aunque pudo deshacerse inmediatamente de las ligaduras y salir del lugar, tras romper la puerta, en unos cuatro o cinco minutos, una vez que aquéllos ya habían salido del establecimiento.- Después de haber dejado encerrado al vigilante de seguridad, con el resultado antes relatado, el acusado Cayetano y quien o quienes lo acompañaban, se dirigieron al salón del restaurante, en donde, luego de forzar la caja de recaudación que se encontraba tras la barra, se apoderaron de todo el dinero que allí había, en billetes y monedas, huyendo seguidamente del lugar en el vehículo de Juan Carlos, que les aguardaba en el exterior.- Como el vigilante del restaurante, Don. Miguel, tan pronto se pudo liberar, llamó a la policía denunciando los hechos, pudo instalarse cerca del lugar un control policial, en el que*



precisamente fue detenido el vehículo, sobre las 5 horas del mismo día, luego de una maniobra evasiva realizada por su conductor, el acusado Juan Carlos, quien incluso, cuando los Mossos d'Esquadra procedían al registro del vehículo, intentó huir. En dicho vehículo, en el que también viajaba el acusado Cayetano, se encontró, entre otros objetos, una bolsa deportiva conteniendo gran cantidad de billetes y monedas de distinto valor, procedentes de la caja del restaurante, que junto con el dinero intervenido a los acusados, hace un total de 10.598'85 euros, cantidad que ya sido devuelta a su propietario, D. Juan Francisco, quien ha renunciado a ser indemnizado por los daños ocasionados en el restaurante, por un total de 69 euros, cantidad que, en cualquier caso, fue consignada judicialmente por los acusados en fecha 13 de junio de 2008.- Cayetano sufre una drogodependencia a la cocaína desde, al menos, la fecha de los hechos, habiendo seguido tratamiento de desintoxicación". (sic)

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: QUE CONDENAMOS A Juan Carlos y Cayetano, como (CO)AUTORES DE UN DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN, con la concurrencia en ambos de las circunstancias atenuantes de dilaciones indebidas y reparación, y en el segundo de la circunstancia atenuante de drogadicción, a las PENAS DE UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN al primero, y UN AÑO DE PRISIÓN al segundo, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de 1/6 de las costas a cada uno de ellos, declarándose de oficio 2/6, ABSOLVIÉNDOLOS DEL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL por el que también venían acusados.- Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta a cada uno de los acusados les abonamos todo el tiempo del que han estado privados de libertad por esta causa, si no se les hubiera aplicado al cumplimiento de otra responsabilidad". (sic)

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el **Ministerio Fiscal** 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.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Ministerio Fiscal** formalizó su recurso de casación en base a UN UNICO MOTIVO: Por Infracción de Ley al amparo del nº 1º del art. 849 LECriminal, por aplicación indebida del art. 21.5º en relación con el art. 66.1.2º, ambos del C.P.

**Quinto.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 26 de Octubre de 2010.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**I. Primero.-** La sentencia de 26 de Febrero de 2009 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Girona, condenó a Juan Carlos y Cayetano, como autores de un delito de robo con violencia o intimidación –sic– con la concurrencia en ambos condenados de las atenuantes de dilaciones indebidas y reparación, y, además, en el segundo de la atenuante de drogadicción, a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que los dos condenados en unión de otras personas sobre las 4'30 horas del día 20 de Septiembre de 2003 se dirigieron al restaurante Sirius, situado en Lloret de Mar.

Llegados al lugar, Juan Carlos permaneció en el interior del vehículo dispuesto para facilitar la huida, en tanto que Cayetano, en unión de otras personas no identificadas, accedieron al interior del restaurante a través de una ventana situada a unos seis metros de altura, ya en el interior, sorprendieron al vigilante de seguridad al que le inmovilizaron dejándole atado en unos aseos para seguidamente dirigirse al salón del restaurante y tras forzar la caja se llevaron todo el dinero, huyendo seguidamente en el vehículo en el que se encontraba Juan Carlos esperándoles.

El vigilante de seguridad pudo liberarse de las ligaduras en cuatro o cinco minutos, pero cuando accedió al salón del restaurante, ya se habían marchado. En esta situación llamó a la policía denunciando los hechos y sobre las 5 de la madrugada, tras una maniobra evasiva y persecución fue interceptado el vehículo que conducía Juan Carlos acompañado de Cayetano quienes fueron detenidos.

En el interior del vehículo se ocupó una bolsa de deportes con una gran cantidad de dinero en billetes y monedas, procedente de la caja del restaurante, que junto con el dinero que llevaban los recurrentes ascendió a 10.598'85 euros.

Los daños en el restaurante ascendieron a 69 euros que fue consignado por los acusados, si bien el propietario renunció a ser indemnizado por tales daños.

Se ha formalizado un recurso por parte del Ministerio Fiscal que a través de un **único motivo**, por la violación del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal estima indebidamente aplicado el art. 21-5º Cpenal –reparación del daño en relación al art. 66.1-2º del mismo texto y por indebida aplicación del art. 66.1-1º Cpenal.

## II. Segundo.- Recurso del Ministerio Fiscal.

Como ya se ha dicho, el Ministerio Fiscal en el único motivo del recurso denuncia como *indebidamente aplicada la atenuante de reparación del daño* en ambos recurrentes, considerando que no debió ser apreciada con las consecuencias punitivas correspondientes, que, se estima que debieran ser las siguientes, una vez eliminada la atenuante de reparación.

Al condenado Juan Carlos, al concurrir, según el Ministerio Fiscal *sólo* la atenuante de dilaciones indebidas y teniendo en cuenta que la pena del delito cometido está situada sobre los dos años hasta los cinco años de prisión, solicita la pena de *tres años*.

Para Cayetano, al concurrir en él las atenuantes de dilaciones y de drogadicción considera que la pena a imponer sería la de *un año y seis meses*.

Los recurrentes se oponen a la estimación del recurso instado por el Ministerio Fiscal.

En su argumentación, el Ministerio Fiscal se refiere a la jurisprudencia de esta Sala que en relación a la atenuante de reparación, excluye su concurrencia como atenuante cuando los daños sean mínimos y éstos sean abonados, y asimismo, también excluye su aplicación cuando el abono se haga en un momento muy posterior a los hechos.

En el presente caso, se dice en el recurso que hay que recordar que los daños ascendieron a 69 euros y que el abono –más exactamente consignación judicial– fue efectuada varios años después de ocurridos los hechos y poco antes de la vista oral.

## III. El fundamento de la circunstancia de reparación se traduce en una disminución de la pena a imponer y ello, por dos razones:

a) Porque es necesario –y justo– ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima del delito. Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la Comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a dar una reparación a la víctima –luego veremos de qué forma– debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor.

b) Porque qué duda cabe que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, tiene el valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro.

La actual atenuante de reparación está llamada a desempeñar un importante juego en el sistema de justicia penal una vez que se ha despojado en el vigente Código Penal de dos requisitos que limitaba mucho su efectividad.

*El primero* hacía referencia a un *fundamento espiritualista*: que la reparación lo fuera como expresión de un arrepentimiento espontáneo, lo que obligaba a los Tribunales a indagar en el proceloso mundo de las intenciones del autor del hecho delictivo, y, paralelamente, a escenificar un "arrepentimiento" si se quería uno beneficiar de la atenuante. Con un criterio más objetivo, más laico si se quiere, lo relevante es el hecho de reparar el daño causado a la víctima, quedando para el fuero interno de cada persona los móviles que pudieran estar en el fondo de la decisión.

*El segundo* hacía referencia a un *requisito temporal* que carecía de todo fundamento: se exigía que la reparación fuera "...antes de conocer la apertura del procedimiento judicial...". Actualmente se admite que la reparación sea "...en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral...", límite no caprichoso sino justificado porque después del juicio, ya no cabrá la aplicación de la atenuante, aunque pudiera tener algún efecto en la ejecución de las penas.

¿Qué decir de la reparación efectuada durante las sesiones del Plenario?. La Sala ha estimado que también procedería vía atenuante analógica –STS 4 de Febrero de 2000 –.



**IV.** En relación al contenido de la reparación y al importe o cuantía de la misma, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias resoluciones y en este sentido, se puede citar la STS 1517/2003 de 18 de Noviembre que de acuerdo con resoluciones anteriores que cita declara que:

- a) Cabe cualquier forma de reparación, no solo la económica, admitiéndose expresamente una reparación simbólica – SSTS 216/2001 y 794/2002 –.
- b) En todo caso y en un análisis individualizado, la reparación para alcanzar los efectos de la atenuante debe ser significativa y relevante, por lo tanto no ficticia – SSTS 1990/2001; 100/2000 y 1311/2000 –.
- c) Dato a tener en cuenta para ver la relevancia y significación de la reparación, es verificar la capacidad y publicidad económica del condenado, y consiguientemente el esfuerzo efectuado por éste para eliminar o disminuir los efectos del delito – SSTS de 13 de Mayo 2004 y 30 de Junio 2003 –.

Precisamente por ello, esta Sala ha *excluido* la atenuante de reparación cuando esta es *irrisoria* en relación al daño producido y no se acredita ningún esfuerzo del autor por dar satisfacción a la víctima, sino solo *una estratagema para beneficiarse de una atenuación* penal – SSTS de 2 de Junio 2001; 1990/2001; 100/2000; 1311/2000, así como las citadas por el Ministerio Fiscal en su informe: 27 de Diciembre 2007; 27 de Abril 2007 ó 23 de Junio 2008–.

También se ha aceptado la reparación *en clave moral*, lo que debe tenerse en cuenta a la vista de la naturaleza del delito cometido. En tal sentido, SSTS 1112/2007 y 1103/2009 de 3 de Noviembre. En definitiva, se trata de reconocer que *cabe* la reparación en delitos que *no* sean de resultado y, además con ello se amplía el concepto de reparación para superar su contenido exclusivamente pecuniario.

Como se dice en la STS de 6 de Octubre 1998 también cabe la reparación *"...cuando el autor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma..."*.

Pues bien, desde la doctrina expuesta, hay que *admitir* el recurso del Ministerio Fiscal, con rechazo de la tesis de la sentencia.

**V.** Dos líneas argumentativas aduce el Ministerio Fiscal para postular la *no* concurrencia de la atenuante de reparación:

- a) Que la reparación se efectuó varios años después de ocurridos los hechos. A ello hay que decir que la reparación se efectuó *antes* del Plenario, y por lo tanto de acuerdo con las previsiones del art. 21-5 Cpenal.
- b) Que la reparación fue insignificante –69 euros– en relación con el importe del robo y que nunca fue efectiva porque renunció el dueño del restaurante.

Al respecto *dos reflexiones*:

1- No consta en los autos el importe del botín. En los hechos probados *solo* se dice que el total del dinero procedente del robo *más* el propio que llevaban los recurrentes fue de 10.598'85 euros. Obviamente hay que considerar que la gran parte de la cantidad citada procedía del robo. Pero lo cierto es que no se especifica del total ocupado la parte que pudiera corresponder al botín y lo propio de los recurridos.

2- En cuanto a *los daños*, estos están *fijados en 69 euros*, cantidad que es la consignada por los condenados. Al respecto hay que indicar que tal cuantía, es insignificante, porque insignificantes fueron los daños, por ello, y de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, aunque por razonamientos parcialmente distintos, debe ser acogido el motivo.

Evidentemente, *la reparación en clave económica* –la que aquí se trata–, exige como presupuesto que *exista un daño a reparar*, y si éste no existe o es irrelevante, no procede la aplicación de la atenuante por falta del indispensable presupuesto fáctico.

*Procede la estimación del recurso.*

**VI. Tercero.**- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas del recurso.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el **Ministerio Fiscal**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, Sección III, de fecha 26 de Febrero de 2009, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.



Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Girona, Sección III, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer **Manuel Marchena Gómez Diego Ramos Gancedo**

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil diez.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Blanes, Sumario nº 112/2003, seguida por delito de robo con violencia e intimidación en concurso ideal con un delito de detención ilegal, contra **Juan Carlos**, natural de Sabadell, nacido el 18/11/1963, hijo de Pedro y de Carmen, en libertad provisional por esta causa, en la que estuvo en prisión provisional desde el 22-9-2003 hasta el 8-10-2003; contra **Cayetano**, natural de Blanes, nacido el 22-7-2002, hijo de Joaquín y de María Lourdes, en libertad provisional por esta causa, en la que estuvo en prisión provisional desde el 22-9-2003 hasta el 8-10-2003 y contra **Carmelo**, natural de Sarajevo (Bosnia), nacido el 24-10-1980, hijo de Kemal y de Plana, declarado rebelde mediante auto de esta Sala de fecha 3-11-2008; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**Unico.**- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Unico.**- Por los razonamientos incluidos en la sentencia casacional --apartado V-- procede eliminar la concurrencia de la atenuante de reparación cuestionada, lo que conlleva la fijación de una nueva pena que tenga en cuenta tal eliminación.

De acuerdo con ello, en relación a Juan Carlos solo concurre la atenuante de dilaciones indebidas y teniendo en cuenta que la pena del delito cometido --robo con intimidación-- es de dos a cinco años de prisión, acordamos su imposición en la mitad inferior en acatamiento a la regla penológica del art. 66 -1º Cpenal, *individualizándola en tres años de prisión* pena proporcionada al grado de culpabilidad que se acredita en la realización de los hechos.

En relación al otro condenado, *Cayetano*, en quien concurren las atenuantes de dilaciones y drogadicción, procede la imposición de la pena inferior en *un grado*, individualizándola en *un año y cinco meses*.

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Juan Carlos a la pena de *tres años de prisión*, pena proporcionada al grado de culpabilidad que se acredita en la realización de los hechos.

Que debemos condenar y condenamos a Cayetano a la pena de *un año y cinco meses de prisión*, pena inferior en un grado.

**Mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada no afectados por la presente.**

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer **Manuel Marchena Gómez Diego Ramos Gancedo**

**PUBLICACIÓN.**- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.