



Roj: **STS 3740/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3740**

Id Cendoj: **28079120012017100710**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2017**

Nº de Recurso: **178/2017**

Nº de Resolución: **694/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 12921/2016,**
STS 3740/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma número 178/2017, interpuesto por **D. Anibal** representado por la procuradora D.^a Isabel González González, bajo dirección letrada de D.^a M^a Elena Melón Crispín contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima . Interviene el Ministerio Fiscal

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Sant Feliu de Llobregat, incoó Diligencias Previas núm. 18/2014 contra **D. Anibal** por delito de robo con fuerza en casa habitada; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Séptima (Rollo de P.A. núm. 83/2016-F) dictó Sentencia en fecha 12 de diciembre de 2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«PRIMERO.- Tras la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, ha quedado acreditado que minutos antes de las 12:20 horas del día 10 de enero de 2014, Anibal , mayor de edad, nacional español, con el propósito de obtener un beneficio patrimonial y tras romper el cristal de una ventana accedió al interior de la vivienda sita en la CALLE000 n° NUM000 , escalera NUM001 , bajos de la localidad Vallirana, habitada por la Sra. Adolfinia y asegurada en la compañía Ocaso, donde se apoderó de muy variados efectos. Algunos de estos efectos no han sido recuperados por su propietaria, en concreto los que siguen: 150 euros en efectivo, una pulsera de oro de 1,5-2 cms de ancho con espigas labradas con la particularidad de que tenía la cadenita complementaria al cierre rota; una medalla de oro de comunión con una virgen por un lado y la inscripción "JI a V" en la otra; una alianza de oro con las inscripción "GP 1970"; una pulsera de oro fina, haciendo un dibujo de triángulo; una pulsera con piedras de colores; un colgante cuadrado de oro con brillantes y una letra dentro; unos pendientes pequeños de oro dorado y blanco; una moneda de 50 pesetas de plata; una moneda de 25 pesetas de plata; una moneda de 5 pesetas de plata; dos relojes de imitación y una cámara de fotos marca Olympic de hace años. Otros objetos sustraídos sí han sido recuperados por Adolfinia , que los reconoció como de su propiedad de entre los hallados en poder del acusado tras su detención y que le fueron entregados por los agentes de los Mossos D'Esquadra en calidad de depósito, en concreto: tres billetes de un dólar americano, un reloj de pulsera de la arca Lecoultre, un collar de perlas blancas y verdes, un anillo de color dorado, un collar con pedrería de color dorado, unos pendientes con piedras de color verde, una alianza de oro lisa con la inscripción "7/9/1970", una medalla de color dorado con la inscripción "GP a VM 3/3/2010" y por el otro lado un dibujo de dos peces, una pulsera con cierre metálico y perlas, un monedero de piel negro de la marca Lover, otro con fotografías y una tarjeta del Caprabo, un collar de bolas blancas y grises, otro de color lila, dos más de color blanco, un anillo



plateado con forma de flor, una pulsera con un cordón de piel y bolas y varias figuritas, un broche con pedrería y forma de estrella, otro con forma de flor y rojo, una pulsera de color verde, otra metálica de color dorado, una moneda plateada del año 1982 de 100 pesetas, una pulsera metálica escalonada plateada y dorada, un pendiente con incrustaciones de colores, un colar metálico con un colgante también metálico, una pulsera con piedras de colores, un collar de cristales de roca y pedrería y otro collar de perlas. Adolfiná no reclama por estos hechos, al haber sido indemnizada por la compañía aseguradora en el valor de la ventana y hasta un total de 2.600 euros.

SEGUNDO.- En la fecha de los hechos descritos en el anterior apartado, Anibal estaba en tratamiento de deshabitación de las drogas tomando metadona por su cuenta. Igualmente consta diagnosticado de esquizofrenia paranoide crónica, lo que combinado con su politoxicomanía llevó al reconocimiento de un 83% de discapacidad por el Departamento correspondiente de la Generalitat de Cataluña el 26/02/2015. Anibal consta ejecutoriamente condenado:

En virtud de sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Mataró, firme el 18/06/2002, su Ejecutoria nº 285/2002, a la pena de 2 años de prisión como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, pena extinguida el 2 de junio de 2011.

Igualmente en virtud de sentencia del Juzgado de lo Penal nº 7 de Barcelona firme el 01/07/2004, Ejecutoria nº 2778/2004 del Juzgado de lo Penal nº 24, a la pena de 8 meses de multa con cuota diaria de 6 euros, sustituida por una responsabilidad personal subsidiaria de 4 meses de prisión por un delito de hurto en grado de tentativa, pena extinguida el 2 de junio de 2011.

En virtud de sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Tarragona, firme en fecha 29/07/05 en su Ejecutoria nº 550/2005 a la pena de 8 meses de prisión como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, pena extinguida el 2 de junio de 2011.

En virtud de sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Sabadell firme en fecha 21/09/05, su Ejecutoria nº 374/2005 a la pena de 2 años y tres meses de prisión como autor de un delito de robo con intimidación, pena extinguida el 2 de junio de 2011.

Finalmente en virtud de sentencia del Juzgado de Instrucción nº 5 de Badalona firme en fecha 25/06/2012, por hechos ocurridos el 23/06/2012, Ejecutoria nº 1757/2012 del Juzgado de lo Penal nº 21 de Barcelona, a la pena de 4 meses de multa con cuota diaria de 6 euros, sustituida por una responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses de prisión por un delito de hurto en grado de tentativa».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Que debemos condenar y condenamos a Anibal como autor de un delito de robo con fuerza en casa habitada, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante de multireincidencia y atenuante analógica de trastorno mental y drogadicción, a la pena de cinco años y un día de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Anibal, teniéndose 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, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr., por inaplicación de los arts 16.1 y 62 del Código Penal.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr., por inaplicación de los arts. 20.1 y 2, 21.1 y 2, así como el art. 66.1.7ª y 68 del Código Penal.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr., por inaplicación del art. 21.6 del Código Penal.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr., por no aplicarse correctamente el art. 22.8 así como el art. 66.1.5ª del Código Penal.

Motivo Quinto.- Por quebrantamiento de forma del art. 850.1 LECr., por haberse denegado la práctica de una prueba en el acto del juicio, que propuesta en tiempo y forma fue declarada pertinente en su integridad.



QUINTO.- Conferido traslado para instrucción; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión del recurso interpuesto solicitando subsidiariamente su desestimación de conformidad con las razones expuestas en su informe de fecha 29 de marzo de 2017; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 11 de octubre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación la representación procesal del condenado en la sentencia de instancia como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada, donde el primer motivo que formula es por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr , por inaplicación de los arts 16.1 y 62 del Código Penal .

1. Argumenta que conforme a la declaración de hechos probados, sustrajo diversos objetos de la casa de D.ª Adolfinia , al verse sorprendido por la propietaria de la vivienda, en su huida desesperada cayó causándose diversas lesiones, entre ellas, la fractura de una pierna que hoy se encuentra amputada, y por tanto sin llegar de ningún modo a apropiarse ni a tener disponibilidad sobre los efectos de la mencionada señora en ningún momento. Afirma que en la caída, soltó la bolsa donde se encontraban los objetos sustraídos, siendo recogidos posteriormente por los agentes de la autoridad; de forma que la circunstancia de que la propietaria, echara en falta algunos objetos, que no se encontraron posteriormente no convierte el delito en consumado.

2. El recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

3. En autos, la declaración de hechos probados se relata que el recurrente, en determinada hora y fecha, tras romper una ventana accedió al interior de la vivienda de D. Adolfinia , donde se apoderó de muy diversos efectos. Para a continuación enumerar una precisa y descriptiva lista de objetos no recuperados.

La inferencia de que tuvo el recurrente la disponibilidad de los mismos, aunque fuere breve la motiva en el primer fundamento:

(...) tal y como relató la propietaria ella le sorprendió y él se fue corriendo hacia la parte de atrás de la vivienda y le perdió de vista mientras llamaba a la policía. Siquiera escuchó los gritos de auxilio que emitió el acusado según el propio relato de este pidiendo socorro al tener una considerable altura de entre seis u ocho metros la valla de la vivienda que decidió saltar para escapar de la misma al verse sorprendido. Evidentemente durante el tiempo en que dejó de ser visto por la Sra. Adolfinia hasta que lo encontró la policía tuvo las joyas y objetos de su vivienda a su disposición, y pudo hacer desaparecer algunos como debió hacer si atendemos a la constante declaración de la propietaria que tanto en la instrucción (a folio 94) como en el plenario ha enumerado, allí con más detalle, los objetos que siguió echando a faltar tras la devolución por parte de los Mossos D'Esquadra de lo encontrado al acusado tras el asalto a su vivienda (lo que le devolvieron consta en el acta manuscrita obrante a los folios 20 y 21 de la causa). Además el agente de la Policía Local de Vallirana que intervino auxiliando en un primer momento al acusado relató que a su lado encontraron un agujero de tierra como reciente y también había una acompañante en un coche esperándole al lado de la vivienda, luego por tanto tuvo posibilidad de hacer desaparecer las cosas, en todo caso su disponibilidad durante un espacio de tiempo aunque sea breve.

4. Consecuentemente el motivo debe ser desestimado; pues en modo alguno relata el hecho probado que el recurrente, careciera de la disponibilidad de los objetos sustraídos; y por contra la inferencia de que sí la tuvo, es conclusión motivada y razonada conforme a criterios lógicos, sin que medie alternativa plausible.

Consecuentemente el robo debe tenerse por consumado, pues es reiterada jurisprudencia, como el propio recurso invoca, que si bien cabe distinguir sucesivamente; a) la "contrectatio" que supone el contacto o tocamiento de la cosa; b) la "aprehensio", o aprehensión de la cosa; c) la "ablatio", que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla; y d) la "illatio", que significa el traslado de la "res furtiva" a un lugar que permite la disponibilidad de la misma (SSTS. 2530/2001 de 18 de abril de 2002 , 1502/2003 de 14 de noviembre); no se consuma el robo con la mera aprehensión de la cosa (contrectatio) ni con el hecho de separarla de la



posesión material del ofendido (ablatio), sino cuando el sujeto agente obtiene la disponibilidad de la cosa, siquiera sea potencialmente, aunque no se llegue a disponer de ella de manera efectiva (illatio) porque así obtiene la facultad esencial del dominio, siquiera sea durante un lapso temporal breve (SSTS. 212/2002 de 15 de febrero , 1122/2003 de 8 de septiembre , 213/2007 de 15 de marzo).

Así en la STS 353/2014, de 8 de mayo , se consideró consumado un robo donde, los acusados salieron de la vivienda y huyeron en su vehículo siendo perdidos de vista hasta que poco después fueron localizados y detenidos; por lo que se concluye que tuvieron la plena disponibilidad del dinero; pues es la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída la que determina la consumación. La efectiva y real disposición, no afecta a la consumación sino que pertenece a la fase de agotamiento del delito; se alcanza la consumación con la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material (STS 304/2013, de 26 de abril ; y 65/2013, de 39 de enero).

SEGUNDO.- El segundo motivo se formula por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr ., por inaplicación de los arts. 20.1 y 2 , 21.1 y 2, así como el art. 66.1.7ª y 68 del Código Penal .

1. Alega que de la declaración de hechos probados, así como en la instrucción de la causa queda demostrado sobradamente que estamos ante una persona enferma, aquejada de diversas patologías de carácter psiquiátrico como es la esquizofrenia paranoide crónica, así como la alcoholemia y la politoxicomanía de larga duración. Y el día del robo según consta en la causa y puso de manifiesto el propio acusado en el acto del juicio oral, se encontraba tomando metadona y heroína, además de estar tomando medicación para la esquizofrenia. Todo ello mediatizaba sus actos y distorsionaba gravemente la comprensión de la eventual ilicitud de los mismos, anulando o distorsionando gravemente sus capacidades cognitivas y volitivas.

Por ello entiende que debió aplicarse la exigente completa, subsidiaria incompleta, del art. 20.1 y 2 del C.P. y, subsidiariamente 21.1 y 2 del mismo cuerpo legal , en grado de muy cualificada, pues el recurrente, es un toxicómano crónico aquejado de una enfermedad mental como es la esquizofrenia paranoide crónica, lo que sin duda alguna hace que sus facultades cognitivas y volitivas se encuentren notoriamente mermadas.

2. Relacionado directamente con este motivo, formuló un quinto motivo por quebrantamiento de forma del art. 850.1 LECr ., por haberse denegado la práctica de una prueba en el acto del juicio, que propuesta en tiempo y forma fue declarada pertinente en su integridad, donde alega que en las conclusiones provisionales solicitó como prueba anticipada, previo al acto del juicio oral la práctica de una pericial médico-psiquiátrica, interesando se procediera a emitir informe pericial por médico experto en psiquiatría y drogadicciones, quien deberá examinar personalmente al acusado y cuanta documentación médica precise, a fin de emitir informe respecto de las eventuales afectaciones de carácter psiquiátrico que pudiesen afectar al acusado en las fechas cercanas al delito que se le imputa, y concretamente informe respecto de la eventual afectación a sus capacidades cognitiva y volitiva, derivadas de cualesquiera patologías de origen psicológico o psiquiátrico así como por consumo de alcohol y sustancias estupefacientes o drogas tóxicas, especificando el grado de afectación, así como la evolución posterior hasta el momento de la emisión del dictamen; así como que para el acto del juicio oral, se citara al médico forense que hubiere emitido el expresado dictamen, a fin de que ratificara su contenido a presencia judicial, contestando a las preguntas y aclaraciones que puedan solicitarse por el juzgador o cualesquiera de las partes.

Sin embargo, afirma, dicha prueba no fue realizada, limitándose a la emisión de un informe en fecha 10 de noviembre de 2016, por el Médico Forense adscrito al Juzgado, sin especialidad en psiquiatría ni drogadicción, y lo más grave, sin examinar al acusado ni realizar prueba alguna, limitándose a valorar la documental médica obrante en la causa.

Todo ello, indica, fue puesto de manifiesto en el acto del juicio oral como cuestión previa, realizando la correspondiente protesta por la defensa al no ser admitida.

3. Quebrantamiento de forma, que aún cuando será desestimado, conviene normativa y sistemáticamente ser examinado primeramente.

De conformidad con la STS 151/2017, de 10 de marzo , que literalmente seguimos, "la casación por motivo de denegación de prueba previsto en el art. 850.1 LECr , requiere para que prospere, según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659 , 746.3 , 785 y 786.2 LECr . y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, los requisitos siguientes:

1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley actual art. 786.2).



2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona.

3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio.

4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa. Y,

5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación".

"Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECr. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón".

"Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo) si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori, convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva".

"La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE, argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero)".

4. En autos, sucede que obra el informe médico-forense que interesó el recurrente, datado a 10 de noviembre de 2016, cuya simple lectura revela una amplia anamnesis, el examen de una amplia información documental, así como el resultado de la exploración física y psicopatológica y las conclusiones subsiguientes.

De donde obran los extremos solicitados por el recurrente y desmienten absolutamente la tacha de falta del examen del acusado y haber librado el informe a partir de la documental médica preexistente.

Así es el propio acusado, quien en el decurso del examen aporta al médico, los datos sobre sus antecedentes y estancias en prisión, su abandono de los estudios a los 13 años, su escasa actividad laboral, que cuando se ha producido se relaciona con tareas de cerrajería metálica y soldadura; le narra que oye voces y que se le olvidan las cosas, la medicación que recuerda estar tomando y le refiere sus hábitos tóxicos. Igualmente la exploración física y psicopatológica, no solo requiere sino que también denota una obvia inmediatez al describir su estado físico, examen del antebrazo, aspecto general, deambulación con muletas por uso de prótesis por la amputación de la pierna izquierda; así como su colaboración y la falta de presentación de alteraciones psicopatológicas y una valoración de su inteligencia como concorde a su edad y grado de instrucción.

Consecuentemente, incluso cuando la defensa del recurrente, entendiera necesario alguna precisión mayor, o pruebas de mayor intensidad, e incluso cuando fuere pertinente en el momento que manifestó su protesta;



desde el juicio ex post que ahora nos compete, en modo alguno cabe concluir la indispensabilidad de tal práctica complementaria de la prueba, cuando en la forma que se practicó la potencia acreditativa, resultaba agotada respecto al estado del recurrente en el momento de autos; una vez examinado el paciente en el momento de la emisión del informe, solo cabía inducir su estado veintidós meses antes, de la lectura de las actuaciones y de los informes que en momento cercano a los hechos enjuiciados, existían, lo que efectivamente el médico forense realizó, donde no resultó expresión objetiva atinente a su diagnóstico psicótico. La afectación mental que presentara dos años atrás y su relación directa con el hecho delictivo, susceptible de ser descubierta a través de exámenes más profundos en la actualidad, más allá del acopio de informes ya existentes, examinados e informados, no se presentaba probable.

La práctica probatoria al respecto, era tan suficiente, que como a continuación veremos, determinaba la afirmación de una circunstancia atenuatoria, de la intensidad que interesaba el recurrente.

El motivo por quebrantamiento de forma, se desestima.

5. En orden y al alcance de la afectación de la imputabilidad del recurrente, la jurisprudencia de esta Sala, ahora ejemplificada con la STS núm. 941/2010, de 15 de octubre, viene estableciendo como doctrina consolidada que la eximente incompleta de drogadicción precisa que se acredite una profunda perturbación que, sin anularla, disminuya sensiblemente la capacidad culpabilística del autor, aun conservando la comprensión de la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva. Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad; o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad, aunque en estos últimos casos sólo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas (SSTS 672/2007, de 19 de julio ; 742/2007, de 26 de septiembre ; 713/2008, de 13 de noviembre ; y 665/2009, de 24 de junio).

El relato de hechos declarado probado, reconoce que el acusado se encontraba en tratamiento de deshabitación de las drogas tomando metadona por su cuenta; así como que estaba diagnosticado de esquizofrenia paranoide crónica, circunstancia que combinado con su toxicomanía condujo al reconocimiento en febrero de 2015, de un 83% de discapacidad por el Departamento correspondiente de la Generalitat Cataluña.

Igualmente en la fundamentación, se admite constancia de la antigüedad de su toxicomanía, al menos desde una resolución de 2002, que como estima la Audiencia en consuno con la esquizofrenia diagnosticada, efectivamente de manera necesaria conlleva al menos una alteración leve de su capacidad para conocer la ilicitud de los hechos y obrar de acuerdo con la misma. Ciertamente, no contamos con un informe específico sobre su situación en el momento de autos, que impide la estimación de una eximente incompleta por afectación grave, pero se deben ponderar más circunstancias que las anteriores; junto a la politoxicomanía y a la esquizofrenia paranoide crónica, algunos datos objetivos, como que al ser sorprendido saltara en su huida desde una valla de seis u ocho metros de altura; la discapacidad en un 83% reconocida (aunque ciertamente en fecha en que ya se la había amputado la pierna izquierda), que determinan no solo una base biopatológica sino que inferir que la afectación referida necesariamente se presente con mayor intensidad que la simplemente determinada por la politoxicomanía de larga trayectoria en relación a la comisión del delito cometido contra la propiedad, no tanto en la comprensión relativizada de la ilicitud del hecho, sino especialmente con la relajación de los frenos inhibitorios asociados a una cierta compulsión para su comisión, de modo que la circunstancia analógica estimada debe ser apreciada como muy cualificada.

El motivo se estima en los términos descritos.

TERCERO.- El tercer motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación del art. 21.6 del Código Penal.

1. Argumenta que la causa ha sufrido importantes dilaciones por inactividad del juzgado instructor, concretamente, ninguna actuación se ha realizado entre los días 16 de mayo de 2014 (folio 117) y 22 de octubre de 2014 (folio 118); entre los días 27 de noviembre 2004 (folio 134) y 5 de marzo de 2015 (folio 135), entre el 13 de octubre de 2015 (folio 210) y el 22 de febrero de 2016 (folio 211).



2. Tiene establecido esta Sala (STS 883/2016, de 23 de noviembre y todas las que allí se citan), que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

En el presente caso se trata de unos hechos de enero de 2014, juzgados en diciembre de 2016, es decir, inferior a tres años. De modo que aunque la causa no fuere especialmente compleja, ni la tramitación haya sido célere, con tal período de tramitación de ningún modo, cabe apreciar dilación "extraordinaria", fuera de toda normalidad, que junto a su carácter de indebida, es exigencia normativa para su consideración como mera atenuante ordinaria.

En la casuística jurisprudencial, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación -no predicable en autos-, nos recuerda la STS 360/2014 que la Sala tiene establecido en resoluciones precedentes que la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse unas veces en la condición de simple y otras en la de especialmente cualificada, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6ª CP.

El motivo se desestima.

CUARTO.- El cuarto motivo se formula por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr, por no aplicarse correctamente el art. 22.8 así como el art. 66.1.5ª del Código Penal.

1. Alega por una parte que los antecedentes penales que constan en el escrito de acusación, correspondientes a las sentencias de 18 de junio de 2002, 1 de julio de 2004, 29 de julio de 2005 y 21 de septiembre de 2005 debieron computarse como cancelados a efectos de reincidencia, siendo la fecha de extinción de 2 de junio de 2011 que consta respecto de la mayoría de los antecedentes, una fecha absolutamente aleatoria y que no guarda relación con el cumplimiento efectivo de las responsabilidades derivadas de las sentencias dictadas.

Así como, que en cualquier caso, dado que la agravante de multireincidencia, concurre con una atenuante, la norma correspondiente de aplicación para la individualización de la pena sería art. 66.1.7ª, en lugar de 66.1.5ª.

2. Efectivamente, conforme la STS núm. 1029/2011 de 13 octubre: *El artículo 66.1.7ª dispone que cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes, los tribunales las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena, y que si subsiste un fundamento cualificado de atenuación la impondrán en la mitad inferior y si persiste un fundamento cualificado de agravación, la impondrán en la mitad superior. Por su parte, en la regla 5ª del mismo precepto, se dispone que cuando concorra la agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código, siempre que sean de la misma naturaleza, los tribunales podrán imponer la pena superior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito cometido. La regla 7ª debe entenderse como una regulación especialmente dirigida a los supuestos en los que concurren atenuantes y agravantes, mientras que la 5ª supone una especialidad de los supuestos, contemplados en las reglas 3ª y 4ª, que se refieren a los supuestos de concurrencia de agravantes sin que se aprecie atenuante alguna. Por lo tanto, deben entenderse que en caso de concurrencia de la reincidencia, aún con las características mencionadas en la regla 6ª, junto con una circunstancia atenuante, la regla a aplicar es la 7ª y no la 5ª.*

3. Pero en todo caso, lo que resulta obvio es la inviabilidad de que cuatro condenas privativas de libertad, se hayan extinguido el mismo día, cuando su cumplimiento no puede ser simultáneo y por ello, se cumplen sucesivamente con los límites establecidos en el art. 76 CP.

Una cuestión es su consideración unitaria en la refundición penitenciaria correspondiente que facilite su ejecución y el cómputo de condena para conceder permisos o posibilitar la progresión de grado y otra, cuando no media acumulación jurídica alguna manifestada, que se ejecutaran conjuntamente.



Es jurisprudencia de esta Sala Segunda, recogida entre otras en la STS 211/2015, de 14 de abril, con cita de la núm. 675/2012, de 24 de julio y otras varias, que "para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el "factum" de la sentencia los siguientes datos: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, 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 extremo sólo será innecesario 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 que es objeto del enjuiciamiento actual, por cuanto la aplicación "contra reo" de cualquier precepto sólo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE".

Así mismo, esta doctrina establece que las dudas sobre la reincidencia han de abocar a su no apreciación (STS 420/2013, de 23 de mayo).

Por ende, todos los datos requeridos, además de la existencia de la condena por delito de igual naturaleza comprendido en el mismo Título, son los precisos para determinar que la cancelación no ha podido operar; y en modo inverso, la fecha en que el penado dejó la pena efectivamente extinguida, será innecesario cuando el plazo de cancelación no haya podido transcurrir (STS 693/2004, de 23 de mayo ; 314/2013, de 23 de abril).

De los datos expresados de esas cuatro ejecutorias, en ningún caso resulta comisión delictiva desde septiembre de 2005, siendo la pena más grave y por tanto de inicial y anterior cumplimiento a las demás (art. 75), la impuesta en la Ejecutoria 1757/2012, de dos años y tres meses, firme el 21 de septiembre de 2005; de la que desconocemos cuando efectivamente, resultó extinguida e iniciase el cumplimiento de la segunda más grave de las cuatro ejecutorias que se afirman de modo impropio extinguidas en el mismo día; supuesto donde la jurisprudencia, reitera que 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 (STS núm. 538/2017, de 11 de julio).

Como la condena ulterior, lleva data de 25 junio de 2012 por hechos del 23 junio de 2012; ello implica que desde el 21 de septiembre de 2005 han transcurrido más de cinco años y tres meses (tiempo de condena y tres más que exigía el 136.3 CP) suficiente para que debiera haber sido cancelado, ese antecedente; lo que necesariamente conlleva la inviabilidad de la aplicación de la regla dosimétrica correspondiente a la multireincidencia, que exige tras condenas anteriores por delito de la misma naturaleza comprendidos en el mismo título, pues el resto de antecedentes descritos en el factum, solo restan ya dos delitos de robo.

Igualmente y en sentido inverso aún cuando no consta cuando comenzó a extinguir la tercera más grave, ocho meses de prisión por delito de robo impuesta en la Ejecutoria 550/2005, en la hipótesis de la fecha más alejada del 23 de junio de 2012, en que delinque de nuevo e interrumpe el plazo de cancelación, sería cuatro meses (plazo íntegro de la responsabilidad personal subsidiaria impuesta por multa en la cuarta condena, la menos grave, que resulta extinguida del 2 de junio de 2011); es decir, esa condena por robo, cuanto tarde, resultó extinguida en febrero de 2011, lo que imposibilita el transcurso para su cancelación antes del 23 de junio de 2012, fecha de la nueva comisión delictiva. En cuya consecuencia, la agravante de reincidencia persiste. Y resulta efectivamente de aplicación el art. 66.1.7ª.

Debe tenerse presente, como a su vez recuerda la citada STS núm. 211/2015 y la STS 435/2015, de 9 de julio, que está lógicamente y radicalmente prohibida una consulta de los autos cuando lo que se busca es un complemento del hecho probado en contra del reo; menos aún cuando nos movemos en el marco del art. 849.1º LECr en que en rigor y según la técnica casacional clásica ni siquiera tendríamos la disponibilidad de la causa (sería totalmente rechazable aprovechar que la causa se ha remitido como consecuencia de estar entablados otros motivos -vulneración de precepto constitucional- para resolver el motivo por infracción de ley del art. 849.1 a espaldas de lo que exige la disciplina casacional). Por ello, las elucubraciones antes efectuadas sobre la cancelabilidad, aunque resultaran desdichas con el simple contraste con la hoja de antecedentes penales, devienen necesarias en cuanto exigencias irrenunciables de la técnica casacional y los principios penales.

Consecuentemente, se estima el recurso en los términos expresados.

FALLO

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

1. **ESTIMAR parcialmente** el recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Anibal** contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima ; **CASANDO Y ANULANDO** parcialmente la misma. 2. Declarar de oficio de las costas derivadas de su recurso.



Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente se dicta e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 24 de octubre de 2017

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, Rollo de Sala núm. 83/2016 dimanante de las Diligencias Previas 18/2014 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de San Feliú de Llobregat, que condenó por sentencia de fecha 12 de diciembre de 2016 a **D. Anibal** por delito de robo con fuerza en las cosas cometido en casa habitada y que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con los razonamientos contenidos en el segundo fundamento jurídico de la sentencia casacional, debemos estimar la atenuante analógica de drogadicción y alteración psíquica del art. 21.7ª en relación con el art. 20.1ª, 21.1ª y 2ª, como muy cualificada

SEGUNDO. - De conformidad con los razonamientos contenidos en el cuarto fundamento jurídico de la sentencia casacional, no concurre la agravante de multireincidencia, sino de reincidencia simple del art. 22.8ª.

TERCERO. - Consecuentemente y en virtud de las previsiones del art. 66.1.7ª, en relación con el art. 66.1.2ª, siempre del Código Penal, entendemos que persiste el fundamento cualificado de atenuación que determina la aplicación de la pena inferior en grado. La cualificación, atenuatoria proviene de diversas circunstancias que determinan una especial y deteriorada situación personal, politoxicomanía que proviene de antiguo, asociada a una esquizofrenia paranoide; mientras que la agravante de reincidencia, al margen de su cuestionamiento en orden a la culpabilidad del hecho, deriva de delitos contra la propiedad, criminológicamente asociados funcionalmente a su adicción.

Aunque ciertamente, no determinen la agravante cualificada que instaba la acusación, el recurrente, en el momento de autos, seguía contado con varios antecedentes por delitos contra la propiedad, lo que determina, que la pena se impuesta en la mitad del grado inferior.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido
Condenar a **Anibal** como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, cometido en casa habitada, con la concurrencia de la atenuante analógica de trastorno mental y drogadicción como muy cualificada y la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de **UN AÑO y SEIS MESES** de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Ana M. Ferrer García