



Roj: **STS 4115/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4115**

Id Cendoj: **28079120012022100872**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2022**

Nº de Recurso: **643/2021**

Nº de Resolución: **898/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 898/2022

Fecha de sentencia: 16/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 643/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAEN, SECCIÓN TERCERA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 643/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 898/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de noviembre de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 643/2021, interpuesto por **D. Jose Pablo** representado por el Procurador D. Julio Alberto Rodríguez Orozco bajo la dirección letrada de D^a M^a Belén García García, contra la sentencia número 276/2020 de fecha 18 de noviembre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Tercera) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 116/20 de fecha 15 de junio de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jaén en la causa 429/2018.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Úbeda, incoó Diligencias Previas (P.A. núm. 21/2018) por delito de robo con fuerza en las cosas, contra Jose Pablo ; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 2 de Jaén, (causa núm. 429/2018) quien dictó Sentencia núm. 116/20 en fecha 15 de junio de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"UNICO: El día 13 de agosto del 2017, el acusado Jose Pablo , con ánimo de beneficio ilícito, entró en las instalaciones del balneario San Andrés de la localidad de Canena, dirigiéndose a varias cabañas consiguiendo entrar a través de la ventana de una de ellas sustrajo de su interior entre 90 y 100€ propiedad de D. Casimiro que no reclama".

SEGUNDO.- Juzgado de lo Penal que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO al acusado Jose Pablo , como autor criminalmente responsable de un delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público previsto en los arts. 237, 238.1 y 241.1 y 2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la condena, y al pago de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de DIEZ DÍAS desde su notificación".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Jose Pablo ; dictándose sentencia núm. 276/2020 por Audiencia Provincial de Jaén (Sección Tercera) en fecha 18 de noviembre de 2020, en el Rollo de Apelación Penal núm. 643/20, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que Desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia con fecha 15 de Junio de 2020 por el Juzgado de lo Penal número 2 de Jaén en Diligencias de Procedimiento Abreviado número 21 del año 2018, debemos confirmar íntegramente la sentencia recurrida; con declaración de oficio de las costas de la presente apelación.

Devuélvanse al Juzgado de lo Penal número 2 de Jaén los auto originales con testimonio de esta resolución para su cumplimiento, previa notificación a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo que deben preparar mediante escrito que se presentará ante esta Sala dentro de los cinco días siguiente a la última notificación".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Jose Pablo 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por la vía de infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim por indebida aplicación del artículo 238 del Código Penal.

Motivo Segundo.- Por la vía de infracción de ley al amparo del artículo 852 LECrim por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la indebida aplicación de la agravante de reincidencia (artículo 22.8 C.P.) en relación con el artículo 24 de la C.E.

Motivo Tercero.- Por la vía de infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción del principio de legalidad y proporcionalidad de la pena impuesta en aplicación de los arts. 66.1, 22.8, y artículo 241.1 del Código Penal.



SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 4 de mayo de 2021 interesa dicte resolución de admisión del recurso, por sus tres motivos, continuando los trámites de su sustanciación y fallo; la Sala los admitió a trámite quedado conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Visto el estado de las actuaciones, la Sala declaró conclusos los autos para señalamiento de fallo y se celebró la votación y deliberación prevenida el día 10 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación la representación procesal de Jose Pablo , la sentencia de la Audiencia Provincial que desestima el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia del Juzgado Penal que le condenaba como autor de un delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público previsto en los arts. 237, 238.1 y 241.1 y 2 del Código Penal a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

1. Alega que el relato de hechos probados resulta insuficiente para tal condena; pues en contra de lo que manifiesta la sentencia de apelación, para la aplicación del **escalamiento**, no basta la utilización de una vía extraordinaria de acceso, sino que exige la conjunción de dos elementos; por un lado, la utilización de un lugar no destinado para la entrada, y además el empleo de un esfuerzo o destreza de cierta importancia, o el despliegue de una energía criminal de cierta entidad, que permita al sujeto el acceso al lugar donde se hallan los objetos que se pretenden sustraer.

Por lo que resulta de la causa y del propio texto de la sentencia, la ventana se encuentra a escasa distancia del suelo (véase: "se coló por la ventana"); sin que se describa en los hechos probados, destreza o fuerza especial alguna, para el acceso al establecimiento efectuado por la ventana, como exige la jurisprudencia.

Por lo tanto, concluye, no puede apreciarse **escalamiento**, al no resultar precisa una especial energía para acceder por la ventana; y en su consecuencia, sino como delito de hurto, leve por cuanto la cantidad apropiada es inferior a 100 euros.

2. El recurso, es apoyado por el Ministerio Fiscal:

*El silencio, al menos en derecho penal, no es lo más elocuente que existe. La doctrina del TS, desde el comienzo de siglo, viene exigiendo que para cubrir la tipicidad del **escalamiento** debe constar una dificultad de acceso que revele la mayor peligrosidad o energía criminal del autor. El excurso por el derecho histórico es determinante, comprobándose en ese itinerario legislativo cómo se ha pasado desde la equiparación doctrinal del acceso por vía no acostumbrada al **escalamiento**, a otra interpretación distinta y restrictiva que excluye la asimilación.*

*El TS también ha ido cambiando su doctrina al respecto. Siempre ha destacado que el **escalamiento** constituye un concepto normativo, no descriptivo. Es decir, que el concepto jurídico no coincide con el concepto popular. Pero en la interpretación de ese elemento normativo se observan dos etapas bien diferenciadas.*

En una primera fase, apegada a modelos doctrinales que se remontaban al Fuero Real y las Leyes de Estilo, y sobre todo al CP de 1848, la doctrina del TS enseñaba que existía robo con fuerza en las cosas, tanto cuando se trepaba, ascendía o se alcanzaba con dificultad el acceso a un lugar cerrado a través de una ventana situada a considerable altura, como cuando se accedía por una ventana que estuviera a ras del suelo, por cuanto comportaba el ingreso por vía no destinada al efecto o por vía que no fuera la habitualmente usada por el titular. El ATS 1441/2001, de 29 de junio , precisaba que "escalar no equivale a su significación gramatical de trepar, ascender o subir, ni siquiera entrar por vía no destinada al efecto, sino que implica llegar a las cosas muebles ambicionada por el agente por vía insólita o desacostumbrada, distinta al acceso natural y a la que el titular de los viene sutaliza de ordinario".

Ahora bien, esa posición fue superada. Como muestra, solo un botón. La STS de 6 de julio de 2016 , número 595, lo resalta...

*En los precedentes históricos del Fuero Real y Reales Pragmáticas se definía el **escalamiento** como "los hurtos de quien subiere por pared, o entrare por ventanas o tejados", interpretación que permitía un concepto extensivo del **escalamiento**. Esta interpretación podía alcanzar sentido en la prevención general como fin de la pena ante ataques desaforados a los reductos de la intimidad o los bienes del titular en épocas históricas de gran inseguridad.*

*En el CP de 1822, primero del movimiento codificador, se extraen del hurto para agravarlos y constituirlos en escalón intermedio entre aquél y el robo con violencia o intimidación los llamados furta periculosa (cum efractione, scalis, armis o clave adulterina). No obstante, no se definía la escala. Hablaba el artículo 726 de aquel CP histórico del **escalamiento** de edificio sin describirlo. El furtum con escala existía en los precedentes*



históricos como el mencionado Fuero Real y también en el CP francés - artículo 381- que en el "vol" apreciaba las agravantes de **escalamiento**, fractura o uso de llaves falsas, entre otras. Quintano Ripollés y Cuello Calón proclamaron la influencia en la regulación del robo con fuerza en las cosas del pionero Código de 1822 CP del CP francés de 1810.

En el CP de 1848-1850 se crea ya la figura del robo con fuerza en las cosas y una de sus modalidades será el **escalamiento**. Es indudable que en esos primeros Códigos históricos latían interpretaciones extensivas del **escalamiento**. El CP de 1848-1850 ofrece en este ámbito la relevante novedad de definir el **escalamiento**, considerado como la entrada por vía no destinada al efecto.

En el CP de 1870 se mantiene el robo con fuerza en las cosas y el **escalamiento** como modalidad, pero Groizard y Vicente y Caravantes enseñan que empieza a acogerse por la doctrina y jurisprudencia una interpretación restrictiva del **escalamiento** que exige dos cosas: el acceso a lugar cerrado y la exigencia de un esfuerzo extraordinario, distinto del empleado normalmente para entrar en el lugar. Se separaban así del CP de 1848. La revolución de la Gloriosa de 1868 había dejado su impronta con una concepción más garantista. Ésta justamente es la interpretación que la doctrina del TS acoge actualmente en sus sentencias. En esa misma línea, Viada, comentando el CP de 1870, empieza a destacar que el concepto normativo de fuerza en las cosas no coincide con el vulgar y es más estricto. El CP de 1928, en todo original, cambió el sistema anterior del que hizo tabla rasa, considerando el **escalamiento** como circunstancia agravante, pero el CP de 1932 volvió a la tradición histórica y al CP de 1870. El CP de 1944, suprimió toda la referencia al lugar cerrado, pero mantuvo en el artículo 504 CP, las cuatro formas tradicionales del robo con fuerza en las cosas. Tampoco el CP de 1973 cambió la regulación, manteniendo el robo con fuerza en las cosas y su modalidad del

escalamiento.

Ya en el CP de 1995 se define el robo en el artículo 237, destacando que el robo con fuerza en las cosas comporta apoderarse las cosas muebles ajenas "empleando fuerza para acceder o abandonar el lugar donde éstas se hallaren", por lo que se incluye tanto la fuerza para entrar como para salir en el estudiado concepto de robo con fuerza en las cosas. Además, en el artículo 238.1 CP mantiene el **escalamiento** como primera modalidad del mismo.

Pues bien, prácticamente desde el comienzo de su vigencia, la interpretación restrictiva que reducía el **escalamiento** al acceso (ahora también abandono) al lugar cerrado con una energía que exigía esfuerzo extraordinario o especial habilidad es la que ha seguido la doctrina del TS.

Es por ello que, dada la parquedad estoica de una descripción sin matices, debe entenderse que no se respeta el principio de legalidad si se aplica el artículo 238.1 a lo que en los hechos probados se narra. No sabemos qué altura tenía la ventana, si estaba o no a ras del suelo y si exigió esfuerzo, destreza o habilidad especial a su autor para poder superarla.

La aplicación, por tanto, del artículo 238.1 CP, comporta infracción de ley y se aparta de la doctrina del TS, que ha precisado en su función nomofiláctica cómo debe interpretarse el precepto con una consolidada doctrina legal.

3. Efectivamente, esta Sala Segunda, ya de manera pacífica desde el año 2000, frente a la doctrina jurisprudencial tradicional que estimaba **escalamiento** a la llegada a las cosas por vía insólita o desacostumbrada, distinta del acceso natural, acoge una nueva doctrina, manifestada, entre otras, en las sentencias de 18/01/1999 ó 10/03/2000, para adicionalmente exigir una destreza o fuerza de cierta importancia, equiparable a la superación violenta de obstáculos normalmente predisuestos para la defensa de la propiedad.

En idéntico sentido, la STS 07/02/2001, explica que se limita el **escalamiento** de entrada a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada por lugar no destinado al efecto haya exigido "una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de **escalamiento** (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete.

Postulado pacíficamente mantenido hasta la actualidad como muestra la sentencia 595/2016, de 6 de julio:

"La consideración que da la sentencia del acceso y huida de la vivienda por la citada vía es acorde con la actual doctrina jurisprudencial que, en cierta manera, ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de **escalamiento** como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación que se encontraba enraizada en la definición legal histórica pero que carece del suficiente soporte legal para que pueda seguir siendo mantenida en la interpretación del vigente Código Penal. Actualmente se restringe el concepto de **escalamiento** a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada o la salida por lugar no destinado al efecto haya exigido "una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo



presentes en la noción estricta de **escalamiento**" (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete. Y el hecho de tener que salvar esa altura (unos tres metros y medio) supone una especial "energía criminal", suficiente para ser equiparable a una fuerza física en sentido estricto. Véanse las STS 143/2001, de 7 de febrero de 2001, 10 de marzo de 2000, 20 de abril de 1999, etc.

Y reitera la STS núm. 90/2022, de 7 de febrero.

4. El motivo pues se estima, en cuya consecuencia y de plena conformidad con el recurrente y con el Ministerio Fiscal, procede dejar sin efecto los artículos 237, 238.1 y 241.1 y 2 CP y debe aplicarse el artículo 234.2 CP.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por infracción de ley al amparo del artículo 852 LECrim por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la indebida aplicación de la agravante de reincidencia (artículo 22.8 C.P.) en relación con el artículo 24 C.E

1. Argumenta que en el relato de hechos probados ninguna alusión se hace a la agravante de reincidencia, y sólo de forma escasa e insuficiente se hace en la fundamentación jurídica, según se puede comprobar en el fundamento de derecho cuarto y quinto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Jaén; aunque en el fallo aplica la pena resultante de esa consideración, pero se afirma que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En cuya consecuencia, entiende improcedente la apreciación de dicha agravante, motivo que también apoya el Ministerio Fiscal.

2. Efectivamente el relato de hechos probados nada se reseña de antecedente alguno; únicamente obra:

El día 13 de agosto del 2017, el acusado Jose Pablo, con ánimo de beneficio ilícito, entró en las instalaciones del balneario San Andrés de la localidad de Canena, dirigiéndose a varias cabañas consiguiendo entrar a través de la ventana de una de ellas sustrajo de su interior entre 90 y 100€ propiedad de D. Casimiro que no reclama

Y en el fundamento cuarto de la sentencia de instancia, se afirma que concurre la agravante de reincidencia, por estar *condenado entre otras por sentencia firme de 17 de noviembre de 2014 por delito de robo*

3. Ciertamente, con esos mimbres, no era posible la estimación de la agravante.

3.1. Esta Sala, efectivamente tiene establecido, como enseña la STS 282/2020, de 4 de junio, que compendia otras muchas, que para apreciar la reincidencia se requiere que consten en el factum la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas.

Este último dato no será necesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual. Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición. Ya dijo la STC. 80/92 de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación, lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva. A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (artículo 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.

Respecto a la posibilidad de integrar los déficits del *factum* con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia, dijimos en la STS 495/2015 de 29 de junio y las que ella cita, que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. De modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, hemos admitido que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado. Se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo sólo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. Si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos -fáctico y jurídico- que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado.

En su proyección cuando de la agravante de reincidencia se trata, entre otras las SSTS 857/2016 de 11 de noviembre o 217/2016 de 15 de marzo, (a las que se remiten entre otras las SSTS 538/2017 de 11 de julio; 169/2018 de 11 de abril; o 336/2018 de 4 de julio) han afirmado que las carencias en la reproducción



de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico penal incorporada en las actuaciones.

Sin embargo, se ha admitido, siempre que los datos relevantes consten en los hechos probados (la fecha de las sentencias y los delitos objeto de condena), que las dudas que pudieran surgir respecto de la interpretación y valoración de los mismos se despejen con datos de contenido fáctico incorporados en la fundamentación jurídica (STS 110/2017 de 22 de febrero).

3.2 Es patente que en autos, la ausencia de referencia alguna a la precedente condena en el apartado de hechos probados, imposibilita su ponderación, pues hace inviable la integración fáctica en perjuicio del reo. No se acomodaría a ningún supuesto de excepción de los enumerados, siempre de interpretación restrictiva.

TERCERO.- El tercer motivo lo formula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción del principio de legalidad y proporcionalidad de la pena impuesta en aplicación de los arts. 66.1, 22.8, y artículo 241.1 del Código Penal.

1. Alude a la desproporción de la pena impuesta y al hecho de que el fallo, pese a la fundamentación señala que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

2. Aunque parece claro, que esa locución de que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, deriva de un error obstativo del juzgador, lo cierto es que la estimación de los dos precedentes motivos, determinan que la pena sea la correspondiente al art. 234.2 CP: multa de uno a tres meses; que dado que fue en establecimiento y en acceso por vía inusitada, resulta procedente imponerlo en su mitad: dos meses multa; y en cuanto la cuota diaria, ante la falta de prueba sobre su patrimonio, salario o rentas, procede, de conformidad con la jurisprudencia al efecto, atender a la cifra de seis euros, que se encuentra en un primer escalón, de sesenta y seis en que dividiéramos el tramo practicable (de 2 a 400 euros).

CUARTO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de estimación del recurso, se declararán de oficio.

FALLO

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

Declarar haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación procesal de **D. Jose Pablo** , contra la sentencia número 276/2020 de 18 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Tercera) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 116/20 de fecha 15 de junio de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jaén en la causa 429/2018; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 643/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



En Madrid, a 16 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 643/2021, interpuesto por **D. Jose Pablo** representado por el Procurador D. Julio Alberto Rodríguez Orozco bajo la dirección letrada de D^a M^a Belén García García, contra la sentencia número 276/2020 de fecha 18 de noviembre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Tercera) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 116/20 de fecha 15 de junio de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jaén en la causa 429/2018; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan los hechos probados y los antecedentes de la sentencia recurrida, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la fundamentación de nuestra sentencia casacional, debe ser dejada sin efecto la condena por delito de robo y condenar únicamente por delito leve de hurto, en los términos expresado en el fundamento tercero.

FALLO

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

1º) Absolvemos libremente al acusado Jose Pablo , del delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público previsto en los arts. 237, 238.1 y 241.1 y 2 del Código Penal, con la gravante de reincidencia de que venía acusado; y en su lugar:

2º) Condenamos al acusado Jose Pablo , como autor criminalmente responsable de un delito leve de hurto del art. 234.2 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de dos meses multa, con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de prisión por cada dos cuotas dejadas de abonar; así como la abono correspondiente de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.