



Roj: **STS 147/2023 - ECLI:ES:TS:2023:147**

Id Cendoj: **28079120012023100021**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2023**

Nº de Recurso: **456/2021**

Nº de Resolución: **16/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 10811/2019,**
STSJ CAT 8888/2020,
STS 147/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 16/2023

Fecha de sentencia: 19/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 456/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/01/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

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

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 456/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 16/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Susana Polo García



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 456/2021, interpuesto por **D. Carmelo**, representado por la procuradora D^a. Victoria Rodríguez-Acosta Ladrón de Guevara, bajo la dirección letrada de D^a. Rut Pérez Mayo, contra la sentencia nº 349/2020, de 4 de diciembre de 2020, dictada por la Sección de Apelaciones de la Sala Civil y Penal, del Tribunal Superior de Justicia Cataluña, en el Rollo de Apelación Penal nº 231/2019, dimanante del Procedimiento Sumario 14/2017, de la Sección nº 8, de la Audiencia Provincial de Barcelona, por un delito de robo con violencia y homicidio intentado.

Ha sido parte recurrida **D. Emilio**, representada por la Procuradora D^a. Pilar Rodríguez Buesa, bajo la dirección letrada de D. Oriol Casals Madrid.

Interviene el **MINISTERIO FISCAL**

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 32 de Barcelona, incoó el Sumario nº 4/2016 por un delito de robo con violencia y homicidio intentado, contra Carmelo, una vez concluso lo remitió a la Sección nº 8 de la Audiencia Provincial de Barcelona, para su enjuiciamiento en el Procedimiento Sumario nº. 14/2017, quien dictó Sentencia de fecha 8 de julio de 2019, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Se declara probado que el acusado D. Carmelo, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en, sentencia firme de fecha de 14.2.2014 a la pena de 1 año y 3 meses de prisión por un delito, de robo con violencia, cometido el 16.11.2013, con el propósito de obtener un inmediato beneficio patrimonial, en unión de otro individuo no identificado, sobre las 21 horas del 15 de marzo de 2016, en la esquina de las calles Rambla de Poblenou y Ramón Turró de la ciudad de Barcelona, abordó a D. Emilio que caminaba por el lugar, exigiéndole; amedrentándole con un cuchillo de cocina que portaba cada uno de ellos, que le entregase el dinero que llevase, y al negarse aquel e intentar huir, le acorraló contra una pared, y tras intentar varias cuchilladas en el cuerpo sin conseguir herirle al cortarle sólo superficialmente el grueso chaquetón que llevaba, puesto, con el propósito de acabar con su Vida o, al menos, consciente de la alta probabilidad de que se produjese dicho resultado, y, asumiéndolo, le asestó dos cuchilladas en la zona cervical, izquierda; causándole una herida inciso contusa maxilar izquierda con hemorragia activa y parótida seccionada y una herida inciso contusa submandibular, que precisaron tratamiento quirúrgico bajo anestesia general, antibiotioterapia, AINES, paracetamol, oclusión oclusión palpebral izquierda y curas diarias, para, su curación en 90 días (18 de hospitalización y 78 impeditivos), quedando como secuelas: cicatriz hemifacial que atraviesa la zona parotídea izquierda de unos 4 cm anfractuosa en su centro, - cicatriz lineal quirúrgica de- unos 9 cm laterocervical. izquierda y cicatriz hipertrófica. submentoniana izquierda de unos 5 cm, todo ello compatible con un perjuicio estético importante, parálisis facial izquierda que afecta a la oclusión palpebral, desviación de la comisura bucal y dificultades en la movilización lingual, y clínica compatible con un trastorno de estrés postraumático. Dichas heridas, de no recibir la víctima la inmediata y urgente atención médico-quirúrgica que le fue prestada, hubieran podido causar su fallecimiento.

A continuación, el acusado se apoderó del teléfono móvil (de valor no tasado pericialmente) y de la cartera de D. Emilio, que contenía 850 euros en metálico, dándose a la fuga con su acompañante no identificado."

A consecuencia de los hechos la víctima ha venido sufriendo ansiedad, sentimientos de tristeza, trastornos del sueño y conducta evitativa."

SEGUNDO.- La Sección nº 5 de la Audiencia Provincial de Valencia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos **CONDENAR. Y CONDENAMOS** a D. Carmelo, mayor de edad y con antecedentes penales, Como autor penalmente responsable de:

a) un delito de homicidio, en grado de tentativa de los arts. 138, 16 y 62 del Código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respectó de este delito, a las penas de SEIS AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para .el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y en base al art. 140 bis del CP a la medida de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena de prisión por un tiempo máximo de seis años;

b) un delito de robo con violencia y uso de arma o instrumento peligroso de los artículos 237, 242.1 y 3 del Código penal, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 del Código, penal, a las



penas de CUATRO AÑOS y CUATRO MESES e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y al pago de las costas procesales causadas en esta instancia, incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil ex delicto indemnizará Carmelo a D. Emilio en las siguientes cantidades.:

- 850 euros por el importe sustraído en metálico.

- Valor en que resulte tasado pericialmente en ejecución de sentencia el teléfono móvil sustraído.

-4.730 euros por las lesiones sufridas por el perjudicado.

-10.750 euros por las secuelas.

-10.000 euros por daños morales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con la advertencia que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Penal del TSJC en el plazo de, 10 días siguientes al de la última notificación de esta resolución."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Carmelo ; dictándose sentencia nº 349/2020, por la Sección de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, en fecha de 4 de diciembre de 2020, en el Rollo de Apelación 231/2019 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en esta alzada los hechos que se han declarado probados en la sentencia apelada. También sus fundamentos jurídicos en cuanto no se opongan a los de la presente".

CUARTO.- La Sección de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, dictó el siguiente pronunciamiento:

"HO HA LUGAR AL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Procurador D. Santiago Córdoba Schwaneberg, en nombre y representación de Carmelo , contra la sentencia de fecha 8 de Julio de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 8ª), la cual confirmamos íntegramente.

Declaramos de oficio las costas que hubieran podido devengarse en esta alzada.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la presente sentencia."

QUINTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por la representación procesal de Carmelo , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

SEXTO.- 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, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender infringido el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo Segundo.- Se renuncia.

Motivo Tercero.- Por INFRACCIÓN DE LEY al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal.

Motivo Cuarto.- VULNERACIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** y a la presunción de inocencia del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y art 5.4 de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**.

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de Emilio , se da por instruida del recurso de casación, y solicita su impugnación.

El Ministerio Fiscal queda instruido del recurso interpuesto, y solicita la inadmisión de los motivos interpuestos y subsidiariamente su desestimación; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 18 de enero de 2023.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En el primer motivo se alega infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender infringido el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el resumen se hace constar que la prueba de rueda de reconocimiento fue solicitada por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular transcurrido el plazo de seis meses previsto en el art. 324 Lecrim. El Tribunal no considera nula la rueda de reconocimiento solicitada, acordada y realizada fuera del plazo legalmente establecido en el art. 324 LECRIM. La infracción del art. 324 de la ley de enjuiciamiento criminal implica la nulidad e invalidez de la diligencia realizada al haber transcurrido los seis meses previstos en el art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En concreto, se denuncia que los hechos que han dado lugar al presente procedimiento son de marzo de 2016, dictándose Auto de incoación de sumario en fecha 18 de julio de 2016. La instrucción de la presente causa finalizó el 24 de octubre de 2017 fecha en la que se dictó Auto de conclusión de sumario. Dictado dicho auto, y finalizada aparentemente la instrucción de la causa, tanto el Ministerio Fiscal, como la acusación particular, en marzo del año 2018, interesaron la revocación del Auto de conclusión de sumario, proponiendo la práctica de dos diligencias de prueba. Por tanto, las diligencias de prueba solicitadas por el Ministerio Fiscal y la Acusación particular en sus escritos de 10 de enero y de 18 de marzo de 2018, han sido solicitadas finalizados los plazos de instrucción recogidos en el art. 324 Lecrim. La rueda de reconocimiento fue solicitada, acordada y practicada fuera del plazo legalmente previsto, practicada el 18 de septiembre de 2018, 2 años y medio más tarde de sucedidos los hechos, por lo que la misma es nula y no debió ser introducida nunca en el proceso.

2. La cuestión que denuncia el recurrente ha sido resuelta recientemente por este tribunal, en concreto en la STS 983/2022, de 21 de diciembre, en la que decíamos que: "Variadas sentencias de esta Sala han procedido a una interpretación del artículo 324 de una forma que podemos sintetizar. El artículo 324 de la ley procesal señala un plazo de duración máxima de la instrucción de 6 meses a contar desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas; no obstante, a instancia del Fiscal y previa audiencia de las partes podrá declararse la instrucción compleja, pudiendo prorrogarse el plazo de instrucción hasta los 18 meses, y ser objeto de una nueva prórroga que deberá ser instada al menos 3 días antes de la expiración del plazo máximo.

En una de las primeras sentencias interpretando este precepto, Sentencia 470/2017, 16 de junio ya señalábamos que la entrada en vigor del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los términos anteriores a la reforma del 2020, supondría reducir el contenido y alcance de la denuncia de dilaciones indebidas y se recordaba que el contenido del artículo 324 respondía a una demanda permanente de los operadores del sistema penal para agilizar la prestación del servicio público de la justicia, fijando plazos que legitimen la actuación del *ius puniendi* del Estado, superador de las instrucciones eternas, solamente remediadas con la aplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal de las dilaciones indebidas, a manera de compensación por el daño sufrido a consecuencia de la dilación. Recordábamos que el plazo del artículo 324 suponía la fijación de unos límites temporales que se cifraba en 6 meses, siendo posible su ampliación previa declaración de complejidad, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. Transcurrido el plazo el instructor deberá ineludiblemente dictar el auto de conclusión, si el procedimiento es ordinario, o la resolución que proceda conforme el artículo 779 de la ley procesal, si se trata de un procedimiento abreviado. Transcurridos dichos plazos no pueden practicarse más diligencias de prueba, sin perjuicio de incorporar a la causa las acordadas con anterioridad al transcurso del plazo. Por último, vencido el plazo no supone, en ningún caso, el archivo de la causa si no concurren las circunstancias previstas en el artículo 637 y 641 de la ley procesal, sino la conclusión de la fase de instrucción y la continuación del proceso. Se trata de un efecto preclusivo por expiración del plazo de instrucción.

Este entendimiento de la norma fue seguido en posteriores Sentencias destacando la que el recurrente designa como inaplicada en la causa, Sentencia 455/2021, de 27 de mayo, que ratificó que el inicio del cómputo lo era desde la incoación del sumario de las diligencias previas y que el fiscal podía instar la declaración de complejidad, y el juez acordarla, antes de la expiración de ese plazo, señalando que lo que no se haya hecho en los plazos legales es nulo por causar una evidente indefensión material. La Sentencia 836/2021, de 2 de noviembre, en el mismo sentido y siguiendo con el criterio interpretativo expuesto, nos recuerda que el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal delimita el marco temporal de adquisición de las diligencias de investigación. La temporalidad constituye, por un lado, una condición de validez de la actuación indagatoria y, por otro, una regla de prohibición de adquisición de información sumarial. Su incumplimiento debe considerarse, ya desde la regulación del 2015, causa de anulación y pérdida de eficacia de la diligencia instructora intempestiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, la información sumaria contenida en las diligencias practicadas fuera del plazo no puede ser utilizada para fundar la decisión de prosecución del artículo 779.4 de la ley procesal. Ahora bien, la



infracción del principio de adquisición por transcurso del término no es un supuesto de ilicitud constitucional por vulneración de **derechos** fundamentales sustantivos. Por ello, no procede anudar a esa irregularidad el efecto de inutilizabilidad absoluta, tanto objetiva -con relación a cualquier decisión adoptada en el proceso- como subjetiva -respecto a cualquier persona concernida por la infracción de **derechos**- de la información así obtenida, que prevé el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**. Lejos de este escenario de nulidad absoluta por ilicitud constitucional, la intempestividad convierte a la diligencia, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de los **derechos** fundamentales. La consecuencia más destacada es que la prohibición de utilización se convierte en relativa, circunscrita, por lo tanto, al momento y a los efectos fijados por la norma y sin efectos reflejos, la intempestividad de las diligencias no contamina de inconstitucionalidad las informaciones sumariales aportadas irregularmente al proceso. Por ello, nada impide que su contenido informativo, en el caso de que se considera que hay razones indiciarias suficientes, obtenidas de diligencias regularmente practicadas, para proseguir el proceso inculpatario, puede ser introducido en el acto del juicio como dato probatorio de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes.

En parecidos términos la Sentencia 636/2022, de 23 de junio, nos recuerda que el artículo 324 de la ley procesal parte de la idea de que la fase esencial del proceso ha de ser el juicio oral y es ahí donde se practican las pruebas, y que la instrucción debe solamente servir para recopilar material para decidir en la fase intermedia acerca de la apertura o no del juicio, es decir, para decidir quién y por qué hecho se sentará en el banquillo. Lo que el artículo 324 disciplina es solamente el material o acervo (aquel obtenido en plazo) para decidir sobre la apertura del juicio oral. Otra reseña jurisprudencial del mismo tenor la encontramos en la Sentencia 605/2022, de 15 de julio para la que la infracción del principio de adquisición por transcurso del término esencial no es un supuesto de ilicitud constitucional por vulneración de **derechos** fundamentales sustantivos, por lo que no procede anudarle el efecto de inutilidad absoluta tanto objetiva como subjetiva. Mismos términos en la Sentencia 738/2022, de 14 de junio, que nos informa de que el simple transcurso del plazo no produce el archivo de las actuaciones, como una suerte de caducidad automática de la acción penal. La terminación de la fase previa por expiración del plazo impone al juez la obligación de dictar resolución que proceda al amparo del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a partir de la valoración del material instructor incorporado hasta ese momento a las actuaciones. Por lo que, de estimarse insuficiente para dotar de suficiente sostén indiciario a la imputación, procederá el sobreseimiento que desde el artículo 641 de la ley procesal corresponda.

El tiempo de producción de las diligencias de instrucción se convierte en condición normativa de adquisición. En consecuencia, el transcurso del término, o su prórroga extemporánea, priva de competencia al juez de instrucción para ordenar diligencias de investigación novedosas. El incumplimiento de las normas reguladoras de los términos y plazos de la instrucción determina la prohibición de utilización para fines pretendidos con su irregular adquisición y su inutilizabilidad se proyecta, en términos de medio a fin, y en principio, en la toma de algunas de las decisiones de clausura de la fase previa prevista en los artículos 779 y 622 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En su consecuencia, el juez de instrucción no puede tener en cuenta los datos irregularmente incorporados al proceso para fundar la decisión inculpatoria. De hacerlo, la parte agraviada podrá formular el correspondiente recurso pretendido y la consiguiente exclusión de las diligencias intempestivas y por otro una nueva valoración de los datos procesalmente utilizables para sostener el efecto inculpatario ordenado.

Ahora bien, el caso de que se decida la prosecución del proceso por disponerse de otros datos indiciarios utilizables, resulta imprescindible destacar que la infracción del principio de la adquisición por transcurso del término no supone la declaración de ilicitud constitucional por vulneración de **derechos** fundamentales sustantivos.

Este repaso de la reciente jurisprudencia nos lleva a afirmar la razón del recurrente cuando sostiene que estos criterios interpretativos, que el recurrente contrae a la Sentencia 455/2021, de 27 de mayo han de ser tenidos en cuenta y declarar el efecto preclusivo, al no haberse acordado de la prórroga, por la declaración de complejidad, por el órgano de instrucción dentro del plazo fijado. Ahora bien, las declaraciones de los dos funcionarios de policía practicadas en el sumario, aunque inválidas para conformar la resolución de la conclusión del proceso de investigación, no supone la declaración de inconstitucionalidad de todo el proceso, sino que las declaraciones de los funcionarios no pueden ser valoradas para la resolución procedente con arreglo del artículo 779 de la ley procesal penal. El Tribunal Superior de Justicia, y la sentencia de apelación así lo declara al argumentar que, aun teniendo por no realizadas las declaraciones testificales en nada alteraría el contenido de la resolución de imputación realizada en la causa."

3. La sentencia de instancia rechaza la pretensión del recurrente que ahora plantea, en concreto en el FD 2º, donde, tras analizar la última reforma llevada a cabo en el art. 324 de la LECrim por la Ley 2/2020 de 27 de



julio, con cita de su apartado segundo, afirma que a diferencia de lo que se contemplaba en el anteproyecto de 2011, el artículo no establece la nulidad de las diligencias practicadas fuera del plazo del art. 324, en el apartado 3, de acuerdo con la nueva redacción, se establece, expresamente, que no serán válidas las diligencias acordadas a partir de la finalización del plazo o de algunas de las prórrogas, no que sean nulas, lo que no ocurría en la anterior redacción. Además, la Sala se pregunta si pueden ser subsanadas en el plenario, llegando a la conclusión afirmativa con base a que se ha admitido jurisprudencialmente como válido el propio reconocimiento realizado en el acto del juicio oral y las partes en sus escritos de conclusiones provisionales pueden proponer pruebas que no fueron practicadas en instrucción.

La cuestión no puede prosperar. En el supuesto, en primer término, si bien la rueda de reconocimiento practicada se llevó a cabo fuera de los plazos a los que se refiere el citado artículo 324, lo cierto es que el auto de procesamiento ya se había dictado con anterioridad, por lo que no se tuvo en cuenta, a los efectos de dictar el mismo, la rueda de reconocimiento practicada posteriormente. No estamos ante el supuesto de que la diligencia de investigación acordada por la Audiencia Provincial -tras la petición del Ministerio Fiscal y la Acusación Particular-, acordada fuera de plazo, debamos restarle valor como dato tenido en cuenta por el instructor para dictar su decisión inculpatoria, ya que la citada diligencia no era indispensable para la Acusación formulada, tal y como se desprende de la causa, en los términos que afirma el tribunal de instancia.

Además, como hemos indicado en la jurisprudencia citada, no estamos ante un supuesto de ilicitud constitucional por vulneración de **derechos** fundamentales sustantivos, por lo que no procede anularle el efecto de inutilidad absoluta, tanto objetiva, como subjetiva, a la rueda de reconocimiento practicada, puesto que la prohibición de utilización se encuentra circunscrita a las resoluciones inculpativas, la práctica de la citada diligencia no hace inconstitucional las informaciones sumariales, por lo que nada impide que su contenido informativo, puede ser introducido en el acto del juicio como dato probatorio de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes, como ha ocurrido en el presente caso.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- 1. El tercer motivo se formula por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal, considera incorrecta la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas atendiendo a la vulneración del art. 324 Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que la práctica de las diligencias acordados produjo un retraso injustificado en la tramitación de la causa.

Finalizada, aparentemente, la instrucción de la causa, tanto el Ministerio Fiscal, como la acusación particular, en marzo del año 2018, interesaron la revocación del Auto de conclusión de sumario, proponiendo la práctica de dos diligencias de prueba: el reconocimiento en rueda del procesado por parte de la víctima y remitir oficio a la oficina del Banco Sabadell sita en C/ Ramón Turro 212-214 de Barcelona a fin de que se aportaran las grabaciones de las cámaras de seguridad. En fecha 5 de abril de 2018 la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó Auto por el que se acordaba la revocación del Auto de conclusión de sumario y se acordaba la devolución de la causa al Juzgado instructor para que se procediese a su práctica. Por auto de fecha 31 de mayo de 2018, el Juzgado de Instrucción así lo acordó, confirmándose dicha resolución tras desestimarse sendos recursos de reforma y apelación interpuestos por el recurrente frente a la práctica de dichas diligencias, por resoluciones, respectivamente, de fecha 22 de junio y 23 de julio de 2018. Finalmente, en fecha 18 de septiembre de 2018 se practicó la rueda de reconocimiento acordada y en fecha 14 de enero de 2019 se confirmó el auto de conclusión de sumario.

En definitiva, afirma que transcurrieron casi 14 meses desde el auto de conclusión de sumario dictado en octubre de 2017 hasta su confirmación en fecha 14 de enero de 2019, dilación acaecida que afirma que ha de calificarse como cualificada.

2. La STS 842/2017, de 21 de diciembre, recuerda que la dilación indebida es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -**derecho** a que los órganos **judiciales** resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el **derecho** a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-.

En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano **judicial** actuante.



Para la jurisprudencia de esta Sala, la apreciación de dilaciones indebidas exige cuatro requisitos: 1) que la dilación sea indebida, es decir injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa, requisito muy vinculado a que sea indebida (STS 759/2016, de 13 de septiembre, entre otras).

También hemos dicho en Sentencia número 585/2015, de 5 de octubre, que no es suficiente con una mera alegación, sino que es necesario que quien la reclama explicita y concrete las demoras, interrupciones o paralizaciones que haya sufrido el proceso, a fin de que esta Sala pueda verificar la realidad de las mismas, evaluar su gravedad y ponderar si están o no justificadas.

3. El Tribunal Superior de Justicia razona, al final de su fundamento quinto, para rechazar la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, por un lado, que no ha habido dilación, pues la instrucción se ajustó temporalmente a las previsiones legales, salvo el tiempo apuntado de 14 meses, periodo en el que propiamente no hubo paralización, porque se practicaron las diligencias acordadas, en el que hay que tener en cuenta también la actitud del acusado que recurrió en reforma y apelación la práctica de la diligencias, por lo que no hubo inactividad.

Por otro lado, el tribunal reconoce que si bien es cierto que el hecho de no acordarse la práctica de la rueda de reconocimiento en un primer momento, supone un cierto retraso, también lo es, que la aplicación de la atenuante pretendida es irrelevante porque nunca sería cualificada, y las penas impuestas tanto por el homicidio intentado como por el delito de robo con violencia se encuentran impuestas dentro de su mitad inferior, analizando las circunstancias personales del acusado, con persistencia del fundamento de agravación de la reincidencia en el último de los delitos, por tanto la pena a imponer sería exactamente la misma.

El recurrente, se limita a señalar el incumplimiento del plazo máximo para la instrucción legalmente establecido por el art. 324 LECrim - transcurrieron casi 14 meses desde el auto de conclusión de sumario dictado en octubre de 2017 hasta su confirmación en fecha 14 de enero de 2019-, reiterando lo argumentado en el recurso de apelación y sin combatir los argumentos del tribunal de instancia, siendo la respuesta dada en la sentencia recurrida conforme con la jurisprudencia de esta Sala, que a propósito del nuevo artículo 324 LECrim, ha declarado, entre otras en la STS 455/2017, de 21 de junio -con cita en la STS 400/2017, de 1 de junio - que éste puede servir como pauta interpretativa a la hora de determinar cuándo una dilación del procedimiento es extraordinaria, pero ello es siempre relativo teniendo en cuenta los distintos factores que convergen lo que exige un cuidadoso análisis de los distintos casos. Además, la dilación debe ser indebida, con independencia del tiempo transcurrido entre uno y otro trámite y las circunstancias de cada uno de aquéllos. Por ello la mera relación de los periodos de paralización no es suficiente si no se explica el porqué de cada uno.

Por tanto, compartimos con la Sala que no ha existido verdadera paralización y que el retraso también es imputable al acusado quien, dentro de su **derecho** a la defensa, ha recurrido en reforma y en apelación las diligencias acordadas. En definitiva, la irregularidad concretada no aboca directamente a la atenuante del art. 21.6 CP, si el plazo global de duración del proceso, como ocurre en el presente caso, no sobrepasa lo razonable, no puede hablarse de dilaciones indebidas en el sentido exigido por el art. 21.6 CP (STS 368/2018, de 18 de julio).

En definitiva, no se aprecia un grado de paralización o retraso en la tramitación de la causa que permita, conforme los criterios jurisprudenciales, apreciar la atenuante de dilaciones indebidas con el efecto cualificado pretendido por el recurrente, además, la cuestión recibió cumplida respuesta por parte del Tribunal de apelación, limitándose el recurrente a reiterar sus alegaciones.

El motivo decae.

TERCERO.- 1. En el último motivo se alega vulneración del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** y a la presunción de inocencia del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y art 5.4 de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**.

Se denuncia que el Tribunal de instancia fundamenta su condena en una prueba que ha sido obtenida e incorporada al juicio oral sin arreglo a las normas que regulan su práctica, provocando la vulneración de un **derecho** fundamental. No existe prueba de cargo válidamente practicada con capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, ya que la identificación del acusado es la única prueba de cargo en la que se basa la sentencia, por tanto, la condena tiene su fundamento en una prueba inválida, la rueda de reconocimiento fue incorporada en el procedimiento de forma irregular, por lo que procede la anulación de su efectividad.

2. El **derecho** a la **tutela judicial efectiva** establecido en el art. 24.1 CE, comprende, entre otros **derechos**, el de obtener una resolución fundada un **derecho** de los jueces y tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma bastante, las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que como se

dice en la STS. 714/2014 de 12.11, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley. (STS 719/2016, de 27 de septiembre).

Además, ha de recordarse que la sentencia objeto de la impugnación es la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia que confirma, en su integridad, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. La Audiencia Provincial ha conocido el objeto del proceso penal en el que, en la primera instancia, se celebró el juicio oral con la práctica de la prueba, y en la segunda se ha procedido a la revisión del pronunciamiento condenatorio dictado en la primera instancia.

Sobre los contornos y límites de la casación cuando se alega la vulneración de la presunción de inocencia, se pronuncia la reciente STS 344/2021, de 26 de abril, en la que afirmamos que no es función de la casación revalorar íntegramente una prueba no directamente presenciada, y que "el **derecho** a la presunción de inocencia comporta la prohibición constitucional de condena sin que se hayan realizado pruebas i) de cargo, ii) válidas, iii) revestidas de las necesarias garantías, iv) referidas a todos los elementos esenciales del delito, y v) de las que quepa inferir razonable y concluyentemente los hechos y la participación del acusado sin quiebras lógicas y sin necesidad de "suposiciones" frágiles en exceso. No impone la presunción de inocencia que esas pruebas sean aptas para convencer de la culpabilidad a todo observador imparcial externo. (...).

En principio, sentada la suficiencia en abstracto de la prueba y el ajuste a parámetros de lógica de la forma de deducir y razonar del Tribunal de instancia, el debate sobre la credibilidad mayor o menor de unos medios de prueba frente a otros, la interrelación entre todos ellos, el contraste entre la proclamada inocencia del acusado y los elementos de prueba testificales o de otro signo que apuntan en dirección contraria, queda agotado tras la revisión en apelación de lo decidido en la instancia y no puede reproducirse en casación sin traicionar el reparto de funciones que nuestro legislador procesal ha establecido entre los Tribunales de instancia y apelación y el de casación."

3. En el supuesto, reiteramos lo analizado en el FD 1º de la presente resolución en cuanto a las consecuencias de la falta de validez de la rueda de reconocimiento practicada fuera de los plazos previstos en el art. 324 de la LECrim, en el sentido de que ello inválida solo para conformar la resolución de la conclusión del proceso de investigación -que en este caso no tuvo lugar ya que se acordó el procesamiento antes de su práctica, al existir indicios suficientes de incriminación-, además, ello no supone la declaración de inconstitucionalidad de todo el proceso, por lo que nada impide que su contenido informativo, puede ser introducido en el acto del juicio como dato probatorio de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes, como ha ocurrido en el presente caso con la declaración de la víctima.

En la sentencia de instancia se afirma que el perjudicado, Sr. Emilio, declaró en el acto del juicio oral que los agentes le enseñaron, "muchas, muchas, muchas fotos, y que fueron varios días; que los agentes le iban pasando las páginas sin indicación alguna hasta que él vio la foto de uno de los autores y se lo indicó a los agentes; que lo reconoció perfectamente, sin duda alguna", se le enseñó la foto y ratificó que fue la foto que reconoció.

En cuanto al reconocimiento en rueda, aunque en el mismo consta "que cree que es el número 4", lo cierto es que en el acto del juicio oral el perjudicado fue interrogado tanto por el reconocimiento fotográfico como por el reconocimiento en rueda y declaró que le costó el reconocimiento porque los integrantes de la rueda eran casi idénticos, el acusado llevaba una barba "tremenda", todos llevaban barba y también llevaban todos gafas, y cuando se quitó las gafas lo identificó claramente, y lo que es más importante, en el plenario el Sr. Emilio reconoció al acusado sin ningún género de dudas.

En consecuencia, no concurren las vulneraciones denunciadas, ya que no debe confundirse la alusión al **derecho** a la **tutela judicial efectiva** con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento y revisada por el de apelación, ni con un **derecho** del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones, en este caso como hemos visto no procede expulsar prueba alguna del plenario, al haber sido practicadas con todas las garantías imprescindibles, siendo la conclusión alcanzada por el tribunal lógica y razonable.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Procede imponer las costas al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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



NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Carmelo** contra la sentencia nº 349/2020, de 4 de diciembre de 2020, dictada por la Sección de Apelaciones de la Sala Civil y Penal, del Tribunal Superior de Justicia Cataluña, en el Rollo de Apelación Penal nº 231/2019, dimanante del Procedimiento Sumario 14/2017, de la Sección nº 8, de la Audiencia Provincial de Barcelona, con imposición de las costas al recurrente.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ