



Roj: **STS 3655/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3655**

Id Cendoj: **28079120012020100594**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2020**

Nº de Recurso: **10037/2020**

Nº de Resolución: **559/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 10609/2019,**
AAAP B 9325/2019,
STSJ CAT 10541/2019,
STS 3655/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 559/2020

Fecha de sentencia: 29/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10037/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10037/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 559/2020

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde



D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10037/2020, interpuesto por **Jenaro**, representado por la procuradora D^a. Mónica Licerias Vallina, bajo la dirección letrada de D^a. M^a Dolores Fernández Campillo, contra la sentencia nº 146/19 dictada por la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 3 de diciembre de 2019 en el Rollo de Apelación Jurado nº 9/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Mataró instruyó Procedimiento de Jurado nº 2/2018 contra **Jenaro**, por dos delitos de asesinato y un delito de robo con violencia en casa habitada y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial Penal de Barcelona que en la Causa de Jurado nº 5/2019, dictó sentencia con fecha 25 de abril de 2019, que fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en el Rollo de Apelación Jurado nº 9/2019, dictó sentencia con fecha 3 de diciembre de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<Que la acusación se dirige contra **Jenaro**, nacido el NUM000 de 1975, hijo de Leandro y de Esmeralda, con NIF NUM001, mayor de edad, sin antecedentes penales, en situación de prisión provisional por esta causa desde el Auto de fecha 30 de noviembre de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Mataró.

Que Lucas y Eva murieron de forma violenta el 25 de noviembre de 2015.

Que la tarde del día 25 de noviembre de 2015 **Jenaro** acudió al domicilio de Lucas y de Eva, sito en la CALLE000 nº NUM002, 4º 2ª de Premiá de Mar.

Que **Jenaro** acudió a dicho domicilio pensando que éstos le permitirían acceder al mismo, al ser ya conocidos de sus padres, también sordos, y que su intención al acudir allí era solicitar dinero.

Que cuando Lucas y Eva se negaron a entregarle el dinero que **Jenaro** les pedía, éste con un cuchillo les agredió.

Que **Jenaro** con intención de acabar con la vida de Lucas, o sabiendo que su muerte se produciría como consecuencia natural y altamente probable de su conducta, le asesinó cuando éste se encontraba en el comedor y empleando el cuchillo, cuarenta y tres puñaladas, en cara anterior del tórax, en extremidad superior izquierda, en cara anterior de abdomen y espalda, y de ellas diez penetraron en cavidad torácica y abdominal.

Que Lucas falleció por shock hipovolémico resultado de la lesión cardíaca (ventrículo derecho), vascular (arteria aorta) y visceral (pulmón izquierdo) consecuencia de las puñaladas recibidas.

Que cuando **Jenaro** apuñaló a Lucas lo hizo de forma repentina y por sorpresa, ya que se encontraba en su propio domicilio y **Jenaro** era una persona conocida, lo que hizo que éste no pudiera ofrecer defensa eficaz alguna, ya que además tenía dificultades de movilidad por su edad y problemas médicos y además el acusado había cortado el cable del teléfono fijo para evitar que pudiera pedir ayuda.

Que cuando **Jenaro** apuñaló a Lucas le causó un gran número de heridas, algunas de las cuales no guardan relación con la causa de la muerte, ocasionándole de este modo un dolor y padecimiento innecesario.

Que **Jenaro** apuñaló de forma reiterada a Eva, con intención de causar su muerte o sabiendo que su muerte se produciría como consecuencia natural y altamente probable de su conducta.

Que **Jenaro** dio más de cien puñaladas a Eva por diversas partes del cuerpo, entre ellas la espalda, y quince de ellas penetraron en la cavidad torácica y cuatro en la cavidad abdominal, provocando la muerte de ésta por shock hipovolémico resultado de la perforación del pulmón derecho con rotura de arteria y vasos pulmonares.

Que cuando **Jenaro** apuñaló a Eva lo hizo de forma repentina y por sorpresa, ya que se encontraba en su propio domicilio y **Jenaro** era una persona conocida lo que hizo que ésta no pudiera ofrecer defensa eficaz alguna, y además el acusado había cortado el cable del teléfono fijo para evitar que pudiera pedir ayuda.

Que cuando **Jenaro** apuñaló a Eva le causó un gran número de heridas, algunas de las cuales no guardan relación con la causa de la muerte, ocasionándole de este modo un dolor y padecimiento innecesario.

Que Jenaro se dirigió al dormitorio principal, registró los cajones de la mesilla de noche de la Sra. Eva , y cogió del interior de uno de ellos una cadena de oro, cuatro anillos de oro, dos pendientes de oro, tres pulseras de oro y un medallón de oro.

Que el 25 de noviembre de 2015 Jenaro acudió al establecimiento "La Plaça" sito en la Calle Mossén Jacint Verdaguer nº 32 de Premiá de Mar y vendió la cadena de oro, tres anillos de oro, dos pendientes de oro y dos pulseras de oro, pertenecientes a la Sra. Eva , obteniendo a cambio mil ochenta euros (1080 euros).

Que el 26 de noviembre de 2015 Jenaro acudió de nuevo al establecimiento "La Plaça" sito en la Calle Mossén Jacint Verdaguer nº 32 de Premiá de Mar y vendió una pulsera de oro, un anillo de oro y un medallón de oro, pertenecientes a la Sra. Eva , obteniendo a cambio cuatrocientos setenta y cinco euros (475 euros).

Que las joyas sustraídas han sido recuperadas y el apoderado de la entidad "Gestión Exponencial S.L." propietaria del establecimiento "La Plaça" reclama el importe de las joyas vendidas por el acusado.

Que Lucas , nacido el NUM003 de 1944 y su esposa Eva nacida el NUM004 de 1943, tenían dos hijos: Teresa , nacida el NUM005 de 1975 y Lucas , nacido el NUM006 de 1971 que vivían independientes de sus padres.

Que Lucas y su esposa Eva pese a su edad y estado físico, en su vida diaria no necesitaban de la asistencia de terceras personas.

Que el Juzgado de Instrucción nº 3 de Mataró había tramitado esta causa inicialmente como procedimiento sumario, dictando Auto de procesamiento en fecha 3 de agosto de 2016 y de conclusión del sumario el 20 de junio de 2017. Que cuestionada la competencia en primer lugar por la defensa y posteriormente por el Ministerio Fiscal, finalmente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 6 de septiembre de 2018 acordó que la causa debía tramitarse como procedimiento de Jurado, acordando devolver la causa al Juzgado de Instrucción nº 3 de Mataró, lo que ha determinado que el juicio oral comenzara en abril de 2019. >>

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó el siguiente pronunciamiento:

<<DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jenaro contra la sentencia dictada en fecha 25 de abril de este año por la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Procedimiento núm. 5/18, derivado de la Causa de Jurado del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Mataró.

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y por la representación de Lucas y de Apolonia , como recurso supeditado al del Ministerio Fiscal, contra la dicha sentencia, en el sentido de suprimir la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP, que no deberá aplicarse a ninguno de los delitos por los que el acusado viene condenado, manteniéndose el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia.

Se declaran de oficio las costas de esta instancia. >>

TERCERO.- La Audiencia Provincial Penal, Tribunal del Jurado, de Barcelona, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO: Que considerando el veredicto de culpabilidad dictado por el Tribunal del Jurado y las razones en las que se asienta, DEBO CONDENAR Y CONDENO a Jenaro

.- como autor de un DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA EN CASA HABITADA, concurriendo la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, que conlleva la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

.- como autor de un DELITO DE ASESINATO CON ALEVOSÍA Y ENSAÑAMIENTO (en la persona de Lucas), concurriendo la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de veintidós años de prisión, que conlleva la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

.- como autor de un DELITO DE ASESINATO CON ALEVOSÍA Y ENSAÑAMIENTO (en la persona de Eva), concurriendo la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de veintidós años de prisión, que conlleva la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Es de aplicación la limitación al cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de cuarenta años.

Le impongo asimismo la medida de libertad vigilada para su cumplimiento con posterioridad a la pena de prisión impuesta, y cuyo contenido se determinará de conformidad al artículo 106.2 del Código Penal.

Jenaro deberá abonar las costas del proceso, incluidas las de la acusación particular.



En concepto de responsabilidad civil Jenaro deberá indemnizar a la entidad "Gestión Exponencial S.L", propietaria del establecimiento "La Plaça", en la cantidad de mil quinientos cincuenta y cinco euros, correspondiente al valor de las joyas sustraídas, vendidas y posteriormente intervenidas.

En concepto de responsabilidad civil Jenaro deberá indemnizar a Apolonia y a Lucas en la cantidad de cien mil euros a cada uno de ellos, en concepto de daño moral causado.

Todas estas cantidades devengarán los intereses del artículo 576 de la LEC

Las joyas intervenidas deberán entregarse a Apolonia y a Lucas . >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Jenaro :

Primero.- Al amparo del art. 852 LECrim, en relación con el art. 24.1 y 24.2 CE, y el art. 18 CE, vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, infracción de ley por aplicación indebida del art. 139 CP, del art. 139.1.3.CP y del art. 242.1 y 2 en relación con el 237, todos del Código Penal.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, infracción de ley por inaplicación indebida de los arts. 20.1, 21.1 y 21.2 CP y de las atenuantes del art. 21.7 CP en relación con el art. 21.2 CP, y del art. 21.6 CP como muy cualificadas.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 22 de octubre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Demetrio

PRIMERO.- El motivo primero al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y a un proceso con todas las garantías, arts. 18 y 24 CE.

Argumenta que no ha existido en el presente procedimiento prueba alguna practicada en el acto del juicio oral que permita desvirtuar la presunción de inocencia.

No han existido pruebas de cargo suficientes como para fundamentar o acreditar ciertos elementos de tipo de los delitos por los que ha sido condenado el acusado (el elemento subjetivo o animus necandi del asesinato, el elemento objetivo y subjetivo del ensañamiento, la violencia en el robo con violencia, etc.), no pudiendo dictarse a la vista de la falta de estos elementos más que una sentencia absolutoria o, subsidiariamente, una calificación distinta de los hechos, valorando correctamente las pruebas que obran en autos y, especialmente, la practicada en el juicio, con la imposición de una pena en su cuantía mínima.

Dado que la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resolutoria del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal de Jurado, debemos recordar -como hemos dicho en SSTs 417/2019, de 24-9; 499/2019, de 23-10; 461/2020, de 17-9-, que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.



De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo y 1249/2009 de 9 de diciembre.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 20 diciembre 2018, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección las SSTS 151/2014 de 4 marzo y 310/2014 de 27 marzo, recuerdan, que el recurso de casación en los procedimientos de Jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional". Más extensamente, la STS. 289/2012 de 13.4, señala: "Cuando se trata del recurso



de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

En definitiva, no podemos olvidar que el objeto del recurso de casación ya no va a estar dictado por la sentencia recaída en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediación, sino por la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, al resolver -motivar- las cuestiones planteadas sobre la corrección de la primera instancia, en especial la insuficiencia o invalidez de las pruebas y la falta de racionalidad con la que aquellas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnatorio.

Siendo así, como recuerda la STS 476/2017, de 26-6, "el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y sobre todo en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisoria de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución recurrida a partir de la motivación de la sentencia en apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto del error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver a cuestión planteada".

En definitiva, cuando se trata de este recurso de casación, la valoración de la prueba realizada en la instancia por el Tribunal del Jurado ya ha sido previamente revisada por el TSJ al resolver el previo recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones sobre si el tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él, sobre si las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica; y si la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

Ahora bien, como ya hemos señalado más arriba, cuando se trata de este recurso de casación, la valoración de la prueba realizada en la instancia por el Jurado, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el previo recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. Y de otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el TSJ que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido la Audiencia Provincial.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

En definitiva es importante no olvidar que el objeto del recurso de casación ya no va a estar integrado por la sentencia de instancia en la que se han valorado las pruebas con inmediación sino por la sentencia suscrita



por la Sala de apelación del Tribunal Superior de Justicia al resolver-motivar la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquellas han sido practicadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnatorio.

En el caso que nos ocupa, el recurrente no concreta las razones de su impugnación, que es genérica e insuficiente, lo que evidencia su falta de fundamentación, renunciando a justificar la vulneración constitucional que denuncia sin explicación alguna, al remitirse a los otros dos motivos articulados por infracción de ley, art. 849.1 LECrim.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 139 CP por inadecuada aplicación del "ius necandi", art. 139.1-3 CP, por indebida aplicación del ensañamiento; y art. 242.1 y 2 CP, en relación con el art. 237 del mismo cuerpo legal por falta de los requisitos, en concreto la violencia o la intimidación.

El recurrente cuestiona no solo la calificación jurídica, sino el juicio de inferencia y la valoración de la prueba, así como su motivación, realizada por el Tribunal del Jurado, sin referencia alguna a la sentencia de apelación que -se insiste- es la recurrida; olvidando la reiterada jurisprudencia, SSTS 413/2015, de 30-6; 682/2017, de 18-10; 283/2018, de 13-6; 468/2019, de 14-10, que recuerda que la vía casacional del artículo 849.1 LECrim, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El 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.

En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim, ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Efectuada esta precisión previa, en cuanto al animus necandi y ensañamiento, el recurrente cuestiona la valoración probatoria realizada por el Jurado, dado que confundió la presencia del elemento subjetivo o animus necandi con el ensañamiento.

Argumenta que la intención del acusado fue solamente la de pedir dinero a las víctimas, como ya hizo en anteriores ocasiones y no la de ocasionarles la muerte. Añade que el Jurado al motivar, no tuvo en cuenta las conclusiones de los médicos forenses.

Basa tal conclusión en que de las múltiples heridas causadas al varón, Lucas, por las puñaladas asestadas por el acusado, solo dos de ellas fueron mortales -de las 43 heridas, solamente las del corazón y la vena aorta- y en cuanto a la mujer, Eva, de las más de 100 heridas producidas, solo fueron mortales las que perforaron el pulmón derecho con rotura de la arteria y vasos pulmonares. Concluye que el resto de las numerosas heridas no causaron la muerte y añade que al haberse producido el fallecimiento en breve espacio de tiempo debido a las heridas fulminantes, sin que conste que causaran dolor a la víctima, los médicos dijeron que científicamente el dolor no se puede determinar y que dada la pérdida de sangre, algunas ya no eran susceptibles de causar dolor, y tratándose de una muerte rápida (entrada en shock en unos 150 latidos) no está acreditada la existencia de padecimientos innecesarios, a lo que añade la constatación médica de algunas heridas sin sangrado, es decir, ocasionadas después de producida la muerte.

- Y respecto a la violencia o intimidación en el robo, partiendo del relato probatorio en el que consta que el acusado acudió al domicilio de las víctimas con la intención de pedirles dinero y dado que la violencia se habría empleado para el asesinato, se produciría infracción del principio non bis in idem, si se utilizara otra vez para configurar el elemento objetivo del robo violento.

El motivo, se adelanta, debe ser desestimado.

2.1.- En cuanto a la existencia del ánimo de matar, su determinación (vid. SSTS 1188/2010, de 30-12; 86/2015, de 25-2; 450/2017, de 21-6, constituye uno de los problemas más clásicos del derecho penal habiendo elaborado esta Sala una serie de criterios complementarios, no excluyentes, para que en cada caso, en un juicio individualizado riguroso, se pueda estimar concurrente -o por el contrario cualquier otro distinto, animo laedendi o vulnerandi, en una labor- se dice en la STS. 172/2008 de 30.4, inductiva pues se trata de que el



Tribunal pueda recrear, ex post facti, la intención que albergara el agente hacia la víctima, juicio de intenciones que por su propia naturaleza subjetiva solo puede alcanzarlo por vía indirecta a través de una inferencia inductiva que debe estar suficientemente razonada.

Por ello en este sentido el elemento subjetivo de la voluntad del agente, substrato espiritual de la culpabilidad, ha de jugar un papel decisivo al respecto llevando a la estimación, como factor primordial, del elemento psicológico por encima del meramente fáctico, deducido naturalmente de una serie de datos empíricos, muchos de ellos de raigambre material o físico, de los que habría que descubrir el ánimo del culpable. Las hipótesis de disociación entre el elemento culpabilístico y el resultado objetivamente producido, dolor de lesionar, por un lado y originación de muerte, por otro, ha de resolverse llegando a la determinación de si realmente hubo dolo de matar, dolo definido en alguna de sus formas, aún el meramente eventual.

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia (SS. 4.5.94, 29.11.95, 23.3.99, 11.11.2002, 3.10.2003, 21.11.2003, 9.2.2004, 11.3.2004), podemos señalar como criterios de inferencia, los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido, el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta, la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (STS. 57/2004 de 22.1), a estos efectos tienen especial interés el arma empleada, la forma de la agresión y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida. Estos criterios que "ad exemplum" se descubren no constituyen un sistema cerrado o "numerus clausus" sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se constatan con nuevos elementos que pueden ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presenta carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad imperiosa de sus actos.

Asimismo es necesario subrayar-como recuerdan las SSTS. 210/2007 de 15 marzo 487 2009 de 17 julio, 1188/2010 de 30 diciembre, 622/2010 de 28 junio, 93/2012 del 16 febrero, 599/2012 de 11 julio, 577/2014 de 12 julio, el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25-3; 210/2007, de 15-3).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado". (Véase STS 1-12-2004, entre otras muchas).



Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006, bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción vine guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

En el caso que nos ocupa, resultaría ilógico e irracional concluir que no existe intención de matar en la conducta consistente en asestar a dos personas, de 71 y 72 años, el número de puñaladas antes referido (43 al varón y más de 100 a la mujer) mientras están en su domicilio, afectando algunas a órganos vitales y distintas partes del cuerpo. Que el detonante fuera porque el autor quisiera dinero y no se lo dieran, no excluye la presencia del elemento subjetivo, máxime, como resalta la sentencia del TSJ, el recurrente al negar el ánimo de matar, no específica, o siquiera sugiere, cuál fue la hipotética intención que guió al acusado en el acometimiento a las víctimas.

2.2.- Respecto al ensañamiento, como hemos dicho en SSTS 919/2010, de 14 octubre; 856/2014 de 26 diciembre y 293/2018, de 18 de junio, es un concepto jurídico precisado en la Ley que no coincide necesariamente con una conceptualización coloquial o, incluso gramatical, de la propia expresión, de modo que los Tribunales hemos de sujetarnos a los términos en los que el Legislador lo ha definido, para determinar si, en el caso concreto sometido a enjuiciamiento, concurre o no la referida circunstancia de agravación, bien entendido que el derecho penal español está sujeto al principio de legalidad, de forma que nadie puede ser condenado sino por una conducta tipificada por Ley, previa y cierta, norma jurídica que no podrá ser objeto de interpretación extensiva o aplicación analógica, en contra del reo (STS. 775/2005 de 12.4).

El art. 139 CP. se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión "aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido", y por su parte, el art. 22. 5ª, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el asesinato la muerte de la víctima causa, de forma deliberada otros males que exceden a los necesariamente unidos a la acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima, "la maldad brutal sin finalidad", en clásica definición de la doctrina penalista, males innecesarios causados por el simple placer de hacer daño, lo que supone una mayor gravedad del injusto típico.

Se requiere, pues, -precisan las SSTS. 357/2005 de 20.4; 713/2008 de 13.11 dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS 1553/2003 de 19.11, 775/2005 de 12.4 (LA LEY 13113/2005)).Y esto último puede inferirse racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, en cuanto el sujeto no suele exteriorizar su ánimo de incrementar deliberada e innecesariamente el sufrimiento y dolor de su víctima (STS 147/2007 de 19.2).



Elemento subjetivo, considerado en la STS. 1042/2005 de 29.9 , como "un interno propósito de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor al sujeto pasivo", de modo que no se apreciará la agravante si no se da "la complacencia en la agresión" -por brutal o salvaje que haya sido la agresión- en la forma realizada con la finalidad de aumentar deliberadamente el dolor del ofendido" (STS 896/2006 de 14.9), y cuyo elemento "no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno", (STS 357/2005 de 20.4), con cita STS 2.526/2001 de 21.2002, que entendió que no implicaba la apreciación del ensañamiento vulneración del derecho a la presunción de inocencia en un caso en que la víctima había recibido además de las puñaladas de índole mortal, otras meramente lesivas, innecesarias para la producción de la muerte, a lo que el Jurado atribuyó el único propósito de aumentar el sufrimiento.

Es cierto que también a veces esta Sala habla de la necesidad de un ánimo frío, reflexivo y sereno en el autor, como una proposición concreta de ese doble elemento subjetivo (deliberación e inhumanidad), diciéndose en la STS. 26.9.88, seguida por la de 17.3.89 que "el ensañamiento ha de ser necesariamente frío, refinado y reflexivo, no encontrándose en la cólera que hiere o golpea ciegamente y sin cesar", de modo que no ha sido apreciada (la específica del asesinato) "cuando las numerosas puñaladas que recibió la víctima no son producto de un ánimo subjetivo perverso y calculado para elevar el sufrimiento de la víctima agredida, sino la expresión de su propósito homicida que ejecuta de forma violenta e incontinida", afirmándose que "resulta secundaria la consideración exclusivamente numérica de las puñaladas inferidas a la víctima" (SSTS. 2469/2001 de 26.12). No obstante la más moderna jurisprudencia no exige esa frialdad de ánimo, SS. 276/2001 de 27.2 y 2404/2001 de 12.12, 996/2005 de 13.7, pues el desvalor de la acción y del resultado que constituye el fundamento de este elemento del delito de asesinato, cuando va acompañado del otro requisito subjetivo, no puede quedar subordinado al temperamento o modo de ser específico del autor del delito, que es el que determina un comportamiento más o menos frío o reflexivo o más o menos apasionado o acalorado. La mayor antijuricidad del hecho y la mayor reprochabilidad del autor, que habrían de derivar en ese aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido, nada tienen que ver con esa frialdad de ánimo o ese acaloramiento que la realización del hecho puede producir en el autor del delito. Hay quien controla más y quien controla menos sus sentimientos. Y hay quien los mantiene disimulados en su interior. Y de esto no puede hacerse depender la existencia o no de ensañamiento (STS. 775/2005 de 12.4): entendiendo, en definitiva, "el término" deliberadamente como el conocimiento reflexivo de lo que se está haciendo, y la expresión "inhumanamente" como comportamiento con el impropio de un ser humano (SSTS. 1760/2003 de 26.12, 1176/2003 de 12.9).

La STS. 1232/2006 de 5.12 tras recordar que: "La agravante de ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final".

Por ello en STS 527/2012, de 20-6, hemos señalado que de acuerdo con reiterada doctrina, su naturaleza no se identifica con la simple repetición de golpes -que no es sino signo inequívoco de la existencia del ánimo de matar- sino con lo que un comentarista clásico, en gráfica expresión, llamó la maldad de lujo, sin finalidad, por el simple placer de hacer daño.

Pero se trata de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira el momento de acabar con la vida de cualquier persona (STS 600/2010, de 16-6). En definitiva, una modalidad de tortura realizada por un particular y, por tanto, atípica, para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales, ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiendo a una persona a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico, es hacer sentir a la víctima que se la está matando.

En el caso presente, en los hechos declarados probados -cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim- se recoge que cuando Jenaro apuñaló a Demetrio "la causó un gran número de heridas, algunas de las cuales no guardan relación con la causa de la muerte, ocasionándole de este modo un dolor y padecimiento innecesario". Idéntica expresión se declara probada en cuanto a la muerte de Eva .

Y la sentencia del TSJ, en cuanto a la concurrencia del ensañamiento, destaca como los médicos forenses señalaron la existencia de numerosas heridas, algunas superficiales realizadas antes de que se produjera la muerte, por lo que evidentemente, aumentaron el dolor y los padecimientos de las víctimas, de 71 y 72 años de edad y con salud delicada -él había sufrido un ictus y ella estaba en tratamiento contra el cáncer- por lo que no era necesaria gran actividad ni violencia para acabar con sus vidas, no guardando relación con el número de puñaladas finalmente propinadas a cada uno por el acusado.



Insiste igualmente en el informe de autopsia de los forenses que en el juicio declararon que muchas de las heridas que presentaba Lucas eran superficiales, todas ellas producidas en un corto espacio de tiempo y de características vitales, lo que quiere decir que fueron infligidas estando todavía viva la víctima. Y en cuanto a las heridas de la Sra. Sabina eran más de cien, ya lo hemos dicho, y también fueron causadas muy rápidamente, según los forenses. Las primeras heridas que recibió la mujer fueron en la espalda, se defiende, y recibe heridas en las manos y, finalmente, las del flanco. Estas últimas dicen los expertos que no sangran, pero del examen del cadáver infieren los peritos que la persona se encontraba en el suelo cuando siguió siendo atacada.

Las lesiones que causan su muerte se localizan en la espalda, según los forenses relatan a la defensa, y el resto, afirman, hubiera podido causarse cuando la víctima ya estaba en el suelo, de lo que, sin duda, se infiere, que, a pesar de haber alcanzado la cavidad pulmonar desde un primer momento, el acusado siguió acuchillando a la mujer en zonas no vitales estando ya en el suelo, y todavía viva, a pesar de que la muerte no tardara en llegarle, desplegando, pues, el acusado unos actos en modo alguno imprescindibles para conseguir su propósito homicida.

Es incontestable, en definitiva, la innecesariedad de los padecimientos infligidos a las víctimas, producidos por una despiadada y reiterada repetición de acuchillamientos que reflejan la saña con la que se empleó el acusado (plenamente integrados los hechos, pues, en el concepto de inhumanidad a que se refiere el inciso 3º del artículo 139 C.P.), y que es obvio que intensificaron el sufrimiento de los ofendidos.

Por lo demás, aunque es cierto, como se apunta en el recurso, que en el plenario los forenses han manifestado que no es posible medir el dolor de una persona, a nadie se le pasa por alto que las numerosas heridas incisas producidas al matrimonio causaron un mayor dolor a las víctimas, inútil para la consecución del fin homicida.

2.3.- Por último en cuanto a la violencia como elemento del delito de robo del art. 242 CP en supuestos de apoderamiento posterior al atentado contra la vida, tal cuestión ha sido analizada de forma detallada en la sentencia recurrida que recoge la evolución jurisprudencial en la materia, que culminó en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 24-4-2018 que dispuso: "Cuando aprovechando la comisión de un ilícito penal en el que se haya empleado violencia y en la misma relación de inmediatez y unidad temporal se realiza un apoderamiento de cosas muebles ajenas se entenderá que se comete un delito del art. 237 del CP cuando se haya perpetrado con inmediatez al acto violento y sin ruptura temporal y la violencia facilite el acto del apoderamiento".

En efecto, respecto al alcance de la violencia que completa el delito de robo dijimos en la STS 399/2016: "El verbo emplear que determina el tipo penal significa hacer servir una cosa para un fin determinado. Por ello hemos de concluir que la violencia tanto se hace servir si se despliega para un fin como si se "utiliza" su resultado para ese fin, es decir, si de alguna manera es aprovechada en el sentido que en nuestra lengua tiene la voz aprovechar: utilizar cierta circunstancia para obtener provecho o conseguir algo en beneficio propio". Y así hemos apreciado robo en supuestos en los que la decisión de sustraer se adopta en momento posterior a la de la conducta violenta. Fue esta una cuestión no exenta de discrepancia, que avocó a un debate en Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24-4-2018 en el que se adoptó el acuerdo antes transcrito. En palabras de la STS 328/2018 de 4-7, que desarrolló el mismo "lo relevante es que exista la funcionalidad de la violencia respecto de la sustracción, sea aquella anterior, coetánea o posterior a ésta. Eso sí, como se deriva del art. 237 CP y subraya el acuerdo del Pleno no jurisdiccional citado, si no existe inmediatez entre violencia y sustracción, es decir, proximidad en tiempo y espacio, mal se podrá predicar aquella funcionalidad de la violencia para la sustracción, por lo que no cabrá decir que ésta facilita aquella.

Por lo que concierne al elemento subjetivo del dolo es claro que el mismo ha de predicarse tanto de la violencia como de la sustracción y, cabe añadir, debe abarcar en lo cognitivo la funcionalidad el comportamiento violento y sus efectos para el objetivo patrimonial y en lo volitivo la decisión de rentabilizar esa utilidad. Pero esa referencia subjetiva en nada debe reconducirse necesariamente a la exigencia de presencia de ambas ya en un momento anterior a la violencia. Así se exigió en ocasiones, en lo que se ha dado en determinar concepción "instrumental" de la violencia, requiriendo, como elemento del tipo, el cronológico de la concurrencia del doble dolo (de violencia y de sustracción) antes ya de dar comienzo a la violencia. Olvidando así que tan "instrumental" es la actuación violenta para el robo cuando se programa antes de cometer el desapoderamiento como cuando se aprovecha la utilidad de sus efectos aunque el dolo de sustraer surja ex post, al adquirir conciencia de aquellos efectos. Lo que excluye la "responsabilidad objetiva" que pudiera considerarse reprochable en los denominados tipos complejos de robo con violencia del artículo 501 del CP predemocrático. Entonces podía ser suficiente que el resultado de la violencia en las personas que la sufrían bastaba que acaeciera "con ocasión" del delito patrimonial. Lo que es inaceptable en la configuración exigida en la doctrina que se impuso por mayoritaria en la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 743/2018, de 7-2-2019).



En nuestro caso los hechos colman todos los presupuestos de aplicación del robo violento del artículo 242.1 y 2 CP. El ahora recurrente aprovechó los actos violentos que culminaron con la muerte de los dos moradores de la vivienda, haciendo que tal actuación fuese útil para la sustracción que podía constituir su propósito inicial, "tanto se hace servir si se despliega para un fin como si se utilizaba su resultado para ese fin, es decir, si de alguna manera es aprovechada..".

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación de los arts. 20.1 del CP; 21.1 del CP en relación con el art. 20.1 CP; 21.2 CP por actuar el culpable a causa de su grave adicción a las bebidas alcohólicas o estupefacientes; y/o la atenuante muy cualificada del art. 21.7 CP en relación con el art. 21.2 por sufrir el recurrente trastorno del juego patológico y compulsivo, ludopatía o grave adicción al juego; y/o la atenuante muy cualificada del art. 21.6 del CP, es decir, la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento.

En el desarrollo del motivo el recurrente destaca los hechos que el Jurado no declaró probados en relación con los trastornos aludidos y cuya ausencia en el factum, impide la prosperabilidad de su pretensión, dado que en contra del cauce impugnativo del art. 849.1 LECrim, basa el motivo en la crítica a la valoración probatoria realizada por el Jurado, sin referencia alguna a la sentencia recurrida y a sus razonamientos para desestimar idéntico motivo planteado en la segunda instancia, lo que sería suficiente para desestimar el motivo en sus extremos.

No obstante, analizando su posible concurrencia, deberá recordarse que las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SSTS 138/2002, de 8-2; 716/2002, de 22-4; 1527/2003, de 17-11; 1348/2004, de 29-11; 369/2006, de 23-3).

En efecto, las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino a favor de la plena responsabilidad penal (STS 1477/2003, de 29- 12).

En definitiva, para las eximentes o atenuantes no rige ni la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo". La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación.

3.1.- Efectuada esta precisión previa en lo que atañe a la presente denuncia derivada del consumo de alcohol, como hemos dicho en SSTS 6/2010, de 27-1; 632/2011, de 28-6; 539/2014, de 2-7; 467/2015, de 20-7, debemos distinguir entre alcoholismo y embriaguez en cuanto que el primero implica una intoxicación plena, que en algunos casos de alcoholismo puede ser una toxifrenia que puede determinar una demenciación acreedora a ser recogida como circunstancia eximente completa de enajenación mental o, al menos, como atenuante eximente incompleta cuando se ha producido un notable deterioro de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de una patología de origen alcohólico generalmente determinada por la ingesta reiterada frecuentemente y a lo largo de un tiempo de cierta duración (SSTS. 261/2005 de 28.2, 1424/2005 de 5.12, 6/2010 de 27.1), y la segunda una intoxicación aguda, con encaje jurídico ya en el trastorno mental transitorio, exigiéndose en todo caso una afectación de las bases de **imputabilidad** -intelecto y voluntad- de modo que será la intensidad de la afectación la que nos dará la pauta para graduar la **imputabilidad** desde la inoperancia de la responsabilidad hasta la exoneración completa e incompleta de la misma.

Las SSTS. 632/2011 de 28.6 y 625/2010, matizan estas categorías indicando que en supuestos de adicción acreditada del sujeto a las bebidas alcohólicas, dicha dependencia será relevante si además concurren alguna de las siguientes condiciones: o bien la existencia de anomalías o alteraciones psíquicas que tengan su causa en dicha adicción, lo que podrá constituir también base para estimar la eximente completa o incompleta según el grado de afectación del entendimiento o la voluntad; o, en segundo lugar, por la vía de la atenuante del artículo 21.2 C.P., atendida su relevancia motivacional, supuesta la gravedad de la adicción, debiendo constatarse una relación causal o motivacional entre dependencia y perpetración del delito. Ahora bien no basta el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la **imputabilidad** y la responsabilidad penal del sujeto, pues en cualquier caso, en el actual sistema del CP. se trata de circunstancias que afectan a las capacidades del sujeto, no es suficiente con determinar la causa que las origina, sino que es preciso además especificar los efectos producidos en el caso concreto.

Por ello para considerar el alcoholismo crónico como sustrato de una circunstancia que exima o aminore la **imputabilidad** del sujeto, es preciso no solo la presencia de la enfermedad, sino también la constatación de la afectación real de las facultades intelectivas y volitivas de quien la sufre, de tal modo que la intensidad



de la alteración habría de ser el criterio determinante para graduar la **imputabilidad** ya que, fuera de las situaciones graves que pueden llegar a la "locura alcohólica" que origine la irresponsabilidad del sujeto, o las situaciones menos graves en las que no se anule la personalidad pero si se disminuyen las facultades de inteligencia y voluntad, fuera de esas situaciones, el simple alcoholismo crónico y controlado no causa alteración alguna en la capacidad de obrar y discernir, SSTS. 261/2005 de 28.2, 1424/2005 de 5.12, 6/2010 de 27.1, que insisten en que el alcoholismo y la psicosis tóxica pueden ser acogidos como circunstancias eximentes o como atenuantes de exención incompleta, cuando se ha producido un notable deterioro de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de su patología, y para apreciar la psicosis de origen alcohólico con efecto de eximente incompleta es preciso no solo la enfermedad, sino también la afectación real de las facultades intelectivas y volitivas de quien la sufre, de tal modo que la intensidad de la alteración habrá de ser el criterio determinante para graduar la **imputabilidad** ya que -se insiste- el simple alcoholismo crónico y controlado no causa alteración alguna en la capacidad de obrar y discernir.

En el caso actual, la sentencia recurrida confirma la valoración probatoria del Jurado, resaltando como un testigo, vecino del acusado, declaró haberlo visto la tarde de los hechos, sin síntomas propios de consumo de alcohol, que el encargado del establecimiento La Plaza que lo atendió cuando fue a venderle parte de las joyas, no observó síntoma alguno de estar bajo la influencia de alcohol o drogas, y si bien señala que otro testigo afirmó haberlo visto la noche anterior tomando cervezas, se trata de un momento temporal bastante alejado al del fallecimiento de las víctimas -la tarde del día siguiente-.

3.2.- En cuanto a la ludopatía, es considerada por la jurisprudencia de esta Sala como una "entidad nosológica que se presenta dentro de una conducta más general de incapacidad para controlar los impulsos, que naturalmente no afecta al discernimiento, sino a la voluntad del individuo". En definitiva, se trata de una situación en la que el sujeto no puede resistir la tentación de jugar, lo que implica una dependencia psicológica constituida por un impulso más o menos irresistible. Dicho en la moderna terminología del Código Penal, se estaría vía art. 20.1 del CP en una situación de total alteración psíquica que le impediría al sujeto afectado actuar conforme a la comprensión -que conoce- de la ilicitud de su acción.

Por eso, y como también tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, la comprensión del ludópata actúa en el momento en que la oportunidad del juego se le presenta y domina su voluntad en torno al acto concreto de jugar, su relevancia afectará a la valoración de las mismas temporal e inmediatamente dirigidas a satisfacer tal compulsión en el ámbito lúdico, mientras que en otros actos más lejanos obrará solo como impulso organizado para lograr el futuro placer del juego, impulso que es, en este estadio, racional y dominable, o al menos no irrefrenable.

Por otra parte, para la aplicación de cualquier expediente, ya de irresponsabilidad o de atenuación de la misma, hace falta no solo la realidad del padecimiento del trastorno o alteración psíquica, sino que además es preciso que la misma haya tenido relevancia en la ejecución del hecho analizado, es decir, junto con el diagnóstico médico, debe acreditarse la incidencia del trastorno en el hecho, esto es, que exista una adecuada relación de causalidad y de dependencia entre el trastorno y su incidencia en el hecho analizado.

Dicho más claramente, la ejecución del mismo debe ser consecuencia del trastorno, por ello debe tratarse de una delincuencia funcional, esto es, provocada por la necesidad del sujeto de proveerse de dinero para satisfacer su ludopatía. Se trata de la misma estructura que la existente en el drogodependiente que comete delito para satisfacer su adicción a las drogas.

De ordinario la respuesta penal de la ludopatía ha sido la de estimar la concurrencia de una atenuante o atenuante analógica, en contadas ocasiones muy cualificada. En general, la jurisprudencia de esta Sala suele ser muy restrictiva en la apreciación de esta neurosis de ludopatía, que viene exigiendo su conexión con el delito objeto de enjuiciamiento, dada su naturaleza de factor criminógeno, que genera una delincuencia funcional (SSTS 932/2013, de 4-12; 78/2017, de 9-2).

En el caso actual, la STSJ razona que los informes de los peritos no se fundan en documentación alguna sino en las propias manifestaciones del acusado, mientras que las conclusiones de los peritos forenses son claras en el sentido de que éste no presenta sintomatología psiquiátrica activa productiva, su nivel intelectual está dentro de la normalidad, su historial de consumo no reúne criterios de dependencia y tampoco se aprecian signos de deterioro cognitivo de origen tóxico. Y así lo recoge, el Jurado en su veredicto, destacando que los peritos no apuntaron en ningún momento en su intervención que el acusado padeciera una patología que le impidiera ser consciente de lo que estaba haciendo.

Concluyendo la meritada sentencia que en definitiva la prueba sustanciada al respecto en modo alguno permite considerar que las capacidades volitiva y cognoscitiva del acusado se vieran afectadas consecuencia ni de las adicciones que dijo padecer ni de la ludopatía que mantiene sufrir desde hace varios años.



Siendo así, no existe base fáctica alguna que pueda fundar las eximentes o atenuantes cualificadas que se postulan.

3.3.- Por último, en cuanto a las dilaciones indebidas, como precisa el Ministerio Fiscal en su informe impugnando el motivo, el recurrente reproduce lo planteado en la apelación pretendiendo la cualificación de la atenuante, a la vista del tiempo que se tardó en celebrar el juicio. El planteamiento de esta cuestión evidencia no solo que el recurrente copia su recurso de apelación, olvidando que es la sentencia de apelación la que se recurre, sino que parece incluso, no haberla leído ya que estimando el recurso del Fiscal, la Sala de apelación dejó sin efecto la atenuante de dilaciones indebidas que como simple, había apreciado el Tribunal del Jurado. Pese a ello, el recurrente solo pide la cualificación, criticando su apreciación como atenuante simple, incurriendo en una falta de fundamentación merecedora de la inadmisión del motivo.

Previamente habrá que recordar:

1) Como hemos dicho en SSTs 969/2013, de 18 diciembre; 196/2014, de 19 marzo; 415/2017, de 17 mayo, 817/2017, de 13 de diciembre; 152/2018, de 2 de abril, la reforma introducida por L.O. 5/2010, de 22.6 ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP, que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La jurisprudencia de esta Sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS. 10.12.2008), en el mismo sentido, entre otras (SSTs. 27.12.2004, 12.5.2005, 25.1, 30.3 y 25.5.2010).

Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo, STS. 30.3.2010, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que, si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTs. 875/2007 de 7.11, 892/2008 de 26.12, 443/2010 de 19.5, 457/2010 de 25.5, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España, y las que en ellas se citan).



Asimismo se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en momento oportuno, pues la vulneración del derecho -como se recordaba- en STS 1151/2002, de 19-6, "no puedo ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24-2 CE mediante la cual poniendo la parte al órgano jurisdiccional de manifiesto en inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa.

En este sentido la Sentencia Tribunal Constitucional 5/2010, de 7-4, recuerda que para apreciarse la queja basada en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es requisito indispensable que el recurrente les haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en la misma. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso con lo que se presiona el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos de los que, tras la denuncia del interesado -carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso-, el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable, podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este tribunal.

Pero esta doctrina, referida propiamente al recurso de amparo y con las limitaciones inherentes a tal vía, ha sido matizada por esta Sala, por ejemplo, STS 1497/2010, de 23-9; 505/2009, 739/2011 de 14-7; en el sentido de que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y, sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (art. 11.1 LOPJ) y que se concreta a la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Ahora bien sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación (STS 654/2007, de 3-7; 890/2007, de 31-10, entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatar una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la conducta que haga que la pena a imponer resulta desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la pena, subsistente en su integridad.

En definitiva, conforme a la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante (STS. 21.7.2011).

Y 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 consecuencias que de la demora les siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial



actuante. Y la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de la pena en concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

En este sentido las SSTs 737/2016 del 5 octubre, y 262/2009 de 17 marzo, en este punto son significativas, al declarar que "debe tenerse muy en cuenta que la necesidad de concluir el proceso en un tiempo razonable que propugna el art. 6.1 del Convenio citado, no debe satisfacerse a costa de o en perjuicio de los trámites procesales que establece el derecho positivo en un sistema procesal singularmente garantista hacia el justiciable como es el nuestro. En similar sentido la STS. 525/2011 de 8.6, que la dilación, por supuesto no es indebida si responde al ejercicio de un derecho procesal. La solicitud de que se practiquen diligencias de prueba con la interposición de recursos comporta una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos de defensa, por lo que la dilación propia de estos recursos no puede nunca ser calificada como dilación indebida.

Por ello no puede aceptarse que la interposición de recursos o la práctica de diligencias o de actuaciones sumariales a petición de las partes cause una dilación que deba calificarse como indebida. Es claro que el respeto al derecho de defensa implica asumir la necesidad de proceder a la práctica de las diligencias que las partes soliciten y que sean pertinentes, pero es igualmente claro que implica el transcurso del tiempo necesario para ello.

Y también es cierto que en cuanto al inicio del cómputo del tiempo de las posibles dilaciones, no debe tomarse en cuenta la fecha de los hechos en el año 2003. Así la jurisprudencia por ejemplo STS 841/2015 del 30 diciembre ha declarado, que el derecho se refiere al proceso sin dilaciones no a un hipotético y exótico derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido tanto de la infracción penal como de su implicación en ella (STS 250/2014, de 14 de marzo). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre). En definitiva el conjunto de los retrasos injustificados se contraen a los producidos desde la incoación del proceso y no desde la comisión del hecho delictivo (STS. 371/2015 de 17.6).

2) En cuanto a su consideración como muy cualificada, esta Sala Segunda, STS 650/2018, de 14 de diciembre, tiene dicho que si para apreciar la atenuante simple se requiere una dilación indebida "extraordinaria" en su extensión temporal, ello debe comportar que los elementos que configuran la razón atenuatoria se den de forma intensa y relevante.

En concreto en relación a la dilación se exige que supere el concepto de "extraordinaria", que sea manifiestamente "desmesurada", esto es que esté fuera de toda normalidad. También cuando la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad por la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales (SSTs 95/2016 de 17 febrero, 318/2016 de 15 abril, 320/2018, de 29 de junio).

En definitiva, se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria.

Como explica y compendia la STS 668/2016 de 21 de julio "en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003 de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003 de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002 de 21 de marzo (9 años); 39/2007 de 15 de enero (10 años); 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008 de 12 de febrero (16 años); 440/2012 de 25 de mayo (diez años); 805/2012 de 9 octubre (10 años); 37/2013 de 30 de enero (ocho años); y 360/201, de 21 de abril (12 años)." Más recientemente la STS 760/2015 de 3 de diciembre estimó una atenuante de dilaciones muy cualificada en un supuesto de 13 años de duración del proceso, en el



que la única actividad procesal relevante en los últimos cinco fue el nombramiento de Letrado a un responsable civil y la formulación de conclusiones provisionales por éste.

Por otra parte la misma sentencia que acabamos de extractar, la STS 668/2016, rechazó la cualificación en un procedimiento que se inició en el año 2010, se dictó sentencia cinco años más tarde y que tuvo una paralización de un año y algunos meses. Y la STS 624/2016 de 13 de julio no aceptó la cualificación en un supuesto de duración similar del proceso, por unos hechos ocurridos en febrero de 2010, en el que se celebró el juicio oral en marzo de 2015, con dos periodos de inactividad, nueve meses para calificar los hechos por la acusación pública, y ocho meses en acordar la apertura del juicio oral, que el Tribunal consideró dilación extraordinaria aunque no cualificada.

Con arreglo a estos parámetros jurisprudenciales, aunque la causa haya tenido una duración superior a la debida en atención a la complejidad de la investigación y se hayan producido paralizaciones injustificadas, no han quedado desbordados los contornos propios de la atenuante de dilaciones, que solo podrá operar como simple, al no haber alcanzado la injustificada demora entidad o envergadura suficientes para sustentar la cualificación que se pretende. Sólo a partir de tal cualificación sería factible la gradación que el recurrente postula, reservada, como hemos dicho, para supuestos de extremada y excepcional intensidad. Otra cosa nos avocaría a un desajuste del sistema de penas previsto en el CP para los distintos tipos. "Una cosa es adaptar la pena por una demora excesiva en la tramitación del procedimiento y otra muy distinta desactivar los tipos penales por dilaciones procesales que no resulten verdaderamente superextraordinarias" (SSTS 668/2016, de 21 de julio; 355/2018, de 16 de julio).

En el caso que nos ocupa, lo que reprocha el recurrente no es el tiempo invertido en la instrucción (17 meses), sino los 22 meses que se tardó en celebrar el Juicio Oral. Explica la sentencia recurrida, ignorada por el recurrente, que ello se debió a que la causa se siguió por los trámites del Sumario Ordinario, presentándose recursos para que se siguiera por los trámites previstos en la L.O. del Tribunal del Jurado, como finalmente se hizo. Dado que la elección de uno u otro trámite, dependía de la interpretación que se hiciera por existir un delito conexo, el robo con violencia, delito que no es competencia del Jurado, y sobre la aplicación retroactiva, o no, del Acuerdo del Pleno de la Sala II de 9 de marzo de 2017, modificando el criterio mantenido hasta el momento, la Sala de apelación concluye que el retraso no fue injustificado, teniendo en cuenta la necesidad de resolver la cuestión referida, haciendo necesario que se pronunciara el tribunal superior, lo que evidentemente justifica ese retraso que en atención a las circunstancias, además, no puede calificarse de extraordinario, siquiera a los efectos de una atenuante simple y mucho menos, de la muy cualificada que se pide, siendo doctrina consolidada que caso de que exista dilación, la apreciación de la atenuante como muy cualificada precisa de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple. Nada de esto concurre en el presente caso en el que además, no existe paralización en sentido estricto, sino retraso provocado por la interposición de recursos justificados por la circunstancia anteriormente expuesta.

En base a lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Jenaro** , contra la sentencia nº 146/19 dictada por la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 3 de diciembre de 2019 en el Rollo de Apelación nº 9/2019.

2º) Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina